

Bewijslastverdeling, de informatieplicht van de arts en het recht op zelfbeschikking: communicerende vaten!

Ivo Giesen (UvA)*

In deze bijdrage staat de bewijslastverdeling in een procedure tot verkrijging van schadevergoeding tegen een arts, wegens schending van zijn informatieplicht, centraal. Betoogd wordt dat het recht op zelfbeschikking niet alleen van invloed is op de zorgvuldigheidsnorm waaraan de arts dient te voldoen, maar ook een rechtvaardiging kan zijn voor een verdergaande afwijking van de hoofdregel van bewijslastverdeling. Daarbij wordt ook het Duitse recht aan een beschouwing onderworpen.

1 Inleiding

In dit artikel worden de regels van bewijslastverdeling, zoals die gelden wanneer een arts aansprakelijk wordt gesteld omdat hij onvoldoende informatie¹ heeft verstrekt aan de patiënt (verder: informatieverzuim), aan een onderzoek onderworpen. Met name de vraag of het hier in het geding zijnde recht op zelfbeschikking van invloed kan zijn op de verdeling van de bewijslast, staat hierbij op de voorgrond.

Het probleem dat speelt bij informatieverzuim, is dat de toestemming van de patiënt tot het uitvoeren van een behandeling niet verder reikt dan de gegeven informatie, terwijl toestemming wel voor elke verrichting door de arts nodig is (art. 7: 450 lid 1 BW). In iets dat onbekend is, kan immers niet toegestemd worden. Dit wordt in de literatuur de kwestie van *informed consent* (geïnformeerde toestemming) genoemd. Als die toestemming ontbreekt omdat de verstrekte informatie niet volledig was, ligt er een fout van de arts waartegen de patiënt in rechte op kan treden.

De in zo'n procedure geldende regels van bewijslastverdeling zullen hieronder uiteengezet worden. Naast het Nederlandse recht is daarbij gekozen voor het Duitse recht, omdat in Duitsland een schat aan rechtspraak en literatuur voorradig is waaruit gezichtspunten voortvloeien die ook voor het Nederlandse recht van be-

lang zouden kunnen (moeten) zijn. Kortom, rechtsvergelijking om inspiratie op te doen bij hervorming van het eigen recht.

Ik zal mij in dit artikel richten op twee elementen, namelijk de bewijslast ten aanzien van de eventueel gemaakte fout in de informatievoorziening en de bewijslast met betrekking tot het causale verband tussen die fout en de schade. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat het juist deze twee elementen zijn die in procedures tegen een arts voor problemen aan de kant van de gedupeerde zorgen. In de medische wetenschap is weinig met honderd procent zekerheid te stellen, omdat veel gewoon nog onbekend is en omdat de gesteldheid van de patiënt invloed heeft op het genezingsproces. Dit maakt het leveren van bewijs een hachelijke zaak en leidt er dus toe dat het opgelegd krijgen van de bewijslast grote consequenties met zich brengt.

Dat het recht op informatie gekoppeld is aan het recht op zelfbeschikking is al langer bekend.² Het gaat hier om de vraag of dat grondrecht, in Nederland verankerd in artikel 11 Gw,³ ook van invloed kan zijn op de bewijslastverdeling.

2 Grondslag van aansprakelijkheid

2.1 Algemeen

In Nederland kan de eventuele aansprakelijkheid van de arts gegrond worden op ofwel onrecht-

* Dit artikel is geschreven op basis van de afstudeerscriptie van de auteur. De auteur is inmiddels als aio verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de KUB.

1 De categorie van de behandelingsfouten blijft hier buiten beschouwing, net zoals de doctrine van het verlies van een kans. Die doctrine wordt namelijk in Duitsland niet aanvaard, terwijl in Nederland de ontwikkeling in een zeer pril stadium is. Zie over genoemde doctrine, A.J. Akkermans, *A&V* 1996, p. 66 e.v., met verdere verwijzingen.

2 Zie o.a. C.M.M. Nadorp-van der Borg, *TvGR* 1995, Het recht van de patiënt op informatie in het Duitse civiele recht. Een voorbeeld?, pp. 2-13, en *TK* 21 561, nr. 3, p. 12.

3 Over de staatsrechtelijke merites van het recht op zelfbeschikking, zie o.a. P.W.C. Akkermans (e.a.), *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, 2e druk, Heerlen 1993, p. 105 e.v.

matige daad ofwel wanprestatie (toerekenbare tekortkoming in de nakoming). Nu het hier gaat om schending van de informatieplicht van de arts, een plicht die is opgenomen in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (artt. 7: 446-468 BW); er in het gros van de gevallen een overeenkomst tussen patiënt en arts gesloten wordt; en de zorgvuldigheidsnorm niet verschilt van die bij een onrechtmatige daad, zal ik mij in het navolgende beperken tot de actie uit wanprestatie (art. 6: 74 BW).

De informatieplicht is omschreven in artikel 7: 448 lid 1 BW:

‘De hulpverlener licht de patiënt op duidelijke wijze, en desgevraagd schriftelijk in over het voorgenomen onderzoek en de voorgestelde behandeling en over de ontwikkeling omtrent het onderzoek, de behandeling en de gezondheidstoestand van de patiënt.’

In Duitsland wordt de eventuele aansprakelijkheid van de arts gegrond op, in Nederlandse termen, onrechtmatige daad. Deze vordering uit ‘unerlaubte Handlung’ is geregeld in paragraaf 823 I *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB):

‘Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.’⁴

‘Fahrlässig’ is in paragraaf 276 BGB omschreven als het niet in acht nemen van de in het verkeer vereiste zorgvuldigheid.⁵ Welke zijn nu de elementen die naar Duits recht voor een geslaagde actie vast dienen te staan? Een recht of rechtsgoed is geschonden, hetgeen wederrechtelijk en met ‘Verschulden’ (‘vorsätzlich oder fahrlässig’)

gebeurde; er is schade, die toe te rekenen is aan de dader; en er is causaal verband.⁶

2.2 Informed consent

Zoals in de inleiding aangegeven, hebben we hier van doen met de problematiek van informed consent. Voor zover de toestemming van de patiënt om tot een bepaalde verrichting over te gaan gebaseerd is op onvoldoende informatie, wordt die toestemming naar Nederlands recht geacht niet rechtsgeldig te zijn. De ingreep valt dan onder de delictsomschrijving van artikel 300 Sr, omdat een rechtvaardigingsgrond — de toestemming — ontbreekt en er dus wederrechtelijk gehandeld is.⁷ Daarmee staat in principe ook de onzorgvuldigheid van de arts vast. Toestemming, en dus informatie, het zij nogmaals gezegd, is voor elke verrichting nodig, aldus artikel 7: 450 lid 1 BW.

De informatieplicht van de Duitse arts, de zogenaamde ‘ärztliche Aufklärungspflicht’, heeft betrekking op twee soorten informatie. Als eerste is daar de ‘Sicherungsaufklärung’ welke ziet op informatie die *niet* gericht is op het kunnen geven van geïnformeerde toestemming. De plicht tot verstrekking van dit soort informatie wordt beschouwd als een nevenverplichting van de arts; schending levert wanprestatie op. Deze plicht is niet gericht op het verkrijgen van toestemming tot een ingreep in het menselijk lichaam en staat dus niet in verband met het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, met als gevolg dat er bij verzuim geen sprake is van schending van een van de rechtsgoederen van paragraaf 823 I BGB.⁸ Voorbeelden hiervan zijn de informatieplicht voorafgaand aan een inenting,⁹ met betrekking tot een dieet, na een behandeling, of bij ver-

4 Deze bepaling somt dus een aantal rechtens te beschermen belangen op, en is in die zin niet gelijk aan de Nederlandse bepaling inzake de onrechtmatige daad, die veel algemener geformuleerd is en niet de te beschermen belangen zo concreet opsomt. Bovendien is de Duitse bepaling gericht op het gevolg en niet op het handelen, zoals artikel 6:162 BW.

5 De zorgvuldigheidsnorm dient in het Duitse recht dus ter bepaling van het ‘Verschulden’ van gedaagde en niet zoals in Nederland ter vaststelling van de onrechtmatigheid. Het element ‘schuld’ zal in deze bijdrage verder slechts zijdelings aan de orde gesteld worden.

6 O. Palandt (e.a.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7, 54. Auflage, München 1995, par. 823 Rdn 1.

7 Zie Noyon-Langemeijer-Remmeling, *Het wetboek van strafrecht*, (losbladig), Arnhem, Art. 300, aant. 9, p. 971.

De aanvaarding van de doctrine van informed consent lijkt in Nederland buiten discussie te staan. Men gaat ervanuit dat de doctrine gelding heeft, zie o.a. I. Jansen, *AA* 1995, De Wet omtrent de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling, pp. 267-269. Sluyters, De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis, *Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, nr. 34, Deventer 1984, p. 57, oppert weliswaar een alternatief, maar in het licht van hetgeen Remmelink beweert, nl. dat toestemming een rechtvaardiging is en geen bestanddeel van het delict, kan dat geen stand houden.

8 Nadorp-van der Borg, *l.a.p.*, pp. 3-4. Daardoor is immateriële schadevergoeding niet mogelijk, hetgeen de geringere populariteit van deze actie ten dele zou kunnen verklaren.

9 Zie BGH *NJW* 94, 3012 en A. Laufs, *NJW* 1995, Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, p. 1598.

strekking van medicijnen.¹⁰

De tweede soort informatie betreft die welke wel nodig is ter verkrijging van informed consent. Een medische ingreep is een inbreuk op de lichamelijke integriteit. Deze kan alleen rechtmatig zijn als toestemming gegeven is. Die toestemming dient gegeven te zijn op basis van voldoende informatie, ook in Duitsland. Dat nu wordt gewaarborgd door de 'Selbstbestimmungsaufklärung', die de arts verplicht is te geven. Schending van deze plicht levert een 'unerlaubte Handlung' op, want er is dan sprake van een inbreuk op het lichaam zonder (geïnformeerde) toestemming, dus van een 'Körperverletzung'.¹¹ Dat geldt ook indien de ingreep verder bekwaam werd uitgevoerd.¹²

In het vervolg van dit artikel zal ik mij alleen nog op de 'Selbstbestimmungsaufklärung' richten. De 'Sicherungsaufklärung' valt onder de regels die gelden voor behandelingsfouten,¹³ welke hier buiten beschouwing blijven. Bovendien wordt het onderscheid in Nederland niet gemaakt (zie art. 7: 448 BW).

2.3 De zorgvuldigheidsnorm

Om te bepalen of de arts aan de vereiste zorgvuldigheid heeft voldaan, met andere woorden of hij voldoende informatie verstrekt heeft om de toestemming rechtsgeldig te doen zijn, wordt zijn gedrag naar Nederlands recht getoetst aan de maatstaf van 'een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot'.¹⁴ Ook in Duitsland vergelijkt men de handeling met het handelen van een 'redelijk bekwaam vakgenoot'.¹⁵

De concrete inhoud en omvang van de informatieplicht, en dus van de zorgvuldigheidsnorm, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De noodzaak van de ingreep, de ernst van en de kans op verwezenlijking van een bepaald risico, de alternatieven, en de persoon van de patiënt zijn in Nederland bepalend voor de

omvang daarvan.¹⁶ Over de specifieke inkleuring is verder weinig te zeggen. Alleen enkele vuistregels zijn te geven. Zo gaat bijvoorbeeld de plicht verder naarmate de noodzaak van de ingreep minder is.¹⁷

Of er naar de eisen van het Duitse recht genoeg informatie is verstrekt, wordt bepaald door de behoeften van iedere individuele patiënt. De patiënt moet 'im grossen und ganzen' weten waarin hij toestemt.¹⁸ Informatie dient gegeven te zijn over de diagnose, het verloop van de ingreep en de gevolgen daarvan, de alternatieven, en de risico's. Of een risico meegedeeld moet worden, is afhankelijk van de 'Risikozusammenhang': ook over een klein risico dat van belang is voor de beslissing van de patiënt omdat de eventuele verwezenlijking van dat risico het leven van die patiënt in grote mate zal beïnvloeden, dient opheldering gegeven te worden.¹⁹

Concluderend kunnen we stellen dat de inhoud van de materiële norm vrijwel gelijk is in de onderzochte stelsels. Geldt dat ook voor de bewijslastverdeling?

3 Bewijslastverdeling ten aanzien van de fout

Ten aanzien van eventueel door de arts gemaakte fouten is de bewijspositie van de patiënt preciezer.²⁰ Hij heeft geen kennis van zaken, wordt omringd door onbekenden (denk aan de groepen co-assistenten), staat onder druk etc. en weet dus minder van wat er precies gebeurd is. Vaak is helemaal niets bij de patiënt bekend, omdat hij bewusteloos binnen is gebracht of onder narcose was. Men zal dus snel geneigd zijn te komen tot een verlichting van de bewijslast voor de patiënt om daaraan tegemoet te komen. Maar daar moet meteen een relativisering aan toegevoegd worden. In de woorden van Asser:

10 Nadorp-van der Borg, *t.a.p.*, p. 3; G. Baumgärtel (e.a.), *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*, Band 1. Allgemeiner Teil und Schuldrecht BGB, Köln 1981, par. 823 I Rdn 42.

11 Nadorp-van der Borg, *t.a.p.*, pp. 4-5.

12 H. von Wallenberg, *Der Zivilrechtliche Arzthaftungsprozess aus beweissrechtlicher Sicht*, Inaugural-Dissertation Münster, 1993, p. 127.

13 A. Baumbach en W. Lauterbach (e.a.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 1, 52. Auflage, München 1994, Anh. par. 286 Rdn 59; Von Wallenberg, *a.w.*, p. 137.

14 HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26. Zie o.a. C.J.J.M.

Stolker, *WGBO en aansprakelijkheid*, in: J. Legemaate (red.), *De WGBO: van tekst naar toepassing*, Houten 1995, p. 113.

15 Sluyters, *a.w.*, p. 10.

16 M.A. Goslings, *TvGR* 1995, Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken, pp. 211-212.

17 Zie Goslings, *t.a.p.*, p. 211, en kritisch S.C.J.J. Kortmann, *TvGR* 1993, noot onder Hof Arnhem 10 juli 1990 en 29 september 1992, *TvGR* 1993/65, p. 515.

18 Nadorp-van der Borg, *t.a.p.*, p. 6.

19 Von Wallenberg, *a.w.*, p. 139; A. Laufs, *NJW* 1993, Die Entwicklung des Arztrechts 1992/1993, p. 1502.

20 Zie J.G. Princen, *Fair Trial*, Arnhem 1990, p. 113.

'het is echter de vraag of die positie meebrengt dat op het punt van de stelplicht en bewijslast een correctie ten gunste van de patiënt nodig is. Dat hij zelf niet in de regel deskundig is (...) deelt hij met vele andere partijen (...) Bovendien kan hij zich altijd voorzien van deskundige bijstand (...)'.²¹

3.1 Nederland

Ten eerste moet hier vastgesteld worden dat de Hoge Raad vooralsnog geen onderscheid maakt tussen regels met betrekking tot behandelingsfouten en informatieverzuim. Beide soorten zaken worden over één kam geschoren met onderlinge verwijzingen.²² Onderscheid in regels van bewijslastverdeling, afhankelijk van de vraag of de vordering tegen de arts gebaseerd is op onrechtmatige daad of wanprestatie, wordt in Nederland ook niet gemaakt. De overeenkomstige elementen van die acties kennen dezelfde regels. Ik zal hier dan ook alleen de actie uit wanprestatie behandelen. Op basis van de algemene regel van bewijslastverdeling, zoals neergelegd in artikel 177 Rv, dient de eiser bij een vordering uit wanprestatie te stellen en te bewijzen dat er in casu sprake is of was van een overeenkomst, een tekortkoming (de arts heeft een fout gemaakt), schade, en causaal verband. Dat de tekortkoming, zo deze vaststaat, niet toerekenbaar is, dient door de gedaagde (de arts) bewezen te worden. Dit is het kader van de bewijslastverdeling volgens de hoofdregel. Is er ruimte voor afwijking daarvan?²³

Ten aanzien van de vaststelling dat er een *fout* gemaakt is, heeft de Hoge Raad beslist dat dat niet het geval is, tenzij er zeer bijzondere omstandigheden zijn. Met andere woorden, de patiënt draagt de bewijslast ten aanzien van de fout.²⁴ Staat de patiënt dan hulpeloos aan de kant? Neen, de Hoge Raad geeft in hetzelfde arrest aan dat op de arts wel een mededelingsplicht rust die onder omstandigheden tot gevolg heeft dat de arts meewerkt aan het bewijs door de patiënt. De arts dient voldoende feitelijke gegevens

te verstrekken ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.

Plichten hebben in het algemeen een bijbehorende sanctie teneinde nakoming van de plicht te bewerkstelligen. Zo ook hier. Over de hier toepasselijke sanctie sprak de Hoge Raad in het arrest Schepers-De Bruijn.²⁵ Als de betwisting niet voldoende gemotiveerd is, staat het de rechter vrij, wegens het vooralsnog vaststaan van de door de patiënt gestelde (rechts)feiten, de bewijslast om te keren, zoals Hof Den Bosch in casu gedaan had. In het verlengde daarvan ligt dat de rechter bepaalt dat er voor een bewijsopdracht helemaal geen plaats meer is.²⁶ Aan een verdeling van bewijslast komt de rechter niet meer toe; de stelling van de patiënt mag als vaststaand aangenomen worden.²⁷ Aan de mogelijkheid van tegenbewijs wordt dan voorbijgegaan.

3.2 Duitsland

Een algemene wettelijke regeling van de bewijslastverdeling, in de trant van artikel 177 Rv, kent men in Duitsland niet.²⁸ De hoofdregel van bewijslastverdeling is, aldus literatuur en jurisprudentie: 'Jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm, also derjenigen, deren Rechtswirkung ihr zugutekommt, zu beweisen.'²⁹

Van groot belang is dat in Duitsland de regels van bewijslastverdeling pas in het spel betrokken worden als de rechter met een *non liquet* achterblijft. Dat wil zeggen dat de te bewijzen feiten niet vast zijn komen te staan. De rechter bepaalt dan wie wat moet (eigenlijk: moest) bewijzen en dus wie het proces verliest aangezien dat bewijs niet geleverd is. 'Beweislast' wordt dan ook gedefinieerd als '(...) das Risiko des Prozessverlusts für den Fall der Nichtbeweisbarkeit.'³⁰ De regels van bewijslastverdeling spelen dus pas in een latere fase van het proces een rol; een bewijsinterlocutoir zoals in Nederland, kent men niet.³¹

21 W.H.D. Asser, *TvGR* 1991, Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht, p. 67.

22 In het arrest Schepers-De Bruijn (HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368), aangaande een al dan niet gegeven advies, wordt met verwijzing naar het arrest Timmer-Deutman (HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 (WLH)), waarin een behandelingsfout speelde, bepaald dat de in dat laatste arrest gegeven regel ook hier geldt.

23 Asser, *t.a.p.*, pp. 70-71, plaatst dit in het kader van dwaling. Nu het hier gaat om schadevergoeding wegens wanprestatie en niet om ontbinding van een overeenkomst, lijkt mij dat niet geheel geëigend, al is de paral-

lel er natuurlijk wel.

24 HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 (WLH).

25 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368. Zie hierover ook Goslings, *t.a.p.*, p. 207.

26 HR 13 januari 1995, *RvdW* 1995, 31.

27 Zie J.M. van Dunné, *AA* 1995, De bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid, p. 672.

28 Zie W.H.D. Asser, *Bewijslastverdeling*, Mon. Nieuw BW A-24, Deventer 1992, p. 65.

29 Zie Baumbach-Lauterbach, *a.w.*, Anh. par. 286 Rdn 4.

30 Baumbach-Lauterbach, *a.w.*, Anh. par. 286 Rdn 1.

31 Asser, *a.w.*, p. 66.

Hoe is het in het algemeen gesteld met de bewijslastverdeling bij een 'unerlaubte Handlung'? De eiser draagt de bewijslast voor het feit dat de handeling plaats heeft gevonden en dat een rechtsgoed uit paragraaf 823 I BGB 'verletzt' is. Bovendien dient hij te bewijzen dat er causaal verband bestaat tussen die twee. Het ontbreken van wederrechtelijkheid moet door gedaagde, door het aanvoeren van een rechtvaardigingsgrond, bewezen worden. Ten aanzien van het 'Verschulden' van de gedaagde is de eiser degene die met bewijs op de proppen dient te komen. Hij dient aan te tonen dat de gedaagde opzettelijk of nalatig de in het verkeer vereiste zorgvuldigheid niet in acht heeft genomen.³²

Wordt van deze algemene regels afgeweken bij een fout in de informatievoorziening? Een ingreep in het menselijk lichaam valt, indien wederrechtelijk (lees: zonder toestemming), ook in Duitsland onder de werking van de strafwet. Als toestemming ontbreekt, is er bovendien een 'unerlaubte Handlung' wegens 'Körperverletzung'. Daarbij wordt de wederrechtelijkheid geacht in de 'Verletzung' opgesloten te zijn.³³ De arts dient deze indicatie door middel van een rechtvaardigingsgrond — de toestemming — te weerleggen. De arts dient dus te bewijzen dat er überhaupt toestemming was.³⁴

Een eventueel gegeven toestemming werkt echter alleen als '(...) ihr eine vollständige und richtige Aufklärung des Patienten durch den Arzt vorausgegangen ist.'³⁵ Zo niet, dan hebben we te maken met een wilsgebrek bij het verlenen van toestemming en is de toestemming niet rechtsgeldig. Conclusie is dat de arts, omdat het hier een eventuele rechtvaardigingsgrond betreft, ook dient te bewijzen dat de patiënt *voldoende* ingelicht was, wil hij aansprakelijkheid vermijden.³⁶ De patiënt hoeft dus niet het verzuim te bewijzen.

Bij deze verschuiving van de bewijslast, in vergelijking met de normale 'unerlaubte Handlung', dient wel direct aangetekend te worden dat aan die bewijslevering geen overdreven eisen gesteld mogen worden.³⁷ Als er enig bewijs aangevoerd is, dient bij twijfel het voordeel naar de arts te

gaan;³⁸ gedetailleerde aantekeningen op de patiëntenkaart kunnen daartoe volstaan.³⁹ De materiële eisen zijn dus hoog, de bewijsrechtelijke zijn veel lager. Von Wallenberg ziet dit als een compensatie door de rechters die noodzakelijk is om misbruik tegen te gaan en de vertrouwensrelatie van arts en patiënt in stand te houden.⁴⁰

Door bovengenoemde bewijslastverdeling, en die ten aanzien van het causale verband, zijn in Duitsland zogenaamde 'informed consent'-formulieren in zwang geraakt. Mede ter versterking van zijn bewijspositie verstrekt de arts informatie via standaardfolders en via door de patiënt te ondertekenen standaardformulieren. Dit heeft nadelige gevolgen voor de patiënt in die zin dat de verkregen informatie niet op hem persoonlijk gericht is.⁴¹ Nu echter de rechtspraak zich terughoudend opstelt ten aanzien van het gebruik van zulke formulieren, moeten de gevaren van het gebruik daarvan niet overschat worden.⁴²

4 Bewijslastverdeling ten aanzien van het causale verband

Het causaliteitsvraagstuk behelst de (hypothetische) vraag of de patiënt al dan niet ingestemd zou hebben indien de verstrekte informatie wel toereikend was geweest. Met andere woorden, is het niet zo dat de patiënt ook met de behandeling ingestemd zou hebben indien hij volledige informatie gekregen had van de arts? Als het antwoord op die vraag bevestigend is, is er door de afwezigheid van die volledige informatie geen schade veroorzaakt. De situatie zou dan precies hetzelfde geweest zijn, of er nu met of zonder voldoende informatie tot behandeling werd overgegaan. Als dat zo is, ontbreekt het benodigde causale verband tussen het verzuim en de schade. Zonder verzuim zou de schade gelijk geweest zijn. Als het antwoord op de hierboven gestelde vraag ontkennend luidt, bestaat er wel causaal verband. De situatie zou, als volledige informatie verstrekt was, immers uiteindelijk anders geweest zijn; de patiënt zou niet meegewerkt hebben. Bij de beoordeling van de causaliteitsvraag

32 Baumgärtel, *a.w.*, par. 823 I Rdn 3-6, 14, 20.

33 BGH *NJW* 84, 1807; Von Wallenberg, *a.w.*, p. 127.

34 Von Wallenberg, *a.w.*, pp. 127-128.

35 Von Wallenberg, *a.w.*, p. 136.

36 Baumgärtel, *a.w.*, par. 823 I Rdn 42; Palandt, *a.w.*, par. 823 Rdn 50; Baumbach-Lauterbach, *a.w.*, Anh. par. 286 Rdn 57.

37 BGH *NJW* 85, 1399; Palandt, *a.w.*, par. 823 Rdn 50;

Baumbach-Lauterbach, *a.w.*, Anh. par. 286 Rdn 57.

38 Zie BGH *NJW* 85, 1399.

39 Von Wallenberg, *a.w.*, p. 143.

40 Von Wallenberg, *a.w.*, pp. 144-146.

41 Zie voor verdere kritiek Nadorp-Van der Borg, *i.a.p.*, pp. 8, 11-12, en Kortmann, *i.a.p.*, p. 518.

42 Zie A. Lauf's, *NJW* 1994, Die Entwicklung des Arztrechts 1993/1994, p. 1566.

staan twee wegen open. Die beoordeling kan geschieden volgens de subjectieve leer, waarbij het gaat om de vraag hoe *deze* patiënt gehandeld zou hebben, of de objectieve leer, waarbij het gaat om de beslissing die een *redelijk* handelende patiënt genomen zou hebben.

4.1 Nederland

Hoe gaat de Nederlandse rechter met bovengenoemde gezichtspunten om? De Rechtbank Den Bosch⁴³ volgde de objectieve leer. Op grond van de zeldzaamheid van de infectie was het niet aanemelijk dat van de operatie zou zijn afgezien. De vraag die dan rest is: wie bewijst? Uit de woorden van de rechtbank kan worden opgemaakt dat de bewijslast bij de patiënt ligt. De zin 'blijkt dus niet van causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade' duidt op het feit dat het verband moet blijken en niet op het feit dat het *ontbreken* moet blijken, hetgeen door de arts te bewijzen zou zijn.

In zijn uitspraak van 13 juli 1985⁴⁴ bepaalde het Hof Amsterdam echter dat na vaststelling van een fout het op de weg van de arts ligt om aan te tonen dat de schade ook zou zijn ontstaan indien die fout niet gemaakt was. De gedaagde dient dus het ontbreken van causaal verband te bewijzen. Asser bouwt eenzelfde redenering op,⁴⁵ anderen stemmen in.⁴⁶

Zeer recentelijk heeft de Hoge Raad,⁴⁷ in *zeer algemene bewoordingen*, in een procedure tegen een notaris, een arrest gewezen dat de door het Hof Amsterdam gebruikte redenering lijkt te bevestigen. De Hoge Raad stelt dat als door een wanprestatie of een onrechtmatige daad een risico geschapen wordt en dit risico zich verwezenlijkt, het causale verband in beginsel gegeven is. De gedaagde zal met bewijs moeten komen dat die aanname ontkracht. De bewijslast ten aanzien van het ontbreken van het causale verband zou daarmee dus op de arts rusten. De vraag is echter: kunnen we stellen dat door de onvolledige informatie '(...) een risico ter zake van het

ontstaan van schade in het leven is geroepen (...)?' Grammaticale uitleg lijkt de toepasselijkheid van dit arrest uit te sluiten: door het niet vermelden ontstaat het risico niet, het bestond altijd al. Het enige dat gebeurt, is dat het risico onbekend blijft totdat het zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Bovendien, de hier geponeerde regel is oorspronkelijk ontwikkeld voor die gevallen waarin een verkeers- of veiligheidsnorm in het geding is. Ik ben dan ook van mening dat deze uitspraak hier niet direct toepasselijk kan zijn. Een argument tegen deze redenering is natuurlijk gelegen in het feit dat de Hoge Raad voorsnog geen verschil maakt tussen de behandelingsfout en het informatieverzuim. Bij een behandelingsfout is het risico immers wel geschapen door de arts en heeft deze dus wel de bewijslast. Overigens, als risico uitgelegd wordt als 'risico van schade door een behandeling die anders niet uitgevoerd zou zijn', kan wel gezegd worden dat deze uitspraak ook op gevallen van informatieverzuim ziet.⁴⁸

4.2 Duitsland

Ook in Duitsland kan de arts natuurlijk tegenwerpen dat de patiënt ook toegestemd zou hebben indien de informatie wel volledig gegeven was. De arts dient dit dan wel te bewijzen en hier worden er wel strenge 'Anforderungen' gesteld aan dat bewijs, voornamelijk omdat de *autonomie* van de patiënt in het geding is.⁴⁹ De gedachte hierachter is dat het onmogelijk is vast te stellen of de patiënt maatregelen genomen zou hebben als hij alles geweten had, en dus, of de schade al dan niet zou zijn ingetreden als alles bekend was geweest. Dit zogenaamde 'Unaufklärbarkeitsrisiko' is door de fout ontstaan en de gevolgen ervan, het dragen van de bewijslast, moeten dus bij de 'Verletzer' terecht komen.⁵⁰ Dat de redelijk handelende patiënt ingestemd zou hebben, is niet toereikend; nodig is dat de patiënt in kwestie ingestemd zou hebben.⁵¹ Men volgt in Duitsland dus de subjectieve leer; gevolg daar-

43 Dd. 19 februari 1993 (ongepubliceerd), te kennen uit Goslings, *t.a.p.*, p. 214.

44 *TvGR* 1986/38.

45 Asser, *t.a.p.*, p. 75.

46 I. Zwiers, Bewijslastverdeling in het medisch aansprakelijkheidsrecht, in: M. van Delft-Baas (red.), *Jaarboek Konsumentenrecht 1990*, Deventer 1990, p. 248; Goslings, *t.a.p.*, p. 210; C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, diss., Deventer 1988, pp. 129-130, houdt echter vast aan de hoofdregel, hetgeen zou betekenen dat eiser het causaal verband dient aan te tonen.

47 Zie HR 26 januari 1996, *RvdW* 1996, 46.

48 Hof Amsterdam 4 januari 1996, rolnr. 307/94, achtte causaal verband, afgezien van het verlies van een kans, zo onwaarschijnlijk dat er voor een bewijsopdracht aan de patiënt geen plaats was. Zie Akkermans, *t.a.p.*, p. 67.

49 Baumgärtel, *a.w.*, par. 323 I Rdn 48; Nadorp-van der Borg, *t.a.p.*, p. 12. Dit is zeker zo als de arts de patiënt moest overtuigen, zie BGH *NJW* 94, 2414.

50 K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, erster Band, allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, p. 518.

51 Von Wallenberg, *a.w.*, p. 161.

van is dat de bewijslevering bijna nooit zal slagen.

De rechtspraak komt de arts daarom enigszins tegemoet. Als de arts gemotiveerd stelt dat toestemming gegeven was, is een blote, ongemotiveerde ontkenning door de patiënt niet voldoende. Zo'n betwisting wordt dan gelijk gesteld aan geen betwisting, met alle bewijsrechtelijke gevolgen van dien.⁵² Het is daarom aan de patiënt opgedragen om duidelijk te maken dat hij, vanuit zijn oogpunt, voor een 'Entscheidungskonflikt' gestaan zou hebben. Met andere woorden, dat hij een serieus probleem zou hebben gehad bij het maken van zijn keuze.⁵³ De factoren die bepalen welke omvang de informatieplicht heeft, zoals de dringendheid, de ernst en de alternatieven, zijn ook hier bepalend. Hoe noodzakelijker de behandeling, of hoe minder alternatieven, of hoe duidelijker de risico's van niet-behandeling, hoe moeilijker het zal zijn voor de patiënt om aan te tonen dat er een conflict speelde. Deze zal dan bijzondere omstandigheden, zoals religieuze overwegingen, moeten aanvoeren.⁵⁴

5 Nadere rechtsvergelijking

In Nederland is het nog immer aan de patiënt om bewijs op tafel te leggen dat er een gebrek in de informatievoorziening was. Maar, de vaker gehanteerde aanvullende stelplicht geldt ook hier, met alle consequenties die daaraan verbonden zijn. Immers, het vaststaan van de fout brengt diverse vermoedens met zich. Zo wordt het causale verband vermoed als de fout bewezen is, terwijl ook de schuld van de arts wordt aangenomen.⁵⁵ Het gevolg is dus dat de patiënt zijn bewijsvoering kan staken indien de fout vaststaat. En dat terwijl het ook nog zo is dat het bewijs van de fout verlicht wordt door de mededelings-

plicht-constructie. Doordat de arts opening van zaken dient te verschaffen, komt het daadwerkelijk leveren van bewijs weer als mogelijkheid in zicht. Het Duitse recht levert hier een overtreffende trap. De bewijslast met betrekking tot de *afwezigheid* van een gebrek in die informatievoorziening, rust op de arts. Als relativering moet wel opgemerkt worden dat aan dat bewijs geen strenge eisen gesteld mogen worden.

Ten aanzien van het causaliteitsvraagstuk hebben de Duitse rechters ervoor gekozen dat de arts belast wordt met het stellen en bewijzen dat dat noodzakelijke verband tussen fout en schade ontbreekt. De patiënt moet echter wel gemotiveerd stellen dat hij met voldoende informatie een andere keuze gemaakt zou hebben. Deze moet aantonen dat er een 'Entscheidungskonflikt' speelde. Lukt dat niet, dan is de arts verlost van de hem opgedragen last.

Overigens, het Nederlandse recht is vooralsnog niet volledig helder ten aanzien van het causale verband. Weliswaar is tot nu toe als algemene regel aangevoerd dat het causale verband aangenomen wordt als de fout vaststaat,⁵⁶ maar ik roep hier de uitspraak van Rechtbank Den Bosch in herinnering, waaruit afgeleid kan worden dat de bewijslast op de patiënt rust.⁵⁷ Voorlopig ga ik er echter vanuit dat de algemene regel geldend recht is.

We zien hier dus dat in beide landen een soortgelijke constructie, namelijk die van de aanvullende stelplicht, gebruikt wordt. In Nederland om de patiënt terzijde te staan bij het bewijzen van de fout, in Duitsland om de arts te hulp te schieten bij de vaak allesbeslissende vraag van het causale verband tussen informatieverzuim en schade. Nu deze constructie op verschillende elementen van de acties, ten behoeve van verschillende personen, wordt toegepast, kunnen we mijns inziens toch wel spreken van een funda-

52 Von Wallenberg, *a.w.*, p. 162.

53 BGH *NJW* 84, 1397; Von Wallenberg, *a.w.*, p. 163; Nardorp-van der Borg, *t.a.p.*, p. 13.

54 Von Wallenberg, *a.w.*, pp. 164-167.

55 Over schuld stelt Hartkamp het volgende: 'In beginsel moet de eiser stellen en bij deugdelijke betwisting bewijzen dat de onrechtmatige daad aan de schuld van de gedaagde is te wijten. Maar omdat het slechts bij uitzondering voorkomt dat, indien de onrechtmatigheid vaststaat, de dader geen schuld heeft, (...) wordt de gedaagde die zich op het ontbreken van schuld beroept, met het bewijs daarvan belast.' De aannemelijkheid van schuld is dus voldoende voor een algemene omkeer van de bewijslast. Dit geldt zeker daar waar veiligheidsnormen in het geding zijn, aldus Hartkamp. Welnu, dat is

bij de aansprakelijkheid van de arts veelal het geval, zoals de Hoge Raad laatstelijk (*RvdW* 1995, 31) bepaald heeft. Zie *Asser-Hartkamp 4-III*, nr. 77. In Duitsland rust de bewijslast ten aanzien van de schuld van de arts nog altijd op de patiënt, zie A. Laufs, *NJW* 1994, Die Entwicklung des Arztrechts 1993/1994, p. 1566.

56 Ook HR 26 januari 1996. *RvdW* 1996, 46 wijst ons in die richting. Ik heb hiervoor al aangegeven dat strikte lezing van het arrest erop wijst dat deze uitspraak geen gevolgen kan hebben met betrekking tot het informatieverzuim, maar de integrale benadering door de Hoge Raad van beide soorten fouten, spreekt mij wat dat betreft tegen.

57 Uitspraak van 19 februari 1993, te kennen uit Goslings, *t.a.p.*, p. 214.

menteel verschil. We hoeven alleen maar te denken aan die gevallen waarin de verstrekte nadere gegevens niet voldoende zijn om helderheid te verschaffen, om te zien dat deze regels in de praktijk tot wezenlijke verschillen kunnen leiden.

6 Verklaring: de grondrechtelijke dimensie

Waar komt de hier tentoongespreide ruimhartigheid van de Duitse rechter vandaan? Mijns inziens moet de verklaring gezocht worden in wat er aan de aansprakelijkheid ten grondslag ligt. Bij een behandelingsfout is er een fout gemaakt en dat is kwalijk, maar de patiënt wist wel waar hij aan begon. Hij besliste zelf over wat er ging gebeuren. Zijn of haar autonomie, het zelfbeschikkingsrecht, is niet aangetast. Bij 'Aufklärungsverzäumnisse' is de autonomie van de persoon wel aangetast, doordat hij geen vrijwillige keuze heeft kunnen maken. We hebben dan van doen met een inbreuk op een grondwettelijk beschermd recht, hetgeen billijk is dat deze voor rekening van de arts komt. De bescherming die aan grondrechten toekomt, en moet toekomen om ze serieus te kunnen nemen, leidt hier tot een nadeliger positie voor de arts. Die nadeliger positie, op basis van het feit dat een grondrecht in het geding is, wordt in Duitsland verwezenlijkt via een omkering van de bewijslast. Het grondrecht heeft dus invloed op de bewijslastverdeling.

Dat de bewijslastverdeling ten aanzien van de aansprakelijkheid van de arts in Duitsland een grondrechtelijke dimensie kent, wordt bevestigd door Reinhardt.⁵⁸ Ook Von Wallenberg plaatst het hier behandelde vraagstuk in een grondrechtelijke context; beslissend is volgens hem het recht op lichamelijke integriteit.⁵⁹ Een andere bevestiging van het feit dat in Duitsland de grondrechten invloed uitoefenen op het privaatrecht, en dus tot een andere bewijslastverdeling zouden kunnen leiden, is te vinden in een uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht*, het Duitse constitutionele Hof, uit 1993. Daarin werd bepaald dat

in civielrechtelijke zaken rekening gehouden dient te worden met de in Artikel 21 *Grundgesetz* vastgelegde 'Privatautonomie'.⁶⁰

We hebben gezien dat in Nederland de rechtspraak niet van zins is om tot een verdergaande bescherming te komen. Dat een grondrecht in het geding is, doet daaraan niet af. Ook de Nederlandse Grondwet beschermt het zelfbeschikkingsrecht, daar kan het dus niet aan liggen. Misschien is het verschil dan wel gelegen in het belang dat aan grondrechten gehecht wordt; wellicht is dat belang groter in Duitsland. Dat zou verklaard kunnen worden door de geschiedenis. Duitsland is immers recentelijk nog geconfronteerd geweest met een allesoverheersend regime dat zich aan grondrechten niets gelegen liet liggen. Het is dan logisch dat in de periode daarna diezelfde grondrechten extra scherp in de gaten gehouden worden.⁶¹

De vraag die uit het voorgaande volgt, is of er in het Nederlandse recht wel ruimte bestaat voor erkenning van de invloed van een grondrecht op de regels van bewijslast. Als die ruimte er niet is, is het logisch dat de rechter aan de betrokkenheid van het grondrecht geen speciale aandacht schenkt. Mijns inziens is die ruimte er echter wel. In Blok-VARA⁶² werd door de Hoge Raad bepaald dat bij het niet aannemen, zonder verder bewijs, van het gestelde causale verband 'mede van belang (is, IG) dat het hier gaat om mededelingen waarvan mag worden aangenomen dat zij (...) in beginsel gedekt worden door de vrijheid van meningsuiting.' Het Hof was niet verplicht een vermoeden van causaal verband aan te nemen, met de daarmee gepaard gaande verschuiving van de bewijslast naar de tegenpartij, nu de mededelingen onder de vrijheid van meningsuiting vielen. Als het recht op vrijheid van meningsuiting dit met zich kan brengen, zie ik niet in waarom dat niet ook ten aanzien van het recht op zelfbeschikking zou gelden. Bovendien, de invloed van grondrechten op het materiële recht wordt in Nederland ook onderkend.⁶³ Het zou mij dan vreemd voorkomen als dat niet ook

58. Zie M. Reinhardt, *NJW* 1994, Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, pp. 93-99.

59. Zie Von Wallenberg, *a.w.*, p. 128.

60. Zie BVerfG *NJW* 94, 36. Uit dat grondrecht werd de rechterlijke plicht afgeleid om de inhoud van sterk belastende overeenkomsten te toetsen. Ik denk niet dat het gewaagd is te stellen dat de hier blootgelegde doorwerking ook voor de andere grondrechten geldt. Zie over doorwerking van grondrechten in het privaatrecht ook C. von Bar, Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die

westeuropäischen Deliktsrechte, *RabelsZ* 1995, p. 203 e.v.

61. Ook M.C. Burkens wijst op de invloed van de geschiedenis op de huidige Duitse Grondwet. Zie L. Prakke en C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van de landen der Europese Gemeenschappen*, 4e druk, Deventer 1993, pp. 119-120.

62. Zie HR 29 oktober 1993, *VJ* 1994, 108, r.o. 3.5.

63. Zie Akkermans (e.a.), *a.w.*, p. 172.

aangenomen zou mogen worden ten aanzien van regels van bewijslast, zeker indien de materiële invloed van die regels zo groot is als op het onderhavige terrein.

7 Waardering en Conclusie

Mijns inziens rijzen er twee vragen. Ten eerste, is het opportuun het in Duitsland gemaakte onderscheid tussen behandelingsfouten en informatieverzuim over te nemen, met als mogelijk gevolg dat de regels van bewijslastverdeling tussen die twee groepen uiteen zullen gaan lopen? De tweede vraag is of de Duitse regels waardevol genoeg zijn om een transplantatie naar het Nederlandse recht te bepleiten.

Het antwoord op de eerste vraag moet mijns inziens kort en krachtig ja zijn. De grondrechtelijke basis die ten grondslag ligt aan het onderscheid, zou net zozeer van belang moeten zijn voor het Nederlandse recht. Het recht op zelfbeschikking wordt hier ten lande net zozeer als beschermenswaardig gezien als in Duitsland. De consequenties daarvan dienen dan aanvaard te worden. Dat geldt temeer nu de Hoge Raad de invloed van het recht op vrijheid van meningsuiting op bewijskwesties ook erkend heeft.

Een andere vraag is of ten aanzien van informatieverzuim het Duitse stelsel van regels overgenomen moet worden. De Nederlandse regels gaan weliswaar vrij ver in het bevoordelen van de patiënt, maar nu de onderliggende norm een grondrecht betreft, is dit alleszins te verantwoorden. De vraag is of de nog verdergaande Duitse regeling navolging verdient. Ik acht dat onvermijdelijk. Een fout in de informatievoorziening tast de gegeven toestemming aan. Er was dan geen rechtvaardiging voor de inbreuk op de lichamelijke integriteit. Als de arts meent dat de

ze er wel was, zal hij dat moeten aantonen. Dat is eigenlijk ook een toepassing van de normale regels van bewijslastverdeling. Het gaat dan ten slotte om een rechtvaardigingsgrond. Nu een nadere regel van bewijslastverdeling vooral in dit soort gevallen altijd voor een der partijen onbillijkheid in de hand werkt, acht ik het verstandig aan de hoofdregel van bewijslastverdeling vast te houden. De billijkheid kan hier ook geen basis voor een ander stelsel zijn omdat, vanwege de grondrechtelijke lading, mijns inziens in Duitsland de meest billijke oplossing gekozen is. Hierbij is ook van belang dat er in het Nederlandse recht ruimte is voor doorwerking van grondrechten op kwesties van bewijslast. Dat immers maakt dat overname van de Duitse regels redelijkerwijs te realiseren is.

Het probleem van de Duitse, en dus van de door mij gewenste regeling, waarbij de eiser zelfs de fout niet hoeft te bewijzen, is dat de mogelijkheid van misbruik vrij groot wordt. Door echter de eiser op te dragen gemotiveerd aan te geven dat hij met volledige informatie tenminste in een conflictsituatie (het 'Entscheidungskonflikt') beland zou zijn, wordt dit gevaar ingeperkt. Ik wil er dan ook zeker voor pleiten deze norm ook over te nemen.

De verschillen die er zijn tussen de beide rechtsstelsels, zijn terug te voeren op de meer expliciete erkenning in Duitsland dat een verzuim om informatie te verstrekken een inbreuk op een grondrecht vormt. Die erkenning heeft in Duitsland geleid tot een onderscheid tussen die fouten en behandelingsfouten en tot een verlicht bewijslastregime voor de patiënt bij zo'n informatieverzuim. De drie begrippen zijn als communicerende vaten van elkaar afhankelijk. Daarmee is ook meteen aangestipt op welk vlak het Nederlandse recht mijns inziens nog nader gevormd dient te worden.