



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VI ZR 119/18

Verkündet am:  
21. Mai 2019  
Olovic  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 280 Abs. 1, § 630h Abs. 2, § 630d Abs. 1 Satz 4, § 823 Aa

a) Zu den Anforderungen an die Feststellung einer hypothetischen Einwilligung (hier: zum erforderlichen Inhalt der zu unterstellenden ordnungsgemäßen Aufklärung).

b) Zur mutmaßlichen Einwilligung.

BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - OLG Oldenburg  
LG Oldenburg

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Mai 2019 durch die Richterin von Pentz als Vorsitzende, die Richterinnen Dr. Oehler und Dr. Roloff und die Richter Dr. Klein und Dr. Allgayer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 14. Februar 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen der Entfernung ihrer Gebärmutter auf Schmerzensgeld und Feststellung in Anspruch. Der Beklagte zu 2 ist Chefarzt der Abteilung Frauenheilkunde und Geburtshilfe der Beklagten zu 1 und zugleich niedergelassener Facharzt für Frauenheilkunde (die Beklagten zu 1 und 2 im Folgenden auch "Beklagte").
- 2 Am 28. Januar 2014 stellte der Beklagte zu 2 bei der Klägerin eine Zystozelenbildung im Sinne einer Traktionszystozele sowie einen Descensus des Uterus (Tiefertreten der vorderen Scheidenwand und der Gebärmutter) fest und besprach mit der Klägerin ein operatives Verfahren zum Anheben der

Harnblase und der erschlafften Scheidenwände, wobei die Einzelheiten zwischen den Parteien streitig sind.

3 Am 4. April 2014 begab sich die Klägerin für die Operation in die Klinik der Beklagten zu 1. Sie wurde umfassend gynäkologisch untersucht. Die im Berufungsverfahren nicht mehr beteiligte Beklagte zu 3 führte das Aufklärungsgespräch. Sie erklärte der Klägerin, dass ihr im Rahmen der Operation die Gebärmutter entfernt werden solle. Die Klägerin war darüber so irritiert, dass die Beklagte zu 3 den Beklagten zu 2 hinzu bat. Dieser erläuterte den Eingriff nochmals anhand einer Zeichnung, die er spontan fertigte. Die Beklagte zu 3 führte das Aufklärungsgespräch sodann fort und die Klägerin unterzeichnete die Aufklärungsbögen "Operationen bei Harninkontinenz" und "diagnostische Hysteroskopie".

4 Die laparoskopische suprazervikale Hysterektomie (Entfernung des Gebärmutterkörpers bei Verbleib des Gebärmutterhalses) wurde für den 7. April 2014 geplant. Da bei einer solchen Operation der Gebärmutterkörper innerhalb des Bauchraums zerstückelt wird, sollte zunächst eine Hysteroskopie (Gebärmutter Spiegelung) durchgeführt werden, um eine bösartige Veränderung der Gebärmutter schleimhaut und damit die bei einer Zerstückelung gefährliche Verstreung sich in der Gebärmutter befindlicher Tumorzellen in die Bauchhöhle auszuschließen. Am Operationstag konnte der Beklagte zu 2 indes die Gebärmutter Spiegelung wegen einer Stenose (Verengung) des Gebärmutterkanals nicht vornehmen. Er entschloss sich daher zu einer kompletten vaginalen Hysterektomie und entfernte sowohl Gebärmutterkörper als auch Gebärmutterhals. Bei der Operation kam es zu einer Verletzung des Harnleiters, die am vierten postoperativen Tag erkannt wurde.

5 Die Klägerin behauptet, sie habe eine Entfernung der Gebärmutter ausdrücklich abgelehnt. Bei dem Gespräch am 28. Januar 2014 sei besprochen worden, dass die erschlafften Scheidenwände mittels einer MESH-Plastik angehoben werden sollten. Die Gebärmutter habe wegen Unauffälligkeit nicht entfernt werden sollen. Nachdem die Beklagte zu 3 ihr am 4. April 2014 erklärt habe, dass im Operationsplan "Entfernung der Gebärmutter" aufgeführt sei, habe der herbeigerufene Beklagte zu 2 ihr versichert, dass entsprechend ihrem Wunsch keine Gebärmutterentfernung erfolgen solle.

6 Die Beklagten behaupten, die Klägerin ordnungsgemäß über die ursprünglich geplante laparoskopische suprazervikale Hysterektomie und auch über die eventuelle Notwendigkeit des intraoperativen Wechsels des Operationsregimes aufgeklärt zu haben. Sie berufen sich auf eine hypothetische Einwilligung, hilfsweise auf eine mutmaßliche Einwilligung.

7 Das Landgericht hat die Klage gegen die Beklagte zu 3 rechtskräftig abgewiesen. Die Klage auf Schmerzensgeld gegen die Beklagten zu 1 und 2 hat es dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten und die begehrte Feststellung ausgesprochen. Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten zu 1 und 2 auch insoweit abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

8 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, es könne dahinstehen, ob eine ordnungsgemäße Aufklärung der Klägerin erfolgt sei. Die Beklagten hätten den ihnen obliegenden Beweis der hypotheti-

schen Einwilligung geführt, so dass die Haftung der Beklagten entfalle. Das Landgericht sei nach Anhörung der Klägerin davon überzeugt gewesen, dass diese lediglich der Entfernung eines Teils der Gebärmutter ("Deckel") zugestimmt habe. Dem folge der Senat, weil insbesondere der Umstand, dass die Beklagte zu 3 den Beklagten zu 2 wegen der Verwunderung der Klägerin über die geplante vollständige Entfernung zu dem Aufklärungsgespräch hinzugerufen habe, überzeugend dafür spreche, dass die Klägerin vor der Operation eine Entfernung der gesamten Gebärmutter gerade nicht gewünscht habe.

9 Der Klägerin sei es indes nicht gelungen, zur Überzeugung des Senats plausibel zu machen, dass sie bei ordnungsgemäßer Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte. Der Sachverständige habe im Termin vor dem Senat überzeugend deutlich gemacht, dass der Eingriff, so wie er durchgeführt worden sei, mit Blick auf den auszuräumenden Krebsverdacht alternativlos gewesen sei. Die Einlassung der Klägerin, sie hätte sich gleichwohl nicht operieren lassen, sei nach Ansicht des Senats nicht plausibel. Der Sachverständige habe ausgeführt, dass angesichts der im präoperativen Ultraschall diagnostizierten Serometra (Ansammlung serösen Sekrets) mit unscharf abgrenzbarer Gebärmutter vor der Zerstückelung des Präparats im Rahmen der ursprünglich geplanten Operationsmethode eine Hysteroskopie leitliniengerecht habe vorgenommen werden sollen, um ein malignes Geschehen weitgehend auszuschließen. Aufgrund einer Stenosierung des Gebärmutterhalskanals sei die Hysteroskopie aber nicht durchführbar gewesen. Deshalb sei die ursprünglich geplante Operation mit dem Risiko verbunden gewesen, bei der Zerstückelung des Präparats intrauterine Tumorzellen in die Bauchhöhle zu versprengen. Das Festhalten an dem ursprünglich geplanten Vorgehen sei daher keine sinnvolle Maßnahme mehr gewesen. Als alternatives Vorgehen habe der Sachverständige dem Senat dargelegt, dass man auch nichts hätte machen und zuwarten können. In diesem Fall wäre das Krebsrisiko nicht abzuklären gewesen.

Zwar sei es theoretisch denkbar, die Gebärmutter sonographisch zu kontrollieren und dann zu reagieren, wenn man eine Verdickung feststelle. Das sei nach den Ausführungen des Sachverständigen aber nicht üblich. Einen Bauchschnitt habe der Sachverständige als nicht lege artis bezeichnet. Als einzig sinnvolle Maßnahme habe der Sachverständige die tatsächlich durchgeführte vaginale Totalentfernung der Gebärmutter erachtet. Insbesondere werde hierdurch ein potentieller Schaden aufgrund des nicht sicher auszuschließenden Gebärmutter-schleimhautkrebses vermieden.

10            Der Klägerin sei aufgrund dieser für den Senat gut nachvollziehbaren Ausführungen die "fiktive Aufklärung" durch den Vorsitzenden erläutert worden. Sie habe daraufhin erklärt, sie hätte in diesem Fall auf eine Operation verzichtet und zugewartet. Die Angaben der Klägerin machten einen echten Entscheidungskonflikt nicht plausibel. Es habe ein Krebsverdacht bestanden, der anders als durch die Entfernung der Gebärmutter nicht habe geklärt werden können. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung wäre der Klägerin das Risiko mitgeteilt worden, dass sie als Patientin bei Manifestation des Risikos eines Endometriumkarzinoms von der Prognose her von einem mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit heilbaren Frühkarzinom in das Stadium einer vermutlich nicht mehr heilbaren Krebserkrankung überführt worden wäre. Es habe also gerade kein von der Klägerin angegebener Fall der Gebärmutterentfernung ohne Grund vorgelegen. Aus Sicht des Senats seien die Angaben der Klägerin wenig authentisch mit Blick auf die damalige präoperative Ausgangssituation, weil sich die Klägerin bei den von ihr geäußerten Zweifeln erkennbar nicht habe davon lösen können, ihren Entscheidungskonflikt aus ex-post-Sicht zu begründen.

II.

11 Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

12 1. Mit der Begründung des Berufungsgerichts können die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht verneint werden. Solche können sich aus § 280 Abs. 1 in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 630a ff. BGB (Art. 5 des Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013, BGBl I S. 277, im Folgenden auch "Patientenrechtegesetz") ergeben, soweit vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien bestehen, wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat. Jedenfalls können sich die geltend gemachten Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB ergeben. Die Revision wendet sich nicht gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, dass den Beklagten bei der Operation und bei der Nachbehandlung kein Behandlungsfehler unterlaufen ist; ein Rechtsfehler ist insoweit auch nicht ersichtlich. Dagegen kann das Berufungsurteil, soweit darin eine Haftung auch wegen eines Aufklärungsversäumnisses verneint wird, keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Klägerin auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den durchgeführten Eingriff eingewilligt hätte (sogenannte hypothetische Einwilligung, § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB).

13 a) Das Berufungsgericht hat die Frage, ob eine ordnungsgemäße Aufklärung der Klägerin vor dem Eingriff erfolgt ist, ausdrücklich offengelassen. Zugunsten der Revision ist deshalb zu unterstellen, dass die Beklagten die ihnen gegenüber der Klägerin obliegenden Pflichten in zweifacher Hinsicht verletzt haben.

14 aa) Das Berufungsgericht ist zugunsten der Klägerin von der Annahme ausgegangen, dass - wovon sich das Landgericht überzeugt gezeigt hat - die

Beklagten die Klägerin (schon) nicht hinreichend verständlich über die Art und den Umfang des ursprünglich geplanten Eingriffs sowie eine mögliche Eingriffsalternative aufgeklärt haben (§ 630e Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB). Es ist daher im Folgenden zugunsten der Revision zu unterstellen, dass die Beklagten der Klägerin die ursprüngliche Operationsplanung und insbesondere den Umstand, dass der Gebärmutterkörper entfernt werden sollte, in Verletzung der ihnen insoweit obliegenden Aufklärungspflicht nicht ausreichend verdeutlicht haben und die in Bezug auf den ursprünglich geplanten Eingriff erteilte Einwilligung der Klägerin daher nicht wirksam war (§ 630d Abs. 2 BGB).

15           bb) Ferner ist mangels abweichender Feststellungen zugunsten der Revision zu unterstellen, dass die Beklagten die Klägerin vor der Operation nicht in der erforderlichen Art und Weise über eine bei einem Fehlschlagen der Hysteroskopie möglicherweise erforderlich werdende (vorhersehbare) Operationserweiterung aufgeklärt haben. Eine weitere - zugunsten der Klägerin zu unterstellende - Pflichtverletzung liegt folglich darin, dass die Operation fortgesetzt wurde, nachdem der Beklagte zu 2 erkannt hatte, dass eine Gebärmutterspiegelung nicht möglich war. Das wäre erforderlich gewesen, um zunächst die Einwilligung der Klägerin zu dem erweiterten Eingriff (Entfernung auch des Gebärmutterhalses) einzuholen (§ 630d Abs. 1 Satz 1 BGB, vgl. Senat, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91, NJW 1993, 2372, 2373 f., juris Rn. 21). Dass die vaginale Hysterektomie am 7. April 2014 hätte unterbleiben können, hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Aussage des Sachverständigen, es hätte auch zugewartet werden können, festgestellt.

16           b) Dies vorausgeschickt, geht das Berufungsgericht zwar zu Recht davon aus, dass sich die Beklagten im Streitfall grundsätzlich auf den Einwand der sogenannten hypothetischen Einwilligung berufen können (§ 630h Abs. 2 Satz 2 BGB). Es hätte auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen

aber nicht annehmen dürfen, dass die Klägerin bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die streitgegenständliche Operation, so wie sie am 7. April 2014 stattgefunden hat, eingewilligt hätte.

17           aa) Genügt die Aufklärung nicht den an sie zu stellenden Anforderungen (§ 630e BGB bzw. Senat, Urteile vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 106; vom 12. März 1991 - VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347; vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15, NJW-RR 2017, 533 Rn. 10 mwN) kann sich der Behandelnde darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte (§ 630h Abs. 2 Satz 2 BGB). An einen dahingehenden Nachweis, der dem Behandelnden obliegt, sind strenge Anforderungen zu stellen, damit nicht auf diesem Weg der Aufklärungsanspruch des Patienten unterlaufen wird. Den Arzt trifft für seine Behauptung, der Patient hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt, die Beweislast aber erst dann, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er - wären ihm rechtzeitig die Risiken des Eingriffs verdeutlicht worden - vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteile vom 5. Februar 1991 - VI ZR 108/90, VersR 1991, 547, juris Rn. 8 f. mwN; vom 14. Juni 1994 - VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, juris Rn. 11 mwN). Daran hält der Senat auch unter der Geltung der Vorschrift des § 630h Abs. 2 BGB fest, nachdem durch das Patientenrechtegesetz die bisherige Rechtsprechung zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsrecht (lediglich) gesetzlich kodifiziert, nicht aber modifiziert werden sollte (BT-Drs. 17/10488, S. 9, 24, 27).

18           bb) Gedankliche Voraussetzung der hypothetischen Einwilligung ist stets die Hypothese einer ordnungsgemäßen, insbesondere auch vollständigen Aufklärung (Senat, Urteil vom 5. Februar 1991 - VI ZR 108/90, VersR 1991, 547; juris Rn. 8 f. mwN). Den Inhalt dieser Aufklärung hat das Berufungsgericht un-

richtig bestimmt, weil es rechtsfehlerhaft nicht von der Sachlage vor der streitgegenständlichen Operation ausgegangen ist. Es hat keine Feststellungen dazu getroffen, welche Aufklärung der Klägerin vor dem streitgegenständlichen Eingriff hätte zu teil werden müssen (§ 630e Abs. 1 und 2 BGB). Es hat sich lediglich damit beschäftigt, welche Möglichkeiten der Beklagte zu 2 hatte, als er am 7. April 2014 feststellte, dass die geplante Gebärmutter Spiegelung nicht durchgeführt werden konnte. Das Risiko, dass die Klägerin bei Manifestation eines Endometriumkarzinoms von der Prognose her von einem mit an Sicherheit heilbaren Frühkarzinom in das Stadium einer vermutlich nicht mehr heilbaren Krebserkrankung überführt worden wäre, bestand nach den - vom Berufungsgericht in Bezug genommenen - Ausführungen des Sachverständigen indes lediglich für den Fall, dass die Operation wie ursprünglich geplant durchgeführt worden wäre. Nur dann hätten durch die Zerstückelung des Gebärmutterkörpers Tumorzellen in die Bauchhöhle versprengt werden können. Das Berufungsgericht ist daher bei der der Klägerin mitgeteilten Aufklärung und damit auch bei seiner trichterlichen Bewertung, ob die Klägerin einen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht hat, rechtsfehlerhaft nicht von einer ordnungsgemäßen Aufklärung ausgegangen, sondern hat zu Lasten der Klägerin Risiken berücksichtigt, die es nur bei der ursprünglich geplanten, tatsächlich nicht durchgeführten, laparoskopischen supra zervikalen Hysterektomie gegeben hätte.

- 19            2. Das Urteil ist auch nicht deshalb richtig (§ 561 ZPO), weil der Eingriff ohne Einwilligung der Klägerin hätte durchgeführt werden dürfen. 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 (§ 630d Abs. 1 Satz 4 BGB; Senat, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91, aaO, Rn. 21; vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Rn. C 102 ff.; Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, 6.

Aufl., Rn. 212). In diesem Fall ist auch eine Aufklärung entbehrlich (§ 630e Abs. 3 BGB). Das kommt hier indes schon deshalb nicht in Betracht, weil der Eingriff - wie bereits ausgeführt - am 7. April 2014 (ohne weiteres) hätte unterbleiben können.

### III.

20 Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, sondern ist aufzuheben und mangels Entscheidungsreife zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf folgendes hin:

21 Zur Feststellung des Inhalts einer ordnungsgemäßen, insbesondere vollständigen Aufklärung wird das Berufungsgericht von der Sachlage vor der streitgegenständlichen Operation auszugehen haben. Es wird festzustellen haben, welche Aufklärung der Klägerin in Bezug auf die ursprünglich geplante Operation, auf vor der Operation vorhersehbare Operationserweiterungen und unabhängig davon auch wegen des sich aus den vor der Operation erhobenen Befunden ergebenden Verdachts einer Krebserkrankung hätte zu teil werden müssen, insbesondere im Hinblick auf die Frage, welches Risiko sich aus den Befunden im Hinblick auf eine mögliche Krebserkrankung tatsächlich ergab, sowie auf die Notwendigkeit und Dringlichkeit der insoweit gebotenen Maßnahmen (vgl. Senat, Urteile vom 14. Januar 1997 - VI ZR 30/96, NJW 1997, 1637, juris Rn. 13 ff.; vom 18. März 2003 - VI ZR 266/02, NJW 2003, 1862, juris Rn. 18; jeweils zu einer Gebärmutterentfernung).

22 Erst nach Feststellung des Inhalts der gebotenen Aufklärung wird das Berufungsgericht die Klägerin (erneut) zu einem Entscheidungskonflikt anhören

können. Es wird dabei zu berücksichtigen haben, dass sich die Substantiierungspflicht des Patienten auf die Darlegung des Entscheidungskonflikts, in den er bei erfolgter Aufklärung geraten wäre, beschränkt; er braucht nicht etwa darzulegen, wie er sich tatsächlich entschieden hätte (st. Rspr.; vgl. nur Senat, Urteil vom 14. Juni 1994 - VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, juris Rn. 11). Insbesondere wenn ein Patient einen Eingriff in der Vergangenheit bereits verweigert und dadurch zu erkennen gegeben hat, dass er sich in einem Entscheidungskonflikt befindet, genügt es, dass er plausibel macht, er hätte zunächst zugewartet, um sich in Ruhe über den Eingriff schlüssig zu werden (Senat, aaO Rn. 14).

von Pentz

Oehler

Roloff

Klein

Allgayer

Vorinstanzen:

LG Oldenburg, Entscheidung vom 19.07.2017 - 8 O 1170/16 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 14.02.2018 - 5 U 135/17 -