

Der Aufklärungsfehler in Geburtshilfe und Gynäkologie

1. Die Bedeutung der Aufklärung

Der Arzt ist dazu verpflichtet, seinen Patienten ordnungsgemäß aufzuklären. Die Bedeutung der Verletzung dieser Verpflichtung und der sich aus ihr ergebenden Folgen ist in den letzten Jahrzehnten ständig gewachsen. Die Behauptung des Patienten, nicht oder nicht ausreichend aufgeklärt worden zu sein, steht in zunehmendem Maße neben oder anstelle des Vorwurfs eines Behandlungsfehlers im Zentrum rechtlicher Auseinandersetzungen. Deren Zahl ist seit den sechziger Jahren sprunghaft gestiegen. Sie betreffen den zivilrechtlichen Bereich ebenso wie die strafrechtliche Verfolgung und die Verhängung berufsgerichtlicher Sanktionen.

Gerade *im zivilrechtlichen Schadensersatzprozess* ist dem Patienten mit der *Rüge fehlerhafter Aufklärung die schärfste Waffe gegen den beklagten Arzt* in die Hand gegeben. Denn hier genügt – anders wie beim Behandlungsfehler, den der klagende Patient beweisen muss – die schlichte Behauptung des Klägers, er sei über den Eingriff des Arztes nicht aufgeklärt worden, um dem Arzt die volle Darlegungs- und Beweislast dafür zuzuschieben, dass dieser Vortrag unrichtig sei. *Im Schadensersatzprozess muss der Arzt also nachweisen, dass er den Patienten den rechtlichen Anforderungen entsprechend aufgeklärt hat.* Stehen ihm für diese Beweisführung weder Urkunden noch Zeugen zur Verfügung, so hat der Patient beste Chancen, seine Ansprüche durchzusetzen – und zwar ganz unabhängig davon, ob dem Arzt ein Behandlungsfehler unterlaufen ist oder nicht. Dem Patienten eröffnet sich damit ein Weg zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen, der von der Behauptung und vom Nachweis eines ärztlichen Behandlungsfehlers völlig unabhängig ist und sehr viel weniger Prozessrisiken aufweist.

Es wäre ein folgenschwerer Irrtum, daraus zu schließen, das Aufklärungsproblem sei in erster Linie von zivilrechtlicher Bedeutung und für die Abwehr von Schadensersatzansprüchen habe der Arzt schließlich eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen. Denn dabei würde verkannt, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht zunehmend auch *in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren* der Staatsanwaltschaften, *in Strafverfahren* gegen Ärzte und *in berufsgerichtlichen Verfahren* eine Rolle spielt. Zwar ist der Arzt in diesen Verfahren hinsichtlich der geleisteten Aufklärung nicht beweibelastet; hier muss – umgekehrt wie im Schadensersatzprozess – dem Arzt die Pflichtverletzung nachgewiesen werden. Andererseits tritt hier der Patient als Zeuge in Erscheinung, sodass der strafrechtlich verfolgte Arzt mangels beweiskräftiger Urkunden oder „Gegenzeugen“ wiederum in einer sehr gefährdeten Position ist. Es droht ihm eine strafrichterliche Verurteilung und daneben eine Sanktion des ärztlichen Berufsgerichts.

Die *Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht* und deren *beweiskräftige Dokumentation* müssen folglich als grundlegend für die ärztliche Berufsausübung angesehen werden. *Am Anfang jeder ärztlichen Behandlung muss grundsätzlich die Aufklärung des Patienten stehen.* Ausnahmen bestätigen auch hier die Regel. Vor einer unbekümmerten, lockeren Handhabung dieser Verpflichtung kann nur nachdrücklich gewarnt werden. Die Ärzteschaft ist daher – heute mehr denn je – dazu aufgerufen, in ihre berufliche Aus- und Fortbildung neben ihrem „eigentlichen“ Fachbereich, der Erfüllung des ärztlichen Heilauftrags, der Betrachtung der medizinisch-rechtlichen Aufklärungspflichten die bedeutsame Rolle zuzuweisen, die sie im Konfliktfall – mag man dies kritisieren oder nicht – ohne Zweifel hat.

2. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Grundlage der Aufklärungspflicht

Was aber ist Aufklärung? Woraus rechtfertigt sich ihre überragende Bedeutung? Mit diesen Fragen hat sich bereits vor mehr als 100 Jahren kein geringerer als *Immanuel Kant* befasst und hat sie – prägend für ein ganzes Zeitalter und lebendig bis heute – philosophisch beantwortet:

„Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der EntschlieÙung und des Muts liegt, sich seiner ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Sapere aude! Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen! ist also der Wahlspruch der Aufklärung.“¹

Dieser Appell zum *Austritt aus der Unmündigkeit*, zum *Gebrauch des eigenen Verstandes*, zur *Selbstbestimmung* und damit *Selbstverantwortung* ist Grundlage unseres modernen humanistischen Denkens geworden. Über die Proklamation der Menschenrechte hat die Idee von der Autonomie des Individuums, der Gedanke der Unantastbarkeit seiner Würde, sein Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, auf Leben und körperliche Unversehrtheit in alle liberalen Verfassungen der Gegenwart Eingang gefunden. Es handelt sich deswegen nach einhelliger Meinung bei dem *Selbstbestimmungsrecht* des Menschen (bzw. des Patienten) nach heutigem Verständnis um ein elementares *Grundrecht von Verfassungsrang*.²

Dem behandelnden Arzt als Sachkenner auf seinem Fachgebiet wird mit der Pflicht zur Aufklärung des Patienten nichts anderes abverlangt, als diesen durch Mitteilung aller Informationen, die für dessen Selbstbestimmung von wohlverstandenen Interesse sind, aus seiner (fachlich-medizinischen) Unmündigkeit heraus zu helfen und ihn in die Lage zu versetzen, „sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen“ und sich dann frei (selbstbestimmt) und eigenverantwortlich für und gegen einen bestimmten ärztlichen Eingriff zu entscheiden. Die ärztliche Aufklärung ist daher nach heutigem Verständnis *informationelle Hilfe zur Ausübung des verfassungsmäßig garantierten Selbstbestimmungsrechts des Patienten*.

3. Die Rechtsfolge der Einwilligung

Zwar finden sich Aufklärungspflichten im Rechtsleben allenthalben. Der Händler ist dem Käufer gegenüber, der Architekt seinem Bauherrn, der Anwalt seinem Mandanten gegenüber, der Vermieter dem Mieter in mancherlei Hinsicht aufklärungspflichtig; dies ergibt sich aus der vertraglichen Beziehung, in welche die Beteiligten jeweils zueinander getreten sind und oder die sie anzubahnen im Begriff sind. Derartige Aufklärungspflichten vertraglichen Ursprungs (*Beratungspflichten*) resultieren auch aus dem Arztvertrag. Sie sind gerade auch im Fachbereich der Gynäkologie von erheblicher Bedeutung, wenn man etwa die *Beratung zum diagnostischen Ausschluss von Erbschäden des Feten* (Chromosomenanomalien), die *Beratung beim Schwangerschaftsabbruch, bei geplanten Sterilisationseingriffen*, ins Auge fasst.

Ganz allgemein hat aber die Aufklärungspflicht des Arztes bei körperlichen Eingriffen gegenüber vertraglich übernommenen Pflichten *eine zusätzliche rechtliche Qualität*. Sie ergibt sich daraus, dass die Rechtsprechung den zu *Heilzwecken erfolgenden ärztlichen Eingriff nach wie vor als*

¹ Kant, in: Beantwortung der Frage „Was ist Aufklärung?“ 1784. Werksausgabe Bd. XI, Suhrkamp Verlag, Frankfurt 1977, Seite 53

² Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“

tatbestandsmäßige Körperverletzung ansieht. Der Arzt, der zu Heilzwecken zum Skalpell greift, an einer Narkose mitwirkt, eine Bestrahlungstherapie durchführt, Medikamente verordnet, handelt nach dieser Auffassung zunächst tatbestandsmäßig im Sinne der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Vorschriften zum Schutz der körperlichen Integrität des Patienten; er erfüllt den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung im strafrechtlichen wie im zivilrechtlichen Sinne. *Allein aufgrund der Einwilligung des Patienten* in den Eingriff (deren rechtlich anerkannter Ersatzformen oder des ausnahmsweise gegebenen Einwilligungsverzichts) ergibt sich, dass die *Körperverletzung nicht rechtswidrig* ist und daher weder strafrechtlich verfolgt werden kann noch zu einer zivilrechtlichen Schadensersatzforderung führt.

Die rechtliche Wirksamkeit dieser für das ärztliche Handeln so essenziellen Einwilligung des Patienten hängt aber davon ab, dass der Patient aufgeklärt ist.

Nur der aufgeklärte Patient kann rechtswirksam in eine Körperverletzung, wie es eine ärztliche Behandlung ist, *einwilligen*. Damit schließt sich der Kreis: Die Bedeutung der Aufklärung liegt darin, dem Patienten eine wissensgetragene, „mündige“ Entscheidung über die Einwilligung zu ermöglichen und den ärztlichen Eingriff dadurch zu legalisieren.

Dieser heute praktisch allgemein anerkannte Zusammenhang, wonach der an sich rechtswidrige ärztliche Eingriff durch die Einwilligung des zuvor aufgeklärten Patienten gerechtfertigt wird, wurde von der Judikatur erst in der Nachkriegszeit deutlich herausgearbeitet. Ausgangspunkt der Entwicklung der Rechtsprechung war ein vom *Reichsgericht* am 31.5.1894³ entschiedener Fall einer eigenmächtigen Heilbehandlung. Ein Arzt hatte gegen den ausdrücklich und deutlich erklärten Willen des Vaters eines siebenjährigen Kindes eine Fußamputation wegen bestehender tuberkulöser Vereiterung der Fußwurzelknochen vorgenommen. Das Reichsgericht hat dazu in seiner Entscheidung klargestellt, dass im Arzt-Patienten-Verhältnis jederzeit „Willensübereinstimmung“ bestehen müsse, um ärztliche Heileingriffe zu rechtfertigen und dass der Arzt eine rechtswidrige Körperverletzung begehe, wenn er seine Eingriffsbefugnis nicht aus einem bestehenden Vertragsverhältnis oder einer präsumtiven Zustimmung des Patienten ableiten könne.

Von der Notwendigkeit, dass neben die Einwilligung des Patienten – und dieser zeitlich vorausgehend – auch dessen Aufklärung zu treten habe, ist in der damaligen reichsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht die Rede gewesen. Die Annahme einer generellen Aufklärungspflicht wurde zunächst sogar abgelehnt, weil sie sich „weder aus der Übung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufes, noch aus inneren Gründen herleiten“ lasse und weil es „nicht selten sogar falsch“ sei, dem Kranken eine umfassende Belehrung über alle möglichen Operationsfolgen zu erteilen; zumal wenn dieser dadurch von einem an sich gebotenen oder doch zweckmäßigen Eingriff abgeschreckt werde oder wenn der Operations- und Heilungsverlauf durch Erweckung zusätzlicher Angstvorstellungen beim Patienten gefährdet werde.⁴

In weiteren reichsgerichtlichen Entscheidungen der Vorkriegszeit wurde eine ärztliche Aufklärungspflicht dann allerdings doch zögernd und mit Einschränkungen bejaht: Zum einen dürfe die Aufklärung nicht dazu führen, den angestrebten Heilerfolg zu gefährden;⁵ zum anderen habe der Arzt innerhalb gewisser Grenzen des freien, vom Gericht nicht kontrollierbaren Ermessens das Recht, über Art und Umfang der Aufklärung des Patienten zu befinden.⁶

³ RGSt 25, 375

⁴ RGSt 78, 432

⁵ RG JW 1932, 3328; RGZ 168, 207, 213

⁶ RG JW 1937, 3087

Die volle Bedeutung der ärztlichen Aufklärungspflicht als Folge ihrer Ableitung aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten – und damit aus seinem grundgesetzlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht – kam jedoch erst in der Nachkriegsrechtsprechung der obersten Gerichte zum Tragen. Dies gilt vor allem für das unten noch näher besprochene sog. „Myom-Urteil“ des Bundesgerichtshofs,⁷ für das „Strahlen-Urteil“⁸ und für das sogenannte „Zweite Elektroschock-Urteil“.⁹ In diesen Entscheidungen hat der BGH rechtliche Leitlinien für das Maß und den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht vor allem über die typischen Eingriffsgefahren bestimmt. Dabei hat das Gericht einen ärztlichen Ermessensspielraum (entgegen der Auffassung des Reichsgerichts) ausdrücklich verneint und die volle richterliche Überprüfung der Frage bejaht, ob der Kranke im Einzelfall ausreichend aufgeklärt worden ist und ob der Patient rechtswirksam in die Behandlung eingewilligt hat. Des Weiteren ist in diesen Urteilen die Tendenz begründet, die ärztliche Aufklärung nur ausnahmsweise ganz oder teilweise für entbehrlich zu halten.

4. Das Myom-Urteil

Von grundlegender Bedeutung für die Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten war das sog. *Myom-Urteil* des BGH vom 28.11.1957.¹⁰ Dabei ging es darum, dass der angeklagte Arzt aufgrund einer gynäkologischen Untersuchung bei der als Nebenklägerin im Strafverfahren auftretenden Patientin ein doppelfaustgroßes Gebärmuttermyom festgestellt hatte, zu dessen operativer Entfernung er riet. Während der Operation ergab sich, dass die Geschwulst nicht auf der Oberfläche der Gebärmutter saß, sondern mit ihr fest verwachsen war. Der angeklagte Gynäkologe entfernte daher die gesamte Gebärmutter, ohne zuvor das Einverständnis der Patientin eingeholt zu haben.

Der Bundesgerichtshof betonte in seiner Entscheidung, dass das *freie Selbstbestimmungsrecht des Patienten* vom Arzt respektiert werden müsse und *selbst dann nicht durch eine eigene ärztliche Entscheidung ersetzt werden dürfe, wenn der Patient an einer gefährlichen, lebensbedrohlichen Geschwulst leide*; denn auch in diesem Falle müsse ihm selbst die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, ob er sich dem Eingriff unterziehen wolle:

„Denn es ist möglich, dass ein Kranker eine selbst gefährliche Geschwulst an einem Organ seines Körpers eher weiter bestehen zu lassen bereit ist, als für die Beseitigung der Geschwulst den Verlust des ganzen Organs in Kauf zu nehmen. Mag diese Entscheidung für ihn selbst lebensbedrohlich und deshalb jedenfalls dann unverständlich sein, wenn er auch ohne das Organ weiterleben könnte, so muss sie doch von jedem, auch einem Arzt in Betracht gezogen und beachtet werden. Das in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert auch bei einem Menschen Berücksichtigung, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird. Niemand darf sich zum Richter in der Frage aufwerfen, unter welchen Umständen ein anderer vernünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um dadurch wieder gesund zu werden. Diese Richtlinie ist auch für den Arzt verbindlich. Zwar ist es sein vornehmstes Recht und seine wesentlichste Pflicht, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen. Dieses Recht und diese Pflicht finden aber in dem grundsätzlichen freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ihre Grenze. Es wäre ein rechtswidriger Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit, wenn ein Arzt – und sei es auch aus medizinisch berechtigten Gründen – eigenmächtig und selbstherrlich eine folgenschwere Operation bei einem Kranken, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne dessen vorherige Billigung vornähme. Denn ein selbst lebensgefährlich

⁷ BGH NJW 1958, 267 = BGHSt 11, 111

⁸ BGHZ 29, 176 = NJW 1959, 814

⁹ BGHZ 29, 46 = NJW 1959, 811

¹⁰ BGH NJW 1958, 267

Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gründe haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte.“

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten schließt es also ein, auch objektiv unvernünftige Entscheidungen zu treffen. Aufklärung und Einholung der Einwilligung des Patienten werden nicht dadurch überflüssig, dass dem Arzt nur eine einzige Entscheidung als die vernünftigerweise gebotene erscheint. Dies folgt daraus, dass die ärztliche Aufklärungspflicht nicht den Zweck hat, den Patienten letztlich zu einer vernünftigen Entscheidung zu führen, sondern den Zweck, dem Patienten diejenige Entscheidung zu ermöglichen, die er für sich selbst als die richtige ansieht.

5. Probleme in der Umsetzung der Aufklärungsrechtsprechung in der ärztlichen Praxis

Die Problematik der ärztlichen Aufklärungspflicht wird in der juristischen Fachliteratur seit langem breit erörtert. Es existiert inzwischen eine kaum mehr überschaubare Fülle von Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema, die alle Bereiche der Medizin betreffen. Diese Erörterungen und Entscheidungen werden seit Jahren über medizinische Publikationsmedien in der Ärzteschaft verbreitet. Dennoch ist festzustellen, dass eine *zwiespältige Haltung der Ärzte* zu dieser Problematik keineswegs überwunden ist.

Nach wie vor sehen viele Ärzte entsprechend der ärztlichen Berufstradition den Leitsatz „*Salus aegroti suprema lex*“ als ihre oberste Handlungsmaxime an, statt der „*voluntas aegroti*“ primäre Geltung zu verschaffen. Das juristische Denken, das den ärztlichen Heileingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung auffasst, die allenfalls durch die Einwilligung des aufgeklärten Patienten gerechtfertigt werden kann, stößt im Ansatz vielfach auf Widerstand. Die tatbestandsmäßige Gleichstellung ärztlichen Handelns mit Messerstecherei wird als infam empfunden und daher werden auch die rechtlichen Konsequenzen aus dieser Gleichstellung vielfach abgelehnt oder doch nur widerstrebend gebilligt.

Hinzu kommt, dass es nach wie vor der Haltung vieler Patienten entgegenkommt, der ärztlichen Autorität zu gehorchen statt in eigener Verantwortung eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen.¹¹ Die – inzwischen sicherlich in der Minderheit befindliche – Anzahl der Ärzte, die ihre Aufklärungspraxis heute noch allein nach der „*Salus aegroti*“ und nicht auch und vor allem nach der „*voluntas aegroti*“ richten, müssen jedoch wissen, dass sie einen gefährlichen Weg gehen.

Aber auch die große Mehrheit der Ärzte, die die Bedeutung der Aufklärungsproblematik längst erkannt und die innere Bereitschaft entwickelt hat, sie anzunehmen, sieht sich angesichts der gerichtlichen Kasuistik, der nicht mehr zu überschauenden Einzelfallentscheidungen teils abweichenden und konträren Inhalts vor große praktische Probleme gestellt. Es besteht *verbreitete Verunsicherung unter den Ärzten* darüber, worauf sich die geschuldete Aufklärung im einzelnen zu erstrecken hat. Aus dieser Verunsicherung resultiert gelegentlich eine Neigung zur Totalaufklärung und oft eine *Flucht in die Formularaufklärung*. Beides sind begreifliche Reaktionen auf die Aufklärungsrechtsprechung der Gerichte, die überwunden werden müssen.

Mit der Totalaufklärung gibt der Arzt dem Patienten Steine statt Brot; der Patient erfährt alle medizinischen Einzelheiten mit allen nur denkbaren Komplikationsmöglichkeiten des Eingriffs und ist am Ende überhaupt nicht mehr dazu in der Lage, die Informationsflut in einer vernünftigen Entscheidung zu verarbeiten.

¹¹ Weder der Ratschlag des *Hippokrates*, dem Kranken das meiste zu verbergen und zu verschweigen noch die Meinung von *Karl Jaspers*, der Kranke wolle eigentlich nicht wissen, sondern gehorchen, dürfen heute noch Geltung beanspruchen.

Ebenso wenig ist die Formularaufklärung der richtige Weg. Formulare können dem Patienten eine medizinische Basisinformation geben und sind dazu sicherlich auch gut geeignet. Nicht fehlen darf aber *das vertrauensvolle Arzt-Patienten-Gespräch*, das dem Arzt neben der Verständniskontrolle Gelegenheit zur individuellen Aufklärung unter Berücksichtigung der besonderen Persönlichkeit des Patienten und seiner speziellen Erkrankung gibt.

Schließlich kommt hinzu, dass die Aufklärungsdiskussion aus naheliegenden Gründen fachübergreifend geführt wird. Systematische Zusammenstellungen der Aufklärungsliteratur eines ärztlichen Fachgebiets sind selten, interessieren aber den Praktiker naturgemäß in besonderem Maße. Daher unternimmt die vorliegende Darstellung den Versuch, die Aufklärungsproblematik vor allem anhand gynäkologischer Fälle und für den Gynäkologen in einer möglichst leicht faßlich und übersichtlich gestalteten Form zusammenzustellen.

6. Einzelne Fallgruppen der Aufklärung

Die Aufklärung dient in erster Linie dazu, dem Patienten das erforderliche Wissen zu vermitteln, um sein Selbstbestimmungsrecht in Kenntnis des ärztlichen Befundes, der in Betracht kommenden Heilbehandlungsmöglichkeiten und der damit verbundenen Risiken und Gefahren möglichst sachgerecht ausüben zu können. Der Arzt muss daher diejenigen Umstände kennen, die für den Inhalt seiner Entscheidung bedeutsam sein können. Ein „informed consent“ liegt nur dann vor, wenn der Patient genau weiß, worauf er sich einlässt.

a) Daraus folgt zunächst die Verpflichtung des Arztes zur Mitteilung seiner Diagnose (*Diagnoseaufklärung*).

b) Darüber hinaus muss dem Patienten der Verlauf des therapeutischen Vorgehens in groben Zügen erklärt werden. Er muss darüber aufgeklärt werden, wie seine Erkrankung ohne den Eingriff voraussichtlich verlaufen wird, welche Folgen und Heilungschancen mit dem Eingriff verbunden sind, aber auch darüber, welche Beeinträchtigungen und Schmerzen er durch den Eingriff erleiden wird (*Verlaufsaufklärung*).

c) Schließlich müssen dem Patienten die Risiken des Eingriffs im Großen und Ganzen vor Augen geführt werden (*Risikoaufklärung*). Die Kenntnis der Risiken des Eingriffs ist für den Patienten naturgemäß von besonderer Bedeutung; andererseits liegen in diesem Bereich auch besonders weitgehende Unsicherheiten bezüglich des Umfangs der ärztlichen Aufklärungspflicht vor.

d) Bei der sogenannten *therapeutischen Aufklärung* handelt es sich dagegen nicht um eine ärztliche Maßnahme, die der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten dient, sondern um ärztliche Behandlung im eigentlichen Sinn durch Mitteilung therapeutischer Verhaltensmaßregeln an den Patienten. *Fehler bei der therapeutischen Aufklärung stellen daher Behandlungsfehler dar*. Denn die ärztliche Behandlung schließt es ein, dem Patienten Hinweise, Anweisungen, Empfehlungen und Verhaltensmaßregeln mitzugeben, nach denen er sich zu richten hat, um Schädigungen zu vermeiden bzw. einen möglichst ungestörten Therapieverlauf zu gewährleisten.

6.1 Diagnoseaufklärung

Die Diagnoseaufklärung enthält die Verpflichtung des Arztes, den von ihm *erhobenen Befund mitzuteilen*. Eine derartige Verpflichtung ist im Regelfall für den Arzt ohne weiteres gegeben. Denn ohne Kenntnis der ärztlichen Diagnose vermag der Patient Sinn und Zweck der Therapie nicht zu

erkennen und die mit ihr verbundenen Risiken nicht gegen die Folgen einer Nichtbehandlung seiner Erkrankung abzuwägen.

Nicht zu verwechseln ist die Pflicht zur Diagnoseaufklärung mit der *Aufklärung vor einem Diagnoseeingriff*. Letztere richtet sich nach den noch zu besprechenden allgemeinen Regeln der Risikoaufklärung vor ärztlichen Eingriffen.

6.1.1. Erkundigungs- und Mitteilungspflichten des Gynäkologen; verständliche Erläuterung des Befundes

Die Pflicht zur Mitteilung der Diagnose ist für den gynäkologischen Fachbereich im Hinblick auf den *Eintritt und die Entscheidung über die Fortsetzung einer Schwangerschaft* von besonderer Bedeutung. Dazu eine Entscheidung des

Landgericht Lübeck vom 13.11.1984¹²:

Sachverhalt:

Ein niedergelassener Gynäkologen stellte bei seiner 39-jährigen Patientin, die laufend von ihm ärztlich betreut wurde, eine Schwangerschaft fest und riet ihr im Hinblick auf ihr Alter zur Durchführung einer Amniozentese in einer benachbarten Universitätsklinik. Zwei Monate später wurde die Amniozentese und eine Ultraschalluntersuchung der Schwangeren in einer Universitätsfrauenklinik durchgeführt. Diese vermittelte den Eindruck einer möglichen Zwillingschwangerschaft. Die Fruchtwasserproben wurden im zytogenetischen Labor einer Universitätskinderklinik untersucht, und zwar getrennt zur Feststellung etwaiger Chromosomenanomalien und zur Ermittlung des Alpha-1-Feto-Protein-Wertes (AFP-Wertes) des Fruchtwassers der Schwangeren, der Rückschlüsse auf Neuralrohrdefekte (wie Spina bifida aperta) des Fetus zulässt. Während die zytogenetische Untersuchung keine Besonderheiten ergab, lag der AFP-Wert 10 Standardabweichungen über dem Mittelwert und ergab damit den *dringenden Verdacht auf eine Spina bifida aperta*. Die schwangere Patientin wurde daraufhin von der Universitätsfrauenklinik zu einer zweiten Amniozentese mit der Begründung geladen, es liege ein kontrollbedürftiger Wert vor. Der niedergelassene Gynäkologe, dem die Patientin hiervon berichtete, riet ebenfalls zu der Nachuntersuchung. Diese ergab einen AFP-Wert bei 8 Standardabweichungen über dem Mittelwert. Es folgten weitere Ultraschalluntersuchungen, die zunächst einen Verdacht auf Hydrocephalus ergaben, dann eine unauffällige Kopfstruktur des Fötus. Die Befunde wurden zwischen den zuständigen Ärzten der Universitätsfrauenklinik und der Universitätskinderklinik diskutiert. Beide kamen zu dem Schluss, dass der Geburt des Kindes wegen der verdächtigen AFP-Werte zwar „*mit einiger Sorge entgegengesehen*“ werden müsse, dass aber kein Anhalt für Mongolismus bestehe und man der Schwangeren deswegen nicht zu einer Abtreibung rate. Über dieses Untersuchungsergebnis wurde die Patientin von der Universitätskinderklinik *erstmal nach Ablauf der 22. Schwangerschaftswoche unterrichtet*. Ihr Kind kam mit hochgradigen unbeheblichen körperlichen und geistigen Schäden (Hydrocephalus und Spina bifida aperta) zur Welt. Die Eltern des Kindes klagten dessen gesamten Unterhaltsbedarf gegen den niedergelassenen Gynäkologen, die beiden Universitätskliniken und deren Träger mit der Begründung ein, sie hätten bei rechtzeitiger Unterrichtung über die Untersuchungsergebnisse eine Schwangerschaftsunterbrechung vornehmen lassen. Die Klage war im Wesentlichen erfolgreich.

Entscheidungsgründe:

¹² LG Lübeck NJW 1985, 2197 ff

Den *niedergelassenen Frauenarzt* hielt das Gericht auf der Grundlage des geschlossenen Behandlungsvertrages für *verpflichtet, alle für die Klägerin wichtigen Informationen bezüglich der Schwangerschaft zu ermitteln und an diese weiterzugeben*. Der Gynäkologe habe *nicht darauf vertrauen dürfen, dass seine Patientin von der Universitätsklinik rechtzeitig vor dem Ende der 22. Schwangerschaftswoche über den dort ermittelten Befund informiert werden würde*. Ihm war die *Bedeutung dieser Frist* für die Zulässigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs aus eugenischer Indikation nach § 218a Abs. 2 Nr. 1 StGB bekannt. Je näher das Ende dieser Frist rückte, umso mehr war der Gynäkologe dazu verpflichtet, sich *gegebenenfalls direkt mit der Universitätsklinik in Verbindung zu setzen*, um den noch nicht vorliegenden *Befund dort zu erfragen* und seiner weiteren Verpflichtung nachzukommen, die Schwangere darüber „*eingehend und umfassend zu informieren und zu beraten*“. Der Frauenarzt durfte auch nicht etwa annehmen, dass sich bei der Amniozentese letztlich ein negativer Befund ergeben hätte, weil es sich bekanntermaßen um eine Kontrolluntersuchung gehandelt habe; vielmehr war er *verpflichtet, das Ergebnis dieser Kontrolluntersuchung rechtzeitig vor Ablauf der Schwangerschaftsabbruchsfrist bei der Klinik zu erfragen*.

Die Haftung der Universitätsfrauenklinik und deren behandelnden Arztes wurde vom Gericht ebenfalls bejaht. Dieser sei verpflichtet gewesen, der Schwangeren die Befunde der Untersuchungen mitzuteilen, da erkennbar eine wichtige persönliche Entscheidung davon abhing. *Erforderlich sei es gewesen, der Patientin den medizinischen Fakten in verständlicher Form mitzuteilen und dabei auch die Schlussfolgerungen zu erläutern*, die sich (nach gesicherten oder noch nicht gesicherten) wissenschaftlichen Erkenntnissen daraus ergaben. Ein Verdacht auf Spina bifida aperta habe aber nach damaligem Kenntnisstand schon bei einer 3- bis 10fachen Standardabweichung bestanden.

Auch sei bekannt gewesen, dass die AFP-Werte mit Fortgang der Schwangerschaft sinken, sodass eine Wiederholungsamniozentese meist keine bessere Information erbringt und auch nicht den Schluss zulässt, der Verdacht habe sich nicht bestätigt. Ultraschalluntersuchungen hätten dagegen in positiven Fällen durchaus Aussagekraft. Diese medizinischen Tatsachen hätte die Schwangere in einer für sie verständlichen Form erfahren müssen, um eine verantwortliche Entscheidung zu treffen. Keinesfalls sei der Arzt des Klinikums dazu berechtigt gewesen, die Entscheidung über die Fortsetzung der Schwangerschaft anstelle der Schwangeren selbst zu treffen – dies auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass er etwa aus seiner ärztlich-ethischen Verantwortung heraus einen Schwangerschaftsabbruch nicht für angemessen hielt.

Lediglich die Haftung der mit den zytogenetischen Untersuchungen befassten Universitätskinderklinik lehnte das Gericht ab, da zwischen beiden Kliniken unstreitig vereinbart war, dass der zuständige Arzt der Universitätsfrauenklinik die Unterrichtung und Beratung der Schwangeren übernehmen solle.

Zusammenfassend ist daher festzustellen:

Der niedergelassene Gynäkologe, der einer Schwangeren die anderweitige Durchführung einer Kontrolluntersuchung anrät, die für die Entscheidung über eine Fortsetzung der Schwangerschaft von Bedeutung ist, muss sich nach dem Untersuchungsergebnis erkundigen und die Patientin entsprechend informieren. Er darf nicht darauf vertrauen, dass die Patientin seitens der die Untersuchung vornehmenden Ärzte informiert wird.

Unabhängig davon trifft auch die untersuchenden Ärzte eine entsprechende Informationspflicht gegenüber der Schwangeren.

6.1.2. Diagnosemitteilung auch bei tödlichem Krankheitsverlauf

Dem Grundsatz nach ist der Arzt auch in Fällen schwerwiegender, tödlich verlaufender Erkrankung dazu verpflichtet, seinem Patienten die Diagnose mitzuteilen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Kranke seinen Zustand kennen muss, um die Risiken einer vorgeschlagenen Therapie abschätzen zu können. Hierzu hat der *Bundesgerichtshof* im sogenannten „*Strahlenurteil*“ bereits entschieden, dass der an Gebärmutterkrebs erkrankten Patientin der schwerwiegende Befund mitzuteilen sei, weil nur dann ihre Einwilligung in eine Strahlenbehandlung rechtswirksam erteilt werden könne:

BGH, Urteil vom 16.1.1959¹³:

„Der Revision ist zuzugeben, dass die Einwilligung des Kranken in die Strahlenbehandlung in Fällen dieser Art vielfach nur erreicht werden kann, wenn ihm auch die Schwere und die Lebensgefährlichkeit dieser Krankheit eröffnet wird. Das bedeutet aber nicht, dass ihm unvermittelt ‚die nackte Krebsdiagnose‘ mitgeteilt werden soll. Der Arzt wird vielmehr zunächst tastend erfragen, was dem Kranken über seinen Zustand – vielleicht aus Mitteilungen der Ärzte, die ihn früher behandelt haben – bereits bekannt ist. Soweit es sich dann noch als nötig erweist, wird er den Kranken in vorsichtiger Weise über die eigene Diagnose unterrichten und ihm auch, schon um den Heilungswillen aufzurufen, den Ernst seiner schweren Krankheit nicht vorenthalten. Dabei das richtige Wort gegenüber seinen Patienten zu finden, ist auch hier seine ärztliche Aufgabe. Lässt sich aber, um die Einwilligung des Kranken in eine notwendige Behandlung zu erhalten, die Bekanntgabe des Krebsbefundes nicht vermeiden, so darf der Arzt hiervor nicht zurückschrecken. Nur in dem besonderen Falle, dass die mit der Aufklärung verbundene Eröffnung der Natur des Leidens zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung des Patienten führen würde, könnte ein Absehen von der Aufklärung gerechtfertigt sein, wobei hier nicht darauf eingegangen zu werden braucht, ob dann nicht – falls Zeit vorhanden – die Angehörigen befragt werden müssen, um den mutmaßlichen Willen des Patienten zu ermitteln (§ 683 BGB).“

6.1.3 Diagnoseaufklärung über misslungenen Schwangerschaftsabbruch

Im Sinne einer Diagnoseaufklärung ist der Gynäkologe auch dazu verpflichtet, seine Patientin nach einem anderweitig vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch darüber *zu unterrichten*, dass medizinische Anzeichen dafür bestehen, *dass der Schwangerschaftsabbruch misslungen ist*. Nur wenn dies geschieht, ermöglicht der Art seiner Patientin eine verantwortliche Entscheidung über eine Wiederholung des Eingriffs.

Der **Bundesgerichtshof** hatte dazu über nachfolgenden Sachverhalt zu entscheiden¹⁴:

Nach drei kompliziert verlaufenden Geburten (zweimal aus Beckenendlage, einmal aus Querlage) wünschte die 38-jährige Patientin keine weiteren Kinder mehr zu haben. Eine vom niedergelassenen Gynäkologen dennoch diagnostizierte Schwangerschaft in der achten Woche sollte daher nach Überweisung der Patientin in die gynäkologische Abteilung eines Kreiskrankenhauses unterbrochen werden. Nach dem Schwangerschaftsabbruch mittels Kürettage ergab sich bei der Nachuntersuchung durch den niedergelassenen Frauenarzt eine myomatös verhärtete Gebärmutter. Die Patientin erhielt ein Hormonpräparat zur Regenerierung der Schleimhäute der Gebärmutter verordnet. Ein daraufhin beim Gynäkologen eingehender Arztbrief des Kreiskrankenhauses ergab histologische Anzeichen für einen möglichen Misserfolg des Schwangerschaftsabbruchs. Hierüber wurde die Patientin jedoch nicht unterrichtet. Noch vor Ablauf der 22. Schwangerschaftswoche erfuhr die Patientin jedoch aufgrund einer anderweitigen ärztlichen Untersuchung von dem

¹³ BGH NJW 1958, 814 f

¹⁴ BGH NJW 1985, 2749 ff.

Fortbestehen der Schwangerschaft. Eine daraufhin veranlasste Amniozentese ergab keine Hinweise auf Chromosomenschäden des Fetus, sodass sich die Patientin auf ärztliches Anraten dazu entschloss, das Kind auszutragen. Ihre Klage gegen den niedergelassenen Gynäkologen auf Zahlung eines Schmerzensgeldes hatte Erfolg. Die weitergehende Klage auf Ersatz der Unterhaltsaufwendungen für das Kind wurde abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

„ Die Beklagte hatte die Beratung der Klägerin über den von ihr gewünschten Schwangerschaftsabbruch ebenso übernommen wie die Nachuntersuchung und ärztliche Nachsorge nach Durchführung des Eingriffs im Kreiskrankenhaus K. Dazu gehörte auch die Unterrichtung der Klägerin über die Möglichkeit eines etwaigen Misserfolgs des Schwangerschaftsabbruchs, wenn die Beklagte aufgrund eigener Untersuchung oder aufgrund der in dem ihr zugeleiteten Arztbericht des Kreiskrankenhauses mitgeteilten Untersuchungsergebnisses nach dem bei ihr als Frauenärztin vorauszusetzenden Wissensstand einen begründeten Verdacht insoweit hätte schöpfen müssen. Das war nämlich erkennbar von Bedeutung für die weitere medizinische Beratung und Behandlung der Klägerin, und zwar auch und gerade im Hinblick darauf, dass die Klägerin das Kind nicht austragen wollte. Die Beklagte selbst hatte eine sogenannte medizinische Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB festgestellt und bescheinigt, also bei Fortbestehen der Schwangerschaft immerhin unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Klägerin aus ärztlicher Sicht heraus die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Klägerin gesehen. Daraus folgte ihre Verpflichtung, der Klägerin eine alsbaldige ärztliche Untersuchung darauf naheulegen, ob trotz des Eingriffs in K. die Schwangerschaft fortbestand, und mit ihr gegebenenfalls die mögliche Wiederholung des Schwangerschaftsabbruchs zu erörtern, der die Klägerin jedenfalls zu diesem frühen Zeitpunkt der Schwangerschaft zugestimmt hätte ... Mit der Übernahme der ärztlichen Beratung und Betreuung der Klägerin ... hat die Beklagte der Klägerin gegenüber eine Garantenstellung übernommen, insoweit auch deren körperliche Integrität und Befindlichkeit zu schützen. Deshalb hat sie, wenn durch ihr schuldhaftes ärztliches Versagen ein rechtzeitiger Abbruch der Schwangerschaft unterblieben ist, der Klägerin grundsätzlich nach §§ 823 Abs. 1, 847 BGB Ersatz des dieser entstandenen immateriellen Schadens zu leisten.“

Im Ergebnis ist daher der Gynäkologe jedenfalls dann dazu verpflichtet, die Patientin über einen möglichen Misserfolg des Schwangerschaftsabbruchs zu informieren, wenn er eine bestehende medizinische Indikation zum Abbruch der Schwangerschaft kennt.

Das Gericht stellte weiter fest, dass es der Patientin auch *nicht als Mitverschulden* angelastet werden könne, dass sie noch vor Ablauf der 22. Schwangerschaftswoche vom Fortbestehen ihrer Schwangerschaft erfahren habe, sich aber trotz *weiterbestehender medizinischer Indikation* zum Abbruch *gegen* einen solchen entschieden habe. Der Schwangeren war nämlich zu diesem Zeitpunkt aus ärztlicher Sicht wegen ihrer physischen und psychischen Situation von einem Abbruch abgeraten worden. „Es war allein ihre Sache, ob sie unter den nunmehr bestehenden Umständen das Kind austragen wollte oder nicht.“

Dagegen *verneinte* der Bundesgerichtshof eine Verpflichtung des Gynäkologen, für den *Unterhalt des Kindes* aufzukommen. Tragender Gesichtspunkt war die Tatsache, dass es sich hier um eine *medizinische Indikation* für den Abbruch handelte. *Anders als bei* einem Abbruch aus einer *Notlagenindikation* dürfe hier aber „nicht angenommen werden, dass *die Bewahrung vor den belastenden Unterhaltsaufwendungen*, die freilich nach einem erfolgreichen Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation zwangsläufig ebenfalls entfallen wäre, *zum Schutzzumfang des Arztvertrages gehörte*“ ... „Gegen ihren Willen soll eine schwangere Frau das Kind dann nicht zur Welt bringen müssen, wenn das Fortbestehen der Schwangerschaft und die Geburt des Kindes eine Gefahr für ihr Leben oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung ihres körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes bedeuten würde und diese Gefahr nicht auf andere für sie zumutbare Weise

abgewendet werden kann. Nur wenn und soweit sich die so umschriebene Gefahr bei der Klägerin auch verwirklicht hat, kann der Arzt, der für ein Misslingen des Schwangerschaftsabbruchs mitverantwortlich ist für den Schaden ... haftbar gemacht werden.“

Zusammenfassend ist festzustellen: Eine Verletzung der ärztlichen Verpflichtung zur Information über einen fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruch führt bei gegebener medizinischer Abbruchsindikation dann nicht zu einer Haftung für den Kindesunterhalt, wenn sich die Gefahr für die Schwangere nicht verwirklicht, die der medizinischen Indikation zugrunde liegt.

6.1.4 Aufklärungsverbot bei unzureichenden Diagnosegrundlagen und hoher Schädigungsgefahr

So sehr der Arzt in diesen Fällen dazu verpflichtet ist, auch bestehende Zweifel bezüglich der Richtigkeit der Diagnose mitzuteilen, so wenig hat er das Recht, der Patientin einen *Befund ohne hinreichende tatsächliche Grundlage zu eröffnen*, sofern der Befund *schwerwiegend* ist und die Patientin in psychischer Hinsicht zu Überreaktionen neigt.

Zu dieser Grenze der Aufklärungspflicht bzw. des Aufklärungsrechts des Arztes hat das **Oberlandesgericht Köln** in einem Urteil vom 18.12.1986¹⁵ entschieden, dass der Arzt dazu verpflichtet ist, jeweils abzuwägen, ob dem Recht des Patienten auf Unterrichtung auch bei einer bloßen Verdachtsdiagnose der Vorrang vor der ärztlichen Pflicht gebührt, Schädigungen des Kranken zu vermeiden. Aufklärung über *bloße Vermutungen ohne hinreichende Tatsachengrundlage* habe aus therapeutischer Rücksicht zu unterbleiben, wenn der Patient dadurch in unnötiger Art in Ängste versetzt werde. Das Gericht missbilligte es daher im Ergebnis – und sprach dem Patienten Ersatz des materiellen und des immateriellen Schadens zu –, dass dem bekanntermaßen hochgradig vegetativ übererregten Patienten ein nicht abgesicherter (und im Ergebnis falscher) Diagnosebefund über einen schnell wachsenden Tumor (im Gehirn) mitgeteilt wurde.

7. Verlaufsaufklärung

Im Anschluss an die Mitteilung der Diagnose bzw. bei bekannter Diagnose entsteht die Verpflichtung des Arztes zur Aufklärung über die zu Gebote stehenden *Behandlungsmethoden*, damit sich der Patient über die zu wählende Therapie klar werden kann. Hier trifft den Arzt eine weitgehende Aufklärungs- und Beratungspflicht über die *Behandlungsalternativen*, die jeweils damit verbundenen notwendigen Behandlungsfolgen unter Einschluss der Nebenfolgen, der Erfolgsaussichten und Heilungschancen. Da die Verlaufsaufklärung die Schilderung von Aussichten, Chancen, Folgen und Risiken der in Betracht kommenden ärztlichen Behandlung umschließt, überdeckt sich dieser Problemkreis teilweise mit demjenigen der sogenannten Risikoaufklärung. (Insofern ist auch die Zuordnung der geschilderten Fälle keineswegs zwingend.)

7.1 Aufklärung über Behandlungsalternativen

Stehen für einen ärztlichen Eingriff mehrere *Behandlungsalternativen* zur Wahl, die *unterschiedliche Vor- und Nachteile, Risiken und Komplikationen* aufweisen, so ist die Patientin hierüber aufzuklären.

7.1.1 Aufklärung über verschiedene operative Entbindungsmöglichkeiten

¹⁵ OLG Köln NJW 1987, 2936

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.1.1986¹⁶

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich in seiner Entscheidung mit der Frage befasst, ob ein Gynäkologe bei vorliegender *Zwillingsschwangerschaft zur operativen Geburtsbeendigung durch Vakuumextraktion* schreiten darf, *ohne* der Schwangeren vorher die verschiedenen in Betracht kommenden *Entbindungsmöglichkeiten* erläutert zu haben. Dies wurde verneint.

Sachverhalt:

Der Oberarzt der geburtshilflichen Abteilung eines Krankenhauses, in das die Schwangere bei bestehender Zwillingsschwangerschaft stationär aufgenommen worden war, hatte die Geburt durch Vakuumextraktion mit einer 50 mm-Saugglocke beendet. Einen Tag nach der Geburt wurde bei einem der Kinder eine Fraktur des Schädelbeines rechts mit extremer Abhebung eines Knochenstückes festgestellt. Die Fraktur lag im Bereich des Saugglockenfeldes. Bereits in den ersten Lebensmonaten des Kindes machten sich linksseitige motorische Störungen bemerkbar.

Das Gericht bejahte eine Schadensersatzpflicht des Oberarztes neben dem Träger des Krankenhauses, weil eine Aufklärung der Schwangeren über die verschiedenen in Betracht kommenden operativen Entbindungseingriffe unterblieben sei.

Urteilsgründe:

Das Gericht stellte, beraten durch einen medizinischen Sachverständigen, fest, dass die extreme Abhebung eines herausgebrochenen Teiles des Scheitelbeines auf die von dem Oberarzt gewählte Form der operativen Geburtsbeendigung zurückzuführen sei. Die Verletzung erkläre sich aus der außergewöhnlichen Belastung, die bei der Entbindung mittels Vakuumextraktion auf das Schädeldach des Neugeborenen einwirkt. Ob die Verletzung durch zu schnelle Herbeiführung des Unterdrucks oder durch Überschreitung des zulässigen Unterdrucks (Behandlungsfehler) eingetreten sei, könne dahinstehen. *Denn die Einwilligung der Schwangeren in die Vakuumextraktion sei mangels Aufklärung über die zu Gebote stehenden Behandlungsalternativen unwirksam, der operative Eingriff daher rechtswidrig.*

„Über die möglichen Entbindungsoperationen, ihre Vorteile und insbesondere über die Risiken und Komplikationen muss der ärztliche Geburtshelfer aufklären, und zwar auch soweit die Komplikation und Gefahr das Leben und die Gesundheit des noch ungeborenen Kindes betreffen, damit die Patientin für sich und für die Leibesfrucht eine freie Entscheidung treffen kann. Unterbleibt diese Unterweisung der Patientin, so ist der vom Arzt durchgeführte Eingriff mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig und gleichzeitig eine Verletzung des auf Entbindung gerichteten Behandlungsvertrages, die für das Kind eigene Ersatzansprüche aus Vertrag auslöst, wenn sich bei ihm das Risiko verwirklicht, das dem jeweiligen Verfahren der operativen Entbindung anhaftet.“

Zu den aufklärungsbedürftigen Risiken und Komplikationsmöglichkeiten führte das Gericht aus:

„Die Vakuumextraktion ist neben der Zangenextraktion und der Kaiserschnittentbindung eine Methode der operativen Geburtshilfe. Eine operative Entbindung ist indiziert, wenn die übliche vaginale Entbindung ausgeschlossen ist oder zu einer Gefährdung von Mutter und/oder Kind führen würde. Aus der Person des Kindes sind operativen Entbindungen notwendig oder angezeigt bei drohender Asphyxie, also bei nicht ausreichender Versorgung des Kindes mit Sauerstoff (über den Organismus der Mutter). Diese Situation kann sich während oder schon vor der eigentlichen Austreibungsperiode infolge einer beginnenden Erschöpfung der Mutter

¹⁶ OLG Düsseldorf NJW 1986, 2373 ff.

ergeben. Die operativen Eingriffe selbst sind mit unterschiedlichen Risiken behaftet, die sich aus der Art des Vorgehens und aus den damit verbundenen typischen Komplikationen ergeben. Bei den vaginalen Entbindungsoperationen standen und stehen die Verletzungen am Kopf im Vordergrund, bei der Vakuumextraktion insbesondere solche am Schädeldach infolge der Zugkraft oder anderer Manipulationen. Bei der Kaiserschnittentbindung sind dagegen Verletzungen und Schädigungen des Kindes durch den operativen Eingriff selbst nahezu vollständig ausgeschlossen. Es kommt insbesondere nicht zur Hirnschädigungen, die nach Vakuumextraktion mit Schädeldachverletzungen ein schwerwiegendes Risiko bilden. Die Komplikationen und Gefahren aus dem abdominalen operativen Eingriff betreffen ausschließlich die Patientin. Dazu gehört die gegenüber den anderen Entbindungsformen erhöhte Mortalitätsrate (etwa dreifach höher).“

Der die Schwangere nicht aufklärende Arzt habe dieser somit die Möglichkeit genommen, eine Schnittentbindung als mögliche und für die Zwillinge ungefährliche Alternative zu wählen. Eine Schnittentbindung hätte auch beim Stand des kindlichen Kopfes in Beckenmitte bei schräger Pfeilnaht ohne weiteres noch ausgeführt werden können.

Ergebnis:

Wegen der unterschiedlichen Risiken für Mutter und Kind ist jedenfalls bei vorliegender Zwillingsschwangerschaft und Indikation zur operativen Geburtsbeendigung über die verschiedenen Behandlungsmethoden (Saugglocke, Zange, Sectio) aufzuklären.

7.1.2 Aufklärung über Entbindungsalternativen bei natürlicher Geburt

Von großer praktischer Bedeutung für den Gynäkologen als Geburtshelfer ist auch die Frage, ob er bei „geplant“ natürlicher Geburt über alternative Entbindungsmethoden aufklären muss bzw. ob ihm eine solche Verpflichtung jedenfalls dann erwächst, wenn Geburtsrisiken erkennbar werden, die das *normale Geburtsrisiko einer vaginalen Entbindung erhöhen*.

Hierzu hat das Oberlandesgericht Hamm folgenden Sachverhalt judiziert:

OLG Hamm, Urteil vom 4.11.1981¹⁷

Bei einer Mehrgebärenden war im Jahr 1975 nach Klinikaufnahme und wenige Stunden vor der Entbindung eine *erste vollkommene Steißlage des Kindes* festgestellt worden. Ohne die in Betracht kommende Geburtsalternative Kaiserschnitt mit der Schwangeren zu erörtern, nahm der Geburtshelfer eine vaginale Entbindung vor. Dabei kam es zu einer Schädigung mit Verdacht auf Subluxation des rechten Schultergelenks und Armlähmung; es entwickelte sich ein Hämatom im Bereich des rechten Schlüsselbeins/Brustbeins und eine Schiefhalsstellung.

Das Gericht führte aus, dass ein Behandlungsfehler nicht vorliege, weil eine Vaginalgeburt aus Beckenendlage bei einer VI. Gravida III Para derzeit den Regeln des Fachgebiets entspreche

Auch liege kein Aufklärungsfehler vor. Einer Aufklärung *über die Risiken einer vaginalen Entbindung habe es nicht bedurft*. Denn diese stelle einen *natürlichen Vorgang* dar, der vom Geburtshelfer lediglich unterstützt werde und sei *kein ärztlicher Eingriff*.

¹⁷ OLG Hamm VersR 1983, 565

Über die Möglichkeit einer Sectio-Entbindung als Entbindungsalternative habe ebenfalls nicht aufgeklärt werden müssen. Denn es entspreche dem Standard der Geburtshilfe des Jahres 1975, in diesen Fällen zumindest bei einer Mehrgebärenden keinen Kaiserschnitt anzuwenden.

Nach dieser Entscheidung ist somit im Ergebnis über die Risiken einer vaginalen Entbindung auch dann nicht aufzuklären, wenn infolge Steißlage des Kindes risikoe erhöhende Umstände vorliegen, weil diese nach damaligem medizinischen Stand eine operative Entbindung nicht indizieren.

Zu dieser Entscheidung des OLG Hamm ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das Gericht hierbei in *geburtsärztlichen Standard des Jahres 1975 zugrunde* zu legen hatte. Seinerzeit wurde ausweislich der vom Gericht eingeholten Gutachten die Schnittentbindung bei Beckenendlagen (noch) nicht als gleichwertige Alternative zur spontanen Geburt betrachtet, sondern nur von einem kleinen Kreis von Geburtshelfern angewandt. In den folgenden Jahren hat die *Anzahl der Schnittentbindungen stark zugenommen*. Eine *im Jahre 1984* durchgeführte Erhebung ergab eine Häufigkeit von 55 % Sectio-Entbindungen bei Beckenendlagen. Deswegen haben die Gerichte in der Folgezeit bei Beckenendlagen eine Indikation zur Schnittentbindung angenommen und eine entsprechende Aufklärungspflicht des Gynäkologen bejaht. Hierzu die folgende Entscheidung:

OLG Braunschweig, Urteil vom 19.12.1986¹⁸

Wegen zugenommener Häufigkeit der Schnittentbindungen hat das OLG Braunschweig bereits für das Jahr 1978 eine *Indikation zur Schnittentbindung* und damit eine entsprechende *Aufklärungspflicht* des Arztes für eine *Geburt aus Beckenendlage* angenommen. Ein am 7.11.1978 spontan aus Beckenendlage geborenes Kind hatte bei der Geburt eine Oberarmplexuslähmung rechts, eine distale Femurepiphysenlösung des rechten Beins und eine Schiefhalsstellung erlitten. Die aktive Beweglichkeit des rechten Arms blieb erheblich eingeschränkt, sodass die spätere Erwerbsfähigkeit des Kindes um 80 % gemindert war. Die Klage des Kindes führte zur Verurteilung des Trägers des Stadtkrankenhauses und der dort angestellten Ärzten auf Zahlung eines Schmerzensgeldes, einer monatlichen Geldrente sowie zur Feststellung der Schadensersatzpflicht bezüglich des gesamten Zukunftsschadens mit folgender Begründung:

Das Gericht hielt den Arzt für verpflichtet,

„... den Patienten über verschiedene in Betracht kommende Behandlungsmöglichkeiten aufzuklären, falls diese nach medizinischer Kenntnis anerkannt sind und unterschiedliche Risiken für den Betroffenen mit sich bringen“. Grundsätzlich obliege die Auswahl der Behandlungsmethode zwar dem Arzt; dieser habe auch nicht stets und in allen Fällen alle theoretisch in Betracht kommenden Behandlungsmöglichkeiten mit den Patienten zu erörtern. Eine Aufklärungspflicht bestehe jedoch dann, „wenn die verschiedenen Methoden für den Patienten unterschiedliche Risiken mit sich bringen und für den Arzt in der konkreten Behandlungssituation eine echte Wahlmöglichkeit besteht“.

Die Risiken des Kindes bei einer Spontangeburt aus den Endlager wurden in einer Sauerstoff-unterversorgung wegen zu langer Geburtsdauer und in dem hier verwirklichten Risiko einer Armplexusschädigung (generelle Häufigkeit von 2-3 %) gesehen. Gerade wegen dieses beträchtlichen Risikos habe die Häufigkeit von Schnittentbindungen in den letzten Jahren zugenommen. Eine Schnittentbindung wäre mit diesem Risiko (für das Kind) nicht behaftet gewesen. Sie hätte vielmehr überwiegend die Mutter und mit ganz anderen Risiken belastet. Der Arzt hätte es nach Meinung des Gerichts im Anschluss an eine ordnungsgemäße Aufklärung der Mutter deren Entscheidung

¹⁸ OLG Braunschweig VersR 1988, ff; MedR 1989, 147 ff.

überlassen müssen, eine der an sich gleichwertigen Entbindungsmethoden unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Risiken für Mutter und Kind auszuwählen.

Eine medizinische Indikation für eine Schnittentbindung und damit eine entsprechende Aufklärungspflicht des Arztes über diese Behandlungsalternative wurde in folgendem Fall vom Oberlandesgericht Stuttgart verneint:

OLG Stuttgart, Urteil vom 19.5.1988¹⁹

Das mit einem Geburtsgewicht von 4270 g vaginal geborene Kind hatte unter der Geburt eine Schulterdystokie erlitten. Der gerichtlich zugezogene medizinische Sachverständige führte aus, dass die Gefahr einer Schulterdystokie bei einem Geburtsgewicht von über 4000 g auf das 10fache des Normalwerts erhöht sei und mit etwa 1 bis 2 % anzusetzen sei. In einer Häufigkeitsrate von 1 : 150 bis 1 : 300 seien diese Verletzungen mit erheblichen weitergehenden Komplikationen verbunden.

Demgegenüber stellte der Sachverständige zum durchschnittlichen Morbiditäts – oder Mortalitätsrisiko der Mutter bei einer Schnittentbindung fest, dass dieses etwa fünfmal größer sei wie bei einer vaginalen Entbindung und das allgemeine Operationsrisiko der Mutter für einen letalen Ausgang bei etwa 1 : 2000 liege.

Auf dieser Grundlage hat das Oberlandesgericht Stuttgart eine Beratungsbedürftigkeit der Mutter über verschiedene alternative Entbindungsmethoden verneint. In ausdrücklichem Widerspruch zu der oben zitierten Entscheidung des OLG Hamm hat das Gericht zunächst festgestellt, dass eine Beratungspflicht des Arztes gegenüber der Patientin nicht schon deswegen entfalle, weil es sich bei der vaginalen Geburt um einen natürlichen Vorgang handelt, bei dem der behandelnde Arzt nicht aktiv eingreifen, sondern nur helfend zur Verfügung stehen könne. Dieser Gesichtspunkt sei nicht entscheidend, sondern es komme darauf an, ob die Patientin beratungsbedürftig sei. Ein Bedürfnis für eine Beratung bestehe aber dann nicht, wenn (wie hier) eine vaginale Entbindung unter den gegebenen Voraussetzungen der Abwägung des Für und Wider die Geburtsmethode der ersten Wahl sei, also eine echte Wahlmöglichkeit gerade nicht bestehe.

Damit schloss sich das Gericht den Ausführungen des medizinischen Sachverständigen an, der bei einem Geburtsgewicht von 4270 g keine Indikation für eine Schnittentbindung gesehen hatte, zumal die Rate und die Schwere der mit einer Schulterdystokie verbundenen Komplikationen nicht derart ins Gewicht fallen, dass es generell geboten erschien, der Mutter die Risiken einer Schnittentbindung zuzumuten.

Das Gericht fand diese Bewertung auch dadurch unterstrichen, dass sich die statistische Rate der Schnittentbindungen bei Neugeborenen von 4000-4500 g Geburtsgewicht in mehr als 15 Jahren nicht wesentlich verändert habe.

Der Fall mag im Ergebnis anders zu beurteilen sein, wenn es sich nicht, wie hier, um eine wiederholte Schwangerschaft mit einem großen Kind handelt oder wenn sonstige risikoe erhöhende Faktoren hinzutreten.

OLG Köln, Urteil vom 19.5.1988²⁰

In einem vom Oberlandesgericht Köln entschiedenen Fall wurde ein Kind mittels Zangenextraktion geboren. Dabei wurde der rechte Armplexus geschädigt. Die Mutter war bereits bei einer früheren

¹⁹ OLG Stuttgart VersR 1989, 519 ff.

²⁰ OLG Köln VersR 1988, 1185 ff.

Schwangerschaft mittels Schnittentbindung entbunden worden und hatte von sich aus die Frage einer erneuten Schnittentbindung dem Arzt gegenüber aufgeworfen. Dieser hatte fälschlicherweise darauf verzichtet, mit der Mutter in der gebotenen Weise das Für und Wieder einer solchen Entscheidung zu erörtern und hatte unzutreffenderweise für die Vornahme einer Schnittentbindung keinen Anlass gesehen.

Mit folgender Begründung wurde dem klagenden Kind Ersatz des materiellen Schadens, Zahlung einer Geldrente und eines Schmerzensgeldes dem Grunde nach zugesprochen:

Das Gericht ging davon aus, dass die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes sei und deshalb der Arzt im allgemeinen dem Patienten gegenüber auch nicht ungefragt erläutern müsse, welche verschiedenen Methoden theoretisch in Betracht kommen und was für und gegen die eine oder andere Methode spricht, solange er eine Methode anwendet, die dem medizinischen Standard genügt. Anders sei es jedoch, wenn es mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden gebe, die unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen haben. Es bestehe dann eine *echte Wahlmöglichkeit für den Patienten*, über welche dieser *entsprechend belehrt* werden müsse, damit es seiner Entscheidung überlassen bleibe, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will.

Im vorliegenden Fall sei der Arzt deswegen verpflichtet gewesen, der Mutter die Alternativen Kaiserschnitt/vaginale Geburt mit ihren wesentlichen Vor- und Nachteilen darzustellen und ihr die Entscheidung zu überlassen. Es müsse nach Lage des Falles sogar davon ausgegangen werden, dass der Arzt dies hätte ungefragt tun müssen. Erst recht aber dann, wenn die Patientin eine entsprechende Frage ausdrücklich aufwirft. Es gab nach Auffassung des medizinischen Sachverständigen eine Reihe von Punkten, die *eine vaginale Geburt als kritisch erscheinen ließen* und somit für die Risikoabwägung vermutlich von erheblichem Interesse waren:

- Die Mutter war mit 1,54 m relativ klein, ihre Beckenmaße lagen teilweise unter der Norm;
- bereits bei einer vorausgegangenen Geburt war ein Kaiserschnitt erforderlich gewesen;
- zusätzlich ergab sich im Verlauf der Geburt ein weiteres Verdachtsmomente für ein relatives Missverhältnis zwischen Größe des Kindes und Geburtsweg; erst relativ spät, bei einer Muttermundweite von 8 cm, drehte sich der kindliche Kopf aus der queren Einstellung in die Schräge; zu diesem Zeitpunkt wäre eine Schnittentbindung noch ohne weiteres möglich gewesen.

Demgegenüber hielt das Gericht, sachverständig beraten, das allgemeine Operations- und Narkoserisiko einer Schnittentbindung im Jahre 1979 nicht für so gewichtig, dass es den Arzt einer sorgfältigen Beratung der Mutter zur Wahrung ihres Selbstbestimmungsrechts enthebt.

Wegen des bekanntermaßen begrenzten Risikos einer Schnittentbindung für die Mutter und des sehr geringen Risikos für das Kind nahm das Gericht aufgrund der Aussage der Mutter auch an, dass diese sich bei pflichtgemäßer Beratung durch den Arzt für eine Sectio-Entbindung entschieden hätte.

Beabsichtigt der Arzt, von einer zuvor mit der Patientin wegen Beckenendlage des Kindes verabredeten Schnittentbindung wieder abzuweichen, so bedarf es hierzu der Aufklärung und Einwilligung der Mutter. Mit einem entsprechenden Fall hat sich der Bundesgerichtshof fasst.

BGH, Urteil vom 6.12.1988²¹

²¹ BGH NJW 1989, 1538 ff. = MDR 1989,437 ff.; VersR 1989, 253; MedR 1989, 139 ff.

Eine 38-jährige Schwangere hat mit dem sie betreuenden Chefarzt der geburtshilflich-gynäkologischen Abteilung eines Krankenhauses wegen bekannter Beckenendlage des Kindes die Vornahme einer Schnittentbindung abgesprochen, zumal nach einer Fehlgeburt operative Maßnahmen zur Behebung einer sekundären Sterilität vorausgegangen waren und der dringend geäußerte Wunsch nach einem Kind bestand. Das Für und Wider einer Sectio-Entbindung war mit der Schwangeren besprochen worden und ein entsprechender Vermerk in den Behandlungsunterlagen angebracht. In Abwesenheit des Chefarztes ließ die Oberärztin die Schwangere noch vor dem Termin zur Schnittentbindung zu einer Untersuchung in stationärer Behandlung aufnehmen. In der Nacht setzte die Geburt ein. Die Oberärztin sah von einer Schnittentbindung ab und ließ das Kind aus der Steißlage heraus vaginal zur Welt kommen. In der Austreibungsphase schlugen sich die Arme des Kindes in den Nacken, wodurch es einen Bruch des linken Oberarmes und Erbsche Lähmung des rechten Armes erlitt.

Der Bundesgerichtshof führte aus, dass die Entscheidung über das ärztliche Vorgehen primär beim Arzt liege. Als geburtsleitender Arzt brauche er daher in einer normalen Entbindungssituation ohne besondere Veranlassung nicht etwa von sich aus die Möglichkeit einer Schnittentbindung zur Sprache zu bringen. Anders sei dies jedoch an „wenn für den Fall, dass die Geburt vaginal erfolgt, für das Kind ernst zu nehmende Gefahren drohen, daher im Interesse des Kindes gewichtige Gründe für eine Schnittentbindung sprechen und diese unter Berücksichtigung auch der Konstitution und der Befindlichkeit der Mutter in der konkreten Situation eine medizinisch-verantwortbare Alternative darstellt.“ In einer solchen Lage dürfe sich der Arzt nicht eigenmächtig für die vaginale Geburt entscheiden, sondern müsse die Mutter über die für sie und für das Kind bestehenden Risiken aufklären und Ihre Einwilligung einholen. Dieser Fall sei demjenigen vergleichbar, „dass für die Behandlung einer Krankheit medizinisch gleichermaßen in Betracht kommende Behandlungsmethoden mit unterschiedlichen Risiken und Erfolgchancen zur Wahl stehen“. Auch hier müsse nach vollständiger ärztlicher Belehrung dem Patienten die Entscheidung darüber überlassen bleiben, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will. Andernfalls sei das Vorgehen des Arztes mangels (wirksamer) Einwilligung rechtswidrig.

Die Entscheidungszuständigkeit der Mutter im Hinblick auf die Risiken des Geburtsablaufs auch für das Kind ist nach Ansicht des BGH daraus abzuleiten, dass die Mutter in der Geburtsphase „die natürliche Sachwalterin der Belange auch des Kindes“ sei.

Zur Indikationslage führte das Gericht aus, dass die vorliegende *Beckenendlage* eine *Risikoschwangerschaft* dargestellt habe. Aufgrund der Ausführungen der zugezogenen Sachverständigen sei zwar auch eine Entbindung auf vaginalem Wege medizinisch verantwortbar gewesen, doch habe sich die Vornahme der *Schnittentbindung als der „bessere Weg“* dargestellt. Unter diesen Umständen sei die Oberärztin nicht dazu berechtigt gewesen, es ohne Einwilligung der Schwangeren darauf ankommen zu lassen, ob die Vaginalentbindung für das Kind gut gehen würde. Dabei komme hinzu, dass die Oberärztin gewusst habe, dass die Gesamtsituation bereits zuvor zwischen dem Chefarzt und der Schwangeren besprochen worden war und dass sich diese dabei wegen des geringen Risikos für das Kind und trotz der höheren Risiken für sich selbst mit einer Schnittentbindung einverstanden erklärt habe. Umso mehr sei die Oberärztin deswegen gehalten gewesen, sich mit der Patientin abzustimmen, wenn sie von der vorgesehenen Schnittentbindung absehen wollte und damit die Risikolage für das Kind erhöhte.

7.1.3 Tabletten- oder Injektionstherapie als Behandlungsalternativen

Von Bedeutung für die gynäkologische Praxis ist auch eine Entscheidung des *Oberlandesgerichts Frankfurt/Main*, in welcher sich das Gericht zur Aufklärungspflicht über die Behandlungsalternativen *Tabletten- oder Injektionstherapie* (wenn auch auf einem anderen Fachgebiet) geäußert hat:

OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 12.1.1983²²

Ein Patient litt an einer Lumbo-Ischialgie, zu deren Behandlung eine intramuskuläre Injektion mit einem Mischpräparat in die rechte Gesäßhälfte appliziert wurde. Die Injektion führte zur Bildung eines Hämatoms mit anschließenden Weichteilnekrosen. Es wurden zwei operative Eingriffe erforderlich. Das Oberlandesgericht verurteilte den behandelnden Arzt (ohne der Frage eines Behandlungsfehlers abschließend nachzugehen) wegen Verletzung seiner Aufklärungspflicht zum Schadensersatz.

Entscheidungsgründe :

Dem Patienten hätten vor Beginn der Behandlung die unterschiedlichen Therapiemöglichkeiten mit Injektionen oder Tabletten dargelegt werden müssen und er hätte auf die damit jeweils verbundenen Risiken hingewiesen werden müssen, um ihm die Entscheidung zu ermöglichen. Zwar habe

„grundsätzlich allerdings der Arzt die Wahl der Therapie und insoweit einen Ermessensspielraum“. Auch könne von dem behandelnden Arzt „nicht verlangt werden, dass er bei jeder Behandlung, der verschiedene gleichwertige Alternativen zugrunde liegen, dem Patienten umfänglich erklärt, warum er sich für die eine und gegen die andere Methode entscheidet. Doch zumindest in Fällen, in denen – wie hier – *verschiedene Behandlungsmethoden mit je unterschiedlichen Risiken zur Verfügung stehen*, sei es nicht gerechtfertigt, wenn der Arzt über die Wahl der Methode allein, ohne Anhörung des Patienten entscheidet. Nicht entscheidend sei nämlich, ob der Arzt die von ihm gewählte Methode als die richtige ansehe, denn es müsse dem Patienten überlassen bleiben, selbst zu bestimmen, welche Gefahren er auf sich nehmen will. Dies zumal dann, „wenn die Risiken der von dem Arzt gewählten Behandlungsart höher sind als diejenigen einer alternativen Behandlungsmöglichkeiten“.

Dem auf Schadensersatz verklagten Arzt half auch nicht der Einwand, die Nekrosengefahr nach intramuskulären Injektionen sei sehr gering und daher eher fernliegend.

„Denn selbst wenn, wie vom Sachverständigen hier geschätzt, die Komplikationsdichte unter 1 % liegen sollte, so wäre der Arzt doch nicht berechtigt gewesen, diese Möglichkeit zu wählen, ohne zuvor dem Patienten die Möglichkeit zu eröffnen, sich für das weniger gefährliche Mittel der oralen Verabreichung zu entscheiden.“ Dies gelte vor allem deshalb, weil nicht davon ausgegangen werden könne, „dass medizinische Laien ohne Aufklärung um das Risiko von Nekrosenbildung nach intramuskulären Injektionen und deren Erhöhung durch Antirheumatika wissen“.

Somit ist festzuhalten: Kommen für die Behandlung orale oder Injektionstherapie in Betracht, so muss der Patient wegen der bestehenden Risikounterschiede über diese Wahlmöglichkeit aufgeklärt werden.

7.1.4 Keine Aufklärung bei risikogleichen und gleichwertigen Behandlungsalternativen

²² OLG Frankfurt NJW 1983, 1382 ff.

Etwas anderes gilt dann, wenn zwei gleichwertige Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen, beide medizinisch-wissenschaftlich anerkannt sind und von denen sich keine durch ein ins Gewicht fallendes geringeres Risiko von der anderen unterscheidet.²³ In diesem Sinne hat auch bereits der *Bundesgerichtshof* in einer Entscheidung vom 11.05.1982 den behandelnden Arzt ohne Verletzung seiner Aufklärungspflicht für berechtigt gehalten, „zwischen mehreren, gleich erfolgversprechenden und üblichen Handlungsmöglichkeiten“ zu wählen, wenn der Eingriff als solcher notwendig ist und die Alternativen keine wesentlichen Risikounterschiede aufweisen.²⁴

7.2 Hohe Anforderungen an Aufklärung bei Sterilisationseingriffen

Eine *besondere vertragliche Beratungs- und Belehrungspflicht* des Gynäkologen besteht nach Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Rahmen der Vornahme eines *Sterilisationseingriffs*. Hierbei muss die Patientin darüber aufgeklärt werden, welche verschiedenen Methoden zu Gebote stehen, mit *welcher Erfolgssicherheit* sie dabei rechnen kann bzw. mit welcher Versagerquote gerechnet werden muss, ob die Verhütungsmethode *reversibel ist oder nicht*.

BGH, Urteil vom 2.12.1980²⁵

Sachverhalt:

Der Patientin war nach mehreren vorausgegangenen Schwangerschaften eine Sterilisation durch vaginale Exstirpation der Gebärmutter vorgeschlagen worden. Die Frau entschloss sich jedoch zur Tubensterilisation im Wege der laparoskopischen Eileiterkoagulation. Im Anschluss an diesen Eingriff wurde wiederum eine Schwangerschaft festgestellt. Der geschiedene Ehemann der Patientin machte im Klagewege geltend, seine Frau sei über die Versagerquote des gewählten Verfahrens nur unzulänglich aufgeklärt worden; sie hätte sich anderenfalls für ein sichereres Verfahren entschieden. Ihm sei daraus ein Schaden in Form von monatlichen Unterhaltsleistungen für das Kind und seine geschiedene Frau erwachsen.

Entscheidungsgründe:

Der Bundesgerichtshof hob hervor, dass den Gynäkologen in diesem Fall aufgrund des geschlossenen Sterilisationsvertrages eine *besondere Beratungspflicht* getroffen habe, die nicht dem gleichgestellt werden könne, was typischerweise unter der Aufklärungspflicht des Arztes verstanden werde; es handle sich hier nicht um Ansprüche aus echten Risiken oder nutzlosem Eingriff; vielmehr habe die nicht sachkundige Patientin deshalb *eingehend über die Erfolgssicherheit der geplanten Sterilisationsmethode aufgeklärt* werden müssen,

„... Weil sie nur dadurch in die Lage versetzt wurde zu beurteilen, ob sie diese Methode anderen vorziehen wollte, die vielleicht belastender, dafür aber erfolgssicherer waren; auch war eine solche Information unerlässlich für ihre und des Klägers Entscheidung darüber, ob sie sich gegebenenfalls mit der immerhin hohen Sicherheitsquote begnügen oder aus besonderer Vorsicht noch zusätzliche Verhütungsmaßnahmen anwenden wollten. Dieser vertraglich geschuldeten Beratungspflicht ist der für die Beklagte tätige Arzt nach Auffassung des Senats nur dann gerecht geworden, wenn er nach den Umständen sicher sein durfte, dass sich Frau D. jener konkreten, wenn auch geringen Misserfolgsquote bewusst geworden war. Deren statistische Häufigkeit, die nach den damals vorliegenden Publikationen ohnehin schwer zu

²³ OLG Bremen NJW 1985, 1404

²⁴ BGH VersR 1982, 771 f („Trochanternagel“)

²⁵ BGH NJW 1981, 630 ff.

konkretisieren war, hätte sie dann allerdings bei entsprechendem Wunsch erfragen können. Dass an diese Beratung keine geringen Anforderungen gestellt werden, ergibt sich vor allem daraus, dass gerade hier, anders als bei der Aufklärung über die Risiken eines Eingriffs, irgendwelche therapeutischen Rücksichten, die dort zwar nur ausnahmsweise die Aufklärungspflicht einschränken, wohl aber Art und Weise der Aufklärung modifizieren können, im Regelfall aber nicht denkbar sind. Es ist daher in einer Lage, wie sie hier gegeben war, kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, der betroffenen Frau eine Information vorzuenthalten, die einerseits sowohl für ihren Entschluss wie für ihr ferneres Verhalten sehr bedeutsam war, andererseits keinen nennenswerten Zeitaufwand verursacht haben würde.“

Das Gericht war deswegen der Meinung, dass der Arzt einer besonderen Beratungspflicht nicht dadurch genügt habe, dass er der Patientin erklärte, sie habe sich „nicht für die sicherste sondern für die zweitbeste Methode entschieden.“

Zur Schadenshöhe führte das Gericht aus, dass der Unterhaltsaufwand, der durch ein trotz Sterilisation empfangenes Kind verursacht werde, grundsätzlich als Schadensersatz geltend gemacht werden könne. Voraussetzung sei allerdings, dass durch den Fehler des Arztes tatsächlich eine *Familienplanung gestört* worden ist. In dieser Richtung bestanden noch offene Zweifel, die zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht führten.

BGH, Urteil vom 19.6.1984²⁶

In einer weiteren Sterilisationsentscheidung des Bundesgerichtshofs hält das Gericht daran fest, „... dass die Eltern eines Kindes, das infolge des Fehlschlagens eines Sterilisationseingriffs geboren worden ist, in den von ihm aufgezeigten Grenzen gegen den dafür verantwortlichen Arzt oder Krankenhausträger Ansprüche auf Ersatz des Unterhaltsaufwandes für das Kind geltend machen können ... und dass ferner die Mutter für die Belastung mit der Schwangerschaft infolge eines Behandlungsfehlers oder versäumter Aufklärung über das Versagerrisiko ein *Schmerzensgeld* fordern kann, auch wenn die *Schwangerschaft ohne pathologische Begleitumstände verläuft*.“

Zum Schadensbegriff führte das Gericht aus, dass nicht etwa das Haben des Kindes selbst als „Schaden“ in Betracht komme, sondern die seinen Eltern mit seiner Geburt entstehenden Verpflichtungen, für seinen *Unterhalt* aufzukommen. Die Unterhaltsleistungen der Eltern für das Kind, ihre Belastungen mit einer entsprechenden Verbindlichkeit, sei als Schaden anzusehen, der ersatzfähig sei.

Den Eltern sei es auch keineswegs zuzumuten, im Rahmen einer Schadensminderungspflicht das Kind zur Adoption freizugeben. Dieses dürfte unter keinen rechtlichen Gesichtspunkten im Objekt von Vermögensdispositionen gemacht werden.

Als *Besonderheit dieser vertraglichen Beratungspflicht* hat die Rechtsprechung hervorgehoben, dass die allgemeinen Beweisgrundsätze, die zur Verletzung der Aufklärungspflicht des Arztes entwickelt worden sind, hier nicht anwendbar sind. Die *Verletzung der vertraglichen Beratungspflicht* muss also *der Patient beweisen und nicht der Arzt*.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten: Bei Sterilisationseingriffen treffen den Arzt sehr weitgehende Aufklärungs- bzw. Beratungspflichten insbesondere hinsichtlich der Erfolgssicherheit der vorgeschlagenen Methode. Bei Verletzung dieser besonderen Beratungspflicht haftet der Arzt der

²⁶ BGH NJW 1984, 2625 ff.

Schwangeren auf Schmerzensgeld und bei abgeschlossener Familienplanung auch auf den Kindesunterhalt.

7.3 Beratungspflicht des Arztes bei altersbedingten Risikoschwangerschaft

Hohe Anforderungen stellt die Rechtsprechung an die Beratungs- und Aufklärungspflicht des Arztes, wenn bei *altersbedingter Risikoschwangerschaft* die Gefahr einer genetischen Schädigung der Leibesfrucht infolge Chromosomenaberration besteht. Nach gesicherten medizinischen Erkenntnissen nimmt diese Gefahr mit dem Alter der Schwangeren bzw. beider Elternteile zu. Dies gilt auch für die Trisomie 21 (Down-Syndrom, Mongolismus), die nach heutigem Erkenntnisstand ab der 16. Schwangerschaftswoche mittels Amniozentese sicher erkannt werden kann.

Hier hat die Rechtsprechung – je nach Alter der Schwangeren und Gefährdungsgrad des Feten – zunehmende Anforderungen an eine ärztliche Beratungspflicht gestellt.

Schwangere über 39 Jahren sind stets umfassend und generell über die Risikolage des Kindes, die medizinischen Früherkennungsmöglichkeiten einer Chromosomenanomalie und deren Auswirkungen, sowie über die gegebenenfalls bestehende Möglichkeit einer straffreien legalen Beendigung der Schwangerschaft zu beraten. Dabei sind alle medizinisch erheblichen Faktoren und Zusammenhänge zu erläutern, um der Schwangeren eine Abwägung und Entscheidung auf sachlich zutreffender Grundlage zu ermöglichen.

Die Rechtsprechung sieht einen Verstoß gegen diese Beratungspflichten allerdings als *Behandlungsfehler* (nicht als Aufklärungsmangel) an, weil die Beratung unabhängig von einem bevorstehenden ärztlichen Eingriff geschuldet wird.

8. Risikoaufklärung: Aufklärung über typische Gefahren

Sinn und Zweck der Aufklärung ist es, dem Patienten Art, Bedeutung und Folgen des ärztlichen Eingriffs zwar nicht in allen Einzelheiten aber doch in seinen Grundzügen vor Augen zu führen, ihm eine zutreffende Vorstellung von Wesen und Tragweite des Eingriffs zu geben. Daher liegt es nahe, dass die mit dem Eingriff verbundenen Risiken von besonderem Interesse sind. Diese sind Gegenstand der dem Patienten geschuldeten Risikoaufklärung. Dabei ist klar, dass keineswegs sämtliche denkbaren Risiken Gegenstand der Aufklärung sein können und müssen. Eine derartige Totalaufklärung wäre unvernünftig, dem Patienten wie dem Arzt nicht zumutbar und wäre auch nicht geeignet, das Aufklärungsziel zu erreichen. Es genügt vielmehr nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass der Patient „*im Großen und Ganzen*“ *aufgeklärt* wird. Dabei muss er diejenigen Folgen des Eingriffs erfahren, die *notwendig und sicher mit ihm verbunden* sind – also etwa den Verlust eines Organs, das Auftreten von Narben und Schmerzen. Hierzu sei beispielsweise verwiesen auf das oben bereits dargestellte Myom-Urteil des Bundesgerichtshofs, in welchem die Verurteilung des Gynäkologen darauf gestützt wurde, die Patientin nicht über den Verlust der Gebärmutter aufgeklärt zu haben und daher ohne die erforderliche Einwilligung der Patientin gehandelt zu haben.

Auf der anderen Seite müssen die sogenannten *beherrschbaren Gefahren nicht Gegenstand der Aufklärung* sein. Sie führen bei sachgerechtem Vorgehen des Arztes zu keinem Schadenseintritt. Beherrscht der Arzt die Gefahr nicht, weil er nicht *lege artis* vorgeht, so führt dies zu einem Behandlungsfehler, dessen rechtliche Folgen auch nicht durch vorausgegangene Aufklärung des Patienten beseitigt werden können.

Zwischen diesen beiden Polen – den *aufklärungsbedürftigen sicheren Behandlungsfolgen* einerseits und den *nicht aufklärungsbedürftigen beherrschbaren Gefahren* andererseits – versucht die Rechtsprechung Grenzen und Umfang der Aufklärungspflicht für die typischen Gefahren eines Eingriffs anhand von drei Kriterien zu bestimmen:

1. Die *Komplikationsdichte* (Schadenhäufigkeit) einer bestimmten schädlichen Nebenwirkung des Eingriffs ist eines der Beurteilungsmerkmale, keineswegs jedoch das einzige. Dabei ist die von der Rechtsprechung vorgenommene Grenzziehung, wann eine typische Eingriffsfolge wegen der statistischen Häufigkeit ihres Auftretens aufklärungspflichtig ist, sehr fließend.

Auch ist die Rechtsprechung von allgemeinen statistischen Werten abgerückt und hat die Komplikationsdichte nach den Rahmenbedingungen des Einzelfalles (personelle und apparative Ausstattung der Klinik, Ausbildungsstand und Erfahrung des Arztes) bemessen. Bei entsprechend ungünstigen Umständen des Einzelfalles wurde auch eine ansonsten extrem seltene Schadenshäufigkeit (von unter 0,1 %) als aufklärungspflichtig angesehen.

2. Neben der Dichte einer Komplikation muss vor allem *deren Schwere* in Betracht gezogen werden. Je schwerer die Folge, umso eher muss auch bei geringer Komplikationsdichte eine ärztliche Aufklärungspflicht angenommen werden. Umgekehrt müssen selbst häufig auftretende, jedoch vorübergehende und leichte Störungen des gesundheitlichen Befindens des Patienten nicht ohne weiteres mitgeteilt werden.

3. Der Grad der medizinischen Indikation des Eingriffs, *dessen Dringlichkeit*, stellt schließlich das dritte Kriterium für die Abgrenzung der Aufklärungspflicht dar. Die höchsten Aufklärungsanforderungen werden an den medizinisch nicht indizierten, etwa den rein kosmetischen Eingriff gestellt. Auch nicht indizierte Diagnoseeingriffe unterliegen sehr hohen Aufklärungsanforderungen. Bei relativen Indikationen gelten deutlich verringerte Anforderungen. Medizinisch klar indizierte Eingriffe unterliegen nur noch einem mittleren Aufklärungsmaßstab. Schließlich werden an vital indizierte Eingriffe die geringsten Anforderungen bezüglich der Aufklärungspflicht des Arztes gestellt. Dies sei im Einzelnen an folgenden Fallbeispielen aus der Praxis erläutert:

8.1 Sehr hohe Aufklärungsanforderungen bei nicht indizierten Eingriffen

Als Folgen eines fachgerecht ausgeführten kosmetischen Eingriffs ohne medizinische Indikation hatte eine Patientin am Bauch, an der Innenseite der Oberschenkel und an den Flanken *Narben zwischen 0,5 und 2 cm Breite* davongetragen. Dieses Bild war nach dem Urteil eines Sachverständigen keineswegs ungewöhnlich, eher sogar sehr häufig. Die Patientin war sich nach ihrer prozessualen Einlassung von vornherein darüber im klaren, „dass es nicht ohne Narben abgehen werde“; auch hatte ihr der Arzt erklärt, es müsse nicht sein, der sie noch einen Bikini tragen könne.

OLG Hamburg, Urteil vom 5.3.1982²⁷

Das Oberlandesgerichturteilte, dass die Patientin zwar operativ fehlerfrei behandelt, aber nicht ausreichend aufgeklärt worden sei und der ärztliche Eingriff daher rechtswidrig war. Zu den Aufklärungsanforderungen bei kosmetischen Operationen führte das Gericht aus:

„Wenn eine kunstfehlerfrei durchgeführte kosmetische Operation auch bei normalem Heilungsverlauf zu einem Endzustand der Narben führen kann, wie er hier eingetreten ist, so muss der Patientin, die entsprechend der in Laienkreisen allgemein herrschenden Vorstellung ‚haarfeine, kaum sichtbare

²⁷ OLG Hamburg MDR 1982, 580 f

Narben' erwartet (vgl. das Merkblatt der Beklagten), *mit schonungsloser Offenheit und Härte demonstriert werden, mit welcher Verstümmelung ihres Körpers sie in Wahrheit zu rechnen hat*. Bei kosmetischen Eingriffen entfällt der bei gesundheitlich erforderlichen Operationen mit abzuwägende Gesichtspunkt, dass der Patient nicht durch Erzeugung unangemessener Angst vor Komplikationen oder sonstigen negativen Begleiterscheinungen von der Einwilligung in die notwendigen ärztlichen Maßnahmen abgehalten werden darf. Eine Frau, die lediglich ihre äußere Erscheinung als ungenügend empfindet, *muss durch vollständige und schonungslose Aufklärung* in den Stand versetzt werden, aufgrund ihrer eigenen Sachkunde zu beurteilen, ob sie den durch Operation erreichbaren Zustand dem bisherigen wirklich vorzieht. Diese Entscheidung erfordert nicht nur eine verstandesmäßige, sondern auch eine entsprechend emotionale Grundlage, die *niemals allein durch sprachliche* – sei es mündliche oder schriftliche – *Umschreibungen, sondern nur durch Bilder vermittelt werden kann*, auf denen der zu erwartende Zustand des operierten Körpers mit den ausgeheilten Narben nüchtern und hart zu sehen ist.“

Mit den Aufklärungsanforderungen vor Durchführung einer Brustreduktionsplastik nach McKissok befasste sich auch eine Entscheidung des Oberlandesgerichts München.

OLG München, Urteil vom 19.09.1985²⁸

Sachverhalt:

Der beklagte Chirurg hatte bei der 36-jährigen Klägerin eine *Brustreduktionsplastik nach McKissok* mit gleichzeitiger Anhebung der Brüste durch Einlagen und Korrekturingriffe an den Oberarmen durch längsovuläre Ausschneidungen sowie eine anschließende Nachkorrektur der rechten Brust und der Oberarme vorgenommen. Es kam zu *breiten Narbenbildungen* an beiden Brüsten und Oberarmen, sowie zu einer Asymmetrie der Brüste. Der Operateur hatte die Patientin zuvor schriftlich darauf hingewiesen, dass der Eingriff „wie jede ärztliche Handlung, ein gewisses Risiko in sich“ berge. Es könnten „vorher nicht absehbare Komplikationen (z. B. Entzündungen, Nachblutungen, Thrombose- oder Emboliegefahr) auftreten. Auch könne es „in einem kleinen Prozentsatz“ der Fälle zur Bildung breiter Narben (Keloidneigung)“ kommen. In wenigen Fällen könne eine kleine Nachkorrektur erforderlich werden. Trotzdem könne sich die Patientin der Operation beruhigt unterziehen.

Das Oberlandesgericht München hielt diese Aufklärung für „*teils unrichtig, teils unvollständig*“ und verurteilte den Beklagten Arzt zur Rückzahlung des gesamten Operationshonorars und zur Zahlung eines Schmerzensgeldes an die Patientin.

Entscheidungsgründe:

„Die Pflicht des Arztes zur Aufklärung und das Maß dieser Aufklärung über die Möglichkeiten schädlicher Folgen eines ärztlichen Eingriffes sind umso weitgehender, je weniger der Eingriff aus der Sicht eines vernünftigen Patienten vordringlich oder geboten erscheint. Bei einem erheblichen körperlichen Eingriff, der nur aus kosmetischen Gründen erfolgt, ist das für und Wider sorgfältiger darzulegen, als bei einem Zustand, der das Leben des Patienten augenblicklich und unmittelbar bedroht.“

Das Gericht stellte fest, dass keine medizinische Indikation für den Eingriff gegeben war, weil es der Klägerin aus privaten Gründen lediglich darauf ankam, ihr Äußeres zu verbessern. Außerdem stellte das Gericht aufgrund sachkundiger Beratung fest, dass die Operation fachgerecht ausgeführt worden sei. Die aufgetretenen Komplikationen (Kapsel-fibrosen verschiedener Grade, Narbenbildung, Sensibilitätsstörungen) seien bekannte und nicht ungewöhnliche Folgen derartiger Eingriffe. Die geleistete Aufklärung werde dem jedoch nicht gerecht:

²⁸ OLG München MedR 1988, 187 ff.

„Die Aufklärung über die Narbenbildung ist teils unrichtig, teils unvollständig. *Unrichtig* ist die Erklärung, die *Keloidneigung bestehe nur bei einem kleinen Prozentsatz*. Die Sachverständige hat nämlich überzeugend dargelegt, dass solche breiten, hässlichen Narben „häufig“, sogar „meistens“ auftreten, dass sie gerade „*ein typisches Bild nach Brustreduktionsplastik mit gleichzeitig durchgeführtem Aufbau*“ darstellen. *Unvollständig* ist eine Aufklärung, die *medizinische Fachausdrücke* benutzt, ohne dass der Arzt sich versichert, dass der Patient vor der Einwilligung klare, zutreffende Vorstellungen über die Folge des Eingriffs hat. Keloide sind ‚Wulstnarben, derbe bindegewebige, manchmal juckende strangförmige Hautwülste‘.²⁹ Der Beklagte hat im Prozess auch nicht vorgetragen, dass er der Klägerin mit einer auch nur ähnlichen Beschreibung solche meistens auftretenden Narben geschildert habe. Über die Art, Höhe und Breite der möglichen Narben musste der Beklagte die Klägerin gerade bei einem rein kosmetischen Eingriff, mit dem die Klägerin ästhetisch ansprechendere Körperformen erzielen wollte, *in schonungsloser Offenheit und Härte aufklären*. Die Klägerin musste vor Abgabe ihrer Einwilligung in die Operation wissen, mit welcher Veränderung ihres Körpers sie in Wahrheit zu rechnen hatte.“³⁰

Das gelte besonders bei Eingriffen, wie dem vorliegenden, mit zweifelhafter Operationsindikation und mit relativ hohem Misserfolgsrisiko.³¹ Der Klägerin habe nicht verborgen bleiben dürfen,

„dass hässliche Narben, Sensibilitätsstörungen und eine erhebliche Zahl von Nachoperationen mit weiteren Risiken nicht nur häufig sind, sondern sogar meistens auftreten. Gerade bei einem kosmetischen Eingriff hätte der Beklagte der Klägerin auch *Farbbilder* aus der Fachliteratur zur Verfügung stellen müssen, damit sich die Klägerin auch ein klares Bild von den Misserfolgen machen konnte. Er hätte diese Folgen nicht hinter medizinischen Fachausdrücken verbergen und so der Klägerin geradezu verschleiern dürfen“.

Für den Bereich der medizinisch nicht indizierten Eingriffe lässt sich somit *zusammenfassend* feststellen, dass hier von der Rechtsprechung eine ärztliche Aufklärung von kaum überbietbarer, *geradezu abschreckender Deutlichkeit* gefordert wird, soweit es sich um die mit großer Häufigkeit auftretenden typischen Operationsfolgen handelt.

Zu den medizinisch nicht indizierten Eingriffen mit höchsten Aufklärungsanforderungen zählen im Regelfall auch die *Sterilisationseingriffe*. Daher verlangt Rechtsprechung hier – wie oben bereits dargestellt – dass der Patientin eine möglichst genaue Vorstellung von der Versagerquote der jeweils gewählten Sterilisationsmethode vermittelt wird. Denn nur so kann die Patientin eine abgewogene Entscheidung hinsichtlich der Methodenwahl treffen und sich darüber klar werden, ob gegebenenfalls zusätzliche Verhütungsmaßnahmen ergriffen werden sollen.³²

8.2 Abgestufte Aufklärungsanforderungen bei erhöhter Dringlichkeit und verminderter Schwere der Folgen

Bei Vorliegen einer medizinischen Eingriffsindikation verringern sich die Aufklärungsanforderungen je nach deren Dringlichkeit sowie der gegebenen Komplikationsdichte und Schwere der Nebenfolgen.

1. Bei Eingriffen mit *relativer Indikation*, also denjenigen, die zwar medizinisch angezeigt, aber nicht notwendig sind, bestehen erhöhte Aufklärungspflichten (wenngleich in geringerem Umfang wie bei den nicht indizierten Eingriffen).

²⁹ Vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 255. Aufl. 1986

³⁰ OLG Hamburg VersR 1983, 63

³¹ Vgl. BGH NJW 1981, 633

³² BGH NJW 1981, 630ff.

Hierzu zählen beispielsweise Korrekturingriffe bei Fettleibigkeit (Fettschürzenresektionen, Bauchwandplastiken) aus medizinischer Indikation.

In diesen Fällen ist eine genaue Kenntnis des Patienten von den Risiken des Eingriffs für dessen Entscheidung von großer Bedeutung, weil die Indikationslage die Vornahme des Eingriffs allenfalls als ratsam oder empfehlenswert erscheinen lässt, keineswegs aber dringend nahegelegt. Auch ein „verständiger Patient“ kann sich in dieser Lage ohne weiteres gegen den Eingriff entscheiden, zumal wenn ihm die mit diesem verbundenen Risiken verdeutlicht werden. Pflicht des Arztes ist es, dem Patienten die zutreffende Entscheidungsgrundlage zu vermitteln.

2. Mit einem Fall *absoluter medizinischer Indikation* hatte sich der Bundesgerichtshof auseinanderzusetzen. Es ging dabei um die Frage der ärztlichen Aufklärungspflicht über das *Risiko einer Ureterverletzung bei einer abdominalen Hysterektomie*.

BGH, Urteil vom 28.2.1984³³

Sachverhalt:

Einer 35-jährigen Patientin war nach dem Auftreten stärkerer Blutungen von ihrem Frauenarzt wegen einer gutartigen Muskelbindegewebebeschulst in der Gebärmutterwand zur Entfernung des Uterus geraten worden. Mangels akuter Indikation sollte der Eingriff jedoch bis nach der Urlaubsrückkehr des Gynäkologen aufgeschoben werden. Währenddessen setzten jedoch stärkere Blutungen bei der Patientin ein und diese begab sich zu dem beklagten Arzt in Behandlung, der Belegarzt in einem städtischen Krankenhaus war. Dieser diagnostizierte submuköse Myome als Blutungsursache und führte unter Assistenz eines Narkosepflegers eine abdominale Hysterektomie durch.

Hierbei kam es zu einer unbemerkten Verletzung des linken Harnleiters. Es bildete sich eine blasennahe, linksseitige Harnleiter-Scheiden-Fistel aus; die ableitenden Harnwege entzündeten sich. Eine Nachoperation zur Behebung des Harnleiterschadens durch Boari-Plastik misslang. Der Patientin musste daraufhin die linke Niere entfernt werden. Sie litt noch jahrelang unter einem chronischen Harnwegsinfekt und starker Anämie.

Die Patientin hatte im Prozess zunächst einen ärztlichen Behandlungsfehler behauptet, diesen aber nicht nachweisen können. Denn der zugezogene Sachverständige vertrat die Auffassung, bei derartigen Operationen könne auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eine Verletzung benachbarter Organe nicht stets vermieden werden. Daraufhin stellte die klagende Patientin *in der zweiten Prozessinstanz* ihren Sachvortrag um und behauptete jetzt *erstmalig*, vor dem Eingriff über dessen Risiken, insbesondere über die Komplikationsmöglichkeiten einer Ureterverletzung mit der möglichen Folge eines Nierenverlustes *nicht aufgeklärt worden zu sein*. Mit dieser Begründung hatte ihre Klage auf Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld Erfolg.

Der Bundesgerichtshof ließ es dahinstehen, ob die Patientin bei einer abdominalen Hysterektomie in jedem Fall über das Risiko einer Ureterverletzung aufgeklärt werden muss; er *bejahte* jedoch diese Aufklärungspflicht unter den *hier gegebenen nicht optimalen Operationsbedingungen*: Ausführung des Eingriffs in einem kleinen Krankenhaus durch einen Belegarzt ohne qualifizierte Assistenz. Das Gericht führte unter anderem aus:

„Im Ergebnis ist dem Berufungsgericht auch darin zu folgen, dass der Beklagte verpflichtet war, die Klägerin über das Risiko einer Ureterverletzung aufzuklären, und dies schuldhaft versäumt hat.

a) Nach gefestigten Rechtsprechungsgrundsätzen war die Klägerin, damit sie wirksam in die Operation einwilligen konnte, nicht nur über die Art des Eingriffes, sondern auch über seine Risiken ins Bild zu

³³ BGH NJW 1984, 1807 ff.

setzen, soweit diese sich für sie als medizinischem Laien aus der Art des Eingriffs nicht ohne weiteres ergaben und für ihre Entschließung von Bedeutung sein konnten. Zwar mussten sie ihr nicht in allen denkbaren Erscheinungsformen aufgezählt werden; aber es musste – wenn auch nur im Großen und Ganzen - eine allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffs und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken vermittelt werden...

b) Ein spezifisch mit der abdominalen Hysterektomie verbundenes Risiko stellt nach den Ausführungen der Sachverständigen Professor Dr. O und Professor Dr. P, denen das Berufungsgericht gefolgt ist, die Verletzung des Ureters auch bei Fehlen von Anomalien im Urogenitalsystem, die im Streitfall auszuschließen sind, wegen der individuellen Variationsbreite des Abstandes zwischen Harnleiter und Gebärmutterhals und wegen der eingeschränkten Möglichkeiten, die Lage und den Verlauf des Harnleiters im konkreten Fall zu bestimmen, dar. Die Sachverständigen haben die Komplikationsmöglichkeiten mit 1,6 % angegeben, damit die Vorstellung dafür, dass es hierbei zu Verletzungen kommen kann, die vorübergehend seine Befindlichkeit beeinträchtigen. Indessen hebt sich die hier infrage stehende Komplikation von solchen allgemeinen, vom Arzt nicht besonders darzustellenden Risiken einer Operation dadurch ab, dass Harnleiterverletzungen jedenfalls unter Operationsbedingungen wie sie hier bestanden hatten, nach den Ausführungen der Sachverständigen nicht schon während der Operation erkannt und versorgt werden. Deshalb kann, wenn sie sich nicht von selbst schließen, eine Nachoperation erforderlich werden, die im allgemeinen erst nach Wochen möglich ist und den Patienten in diesem Fall neben erheblichen Erschwernissen der Gefahr einer Nierenschädigung aussetzt. Ob dabei mit einer Entwicklung, wie sie im Streitfall zum Verlust der Niere geführt hat, gerechnet werden muss, was die Revision in Abrede stellt, ist nicht ausschlaggebend. Maßgebend ist, dass der Patient von der Möglichkeit derartiger Beeinträchtigungen einer körperlichen Befindlichkeit nicht schon durch die Aufklärung über die Art des Eingriffs eine wenn auch nur allgemeine Vorstellung erhält, und dass das Wissen von solchen Auswirkungen auch dann nicht als von untergeordneter Bedeutung angesehen werden kann, wenn der Eingriff, wie hier, zur Beseitigung der eingetretenen Blutungen absolut indiziert ist.“

Absolut indiziert sind medizinische Eingriffe dann, wenn sie zur Beseitigung einer erheblichen Gesundheitsstörung erforderlich sind. In diesen Fällen wird ein verständiger Patient gewisse Risiken in Kauf nehmen. Daher gelten hier weniger strenge Aufklärungsgrundsätze wie bei einem medizinisch nicht indizierten Eingriff oder bei einem zwar medizinisch indizierten, jedoch nicht notwendigen Eingriff.

Im vorliegenden Fall hat der Bundesgerichtshof die Aufklärungspflicht jedoch wegen der *nicht optimalen Rahmenbedingungen des Eingriffs* – in einem kleinen Krankenhaus durch einen Belegarzt ohne qualifizierte Assistenz – im Hinblick auf die drohenden Schadensfolgen bejaht. Bei der Einschätzung der Risiken spielen – so das Gericht – die Erfahrung des Operateurs und das Vorhandensein einer qualifizierten Assistenz eine Rolle. Zwar müsse im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass sich die Hinzuziehung eines Narkosepflegers statt eines erfahrenen Assistenzarztes nicht konkret schadensbringend ausgewirkt habe; doch habe die Patientin ein schutzwürdiges Interesse daran, über das Verletzungsrisiko unterrichtet zu werden, zumal die Operation trotz absoluter Indikation aufschiebbar gewesen sei. Das Vorbringen der Patientin, sie hätte sich in Kenntnis dieser Umstände allenfalls in einer renommierten Klinik operieren lassen, hatte Erfolg.

8.3 Verringerte Aufklärungsanforderungen bei vitaler Indikation, sehr geringer Komplikationsdichte aber schweren Nebenfolgen

Über den Umfang der Aufklärung über die Risiken einer Strahlenbehandlung bei *vitaler Indikation* hatte der Bundesgerichtshof zu befinden.

BGH, Urteil vom 7.2.1984³⁴

Sachverhalt:

Der klagende Patient war wegen Lymphknotenvergrößerungen an beiden Halsseiten und im Brustraum stationär ins Krankenhaus aufgenommen worden, wo eine Lymphogranulomatose (Hodgkinsche Krankheit) diagnostiziert wurde. Es wurde mit einer Bestrahlungstherapie begonnen, nachdem dem Patienten ein „Merkblatt für Bestrahlungspatienten“ ausgehändigt worden war. Dieses enthielt keinen Hinweis auf das Risiko einer Rückenmarkschädigung. Etwa zwei Wochen nach Strahlungsbeginn stellten sich bei dem Patienten Schluckbeschwerden, Atemschmerzen, Symptome einer Rückenmarksreizung, Monate später Gefühlsstörungen in beiden Beinen, dann spastische Lähmungserscheinungen und schließlich als Folge einer strahlungsbedingten Rückenmarkschädigung eine inkomplette Querschnittslähmung ab dem fünften Thorakalsegment ein.

Die zugezogenen Sachverständigen stellten fest, dass derartige Schädigungsmöglichkeiten durch die Strahlentherapie nach dem damaligen Stand der medizinischen Wissenschaft bekannt gewesen seien, auch wenn im internationalen Schrifttum kein vergleichbarer Fall geschildert war und im betreffenden Krankenhaus während der letzten 18 Jahre der Anwendung dieser Therapie kein einziger derartiger Schadensfall aufgetreten war. Der ursächliche Zusammenhang zwischen Strahlentherapie und Schaden wurde bejaht. Die erfolgte Aufklärung des Patienten sah das Gericht als nicht ausreichend an.

Entscheidungsgründe:

Ungeachtet der Tatsache, dass der klagende Patient ohne die Strahlenbehandlung nur noch eine verhältnismäßig kurze Lebenserwartung (von geschätzt 3,2 Jahren) gehabt hätte und die Strahlentherapie die allein erfolgversprechende Methode gewesen sei, habe diese doch nicht ohne Einwilligung des Patienten angewandt werden dürfen.

„Auch bei vitaler Indikation eines Eingriffs verlangt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, dass ein Arzt ihm die Möglichkeit lässt, über den Eingriff selbst zu entscheiden und ihn gegebenenfalls abzulehnen, auch wenn solcher Entschluss medizinisch unvernünftig ist“.

Auch wenn eine andere erfolgversprechende Behandlungsmethode nicht in Betracht komme und der Patient ohne Behandlung nur noch eine verhältnismäßig kurze Lebenserwartung habe, dürfe nicht der Arzt, sondern nur er selbst über das Risiko entscheiden, dem er sich durch die Therapie aussetzen will. Dieses Bestrahlungsrisiko sei zwar nach Angaben der Sachverständigen sehr gering und läge auch bei wesentlich höherer Strahlenbelastung des Rückenmarks bei höchstens 0,15 %; wegen der *Schwere der Nebenfolge* (Querschnittslähmung) könne die gegebene *geringe Komplikationsdichte* des sehr seltenen, aber eingriffsspezifischen Risikos nicht den Ausschlag geben.

„Auch ein verständiger Patient kann gleichwohl beachtenswerte persönliche Gründe haben, auf die Behandlung wegen der mit ihr möglicherweise verbundenen schwerwiegenden Folgen zu verzichten und dem Schicksal seinen Lauf zu lassen.“ Das kann jedenfalls dann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, wenn – wie hier – auch bei der vom Sachverständigen Professor Dr. S vorgenommenen Wahrscheinlichkeitsprognose einer erkrankungsbedingten Querschnittslähmung von 2-5 % für die Klägerin eine erhebliche Chance blieb, von solchen Folgen verschont zu bleiben.

³⁴ BGH NJW 1984, 1397 ff.

Zum *Inhalt* der Aufklärungspflicht bei vitaler Indikation führte das Gericht unter anderem aus, der Patientin habe *eine allgemeine Vorstellung von dem Schweregrad des Eingriffs und dem Behandlungsrisiko* gegeben werden müssen. Hierzu hätte es genügt, darüber aufzuklären, dass die Therapie das Rückgrat der Patientin notwendig Strahlenbelastungen aussetzen musste, die möglicherweise zu Lähmungserscheinungen führen konnten, welche sich aber in fast allen Fällen zurückbilden würden. Wäre es der Patientin dann darauf angekommen weitere Einzelheiten über Art und Größe des Lähmungsrisikos zu erfahren, so hätte sie diese erfragen können und müssen.

8.4 Geringe Aufklärungsanforderungen bei unaufschiebbaren, vital indizierten Eingriffen

In anderen Fällen der vitalen Indikation, in denen sofortiges ärztliches Handeln zur Behebung einer lebensbedrohlichen Situation des Patienten geboten ist, gelten noch geringere Aufklärungsanforderungen. Bei unaufschiebbaren vital indizierten Eingriffen braucht der Arzt *mit der Aufklärung und Einwilligung nicht viel Umstände zu machen. Je nach den Umständen kann und muss die Aufklärung hier vollständig entfallen*. Die Einwilligung des Patienten ergibt sich hier aus seinem Erscheinen zur Behandlung oder einer bewusstlosen Einlieferung in lebensbedrohlichem Zustand.

Erfolgt also beispielsweise die Krankenhausaufnahme einer Schwangeren bei bereits bestehender hochgradiger Gefährdung des Kindes und ist eine sofortige Sectio-Entbindung zwingend indiziert, so kann sich die Aufklärung der Patientin – je nach ihrer Aufnahmefähigkeit – bis hin zu einem absoluten Mindestmaß beschränken, oder sie kann vollständig entfallen.

Problematisch können die Fälle sein, in denen sich nach erfolgter Krankenhausaufnahme unter der Geburt sehr plötzlich die Indikationslage für eine Schnittentbindung ergibt. Ist dieser Verlauf vorhersehbar – etwa weil Komplikationsmerkmale erkennbar waren – so wird man den geburtsleitenden Arzt für verpflichtet halten müssen, die erforderliche Aufklärung so rechtzeitig vor Eintritt der (voraussehbaren) Notsituation zu erteilen, dass der Schwangeren noch eine Risikoabwägung möglich ist; anderenfalls gerät er zwischen Szylla und Charybdis: Holt er die Aufklärung in der Notsituation nach und wirkt sich dies eingriffsverzögernd und schadensursächlich aus, so begründet dies seine Haftung; unterlässt er die geschuldete Aufklärung, so haftet er ebenfalls für den entstehenden Schaden.

8.5 Aufklärung über besondere Behandlungsbedingungen

8.5.1 Risikoerhöhende Behandlungsbedingungen

Zum Gegenstand der Aufklärung gehört es auch, den Patienten entsprechend zu informieren, falls äußere Umstände der Behandlung vorliegen, die das *Behandlungsrisiko aus besonderen Gründen erhöhen*. In dieser Hinsicht kommt in Betracht, dass beispielsweise die *apparative Ausstattung* oder die *allgemeinen Pflegebedingungen*, etwa auch die *hygienischen Verhältnisse* in einem bestimmten Krankenhaus dem Standard einer befriedigenden medizinischen Versorgung nicht entsprechend.

BGH, Urteil vom 10.11.1970³⁵

Bei der Entscheidung des Bundesgerichtshofs handelte es sich darum, dass die Mutter eines im Jahre 1952 auf der Entbindungsstation erster Klasse eines Hospitals geborenen Kindes im Prozess

³⁵ BGH NJW 1971, 241 ff.

vorgetragen hatte, das Neugeborene habe sich im Hospital einer Staphylokokkeninfektion mit schweren Dauerschäden zugezogen; das Krankenhaus sei wegen seiner beengten räumlichen Verhältnisse, seiner ungenügenden Ausstattung und mangelnden Abtrennung der Entbindungsstation von septischen Patienten für die Säuglingspflege ungeeignet gewesen.

Der Bundesgerichtshof führte aus, dass der Patientin Pflegebedingungen geschuldet waren,

„... die nach dem damaligen Stand der Hygiene in jeder Hinsicht befriedigen konnten. Wenn die Beklagte aus Gründen ihrer sachlichen und personellen Mittel dem nicht zu genügen vermochte (was angesichts der im wesentlichen inzwischen nicht beherzigten gesundheitspolizeilichen Beanstandungen aus dem Jahre 1950 nahelag), war sie verpflichtet, dafür zu sorgen, dass in Geburtsfällen *vor Vertragsabschluss unmissverständlich auf die beschränkten und beanstandeten Verhältnisse des Krankenhauses hingewiesen wurde*. Dies hätte selbst dann gegolten, wenn sie, ärztlich beraten, geglaubt haben sollte, sich im Anschluss an damals erst aufkommende wissenschaftliche Meinungen über immer noch anerkannte und bewährte Gebote der Hygiene in der Säuglingspflege hinwegsetzen zu können ...

Auf einen ausdrücklichen Hinweis dieser Art hätte die Beklagte allenfalls verzichten dürfen, wenn erkennbar gewesen wäre, dass die Mutter der Klägerin auch bei wahrheitsgemäßer Schilderung der Sachlage auf ihrem Aufnahmeverlangen bestehen würde ...

Die *Beweislast* dafür, dass sich gegebenenfalls die Mutter der Klägerin trotz pflichtgemäßer, d. h. ungeschminkter Aufklärung zu einem Aufnahmevertrag unter Zugrundelegung *unterdurchschnittlicher hygienischer Verhältnisse und beschränkter Unterbringungsmöglichkeit* für Neugeborene entschlossen haben würde, trägt nach allem *die Beklagte*.“

In der heutigen Zeit des Mangels an geeigneten Pflegekräften muss in entsprechend gelagerten Fällen auch auf eine diesbezügliche Unterbesetzung hingewiesen werden. Dies gilt auch für temporäre Phasen personeller Minderbesetzung, wie an Wochenenden und Feiertagen, wenn sie Komplikationen des Geburtsverlaufs voraussehen lassen. Hier wird man vom Arzt auch die Aufklärung über die Möglichkeit sowie die Vor- und Nachteile einer „Entbindung nach Plan“ fordern müssen.

Nicht selten erfolgt von Seiten geschädigter Patienten auch der Einwand, bei Kenntnis vorhandener Mängel oder Lücken in der apparativen Ausstattung eines Krankenhauses hätte er sich für eine Behandlung in einem modernen Großklinikum entschieden. Maßgebendes Kriterium ist hierbei die Frage, *ob die Geräteausstattung dem medizinischen Standard entspricht*. Ist dies nicht der Fall, so ist hierüber aufzuklären. Allerdings fordert der medizinische Standard nicht, dass die apparative Ausstattung stets dem neuesten Stand medizinischer Technik entsprechen muss. Befinden sich neue, risikoärmere und/oder mit besseren Heilungschancen verbundene technische Einrichtungen zwar bereits im klinischen Einsatz ohne sich jedoch auf breiter Ebene durchgesetzt zu haben, so ist den Krankenhäusern eine gewisse Übergangszeit einzuräumen, um ihre Ausstattung der technischen Entwicklung anzupassen, bevor ein aufklärungspflichtiger Mangel konstatiert werden muss. *Erst ein deutliches Ausstattungsdefizit gegenüber dem technischen Standard* führt zu einer Beeinträchtigung der Freiheit der Therapiewahl des Patienten und ist aufklärungspflichtig.

Für die Verwendung *monopolaren Hochfrequenzstroms statt des risikoärmeren bipolaren HF-Stroms bei der Elektrokoagulation zur Tubensterilisation* hat die Rechtsprechung jedenfalls für das *Behandlungsjahr 1980* ein wesentliches Ausstattungsdefizit verneint.³⁶

8.5.2 Risikoerhöhung bei Anfängeroperation regelmäßig nicht aufklärungspflichtig

³⁶ BGH MDR 1988, 216

Da sich der Standard der medizinischen Versorgung in zumindest gleichem Maße auch nach der *Ausbildung und den Erfahrungen der behandelnden Ärzte* richtet, sind auch diesbezüglich bestehende risikoe erhöhende Umstände aufklärungsbedürftig. Allerdings berührt sich die Problematik auch hier sehr eng mit dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers. Dies zeigt der folgende vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall.

BGH, Urteil vom 27.9.1983³⁷

Ein noch in der Ausbildung befindlicher, nicht ausreichend qualifizierter Assistenzarzt hatte auf Anweisung eines Oberarztes, jedoch ohne dessen Assistenz einem Patienten eine Lymphknotenexstirpation am Hals vorgenommen. Bei der Schnittführung schädigte er den Nervus accessorius mit der Folge, dass der Patient erhebliche Bewegungsbeeinträchtigungen erlitt.

Das Gericht stellte, sachverständig beraten, fest, dass die Gefahr einer Schädigung des Nervus accessorius durch einen Schnitt an der rechten Halsseite des Patienten ein spezifisches Risiko dieses Eingriffs darstelle und die Komplikationsrate jedenfalls nicht äußerst gering sei. Die Klinikleitung sei verpflichtet gewesen, für den Eingriff den *Standard eines erfahrenen Chirurgen zu gewährleisten*. Die Übertragung des Eingriffs auf einen *noch in der Ausbildung befindlichen Anfänger* habe daher einen *Behandlungsfehler* dargestellt, weil der Eingriff von diesem *ohne ständige Anwesenheit und Überwachung durch einen Facharzt* ausgeführt worden ist.

Das *erhöhte Risiko einer Anfängeroperation* hat den Bundesgerichtshof hier also nicht dazu veranlasst, eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten anzunehmen, sondern vielmehr einen *Behandlungsfehler*. Er hat allerdings dem Patienten *Beweiserleichterungen hinsichtlich des Kausalverlaufs* zugebilligt: Nicht der Patient, sondern *der Arzt müsse beweisen*, dass die eingetretene Gesundheitsschädigung des Patienten nicht auf der mangelhaften Qualifizierung des operierenden Arztes beruht habe – dies in Abweichung von den üblichen Beweislastgrundsätzen bei vorgeworfenem Behandlungsfehler und in Anlehnung an die Beweislastverteilung bei Aufklärungsfehlern.

Mit dieser Besonderheit mag die Entscheidung einleuchtend sein, bedenkt man, dass die Anfängeroperation als solche unter erfahrener chirurgischer Anleitung üblich und notwendig ist und unter diesen Bedingungen auch den Standard eines erfahrenen Chirurgen gewährleistet.

8.5.3 Aufklärungspflicht bei mangelnder Qualifikation zu schwierigem Eingriff

BGH, Urteil vom 24.06.1980³⁸

Dagegen hat der Bundesgerichtshof eine Aufklärungspflicht einer chirurgischen Klinik unter dem Gesichtspunkt angenommen, dass eine Leistenbruchoperation, bei welcher die Zwischenfallhäufigkeit gerade durch Unerfahrenheit und unzulängliches Können des Operateurs sehr erhöht werde, einem *nicht besonders qualifizierten Chirurgen in der Ausbildung* anvertraut worden ist

In dem betreffenden Fall war bei dem Patienten nach dem Leistenbruch eine Operation nach der „*Methode Bassini*“ vorgenommen worden, mit der Folge, dass der Patient eine beiderseitige Hodenatrophie erlitt. Das Gericht führte aus, dass der Patient über dieses Risiko angesichts des *nicht dringlichen Eingriffs bei schwerer Eingriffsfolge* hätte aufgeklärt werden müssen, zumal ein Sachverständiger festgestellt habe, dass die *Erfahrenheit und das Können des Operateurs für das Erfolgsrisiko dieses Eingriffs von wesentlicher Bedeutung* sei. Es liege daher „mindestens nicht ganz

³⁷ BGH NJW 1984, 655

³⁸ BGH NJW 1980, 2751 ff.

fern, dass ein qualifizierter Operateur den verhängnisvollen Zwischenfall beim Kläger vermieden hätte; das muss für die auf versäumter Aufklärung beruhende Haftung genügen.“

8.5.4 Aufklärung über wesentliche Änderung der zugesagten persönlichen Behandlung

In einem anderen Fall hatte der klagende Patient, der sich einer Augenoperation unterziehen musste, die Zusage von der Chefärztin der Anästhesieabteilung erhalten, dass diese die Narkose persönlich durchführen werde.

Stattdessen wurde die Narkoseführung auf eine Assistenzärztin übertragen. Anscheinend infolge zu flacher Steuerung der Narkose begann der unruhig gewordene Patient intraoperativ zu husten, wodurch es zu einer Ablösung der Linse, Entleerung des Glaskörpers und stärkeren Blutung aus der Aderhaut des Auges kam, die schließlich zum Erblinden des rechten Auges führte.

OLG München, Urteil vom 28.7.1983³⁹

Das Gericht stellte in seiner Entscheidung darauf ab, dass der Patient hier einen *Anspruch auf Behandlung durch einen bestimmten Arzt* gehabt habe, dass der Wahl der Chefärztin für das Betäubungsverfahren Bedeutung für die Entscheidung des Patienten beizumessen war und die Übertragung der Narkoseführung auf eine Assistenzärztin daher einen *Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten* dargestellt habe. Der Patient hätte hiervon so rechtzeitig unterrichtet werden müssen, dass er noch in zumutbarer Weise sich für eine Verschiebung des Eingriffs hätte entscheiden können. Das Gericht hielt die Narkoseführung und die damit im Zusammenhang stehende Körperverletzung daher für rechtswidrig.

Da der Patient hier einen Anspruch auf Behandlung durch einen bestimmten Arzt gehabt habe, komme es auch nicht darauf an, ob die Narkoseübertragung auf eine Assistenzärztin zu einer erheblichen Risikoerhöhung geführt habe oder nicht. Dem Patienten wurde ein Schmerzensgeld zuerkannt.

9. Wirtschaftliche Aufklärung

Die Aufklärungspflichten des behandelnden Arztes erstrecken sich zwar vorrangig auf den medizinischen Bereich, schließen aber als *vertragliche Nebenpflichten des Behandlungsvertrages* auch die wirtschaftlich-finanziellen Begleitumstände der Behandlung ein.

9.1 Aufklärung über das Risiko der Kostenübernahme durch die Versicherung

Ein *Privatpatient* wurde zur stationären Heilbehandlung wegen einer rechtsseitigen Hüftgelenksarthrose aufgenommen, die sich im Anschluss an einen Hüftgelenksbruch bei einem Unfall gebildet hatte. Der Patient wurde medikamentös und mit Paraffin-Fango-Packungen behandelt. Die *private Versicherung* des Patienten lehnte die Kostenübernahme ab, weil die *stationäre Heilbehandlung medizinisch nicht notwendig gewesen* sei. Der Patient verlangte daraufhin Rückzahlung der von ihm geleisteten Kosten für die Stationspflege einschließlich Erstattung der Kosten seines erfolglos geführten Verfahrens gegen den privaten Versicherer. Er behielt in allen drei Instanzen recht. Der Bundesgerichtshof führte unter anderem aus:

BGH, Urteil vom 1.2.1983⁴⁰

³⁹ OLG München NJW 1984, 1412 ff.

Im Rahmen des geschlossenen Arztvertrages sei der betroffene Arzt verpflichtet gewesen, „den Kläger umfassend über die erforderlichen therapeutischen Maßnahmen zu beraten, das Einverständnis des Klägers darüber einzuholen und die Therapie durchzuführen“. Dazu habe zweifellos auch eine Beratung über „das Für und Wider einer stationären Behandlung“ gehört. Komme dagegen eine stationäre Behandlung nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft als einzige Alternative ernsthaft in Betracht, so könne sich der Arzt darauf beschränken, die Krankenhauseinweisung zu empfehlen und vorzunehmen. Komme dagegen als *Behandlungsalternative* auch eine *ambulante Behandlung* als medizinisch sinnvoll und praktikabel in Betracht, so müsse der Patient hierüber aufgeklärt werden. Dabei spiele es für den Arzt erkennbar eine Rolle, dass bei privaten Krankenversicherungen häufiger ein bestimmter Selbstbehalt mit dem Patienten vereinbart sei. Auch wisse der Arzt, „dass der Krankenversicherer nur die Kosten für notwendige Behandlungen im Rahmen des Versicherungsvertrages erstatten wird.“

Auch wenn der Arzt *Zweifel habe*, ob die stationäre Behandlung nicht nur wünschenswert oder überhaupt sinnvoll sei, sondern ob es auch aus ärztlicher Sicht vertretbar sei, ihre Notwendigkeit anzunehmen, müsse er den Patienten darauf hinweisen und diesem vor Augen führen, dass die Kosten des vorgeschlagenen Krankenhausaufenthaltes möglicherweise von dem Krankenversicherer nicht als Kosten einer notwendigen Heilbehandlung anerkannt werden können.

Unerheblich ist es nach Ansicht des Gerichts demgegenüber, ob der *Patient selbst ausdrücklich eine stationäre Behandlung gewünscht hat*, weil damit nichts über die medizinische Notwendigkeit eines Krankenhausaufenthaltes ausgesagt ist. Dem Patienten sei dieses Verlangen daher auch nicht als Mitverschulden an der Schadensentstehung anzulasten.

LG Düsseldorf, Urteil vom 5.2.1986⁴¹

Auch das Landgericht Düsseldorf hat einen Arzt für Orthopädie, der seinem Privatpatienten eine Behandlung mit Ozon-Sauerstoff-Eigenblut-Transfusionen vorgeschlagen hatte, für aufklärungspflichtig hinsichtlich der – im Ergebnis abgelehnten – Kostenübernahme durch den privaten Krankenversicherer erachtet. Die Aufklärungs- und Hinweispflichten des Arztes beschränkten sich nicht - so das Gericht – auf rein medizinische Fragen. Vielmehr habe der Arzt auch *die finanzielle Tragweite seiner Therapievorschlüsse* mit den Patienten zu erörtern, von dem er wisse, dass er *privat versichert* sei. Bei Anwendung von Verfahren der alternativen Medizin, wie hier einer Ozon-Sauerstoff-Eigenblut-Transfusionstherapie, unter der sich der Patient als Nichtfachmann oft wenig oder gar nichts vorstellen könne, müsse der Arzt über die kostenmäßige und versicherungstechnische Komponente der Behandlung aufklären.

LG Saarbrücken, Urteil vom 4.5.1984⁴²

Etwas anderes soll nach Meinung des Landgerichts Saarbrücken für *Kassenpatienten* gelten. Zwar sei auch insoweit der Arzt verpflichtet, überflüssige Behandlungskosten zu vermeiden, doch habe er hier aufgrund der Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes *seine Maßnahmen von vornherein im Rahmen des medizinisch Erforderlichen zu halten*. Verletze er diese Pflichten, so mache er sich nicht

⁴⁰ BGH MedR 1983,109 ff.

⁴¹ LG Düsseldorf MedR 1986,208 ff.

⁴² LG Saarbrücken NJW 1984, 2632 ff.

dem Patienten gegenüber schadensersatzpflichtig, sondern dem Sozialversicherungsträger gegenüber.

9.2 Aufklärung bei Abschluss von Honorarvereinbarungen

Auch über die Bedeutung und Konsequenzen von *Honorarvereinbarungen* gemäß § 2 GOÄ ist der Patient zu informieren.

OLG Hamburg, Urteil vom 25.6.1987⁴³

Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Hamburg hat der durchschnittliche Patient in der Regel keine Kenntnisse und keine Erfahrungen im Gebührenrecht und weiß deswegen auch nicht, welche im Einzelfall vom Arzt vorgeschlagenen Steigerungssätze in welchem Umfang vom Gebührenrahmen des § 5 GOÄ abweichen. Er ist sich infolgedessen auch nicht der Frage bewusst, ob seine private Krankenversicherung überhaupt ein Honorar in dieser Höhe trägt und ob er gegebenenfalls die Differenz aus eigener Tasche bezahlen muss.

Die *geschuldete Aufklärung* leistet der Arzt nicht schon dadurch, dass er dem Patienten *ein Formular vorlegt*, aus dem sich ergibt, dass eine von der Gebührenordnung für Ärzte abweichende Vergütung vereinbart wird und diese unabhängig von den Erstattungssätzen der Krankenversicherung gelten soll. Angesichts der bestehenden Gefahr, dass *der durchschnittliche Patient einen derartigen formularmäßigen Vordruck nur flüchtig lese und inhaltlich nicht zur Kenntnis nehme*, sei dieser Hinweis ungenügend und nicht deutlich genug.

In der neugefassten GOÄ'88 vom 9.6.1988 sind einige dieser Gedanken nunmehr auch gesetzlich niedergelegt. Eine Honorarvereinbarung ist vor der Erbringung der ärztlichen Leistung schriftlich zu treffen. Sie muss die Feststellung enthalten, dass eine Erstattung der Vergütung durch Erstattungsstellen möglicherweise nicht in vollem Umfang gewährleistet ist, darf darüber hinaus keine weiteren Erklärungen enthalten und ist dem Patienten nach beiderseitiger Unterzeichnung im Abdruck auszuhändigen (§ 2 Abs. 2 GOÄ'88).

10. Der aufzuklärende Patient

Das Maß der zu leistenden Aufklärung richtet sich ganz wesentlich nach den persönlichen Eigenschaften des Patienten und nach seiner konkreten Lage. Soll das Ziel der Aufklärungstätigkeit erreicht werden, dem Patienten die Ausübung seines Rechts auf freie Selbstbestimmung zu ermöglichen, müssen sich Inhalt und Form der Aufklärung nach seinen persönlichen Eigenschaften und den äußeren Umständen richten. Alter, Erfahrungs- und Wissensstand, medizinische Vorbildung, Beeinträchtigungen der Bewusstseinslage des Patienten spielen daher für seine Aufklärung eine wesentliche Rolle. Dies gilt in gleichem Maße für die Aufklärung und Beratung, die der Arzt auf vertraglicher Grundlage – etwa hinsichtlich der Risiken und Folgen eines Sterilisationseingriffs oder der Kosten einer stationären Behandlung aus nicht zwingender Indikation – schuldet.

10.1 Aufklärung bei Behandlung minderjähriger, unter Pflegschaft oder Vormundschaft stehender Patienten

⁴³ OLG Hamburg NJW 1987, 2937 ff.

Bei minderjährigen, unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehenden Patienten ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit diese selbst – neben oder anstelle ihres gesetzlichen Vertreters, Vormunds oder Pflegers – über Art, Umfang und Risiken des geplanten Eingriffs aufzuklären sind und der weiteren Frage, ob die betreffenden Patienten selbst einwilligungsberechtigt sind. Denn dieser Personenkreis sollte auch dann entsprechend dem jeweiligen Alter und Verständnis des Patienten aufgeklärt werden, wenn ihm Einwilligungsfähigkeit fehlt. Der Einwilligungsberechtigte (der sorgeberechtigte Vertreter) ist daneben uneingeschränkt aufzuklären.

Die Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff ist *kein Rechtsgeschäft*, sondern lediglich *eine Gestattung oder Ermächtigung* zur Vornahme einer in den Rechtskreis des Betreffenden eingreifenden Handlung; sie erfordert also auch nicht Geschäftsfähigkeit im bürgerlich-rechtlichen Sinne. Entscheidend ist vielmehr die *Einsichtsfähigkeit und Urteilskraft des Patienten*; maßgebend ist, ob er nach seiner *geistigen und sittlichen Reife* die Bedeutung und Tragweite des geplanten Eingriffs und der damit verbundenen Risiken zu ermessen vermag.

10.1.1 Aufklärung beider Elternteile des Minderjährigen; altersgerechte Aufklärung des Minderjährigen selbst

Fehlt es an der entsprechenden geistigen und sittlichen Reife des minderjährigen Patienten, so sind auf jeden Fall die sorgeberechtigten Eltern bzw. der Vormund oder Pfleger aufzuklären.

Je nach Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, darf sich der Arzt nicht damit begnügen, *etwa nur einen Elternteil* aufzuklären und nach seinem Einverständnis zu befragen.

BGH, Urteil vom 28.6.1988⁴⁴

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf zwar *bei kleineren Eingriffen* sowie bei *Eil- und Notmaßnahmen* von einer entsprechenden *Bevollmächtigung* des beim Arzt erscheinenden sorgeberechtigten Elternteils durch den jeweils anderen ausgegangen werden; denn in diesen Fällen kann – entsprechend den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht bei rechtsgeschäftlichem Handeln – aus der Sicht des Arztes als Folge einer elterlichen Funktionsaufteilung vom Einverständnis des nicht erschienenen Elternteils mit der Einwilligungserklärung durch den Erschienenen ausgegangen werden. Der Arzt darf dann auf einen besonderen Nachweis der Vertretungsvollmacht des erschienenen Elternteils verzichten.

Bei allen *mittleren Eingriffen* ist aber eine *ausdrückliche Befragung des erschienenen Elternteils* nach dem Einverständnis des anderen Teils geboten. Auf dessen wahrheitsgemäße Auskunft kann er sodann in der Regel vertrauen. Darüber hinaus kann es angebracht sein, auf den erschienenen Elternteil einzuwirken, den vorgesehenen Eingriff und dessen Chancen und Risiken noch einmal mit dem anderen Elternteil zu besprechen.

Bei *schwerwiegenden* Eingriffen ist dagegen eine Aufklärung und Einwilligung *beider Elternteile* unverzichtbar. Der Arzt muss sich hier die Gewissheit verschaffen, dass beide Eltern einverstanden sind.

Daneben ist es fast immer sinnvoll und zweckmäßig, *auch den minderjährigen Teil* in einer für sein Alter verständlichen Form über den Eingriff zu unterrichten. Dies gilt auf jeden Fall für die *Verlaufsaufklärung*, während sich der Arzt bei der Risikoaufklärung bei noch fehlender Einsichtsfähigkeit und Urteilskraft des Kindes eher zurückhalten sollte. Maßgebend ist hier ein

⁴⁴ BGH NJW 1988, 2946 ff.

psychologisch geschickter und von der Achtung vor dem wachsenden kindlichen Persönlichkeitsrecht geprägter Umgang. Dieser schließt es aus, das Kind zum bloßen Gegenstand ärztlicher Maßnahmen und fremdbestimmter Eingriffe zu machen, ohne dem Kind eine altersgerechte Aufklärung zu vermitteln.

10.1.2 Einzelne Mitbestimmungs- und Entscheidungsrechte bei Kindern ab zwölf Jahren

Nach einer groben Faustregel sollten Minderjährige zwar ab dem zwölften Lebensjahr nicht nur über den Verlauf, sondern *auch über die Risiken* des geplanten Eingriffs aufgeklärt werden. Etwa ab dieser Altersgrenze wächst die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kindes für die Bedeutung und Tragweite ärztlicher Eingriffe in einem Maße, das dem Patienten *bereits Mitbestimmungsrechte*, in geeigneten Einzelfällen sogar *selbstständige Entscheidungsrechte* bei bestimmten Eingriffen zugebilligt werden sollten.

Bei *einfachen Diagnoseeingriffen* (Blutentnahme), einer üblichen Impfung oder risikolosen Medikation soll der Minderjährige hier bereits ein *selbstständiges Entscheidungsrecht* haben. Bei einfacheren operativen Eingriffen soll im Regelfall ein Mitspracherecht der 12-bis 15-jährigen Patienten stehen.

Auch in diesen Fällen ist der Patient selbst, und zwar altersgerecht, aufzuklären. Etwa gebotene Einschränkungen der Risikoaufklärung gelten selbstverständlich nicht gegenüber den sorgeberechtigten Eltern, soweit diese über die Vornahme des Eingriffs zu entscheiden haben.

10.1.3 Erweiterte Mitsprache- und Entscheidungsrechte des Jugendlichen zwischen 15 und 16 Jahren

Ab einem Altersbereich von 15-16 Jahren erstarkt das Mitspracherecht des Patienten aufgrund wachsender Einsichts- und Urteilskraft des Minderjährigen nach und nach bis zu seiner alleinigen Einwilligungsfähigkeit. Bei einfachen Eingriffen soll der Minderjährige hier bereits ein selbstständiges Entscheidungsrecht haben.

LG München I, Beschluss vom 24.7.1978⁴⁵

Das *Landgericht München* hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Eine 16-jährige war in der 10. Woche schwanger. Ihre Eltern hatten aus religiösen Gründen die Zustimmung zu einem Schwangerschaftsabbruch aus sozialer Indikation verweigert.

Das Gericht gelangte zu der Feststellung, dass die 16-jährige aufgrund ihrer geistigen und sittlichen Reife in der Lage sei, die Bedeutung und Tragweite des beabsichtigten Abbruchs der Schwangerschaft zu ermessen. Dies habe die persönliche Anhörung der Schwangeren eindeutig erwiesen. Da deren Einwilligung somit rechtswidrig sei, bedürfe es der Mitwirkung der Eltern der Schwangeren nicht.

Wegen ihrer Minderjährigkeit und beschränkten Geschäftsfähigkeit war die 16-jährige allerdings *nicht* ohne Einwilligung ihrer Eltern dazu in der Lage, rechtswirksam einen *ärztlichen Behandlungsvertrag* über die Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs abzuschließen. Insofern war die Weigerung der Eltern, den Schwangerschaftsabbruch zuzulassen, rechtlich bedeutsam. Das Gericht sah sich nicht in der Lage, die fehlende Zustimmung der Eltern zum Abschluss des Arztvertrages zu ersetzen; ein Missbrauch des elterlichen Sorgerechts liege nicht vor, weil die Eltern der Schwangeren die spätere Adoption des Kindes angeboten hatten. (Dem behandelnden Arzt

⁴⁵ LG München I NJW 1980, 646

stehen in einem solchen Fall keine vertraglichen Ansprüche gegen die Patienten zu, insbesondere kein Anspruch auf das vereinbarte Entgelt, sondern allenfalls Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Wertersatz.)

10.1.4 Aufklärung bei Verschreibung der Pille

Auch bei der Verordnung der Anti-Baby-Pille an Minderjährige kommt es hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit und des Aufklärungsumfangs auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Minderjährigen an. Hierbei sind vor allem die *Nebenwirkungen der Hormonpräparate* aufklärungspflichtig. Der Arzt muss sich bei der Verschreibung der Pille ein eigenes Bild davon machen, ob es im Einzelfall geboten ist, die Eltern der Patientin von der Medikation zu unterrichten.

In einem Fall der Verschreibung eines nicht ungefährlichen Arzneimittels (arsenhaltige Lösung zur Behandlung einer Warze) hat die Rechtsprechung den Arzt für verpflichtet gehalten, die Eltern der erst 15-jährigen Patientin zu unterrichten und aufzuklären.⁴⁶

In weiteren Fällen hat der Bundesgerichtshof⁴⁷ die alleinige Einwilligung eines 17-jährigen in eine Blinddarmoperation nicht für ausreichend gehalten, hingegen konnte eine fast 21-jährige wirksam in eine Schilddrüsenoperation einwilligen.⁴⁸ Beide Entscheidungen ergingen, als die Volljährigkeitsaltersgrenze noch bei 21 Jahren lag.

10.1.5 Pflegerbestellung bei Nichterreichbarkeit des Sorgeberechtigten oder bei Sorgerechtsmissbrauch

Sind die sorgeberechtigten Eltern des Minderjährigen nach Sachlage aufzuklären, jedoch nicht oder nicht rechtzeitig erreichbar, so muss der Arzt unter Einschaltung des Vormundschaftsgerichts einen *Pfleger bestellen lassen*. Dieser nimmt die Rechte der verhinderten Eltern wahr und ist vom Arzt in dem erforderlichen Umfang aufzuklären. Anders ist dies dann, wenn der Eingriff keinerlei Aufschub duldet. Hier muss der Arzt sofort handeln und darf sich mit der Aufklärung und Einwilligung des Minderjährigen selbst begnügen.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass Pflegerbestellungen in Eilfällen durchaus rasch erfolgen können. Ein Telefonat mit dem Vormundschaftsrichter genügt meist schon; als Pfleger kommt auch der rasch erreichbare Chefarzt der Klinik in Betracht.⁴⁹

Sind die Eltern des minderjährigen Patienten zwar erreichbar, handeln sie aber ersichtlich unvernünftig, indem sie das Wohl des Kindes missachten, so ist ebenfalls ein Pfleger zu bestellen. Hierher gehören die Fälle der verweigten Einwilligung in notwendige oder vital indizierte ärztliche Maßnahmen aus religiösen Gründen (z.B. die Verweigerung von Bluttransfusionen durch Zeugen Jehovas).

Ist der Minderjährige willensunfähig (Kleinkind, Bewusstloser) und scheidet eine Pflegerbestellung wegen der Unaufschiebbarkeit des Eingriffs aus, so hat der Arzt nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu handeln und alle diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die dem Interesse und mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechen.

⁴⁶ BGH NJW 1970, 505 ff.

⁴⁷ BGHSt 12, 379

⁴⁸ BGH NJW 1959, 811

⁴⁹ OLG Hamm NJW 1968, 212 f

10.2 Aufklärung bei alten oder psychisch kranken Patienten

Der Grundsatz der individuellen, der jeweiligen Einsichtsfähigkeit entsprechenden Aufklärung gilt auch gegenüber dem altersbedingt oder wegen einer psychischen Erkrankung in seiner Einsichts- und Beurteilungsfähigkeit eingeschränkten Patienten.

Entgegen verbreiteter Ansicht darf die mangels Einsichtsfähigkeit nicht wirksame Einwilligung in diesen Fällen *nicht durch eine solche der Angehörigen ersetzt werden*. Bei aufschiebbaren ärztlichen Maßnahmen ist es vielmehr erforderlich, einen *Pfleger zu bestellen*, der von seiten des Arztes entsprechend aufzuklären ist und dem die Einwilligung dann zusteht. Lediglich bei unaufschiebbaren Eingriffen aus vitaler Indikation kann auf eine Aufklärung des (nicht einsichtsfähigen) Patienten und auf eine Pflegerbestellung verzichtet werden. In diesen Fällen ist der ärztliche Eingriff nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag gerechtfertigt, soweit die Maßnahme im Interesse und im mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.

10.3 Aufklärung über infauste Prognose

Auch bei Vorliegen einer infausten Prognose ist der Arzt seiner rechtlichen Aufklärungspflicht nicht enthoben. Eine Kontraindikation der Aufklärung aus therapeutischen Gründen ist von der Rechtsprechung nicht anerkannt. Der Arzt ist jedoch dazu berechtigt, bei der Diagnoseaufklärung zurückhaltender zu verfahren.

Anders ist es dann, wenn therapeutische ärztliche Maßnahmen nicht von vornherein ausscheiden; in diesen Fällen muss der Patient schon deswegen die volle Wahrheit über seinen Zustand erfahren, um eine selbstbestimmte Entscheidung bezüglich der Therapie und der damit verbundenen Risiken zu treffen.

Ausnahmsweise können therapeutische Rücksichten die Notwendigkeit einer Aufklärung vollständig entfallen lassen. Dies gilt aber nicht schon dann, wenn vorübergehende Beeinträchtigungen des Allgemeinbefindens des Patienten zu besorgen sind, sondern es muss abzusehen sein, dass die Aufklärung zu einer ernsten, nicht behebbaren Gesundheitsschädigung führen wird.⁵⁰

10.4 Der „wissende Patient“

Die Aufklärungspflicht kann aber auch aus anderen, in der Person des Patienten liegenden Gründen eingeschränkt sein oder vollständig entfallen. Der bereits aufgeklärte Patient, der „wissende Patient“ macht eine wiederholte Aufklärung überflüssig. Dabei ist allerdings Zurückhaltung am Platze. Denn das Aufklärungsgespräch dient gerade auch dem Zweck, festzustellen, welche weiter gehenden – unter Umständen auch noch nicht vorhandenen – Informationen der Patient wünscht.

So hat das *Landgericht Duisburg*⁵¹ angenommen, dass bei einem Medizinstudenten im letzten Ausbildungsabschnitt nicht ohne weiteres die Kenntnis des Risikos einer Schädigung des Nervus accessorius bei der Lymphknotenexstirpation vorausgesetzt werden könne. Zwar sei normalerweise anzunehmen, dass Medizinstudenten in diesem Ausbildungsabschnitt über diese Kenntnisse verfügen, doch sei es nicht ungewöhnlich, dass die Kenntnis fehle. Der behandelnde Arzt habe sich *durch Rückfrage versichern müssen*, ob der Patient das betreffende Risiko kannte.

⁵⁰ BGH NJW 1959, 814 ff.

⁵¹ LG Duisburg MedR 1984, 196 ff.

Eine derartige Verpflichtung des Arztes, sich zu vergewissern, ob seine Aufklärung noch benötigt wird, entspricht auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der Bundesgerichtshof hat in seinem bereits oben geschilderten Fall einer Ureterverletzung bei abdominaler Hysterektomie den Einwand des beklagten Arztes geprüft, die Patientin sei bereits vor der Klinikeinweisung und vor dessen Urlaubsantritt von ihrem behandelnden Gynäkologen aufgeklärt worden.⁵² Das Gericht führte dazu aus, es sei Sache des den Eingriff vornehmenden Arztes gewesen, sich zuvor genau zu vergewissern, ob die Patientin bereits aufgeklärt gewesen sei.

Woher die Kenntnisse des „wissenden Patienten“ stammen, dürfte unerheblich sein. Sie können aus einem Studium, aus persönlichen und praktischen Erfahrungen, Vorerkrankungen, aus Mitteilungen Dritter, auch aus Mitteilungen anderer Patienten oder anderer als der aufklärungspflichtigen Ärzte herrühren. Insofern dürfte einer abweichenden Entscheidung des *Oberlandesgerichts München*⁵³ nicht zu folgen sein. Dort ging das Gericht davon aus, dass sich der aufklärungspflichtige Arzt „grundsätzlich nicht darauf berufen könne, der Patient sei von dritter Seite aufgeklärt worden“ – jedenfalls nicht, soweit es sich um Informationen von einem Mitpatienten handele.

Allein entscheidend dürfte demgegenüber sein, ob der Patient die mit der Aufklärung verbundene Wissensvermittlung – egal durch wen und auf welchem Wege – bereits hatte oder nicht. Aus der Sicht des als aufklärungspflichtig in Betracht kommenden Arztes bleibt jedoch das Problem, den *Umfang dieses Wissens zunächst erfragen zu müssen*, will er sich gegen bestehende Wissenslücken absichern oder vor den *Folgen von Fehlinformationen* des Patienten schützen. Dies bedeutet aber, dass ein wesentlicher Teil der Aufklärungsarbeit – gegebenenfalls wiederholt – getan werden muss.

10.5 Verzicht auf Aufklärung

Der Patient kann grundsätzlich auch – ganz unabhängig von seinem Kenntnis- und Wissensstand – ausdrücklich oder stillschweigend auf jegliche Aufklärung oder auf ergänzende Aufklärung verzichten. In der Annahme eines schlüssigen Verzichts ist naturgemäß aus ärztlicher Sicht größte Zurückhaltung am Platze. Dies gilt schon im Hinblick auf eventuelle Beweisschwierigkeiten, in die der Arzt in solchen Fällen leicht geraten kann.

Im Übrigen folgt aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, dass er auch aus freien Stücken eine verantwortliche Entscheidung dahingehend treffen kann und darf, auf jegliche Aufklärung zu verzichten oder sich mit einem bestimmten Mindestmaß an Aufklärung zu begnügen. Einen derartigen *Verzicht oder Teilverzicht* muss *der Arzt* im Streitfall *beweisen*.

Die Problematik eines solchen Verzichts ergibt sich allerdings daraus, dass der Patient sich bei Abgabe seiner Erklärung über deren Tragweite möglicherweise gar nicht im klaren ist, etwa weil er die Eingriffsrisiken völlig falsch einschätzt. Es würde dem Sinn und Zweck der Aufklärung zuwiderlaufen, derartige Unklarheiten fortbestehen zu lassen, statt sie aufzudecken. Daher darf sich der Arzt auch in den Fällen, in denen der Patient von vornherein einen Verzichtswillen bekundet, nicht ohne weiteres damit begnügen; schon gar nicht darf er den Patienten in dieser Haltung bestärken oder ihm einen Verzicht gar nahelegen. Vielmehr entspricht es hier verantwortlichem ärztlichem Handeln, im Gespräch mit dem Patienten zu erkunden, wo die Grenzen des Aufklärungsverzichts verlaufen und ob der Patient eine Vorstellung von der Bedeutung und Tragweite dieses Verzichts hat.

⁵² BGH NJW 1985, 1399 ff.

⁵³ OLG München NJW 1983, 2642

10.6. Zeitpunkt und Form der Aufklärung

Die Aufklärung soll dem Patienten eine Entscheidungsgrundlage geben. Dazu ist es erforderlich, ihm ausreichend Zeit einzuräumen, das für und Wider des beabsichtigten Eingriffs zu erwägen. Der Patient darf nicht unter einen aus der Indikationslage heraus nicht gegebenen Entscheidungsdruck gesetzt werden.

Für den Regelfall gilt, dass der Patient so früh wie möglich aufzuklären ist, jedenfalls aber so früh, dass ihm noch ausreichend Zeit verbleibt, den Eingriff in aller Ruhe zu überdenken, gegebenenfalls auch mit seinen Angehörigen zu besprechen, Ratschläge Dritter einzuholen und dergleichen. Im einzelnen richtet sich der Zeitpunkt, zu dem der Patient spätestens aufzuklären ist, nach der Dringlichkeit des Eingriffs und der Schwere seiner Folgen und möglichen Nebenfolgen.

Bei einem vital indizierten Eingriff von höchster Dringlichkeit kann eine Aufklärung je nach den Umständen auch in tabula genügen. Bei allen relativ und absolut indizierten Eingriffen muss der Patient in der Regel *spätestens am Vorabend der Operation*, möglichst aber früher aufgeklärt werden.

Speziell in der Geburtshilfe treten Notsituationen – etwa in Form einer drohenden hypoxischen Schädigung des Feten – jedoch häufig sehr plötzlich ein. Es muss dann rasch gehandelt werden, um die Geburt zu beenden. Für eine ausführliche Aufklärung, für die Einräumung von Bedenkzeit für die Schwangere zur ruhigen Risikoabwägung bleibt keine Zeit. Umso wichtiger ist es, dass der behandelnde Arzt die hier gebotene Aufklärung *möglichst frühzeitig und vor Eintritt der Notsituation gibt*. Unverzichtbar ist dies stets dann, wenn eine Risikogeburt mit operativer Geburtshilfe voraussehbar ist. Aber auch in allen anderen Fällen und bei normalem Verlauf empfiehlt sich routinemäßige Aufklärung durch Vermittlung der notwendigen Basisinformationen in angemessenem zeitlichen Abstand vor dem Geburtstermin.

Bei Vornahme einer abdominellen Hysterektomie hat der **Bundesgerichtshof**⁵⁴ den Aufklärungszeitpunkt nicht beanstandet, nach dem das Aufklärungsgespräch *einen Tag vor dem geplanten Eingriff* stattgefunden hatte. Der Rat zur Operation sei hier nicht überraschend gekommen, vielmehr habe die Patientin ausreichend Zeit gehabt, ihre Entscheidung zu überdenken, ohne unter einem unzumutbaren psychischen Druck zu stehen. „Dass jede größere Operation ihre besonderen Gefahren hat, weiß jeder Patient. Werden sie ihm konkret dargestellt, kann er sich damit einen Tag vor dem geplanten Eingriff in der Regel in aller Ruhe auseinandersetzen. Weder die zeitliche Nähe der Operation noch die Besonderheit des zur Rede kommenden Risikos sprach deshalb hiergegen eine Information der Klägerin erst am (Vortrag des Eingriffs), zumal sie im Übrigen körperlich gesund und geistig voll aufnahmefähig war.“

In der *Literatur* wird teilweise dazu geraten, bei *schwerwiegenden, aber nicht akut vital indizierten* Eingriffen die Aufklärung *etwa drei Tage vorher* zu leisten.

In einer Entscheidung des *Oberlandesgerichts Celle vom 10.7.1978*⁵⁵ ging es um den Umfang und Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärungspflicht bei einer Rezidivoperation (Leistenbruch). Das Gericht vertrat dort – ohne dass dies allerdings für die Entscheidung erheblich gewesen wäre – die Auffassung, im Regelfalle müsse das Aufklärungsgespräch *schon vor der stationären Aufnahme* des Patienten erfolgen, weil nur dann die psychische Barriere entfalle, die den Patienten nach einem Aufklärungsgespräch erst am Vorabend der Operation im Hinblick auf die Kosten seines dann

⁵⁴ BGH NJW 1985, 1399 ff.

⁵⁵ OLG Celle NJW 1979, 1251

nutzlosen Krankenhausaufenthalts von einem Widerruf der erklärten Operationsbereitschaft abhalten könnte.

Diese Überspitzung der Aufklärungsanforderungen hat allerdings in der Literatur deutliche Ablehnung erfahren.

Für medizinisch nicht indizierte Eingriffe gelten sicherlich auch bezüglich des Aufklärungszeitpunkts die schärfsten Anforderungen. Dem Patienten muss hier besonders viel Zeit gegeben werden, sich in aller Ruhe mit den Vor- und Nachteilen des Eingriffs und seinen Risiken auseinanderzusetzen. Der Entscheidungsdruck, die „psychische Barriere“ die von der Krankenhausaufnahme ausgeht, ist hierbei sicherlich in Betracht zu ziehen. Es dürfte daher im Regelfall bedenklich sein, die Aufklärung vor *rein kosmetischen Eingriffen erst nach der stationären Aufnahme* des Patienten oder *erst am Vorabend* des Eingriffs zu geben.

10.7 Aufklärungsgespräch, Aufklärungsformular

Die Aufklärung bedarf nicht der Schriftform. Sie sollte auch nicht in erster Linie oder gar ausschließlich in Schriftform erfolgen. Wie die vorstehenden Ausführungen verdeutlicht haben, muss das vertrauensvolle Arzt-Patienten-Gespräch im Vordergrund stehen. Denn nur in diesem Gespräch ist es möglich, den individuellen Gegebenheiten des Einzelfalles in dem notwendigen Umfang Rechnung zu tragen.

Die entscheidende Bedeutung eines gewissenhaften Aufklärungsgesprächs hat der *Bundesgerichtshof* betont. Formulare und Merkblätter vermögen dieses Gespräch nicht zu ersetzen. Schriftliche Einverständniserklärungen auf formularmäßigem Vordruck stellen *lediglich ein Indiz* dafür dar, dass ein Aufklärungsgespräch stattgefunden hat. Im Übrigen sind dem Arzt *schriftliche Aufzeichnungen im Krankenblatt zur Beweissicherung dringend zu empfehlen*.

BGH, Urteil vom 8.1.1985⁵⁶

In dieser Entscheidung wird dazu unter anderem ausgeführt:

„Sicher hätte das Berufungsgericht sich nicht mit der formularmäßigen Einverständniserklärung der Klägerin begnügen dürfen. Das ganz allgemein abgefasste Schriftstück war weithin inhaltslos. Abgesehen davon beweist die Unterzeichnung derartiger Formulare für sich allein noch nicht, dass der Patient sie auch gelesen und verstanden hat, geschweige denn, dass der Inhalt mit ihm erörtert worden ist.

Aushändigung und Unterzeichnung von Formularen und Merkblättern ersetzen nicht das erforderliche Aufklärungsgespräch erst recht kann ihnen nicht entnommen werden, dass der Patient über ein nicht ausdrücklich erwähntes Risiko informiert worden ist ... Die Existenz einer unterschriebenen Einwilligungserklärung des Patienten kann nur ein Indiz dafür sein, dass vor der Unterzeichnung überhaupt ein Aufklärungsgespräch über die Operation und deren mögliche Folgen geführt worden ist.

... *Schriftliche Aufzeichnungen im Krankenblatt über die Durchführung des Aufklärungsgesprächs und seinen wesentlichen Inhalt sind nützlich und dringend zu empfehlen*. Ihr Fehlen darf aber nicht dazu führen, dass der Arzt regelmäßig beweispflichtig für die behauptete Aufklärung bleibt. Ein Rückzug des Arztes auf Formulare und Merkblätter, die er vom Patienten hat unterzeichnen lassen, kann andererseits nicht ausreichen und könnte zudem zu Wesen und Sinn der Patientenaufklärung geradezu in Widerspruch geraten. *Allein entscheidend bleiben muss das vertrauensvolle Gespräch zwischen Arzt und Patienten*. Es sollte möglichst von jedem bürokratischen Formalismus, zu dem auch das Beharren auf einer Unterschrift des Patienten gehören kann, frei bleiben. Deshalb muss auch der Arzt, der keine Formulare benutzt und für den konkreten Einzelfall keine Zeugen zur Verfügung hat, eine faire und reale

⁵⁶ BGH NJW 1985, 1399 ff.

Chance haben, den ihm obliegenden Beweis für die Durchführung und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs zu führen.“

In der Praxis hat sich Weißbauers Vorschlag⁵⁷ bewährt, dem Patienten rechtzeitig vor dem Aufklärungsgespräch eine *schriftliche Grundlageninformation* zu erteilen, die eine leicht verständliche und übersichtliche Zusammenstellung (unter Einschluss bildlicher Darstellungen) der medizinisch-anatomischen Gegebenheiten, der in Betracht kommenden Eingriffsvarianten und ihrer spezifischen Risiken enthält. Auf diese Weise kann häufig ein auf die individuelle Situation des Patienten abgestelltes *Aufklärungsgespräch sinnvoll vorbereitet* werden. Dabei darf der aufklärungspflichtige Arzt keineswegs davon ausgehen, dass der Patient sich auch wirklich die Mühe gemacht hat, das ihm ausgehändigte Merkblatt durchzulesen oder dass der Patient die dortigen Ausführungen verstanden hat. Er darf nicht verkennen, dass die Neigung in der Bevölkerung weit verbreitet ist, Merkblätter nur flüchtig gelesen, schriftliche Informationen nur zu überfliegen, statt sie gründlich zu studieren. Dies gilt in noch höherem Maße für den kranken, eventuell sedierten oder unter Schmerzen leidenden Patienten. Hier kann das Arztgespräch Aufmerksamkeit und Interesse des Patienten wesentlich besser erreichen; *nur im Gespräch* können Verständnis, Vorkenntnisse, Zweifel, Irrtümer, Verzichtserklärungen ermittelt und überprüft werden.

10.8 Dokumentation der Aufklärung

Da der Arzt nach der Rechtsprechung der Zivilgerichte dazu verpflichtet ist, im Streitfall zu beweisen, dass er den Patienten vor einem körperlichen Eingriff im notwendigen Umfang aufgeklärt hat, ist ihm dringend anzuraten, rechtzeitig für eine entsprechende *Beweissicherung* zu sorgen.

Werden dem Patienten Formulare oder Merkblätter ausgehändigt, die ihm eine medizinische Basisinformation geben sollen, so stellt die Unterzeichnung dieser Unterlagen ein Beweiszeichen dafür dar, dass der Patient den Inhalt der Formulare oder Merkblätter zur Kenntnis genommen hat.

In gleicher Weise ist eine vom Patienten unterschriebene Einwilligungserklärung nach der Rechtsprechung ein *Indiz* dafür, dass eine ordnungsgemäße Aufklärung erfolgt ist.

Darüber hinaus sollten aber – wie der Bundesgerichtshof zu Recht dringend empfiehlt – *schriftliche Aufzeichnungen in den Krankenblattunterlagen* über die Tatsache der Durchführung eines Aufklärungsgesprächs und *über dessen wesentlichen Inhalt* erfolgen. Diese Aufzeichnungen haben, da sie auf das individuelle Aufklärungsgespräch abstellen, *in der Regel eine ausreichende Beweiskraft* gegenüber dem Bestreiten des Patienten, dass ein derartiges Gespräch stattgefunden habe.

Fehlt eine derartige Dokumentation, so kann der Arzt sehr leicht in die Lage kommen, im Prozess beweisfällig zu bleiben, also die Aufklärung des Patienten nicht nachweisen zu können, sodass sich der vorgenommene Eingriff als nicht durch eine rechtswirksame Einwilligung des Patienten gedeckt, somit als rechtswidrig erweist und sich der Arzt Ansprüchen auf Schadensersatz und Zahlung von Schmerzensgeld aussetzt. Der Dokumentation der Aufklärung muss der Arzt daher besondere Beachtung schenken.

11. Haftung und Kausalität

11.1 Kausalitätserwägungen

⁵⁷ Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages 1978 K, II, Teil I, Seite 43

Steht fest, dass der Arzt seine Aufklärungspflicht verletzt hat und der Eingriff daher rechtswidrig ist, so genügt dies für sich allein noch nicht, den Arzt für die Eingriffsfolgen ersatzpflichtig zu machen. Zunächst muss das Gericht noch die Feststellung treffen, ob sich bei dem Patienten *gerade diejenige Gefahr verwirklicht hat, über deren Eintrittsmöglichkeit er zu Unrecht nicht aufgeklärt worden ist* – ob also – juristisch gesprochen – die Schadensfolge *gerade auf der Rechtswidrigkeit des die Haftung auslösenden Unterlassens beruht* (Schutzzweck der Schadensersatznorm bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang). Mit anderen Worten: Eine Schadensersatzpflicht des Arztes besteht (wegen fehlendem Rechtswidrigkeitszusammenhang) dann nicht, wenn er zwar über eine bestimmte Komplikation nicht aufgeklärt hat, diese sich aber tatsächlich nicht verwirklicht hat, sondern stattdessen eine andere, jedoch nicht aufklärungspflichtige Komplikation aufgetreten ist.

So war in einem vom *OLG Karlsruhe*⁵⁸ entschiedenen Fall der Krampfaderverödung mit Hilfe eines Dopplengerätes die Patientin nicht über das Risiko aufgeklärt worden, dass bei der Injektion eine Arterie direkt getroffen wird; dieses Risiko hatte sich allerdings auch nicht verwirklicht. Vielmehr kam es zu einem extrem seltenen, nicht aufklärungspflichtigen Zwischenfall, weil entweder ein ganz kleiner Seitenast der Arterie mit der Injektion getroffen wurde oder weil eine abnorme Verbindung zwischen Vene und Arterie bestanden hat. Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht erwies sich somit nicht als ursächlich für den Schadenseintritt.

11.2 Einwand des pflichtgemäßen Alternativverhaltens

Vielfach begegnet der Arzt in Haftpflichtprozessen der Behauptung des Patienten, nicht ausreichend aufgeklärt worden zu sein, mit dem Einwand, dieser hätte sich auch bei ausreichender Aufklärung nicht anders – also ebenfalls für den Eingriff – entschieden. Dieser *Einwand des pflichtgemäßen Alternativverhaltens* ist zulässig. Allerdings obliegt es *dem Arzt, den vollen Beweis* dafür zu erbringen; die Rechtsprechung stellt strenge Anforderungen an diese Beweisführung. Deswegen wundert es nicht, dass der Arzt einen derartigen Beweis regelmäßig nicht führen kann, weil seine Beweissituation praktisch aussichtslos ist.

Allerdings hat der *Bundesgerichtshof* in einer Entscheidung vom 07.02.1984⁵⁹ eine gewisse Erleichterung der Beweissituation des Arztes dadurch geschaffen, dass er dem Patienten die Pflicht auferlegt hat, „*plausibel darzulegen, weshalb er bei Kenntnis der aufklärungsbedürftigen Umstände die Behandlung gleichwohl abgelehnt haben würde*. Zwar sind seine persönlichen Gründe für eine solche Ablehnung zu respektieren. Insoweit kann an sie kein generalisierender Maßstab, etwa der eines verständigen Patienten oder gar die Sicht des Arztes, angelegt werden. Aber sie müssen erkennen lassen, dass der Patient *bei ordnungsgemäßer Aufklärung aus seiner Sicht vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte*, aus dem heraus die behauptete Ablehnung der Behandlung im damaligen Zeitpunkt verständlich wird, und er nicht das Aufklärungsversäumnis nachträglich ausschließlich zur Begründung einer Schadensersatzklage benutzt. Nur auf diese Weise kann einem Missbrauch des Aufklärungsrechtes allein für Haftungszwecke vorgebeugt werden“

Erst wenn der Patient dies plausibel dargelegt hat, einen echten Entscheidungskonflikt verdeutlicht hat, setzt also die Beweislast des Arztes ein, dass sich der Patient auch bei gegebener Aufklärung für den Eingriff entschieden hätte.

11.3 Einwand eines hypothetischen Schadensverlaufs

⁵⁸ OLG Karlsruhe NJW 1983, 2643

⁵⁹ BGH NJW 1984, 1397 ff.

Eine – wenn auch im praktischen Ergebnis geringe – Rolle spielt der weitere Einwand, dass sich der durch den ärztlichen Eingriff verursachte Schaden mit Sicherheit auch auf andere Weise, z.B. ohne den Eingriff, in gleicher oder gleichgelagerter Weise verwirklicht hätte. Auch dieser *Einwand eines hypothetischen Schadensverlaufs* ist zulässig, muss aber *vom Arzt in vollem Umfang bewiesen* werden. Dieser schwierigen Beweislage kann in der Praxis meist nicht genügt werden.

Dr. Schlüter/August 1989