

**BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07; Einwand hypothetischer Einwilligung  
erstmals im Berufungsverfahren, GesR 2009, 154**

Der Einwand der Beklagtenseite, wonach die Patientin sich dem jeweiligen streitgegenständlichen Eingriff auch bei zutreffender Aufklärung und Kenntnis der Risiken unterzogen hätte, ist grundsätzlich beachtlich. Den Arzt treffe insoweit eine Behauptungs- und Beweislast. Erst nach dem Berufen auf diese hypothetische Einwilligung treffe den Patienten die Darlegungslast für einen ernsthaften Entscheidungskonflikt.

Der Vortrag der Beklagtenseite, wonach der erstinstanzliche Prozessvortrag demgemäß die Klägerin nach ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt habe, erfasse nicht das für die hypothetische Einwilligung erforderliche Vorbringen. Er sei auch nicht ein revisionsseits bezeichnetes „Anklingen“, welches sodann durch den Vortrag in der zweiten Instanz lediglich konkretisiert werde. Bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten beruft sich der Schädiger nämlich darauf, dass im Falle seines rechtswidrigen Verhaltens der Schaden auch bei normgerechtem Verhalten eingetreten wäre. Dem Beklagtenvortrag müsse daher zu entnehmen sein, dass sich dieser nicht auf die Behauptung der ordnungsgemäßen Aufklärung, sondern auf eine fiktive Einwilligungssituation bezogen habe.

Im Streitfall seien die der hypothetischen Einwilligung zugrunde liegenden Tatsachen zwischen den Parteien streitig gewesen. In einem solchen Fall fände die Präklusionsvorschrift des § 531 Abs. 2 ZPO Anwendung. Die Beklagtenseite habe hier Anlass gehabt, sich in der ersten Instanz zumindest hilfsweise auf eine hypothetische Einwilligung zu berufen.

Eine Partei müsse nämlich schon im ersten Rechtszug die Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen, deren Relevanz für den Rechtsstreit bekannt sei oder mit der gebotenen Sorgfalt hätten bekannt sein müssen und zu deren Geltendmachung die jeweilige Partei im Stande gewesen wäre.

Schon nach dem Erlass des erstinstanzlichen Beweisbeschlusses habe die Beklagtenseite in Betracht ziehen müssen, dass das angerufene Landgericht ihrem Sachvortrag zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung nicht folgen würde. Jedenfalls nach dem Erhalt des Sachverständigengutachtens sei deutlich gewesen, dass eine

Verurteilung wegen nicht erfolgte Aufklärung im Raum stünde. Der Beklagten habe es somit schon in der ersten Instanz obliegen, sich auf das neue Verteidigungsmittel zu berufen, ohne dass es hierfür eines Hinweises nach § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO bedurft hätte.