

Einführung in das Arzthaftungsrecht

- unter Berücksichtigung des PatientenRG 2012 -

Prof. Dr. Johannes Heyers, LL. M., Bonn*

A. Problemstellung

Das Arzthaftungsrecht gilt Studierenden als undurchsichtige Materie. Doch ist es nicht nur dogmatisch, sondern auch praktisch interessant und von überaus großer Bedeutung sowie ethischer Tiefe. Der Beitrag hat zum Ziel, in das Arzthaftungsrecht strukturiert und grundlegend sowie unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen – vor allem der geplanten Einführung eines Patientenrechtgesetzes (folgend: PatientenRG) – einzuführen.¹ Dieses Artikelgesetz soll in das BGB eine Regelung des Behandlungsvertrags – d. h. eines Vertrags, der zu medizinischer Behandlung zwecks Linderung oder Behebung physischer oder psychischer Leids gegen Entgelt verpflichtet –² implementieren, §§ 630a-h BGB-E. Diese acht Normen werden wohl im wesentlichen eine Kodifikation der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Arzthaftung enthalten. Angesichts dieser Fortschritte ist eine verlässliche Wiedergabe des definitiv geltenden Rechts zwar derzeit nicht ohne weiteres möglich. Doch kann das Arzthaftungsrecht zunächst grundlegend anhand der bisherigen Rechtslage zwischen juristischen Anspruchsgrundlagen – d. h. einer vertrags- und deliktsrechtlichen Haftung – sowie anhand ärztlicher Fehler – Defizite von Einwilligung nach Aufklärung sowie Behandlungsfehler – aufgliedert werden. Auf zu erwartende Neuerungen wird hingewiesen.

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls am Fachbereich Rechtswissenschaft der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Vertiefend *Andreas/Dehong/Bruns*, Handbuch Arztrecht in der Praxis (2001); *Ankermann/Kullmann*, Arzthaftpflicht-Rechtsprechung, Loseblatt; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008); *Ehlers/Brogli*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. (2008); *Frahm/Nixdorf*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. (2009); *Gehrlein*, Leitfaden zur Arzthaftpflicht (2000); *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. (2009); *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. (1995); *Katzenmeier*, Arzthaftung (2002); *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 6. Aufl. (2009); *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. (2010); *Spickhoff*, Medizinrecht (2011); *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. (2010). – Vgl. zur aktuellen Entwicklung des PatientenRG, das im Mai 2012 als RegE publiziert wurde, beispielsweise *Kubella*, Patientenrechtgesetz (2011); *Wagner*, VersR 2012, 789; *Spickhoff*, ZRP 2012, 65; *Deutsch*, NJW 2012, 2009; *Katzenmeier*, SGB 2012, 125; *Hahn/Reuter*, VuR 2012, 247. Das Gesetz soll „Transparenz über die bereits heute bestehenden, umfangreichen Rechte der Patientinnen und Patienten herstellen, die tatsächliche Durchsetzung dieser Rechte verbessern, zugleich Patientinnen und Patienten im Sinne einer verbesserten Gesundheitsversorgung (...) schützen und insbesondere im Falle eines Behandlungsfehlers stärker (...) unterstützen“, vgl. *BMJ* und *BMG*, Patientenrechte in Deutschland (2012), S. 1.

² S. zum sachlichen und personalen Regelungsbereich z. B. *Spickhoff*, ZRP 2012, 65, 66.

B. Indikation und Einwilligung

In einer freiheitlichen Rechtsordnung, die dem Grundsatz der Selbstbestimmung des Individuums verpflichtet ist, Artt. 2, 1 GG, sollte an sich die *Maxime Voluntas aegroti suprema lex* gelten. Tatsächlich trifft es zu, daß eine Behandlung ohne Einwilligung nach Aufklärung (Informed Consent) nicht erlaubt ist, vgl. § 630 Abs. 1 BGB-E. Doch offenbart sich hier ein besonderes Spannungsverhältnis zwischen ärztlichem Selbstverständnis und den normativen Vorgaben, denn in § 1 Nr. 2 MBO-Ä heißt es, „Aufgabe des Arztes (sei) es, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen sowie Leiden zu lindern“. Daraus wird von Ärzten oft abgeleitet, daß die medizinische Indikation eine Behandlung allein rechtfertige. Das ist jedoch aufgrund der überragenden Bedeutung privater Autonomie nicht der Fall. Eine Behandlung gegen den Willen des Patienten kennt das deutsche Recht grundsätzlich nicht.³

Eine Einwilligung allein reicht andererseits freilich nicht aus, um eine Behandlung zu rechtfertigen; ein völlig unangemessener oder aussichtsloser Eingriff wird nicht allein durch den Wunsch des Patienten zum Gebot. Beispielsweise ist die Amputation von Gliedmaßen nicht schon deshalb angezeigt, weil er darauf besteht, daß diese durchgeführt werde. Demnach muß eine Behandlung erstens indiziert sein, zweitens muß der Patient eingewilligt haben. Daraus ergibt sich zunächst ein erheblicher Ermessensspielraum des Arztes, weil er allein die Indikation als primären Faktor zu beurteilen hat. Man kann aber auch hier von einem beweglichen System beider Elemente sprechen: Je dringlicher ein Eingriff, desto geringere Anforderungen sind an die Einwilligung zu stellen, die im Zweifelsfall sogar vermutet werden kann (GoA-Prinzip); das gilt etwa für bewußtlose Unfallopfer (In dubio pro vita). Je weniger dringlich eine ärztliche Maßnahme, desto gewichtiger die Einwilligung. Als Beispiel diene eine sog. Schönheits-OP. Sie wird bei fehlender Indikation freilich nicht ohne weiteres rechtswidrig. Das ist nur bei Kontraindikation der Fall.⁴ Schließlich handelt ein Arzt pflicht- und rechtswidrig, wenn er nicht *lege artis* behandelt. Daraus ergibt sich folgende Gleichung:

³ *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis (Reprint 2012), S. 9.

⁴ S. etwa OLG Karlsruhe, MedR 2003, 106.

	<i>Indikation</i>	
+	<i>Informed Consent</i>	(dazu im folgenden E.)
+	<i>Behandlung lege artis</i>	(dazu im folgenden D.)
=	<i>rechtmäßiger Heileingriff</i>	

Unterläuft dem Arzt bei einem Summand ein Fehler, wird die ärztliche Maßnahme rechtswidrig; er haftet auf Schadensersatz; gegebenenfalls muß er strafrechtliche Sanktionen fürchten.

C. Anspruchsgrundlagen

Es fragt sich, worauf sich seine zivilrechtliche Haftung gründet. Er kann gegenüber dem Patienten kraft Vertrages⁵ oder Gesetzes – nach dem Recht der unerlaubten Handlungen – ersatzpflichtig sein. Beide Anspruchsgrundlagen, § 280 Abs. 1 BGB und § 823 BGB, stehen in Anspruchskonkurrenz.⁶ Die fehlerhafte Erfüllung des Behandlungsvertrags ist zugleich deliktischer Eingriff in Körper und Gesundheit. Für beide Haftungsregime gilt derselbe Sorgfaltsmaßstab einfacher Fahrlässigkeit. Auch die Kausalitätsanforderungen und im wesentlichen der Umfang des ersatzfähigen materiellen Schadens entsprechen sich. Kernfragen der Haftung werden von der Rechtsprechung weitgehend identisch gelöst.⁷ Stets setzt eine Haftung zunächst voraus, daß der Arzt oder das Krankenhaus entweder als Vertragsschuldner oder als deliktisch Handelnder den Patienten als vertraglich Berechtigten (Gläubiger) bzw. Geschädigten schuldhaft in seiner gesundheitlich-körperlichen Integrität über eine Grunderkrankung hinaus durch die Behandlung verletzt und ihm dadurch einen materiellen oder immateriellen Schaden zugefügt haben.⁸ Diese Tatbestandsvoraussetzungen sind in den benannten Anspruchsgrundlagen unterschiedlich bezeichnet, doch haftungsrechtlich gleichbedeutend. Während die vertragliche Haftung gemäß 280 Abs. 1 BGB die schuldhafte Verletzung einer Pflicht aus dem Behandlungsvertrag erfordert, führt deliktisch die schuldhafte Verletzung von Körper oder Gesundheit des Patienten durch eine zurechenbare Handlung zur Haftung. Gemeinsame Grundlage der Arzthaftung ist also stets eine Verletzung von Körper und Gesundheit, die durch einen Verstoß gegen die dem Behandelnden objektiv obliegende Sorgfalt evoziert worden ist, d. h. ein pflicht- bzw. rechtswidriges Tun oder Unterlassen des Arztes. Die außerhalb des Arzthaftungsrechts unterschiedliche Anknüpfung der Haftung an die Verlet-

zung einer Vertragspflicht und an die Beeinträchtigung eines absoluten Rechts bzw. Rechtsguts hat die Rechtsprechung seit langem angeglichen und betont,⁹ daß es bei der Behandlung eines Patienten auch bei Anwendung des Vertragsrechts einer körperlichen oder gesundheitlichen Beeinträchtigung bedarf. Demzufolge sind die maßgeblichen Pflichten identisch. Die alleinige Verletzung vertraglicher Pflichten ohne Körper- oder Gesundheitsbeeinträchtigung, d. h. die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts, begründet keinen Schaden.¹⁰ Das wird im besonderen auch im künftigen Recht der §§ 630a ff., 280 Abs. 1 BGB zu beachten sein: Ein Arzt macht sich nicht allein aufgrund einer Verletzung etwa von Informationspflichten (§ 630c BGB), Aufklärungspflichten (§ 630e BGB) oder Dokumentationspflichten (§ 630f BGB) schadensersatzpflichtig, sondern nur dann, wenn ein Patient pflichtverletzungsbedingt einen Gesundheitsschaden erlitten hat.

Ansprüche aus § 823 BGB bleiben damit lediglich von besonderer Bedeutung, soweit mit Ärzten kein Vertragsverhältnis besteht, z. B. mit angestellten Klinikärzten. Differenzierungen können sich schließlich wegen der Möglichkeit einer Exculpation im Falle einer Haftung für Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfen, §§ 278, 831 BGB, ergeben.

D. Behandlungsfehler

Der zentrale Begriff des Behandlungsfehlers bildet die praktische Grundlage und Grenze der Arzthaftung. Eine wesentliche Pflicht des Arztes lautet, „den Patienten nach den Regeln der Medizin“ – d. h. *lege artis* – „gewissenhaft zu behandeln und zu versorgen“.¹¹ Der Arzt hat demnach den medizinischen Standard zu wahren; Behandlungsfehler sind Standarddivergenzen.¹² Ökonomische Aspekte spielen hier prinzipiell keine Rolle. Die bisherige richterliche Spruchpraxis wird von einem umfassenden Fehlerbegriff, der auf Eberhardt Schmidt und Karl Engisch zurückgeht, durchzogen.¹³ Er kann sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen, in der Durchführung eines so nicht indizierten oder in der Nichtvornahme eines gebotenen sowie in Fehlmaßnahmen bzw. unrichtigen Dispositionen des Arztes liegen, gleich, ob vor oder nach einer Behandlungsmaßnahme, d. h. in Operation, Medikation oder postoperativer Praxis. Ein Arzt hat von den anerkannten Fachregeln und den Standards seiner Disziplin auszugehen, um der von ihm geschuldeten Sorgfalt genügen zu können. Was den ärztlichen Standard prägt, legen die Ärzte durch ihr Tun selbst fest. Das heißt freilich nicht, daß in jeder Klinik sogleich das neueste Therapiekonzept umgesetzt oder stets eine auf den neuesten Stand gebrachte apparative Ausstattung be-

⁵ Indem § 630b BGB-E auf das Dienstvertragsrecht verweist, wird die bislang herrschende Qualifikation des Behandlungsvertrags als Dienstvertrag bestätigt (BGH, NJW 1991, 1540, 1541). Das ist grundsätzlich richtig, weil eine Einordnung als Werkvertrag eine Gewähr des Arztes, einen Behandlungserfolg herbeizuführen, implizierte; dies kann er jedoch wegen der nicht voll beherrschbaren physischen bzw. psychischen Verfassung des Patienten nicht tun. – Es gibt aber auch Fälle, in denen bislang eine Einordnung als Werkvertrag erfolgte, z. B. die Anfertigung einer Zahnprothese. Diese bleiben künftig unberücksichtigt, und es ist – trotz entsprechender Andeutungen im RegE (S. 25) – unklar, was dann gelten soll.

⁶ Spickhoff/Greiner, o. Fn. 1, Nach § 839 BGB RdNr. 1.

⁷ BGH, NJW 1989, 768; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 458.

⁸ BGH, NJW 1987, 705.

⁹ BGH, NJW 2008, 2647.

¹⁰ Steffen/Pauge, o. Fn. 1, RdNr. 128; i. Erg. wohl ebenso OLG Köln, VersR 2009, 982.

¹¹ OLG Düsseldorf, AHRS 6325/5.

¹² Laufs/Kern, o. Fn. 1, § 97 RdNr. 5.

¹³ Vgl. Ponsold/Schmidt, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Aufl. (1957), S. 45 f.; Stich/Bauer/Engisch, Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 4. Aufl. (1958), S. 153,

reithalten werden müßte. Für eine Karenzzeit darf vielmehr nach hergebrachten, bewährten Methoden behandelt werden.¹⁴ Außerdem sind die Anforderungen verkehrskreispezifisch unterschiedlich. Von einem Spezialisten, der an einem Zentralkrankenhaus tätig ist, kann mehr erwartet werden als von einem Facharzt; von diesem mehr als von einem Allgemeinmediziner in einer Landarztpraxis usw..

Den Begriff des Standards soll künftig § 630a Abs. 2 BGB prägen. Danach muß die Behandlung nach den „zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“ erfolgen, und die Begründung des RegE versteht darunter „den jeweiligen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und ärztlicher Erfahrung (...), der zur Erreichung des Behandlungszieles erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.“¹⁵ Diese Abstraktion wird einen vergleichenden Rekurs auf das hergebrachte Fallrecht im Einzelfall nicht entbehrlich machen.

Eine im Ergebnis erfolglose Behandlung muß nicht eine fehlerhafte sein. Ein Verlauf kann schicksalhaft sein, ohne daß dem Arzt ein Vorwurf gemacht werden könnte. Es kommt darauf an, ob der Arzt „unter Einsatz der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen im konkreten Fall vertretbare Entscheidungen über die diagnostischen sowie therapeutischen Maßnahmen getroffen und diese (...) sorgfältig durchgeführt hat“.¹⁶ Im Begriff „vertretbare Entscheidungen“ liegt eine Konzession medizinischer Beurteilungsspielräume; vom Recht sollen medizinische Streitfragen nicht entschieden werden.¹⁷ Auf der anderen Seite darf sich ein Arzt nicht über die Regeln der medizinischen Wissenschaften hinwegsetzen. Sie verändern und verbessern sich ständig. Jeder Arzt ist verpflichtet, Fortbildungsmaßnahmen zu absolvieren und sein Know-how dem medizinischen Standard anzupassen.

Um überprüfen zu können, ob ein Arzt dem zur Behandlungszeit gerecht geworden ist, sind Richter regelmäßig auf sachverständige Gutachter angewiesen.¹⁸ Im wesentlichen kommt es auf folgende Punkte an:

1. Der Arzt muß zu dem Eingriff befähigt sein, und seine Klinik muß über die notwendigen Apparate verfügen.
2. Der Arzt muß sich nach Diagnosestellung für die rechte Therapie entscheiden; er verfügt hier über einen begrenzten Beurteilungsspielraum.
3. Er muß alle bekannten, medizinisch vertretbaren Sicherheitsmaßnahmen anwenden, die eine möglichst erfolgreiche und komplikationslose Behandlung gewährleisten.

¹⁴ BGH, MedR 1988, 91; Laufs/Kern, o. Fn. 1, § 97 RdNr. 6.

¹⁵ S. 28 (mit zweifelhaften Nachweisen auf eine vermeintlich bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung). Tatsächlich lehnt sich diese Formulierung an Carstensen, DÄBl. 1989, B-1736, 1737; Buchborn, MedR 1993, 328 ff.; Laufs/Katzenmeier/Lipp, o. Fn. 1, X RdNr. 6, an.

¹⁶ So BGH, MedR 1987, 234.

¹⁷ BGH, MedR 1988, 147, 148.

¹⁸ BGH, NJW 2002, 2944.

4. Treten während der Behandlungsmaßnahme nicht vorhersehbare Komplikationen auf, so soll der Arzt die weitere Behandlung von Kontrollmaßnahmen abhängig machen oder sie ggf. ganz abbrechen, wenn seine fachlichen und apparativen Möglichkeiten nicht genügen.

5. Nachsorge muß er zutreffend organisieren und durchführen.¹⁹

Ein Behandlungsfehler allein verpflichtet den Arzt nicht zu Schadensersatz. Der Fehler muß auch kausal für die weitere Rechtsgutsverletzung geworden sein, und der Arzt muß schuldhaft, d. h. unter Verstoß gegen die verkehrsübliche Sorgfalt, § 276 Abs. 2 BGB, gehandelt haben. Was verkehrsüblich ist, bestimmen wiederum Standards. Geschuldet ist eine Behandlung, die ein durchschnittlich qualifizierter Arzt des jeweiligen Fachgebietes nach dem jeweiligen Stand von medizinischer Wissenschaft und Praxis an Kenntnissen, Wissen, Können und Aufmerksamkeit zu erbringen in der Lage ist.²⁰ Es kommt dagegen nicht auf die subjektiven Fähigkeiten des Arztes an. Eine Entschuldigung gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt im Arzthaftungsrecht seit jeher nicht in Betracht. Mit Recht ist kritisiert worden, daß nicht einmal in der Begründung des PatientenRG klargestellt worden ist, eine derartige Entlastung sei nicht möglich.²¹

In neuerer Zeit ist bei Ärzten und Fachgesellschaften zunehmend eine Tendenz erkennbar, die ungeschriebenen und daher flexiblen Standards durch sog. Leitlinien zu fixieren. Ist das geschehen, kann der gerichtliche Sachverständige auf Grundlage der Leitlinien ein ärztlich-institutionelles und nicht nur ein individuelles Urteil abgeben, das Gericht anhand dieser eine gewisse Kontrolle der Plausibilität der Aussagen des Sachverständigen vornehmen und der Kläger den Beweis eines Behandlungsfehlers unter Umständen leichter führen. Leitlinien haben „als Mittel der Kommunikation in der Ärzteschaft eine Qualitätssicherungsfunktion ärztlicher Behandlungen, eine Implementierungsfunktion für die Durchsetzung von Standards und damit zugleich eine Schutzfunktion zugunsten von Patienten. Rechtlich verbindlich sind Leitlinien (jedoch) nur, wenn sie rechtlich rezipiert oder transformiert werden, was im Haftungsrecht in unterschiedlicher Weise erfolgt.“²² In der

¹⁹ Nachsorge bezeichnet die Beseitigung von Folgen der Erkrankung und die Wiederherstellung der Gesundheit. Da sie vielfältige ärztliche Tätigkeiten umfassen kann, sind die möglichen Fehlerquellen groß. Nach einer starken Sedierung während einer ambulanten OP hat der Arzt durch geeignete Maßnahmen z. B. sicherzustellen, daß sich der Patient nach der Behandlung nicht unbemerkt entfernt (vgl. BGH, NJW 2003, 2309, mit diff. Anm. von Laufs, NJW 2003, 2288; Kern, LMK 2003, 219 f.).

²⁰ Existiert – noch – kein Standard, so ist die Frage nach dem Vorliegen eines Behandlungsfehlers und der Verletzung verkehrsüblicher Sorgfalt anhand der konkreten Behandlungssituation nach den gegebenen Möglichkeiten eines Eingriffs unter möglicher Schonung der körperlichen Integrität des Patienten zu entscheiden, vgl. Nagel/Fuchs/Schreiber, Leitlinien und Standards im Gesundheitswesen (1997), S. 167, 168, 170.

²¹ Wagner, VersR 2012, 789, 791.

²² Laufs/Katzenmeier/Lipp, o. Fn. 1, X RdNr. 10.

gerichtlichen Praxis wurde eine Negativabweichung von Leitlinien bereits als Indiz für einen Behandlungsfehler bewertet.²³ Doch gilt es stets zu beachten, daß Leitlinien „als für typisierte Problemlagen aufgestellte Regelwerke das zum gesundheitlichen Wohl eines konkreten Patienten in einer bestimmten Situation Gebotene nicht ausschließlich (...) bestimmen können“.²⁴ Entscheidend ist folglich immer die medizinische Plausibilität der Gründe der Abweichung in der konkreten Behandlungssituation.

Im einzelnen kann zwischen folgenden Kategorien typischer Behandlungsfehler in nicht exklusiver Weise differenziert werden:

I. Übernahmeverschulden und Überweisungen

Sog. Übernahmeverschulden des Arztes ist gegeben, wenn ein Arzt die Behandlung eines Patienten übernimmt, obwohl er persönlich oder nach der apparativen Ausstattung dazu nicht in der Lage ist.²⁵ Persönlich kann er unqualifiziert sein, weil der nötige Ausbildungsstand noch nicht erreicht ist oder weil nur einige wenige Spezialisten zu einem bestimmten Eingriff befähigt erscheinen. Ähnliches gilt, wenn ein Arzt an die Grenzen seines Fachgebietes stößt. Er darf keine weiteren Behandlungsmaßnahmen mehr durchführen und muß den Patienten überweisen.²⁶

II. Diagnosefehler

Diagnoseirrtümer dürfen nicht vorschnell als Behandlungsfehler qualifiziert werden. Der Arzt kann und soll nicht alle nur irgendwie verfügbaren Diagnosemaßnahmen treffen, denn das würde den ohnehin geschwächten Patienten in unverhältnismäßiger Weise belasten und die Allgemeinheit im Zeitalter von Ressourcenknappheit und Kostendruck finanziell ungebührlich treffen. Fehldiagnosen werden vielmehr nur dann Gegenstand des Arzthaftungsrechts, wenn Krankheitserscheinungen in völlig unvertretbarer, der Schulmedizin kraß widersprechender Weise gedeutet, elementare Kontrollbefunde nicht erhoben werden oder eine Überprüfung der ersten Diagnose im weiteren Behandlungsverlauf unterbleibt, auch wenn die Behandlung keine Wirkung zeitigt.²⁷ Noch am ehesten ist die Nichterhebung von Befunden als vorwerfbarer Diagnosefehler zu qualifizieren, wobei ein Unterlassen der Erhebung „bei zweifelsfrei gebotener Befundung (...) als schwerer Behandlungsfehler“ zu werten ist.²⁸ Auf der anderen Seite darf ein niedergelassener Arzt, der einen Patienten zu weiterer Diagnostik in ein Krankenhaus oder an einen Fach-

arzt überwiesen hat, die Ergebnisse der ihm in personeller und apparativer Ausstattung überlegenen Kollegen bei der Weiterbehandlung zugrundelegen, solange sich ihm nicht Zweifel an der Richtigkeit aufdrängen müssen.²⁹

III. Therapiewahlfehler

Weil das Prinzip der ärztlichen Therapiefreiheit gilt, obliegt die Wahl der Behandlungsmethode primär dem Arzt: „Der operierende Arzt hat die Freiheit, die von ihm anzuwendende Operationsmethode danach auszusuchen, wie sie seiner Ausbildung, Erfahrung und Praxis entspricht. Unter mehreren praktisch gleichwertigen Methoden darf er das nach seinem Ermessen am besten geeignete Verfahren bevorzugen, insbesondere ein solches, für das er die größere Erfahrung besitzt.“³⁰ Die Freiheit des Arztes, sich nach gewissenhafter Prüfung für eine bestimmte Methode zu entscheiden, ist freilich dadurch begrenzt, daß ein anderes Verfahren als allgemein überlegen anerkannt ist. Gegenpart der ärztlichen Therapiefreiheit ist ferner eine entsprechende Aufklärung.

IV. Therapiefehler

Der Arzt schuldet seinem Patienten grundsätzlich eine optimale Versorgung. Geschieht das nicht, wird fehlerhaft therapiert. Derartige Therapiefehler kommen praktisch in vielfältiger Weise vor: z. B. werden notwendige Maßnahmen nicht oder in nicht rechtzeitiger Weise durchgeführt,³¹ überflüssige ergriffen oder notwendige auf irgendeine Art fehlerhaft ausgeführt.³²

V. Organisation und Arbeitsteilung im Krankenhaus

Umfassende Patientenbetreuung erfordert Kooperation von ärztlichem, pflegerischem und medizinisch-technischem Personal. Ein reibungsloser Ablauf erfordert gute Organisation und Arbeitsteilung innerhalb des Krankenhauses. Es heißt, der Klinikbetrieb müsse „so organisiert sein (...), daß unmittelbar vor, nach und während der Behandlung eine Gefährdung des Patienten ausgeschlossen ist.“³³ Ärztliches Handeln wird deshalb von einem vielfach verkannten – da nicht behandlungsspezifisch klassifizierbaren –, haftungsrechtlich höchst bedeutsamen Problem überschattet: dem Organisationsverschulden.

Muß beispielsweise ein Patient ein Medikament zur Normalisierung der Blutgerinnung einnehmen und erhält er in einer Klinik ein PPSB-Präparat, verwirklicht sich in der Folge aber das hohe Risiko einer Hepatitisinfektion, stellt sich die Frage eines Behandlungsfehlers. Der *BGH* sieht in

²³ *OLG Düsseldorf*, GesR 2007, 110 (vgl. aber auch *BGH*, GesR 2008, 361); das *OLG Stuttgart*, MedR 2002, 650, hat gar das Abweichen von einer Leitlinie, die von 95% der betroffenen Ärzte abgelehnt wird, als – wenn auch einfachen – Behandlungsfehler gewertet. Vertiefend in einem studentischen Beitrag: *Tomassone/Wöffen*, StudZR 2005, 61, 73 ff.

²⁴ *Berg/Ulsenheimer/Laufs*, Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation (2006), S. 253, 254.

²⁵ *BGH*, NJW 1989, 2321-2323.

²⁶ *Rehborn*, MDR 2002, 1281, 1282.

²⁷ *OLG Koblenz*, MedR 1995, 364; *OLG Bremen*, NJW-RR 1996, 1114.

²⁸ *BGH*, MDR 1994, 1187.

²⁹ *OLG Köln*, NJW-RR 1993, 1440. – Ein praktisches Beispiel für beachtliche Zweifel liegt der Entscheidung *BGH*, NJW 1997, 3090, zugrunde.

³⁰ *OLG Hamburg*, VersR 1989, 147; sinnentsprechend *BGH*, MedR 1992, 214.

³¹ *OLG Koblenz*, MedR 1994, 405.

³² *OLG Frankfurt/Main*, VersR 1995, 785; *OLG Oldenburg*, NJW 1995, 3061.

³³ *LG Koblenz*, NJW 1988, 1521.

einem derartigen Fall die Verordnung des Präparates nicht als Behandlungsfehler an, wohl aber möglicherweise den Umstand, daß ein risikoärmeres Medikament nicht rechtzeitig vor der OP zur Verfügung stand. Dies qualifiziert das Gericht als Organisationsverschulden.³⁴ Das bedeutet, daß für Verhaltensweisen, die nicht genuin als Behandlungsfehler eingeordnet werden können, wegen Organisationsverschuldens gehaftet werden kann.

Dadurch werden die ärztlichen, behandlungsbegleitenden Maßstäbe nicht unwesentlich erhöht. Denn es kommt nicht auf persönliches Fehlverhalten, sondern auf Qualitätsmängel an. Es wird oft behauptet, dadurch werde ein erster Schritt zu verschuldensunabhängiger ärztlicher Haftung getan.³⁵ In der Tat wird hier auf die handlungssteuernde präventive Funktion des Verschuldens faktisch verzichtet. Es fällt vor allem ins Gewicht, daß die Fälle des Organisationsverschuldens wegen der alltäglichen Eile und Überbeanspruchung ärztlichen Personals oft gleichsam greifbar sind.³⁶ Beispiele: Der Krankenhausträger haftet wegen Organisationsverschuldens, wenn bei einer schwierigen Geburt diese über Stunden einem Arzt im Praktikum und einer Hebamme überlassen wird, sofern nicht ein Facharzt im Krankenhaus anwesend war, der sich in kürzester Zeit vom Geburtsgeschehen hätte überzeugen können.³⁷ Es liegt ein grobes Organisationsdefizit vor, wenn bei Aufnahme in eine Kinderklinik nicht sichergestellt ist, daß die Beurteilung des Zustandes eines neugeborenen Kindes, das ohne Einlieferungsschein in eine Klinik gebracht wird, in angemessenem zeitlichen Rahmen durch einen erfahrenen Arzt vorgenommen wird.³⁸ Ein Krankenhausträger haftet ebenso, wenn er auf Anforderung des Pflegepersonals nicht kurzfristig in der Lage ist, eine Sitzwache zur Vermeidung einer akuten Gefährdung eines im Rollstuhl sitzenden Patienten zur Verfügung zu stellen. Im konkreten Fall war eine ältere Dame in eine Rehabilitationsklinik verlegt worden. Sie wurde in einen Rollstuhl gesetzt und mit einem Bauchgurt fixiert. Man ließ sie trotz Antrags der Pfleger längere Zeit im Flur ohne jede Betreuungsperson stehen. Als sie aufstehen wollte, fiel sie und zog sich eine schwere Gehirnblutung zu. Sie wurde ein Schwerstpflegefall und beherrte – zu Recht – Zahlung eines Schmerzensgeldes i. H. v. 50.000,-- €. ³⁹

Unter den Begriff der Arbeitsteilung werden unterschiedliche Phänomene subordiniert: horizontale Arbeitsteilung zwischen unterschiedlichen medizinischen Fachdisziplinen sowie vertikale Arbeitsteilung innerhalb einer Struktureinheit des Krankenhauses zwischen Personal unterschiedlicher Qualifikation und Ausbildung. Die horizontale Arbeitsteilung, das Zusammenwirken von Ärzten verschiedener Fachrichtungen, wird durch partnerschaftli-

che Gleichordnung bestimmt. Dabei gelten die Prinzipien der strikten Arbeitsteilung und der Vertrauensgrundsatz, demzufolge sich „im Interesse eines geordneten Ablaufs der OP (...) die dabei beteiligten Fachärzte grundsätzlich auf die fehlerfreie Mitwirkung des Kollegen aus der anderen Fachrichtung verlassen können.“⁴⁰ Die vertikale Arbeitsteilung betrifft die Aufteilung zwischen nachgeordnetem ärztlichem und nichtärztlichem Personal (Chefarzt – Oberarzt – Assistenzarzt – Pflegepersonal). Es handelt sich um ein Subordinationsverhältnis mit Weisungsrechts des Ranghöchsten („Ober sticht Unter“). Der Weisungsberechtigte trägt freilich, allgemeinen privatrechtlichen Prinzipien entsprechend, auch die Verantwortung für das Handeln der Angewiesenen, jedenfalls solange sie im inneren Zusammenhang mit dem Inhalt der Weisung agieren. Insoweit wird auch für ihre Fehler gehaftet. Selbständig operierende Fachärzte verantworten auch die Behandlung und haften allein, insbesondere dann, wenn sie sich auf bestimmte OP-Techniken spezialisiert haben, die generell nur von ihnen in der Klinik praktiziert werden.⁴¹

Das pflegerische Personal haftet selbst, wenn es sich nicht an Grundregeln der Zusammenarbeit zwischen Arzt und Pflegepersonal hält. Diesen Regeln gemäß hat das Pflegepersonal beispielsweise „beim Eintreten von Komplikationen den zuständigen Arzt zu verständigen und bis zu seinem Eintreffen eigene weitere Bemühungen einzustellen, wenn der Patient nicht akut gefährdet ist.“⁴² Befolgt das Pflegepersonal telefonische Anweisungen des Arztes, obwohl es erkennen kann, daß sie therapeutisch nicht geboten sind, so haftet es neben dem anweisenden Arzt auch selbst.⁴³

E. Aufklärung

I. Dogmatische Grundlagen

In eine medizinische Maßnahme einwilligen kann nur, wer ordnungsgemäß informiert worden ist. Fehlt eine ordnungsgemäße Aufklärung, entfällt – wie künftig § 630d Abs. 2 BGB-E bestätigen wird – auch die Rechtfertigung einer Behandlungsmaßnahme, so daß sich eine ärztliche Schadensersatzpflicht ergeben kann. Die Aufklärungspflicht als Voraussetzung einer Einwilligung hat, dieser entsprechend, ihre Grundlage in der Ethik und im Recht. In ethischer Hinsicht steht jedem Kranken ein moralischer Anspruch auf Selbstverwirklichung und Nichttäuschung zu. Ärzte und Juristen streiten deshalb in ethischer Hinsicht nicht über das „Ob“ der Aufklärung, sondern nur über das „Wie“, also über den Umfang der Aufklärung im Einzelfall.

Die Notwendigkeit angemessener Aufklärung folgt aber nicht nur aus ethischen Erwägungen, sie ist zugleich eine rechtliche Forderung an den Arzt. Rechtsökonomien erklären sie für gewöhnlich mit dem Bestreben, Informations-

³⁴ MedR 1991, 137.

³⁵ S. beispielsweise Laufs/Kern, o. Fn. 1, § 157, 5.

³⁶ Vgl. den Überblick bei Baxhenrich, VersR 1995, 794.

³⁷ OLG Hamm, NJW-RR 2002, 1604.

³⁸ OLG Bremen, MedR 2007, 660.

³⁹ KG, MedR 2006, 182 = Arztr 2006, 153.

⁴⁰ BGH, NJW 1980, 659; Scholz, JR 1997, 1.

⁴¹ Vgl. BGH, MedR 1987, 234.

⁴² So LG Dortmund, MedR 1985, 291.

⁴³ OLG Frankfurt/Main, VersR 1991, 929.

asymmetrien zwischen Arzt und Patient einzuebnen. Im übrigen werden das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bzw. sein allgemeines Persönlichkeitsrecht ins Feld geführt, denn ein Patient kann im Verhältnis zum Arzt nur eigenverantwortlich entscheiden, wenn er über mögliche therapeutische Wege und Risiken aufgeklärt wurde.⁴⁴ „[Es ist] Sinn und Zweck der ärztlichen Aufklärung, über die Risiken eines bevorstehenden Eingriffs [...] dem Patienten, der selbst bestimmen darf und soll, ob er sich einer Operation unterziehen will, die für seine Entscheidung notwendigen Fakten in einer für den medizinischen Laien verständlichen Form mitzuteilen. Erst derart informiert kann er eigenverantwortlich das Für und Wider abwägen“.⁴⁵

II. Inhalte und Durchführung der Aufklärung im allgemeinen

Die bislang stark kasuistisch geprägte Ausformung der Aufklärungspflicht hat zu einer Vielzahl verschiedener Aufklärungsarten mit unterschiedlichen Bezugspunkten und im einzelnen kaum mehr überschaubaren Pflichten geführt, die ein Arzt befolgen muß. Eine grobe Einteilung kann zunächst dadurch erfolgen, daß man die sog. therapeutische Aufklärung und die sog. Selbstbestimmungsaufklärung voneinander trennt. Die therapeutische Aufklärung, die im gesundheitlichen Interesse des Patienten zur Gefahrenabwehr erfolgt, indem der Patient vor Folgen insbesondere seines Verhaltens gewarnt wird,⁴⁶ soll künftig – ausweislich der Gesetzesbegründung –⁴⁷ von § 630c Abs. 2 Satz 1 BGB-E erfaßt sein. Ihr liegt vor allem der Gedanke zugrunde, daß der Erfolg jeder medizinischen Maßnahme auch Folgsamkeit und Kooperation des Patienten voraussetzen. Z. B. muß er die verordneten Medikamente einnehmen. Verletzt ein Arzt seine therapeutische Aufklärungspflicht, haftet er wegen Behandlungsfehlers.

Dagegen hat der Arzt den Patienten im Rahmen der – künftig wohl in § 630e BGB-E geregelten –⁴⁸ Selbstbestimmungsaufklärung, die der Einwilligung (vgl. § 630d BGB-E) vorausgeht und zu einer eigenverantwortlichen Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten befähigen soll, über Diagnose, also den status praesens der Krankheit, den Verlauf und vor allem über das Risiko eines Eingriffs aufzuklären: Die Diagnoseaufklärung, die das Krankheitsbild nur „im großen und ganzen“ umreißen muß, soweit der Patient nicht

weitere Informationen begehrt,⁴⁹ verschafft dem Patienten Klarheit über die Befunde. Die Verlaufsaufklärung erstreckt sich einerseits auf den Verlauf der Krankheit im Falle unterlassener Behandlung und andererseits auf ihren Verlauf im Behandlungsfall. Der Arzt muß über Art, Umfang und Durchführung des Eingriffs Rechenschaft ablegen (s. § 630e Abs. 1 Satz 2 BGB-E). Behandlungsalternativen sind zu erörtern, damit der Patient ihr Für und Wider gemeinsam mit dem Arzt abwägen kann (§ 630 Abs. 1 Satz 3 BGB-E). Auch hier genügt es, wenn der Patient „im großen und ganzen weiß“, wozu er seine Einwilligung gibt.⁵⁰ Die Risikoaufklärung soll dem Patienten die Gefahren der ärztlichen Maßnahme und der weiteren Möglichkeiten einschließlich der Nichtbehandlung vor Augen führen, die sich in dauernden oder vorübergehenden Nebenfolgen äußern können. Sie muß vor allem Schäden benennen, die sich auch bei sorgfältigem und fehlerfreiem ärztlichen Vorgehen nicht mit Sicherheit vermeiden lassen.⁵¹

Grundsätzlich unterliegt die Aufklärung – wie auch die damit verbundene Einwilligung – keinerlei Formvorschriften, und sie bedarf deshalb auch keiner schriftlichen Fixierung. Eine solche kann sogar kontraproduktiv wirken, weil die mündliche Information, die umfassend und auf die Situation des konkreten Patienten bezogen sein muß, dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient am ehesten entspricht. In der Praxis arbeiten viele Ärzte zum Zwecke der Sicherung des von ihnen zu führenden Beweises, daß eine Aufklärung erfolgt sei, mit Aufklärungsbroschüren, die den indizierten Eingriff in einer auch für den Laien verständlichen Form beschreiben sollen. Derartige Informationsblätter können jedoch ein Aufklärungsgespräch zwischen Arzt und Patient niemals ersetzen, sondern nur ein zusätzliches Hilfsmittel sein: Der Arzt muß sie in das Aufklärungsgespräch einbetten und mit handschriftlichen, individuell auf den konkreten Fall bezogenen Zusätzen versehen.⁵² Die ärztliche Formularpraxis ist heute „vielfach nicht ausreichend“⁵³ und verleitet oft zur irrigen Annahme, wegen der damit verbundenen Schriftlichkeit sei zugleich eine inhaltlich ausreichende Aufklärung erfolgt, obgleich es nicht auf eine bestimmte Form, sondern den Inhalt und Umfang der Aufklärung ankommt.

III. Notwendigkeit der Selbstbestimmungsaufklärung

Noch einmal ausdrücklich zu betonen ist, daß die vorstehend genannten Kriterien nur vage Leitlinien bilden, die

⁴⁴ BGH, JZ 1986, 201; Deutsch, NJW 1965, 1985.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Beispielsweise muß der Arzt einen Patienten, der sich alsbald nach Behandlung in den Straßenverkehr begibt, darüber aufklären, daß er möglicherweise wegen einer fortwirkenden Anästhesie o. a. nicht mehr fahrtüchtig ist.

⁴⁷ S. 32.

⁴⁸ Die Norm wird die bisherige Rechtsprechung des BGH bündeln, doch findet sich eine Neuerung: Gemäß § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB muß die Aufklärung durch einen Arzt erfolgen, wenn der Eingriff von einem solchen durchgeführt wird (dazu kluge Überlegungen von Wagner, VersR 2012, 788, 793). Bislang war anerkannt, daß eine Delegation der Aufklärung auf nichtärztliches Personal oder ärztliche Mitarbeiter möglich sei (vgl. BGHZ 169, 364 = VersR 2007, 209 RdNr. 7).

⁴⁹ Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Mennigen/Dievenich, NJW 2001, 863, 864.

⁵⁰ BGH, NJW 1983, 333, 334; BGHZ 90, 103, 106.

⁵¹ BGH, NJW 1992, 2351, 2352: „Damit der Patient sein Selbstbestimmungsrecht wirksam ausüben kann, bedarf es einer zumindest ungefähren Vorstellung von der Risikohöhe, so daß ein Arzt, der ein verhältnismäßig häufig auftretendes Operationsrisiko verharmlost und dadurch bei dem Patienten unrichtige Vorstellungen über das Ausmaß der Gefahr erweckt, seiner Aufklärungspflicht nicht nachkommt“.

⁵² BGH, VersR 1999, 150 ff.; Wendeborst, LM § 823 (Dd) BGB Nr. 26.

⁵³ Laufs/Kern, o. Fn. 1, § 66 RdNr. 15.

die Anforderungen an eine ausreichende Selbstbestimmungsaufklärung im einzelnen nicht abschließend erfassen, und daß die stattdessen bestehende Vielfältigkeit der Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung nicht ohne Kritik in der medizinischen und medizinrechtlichen Literatur geblieben ist.

Diese Kritik hält die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an eine hinreichende Aufklärung für überzogen: Für Ärzte seien sie längst nicht mehr überschaubar.⁵⁴ Dem Arzt würden Verantwortung und Haftungsrisiken aufgebürdet, die zu reiner Defensivmedizin führten.⁵⁵ Im übrigen sei die Beweislastverteilung, die dem Arzt die Last einer ordnungsgemäßen Aufklärung auferlege, verfehlt. Wie bereits die höchstrichterliche Rechtsprechung betont habe,⁵⁶ mißbrauche der Patient die Aufklärungslast vielfach, indem er die Verletzung einer nicht ordnungsgemäßen Aufklärung erst dann moniere, wenn sich Diagnose- und Therapiefehler nicht nachweisen ließen, um auf diese Weise Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld stützen zu können.⁵⁷ Schließlich würden viele Patienten durch eine Aufklärung, wie sie die ganz herrschende Auffassung im Anschluß an die Rechtsprechung verlange, überfordert. In der Situation ihrer Krankheit seien sie nicht in der Lage, dem Aufklärungsgespräch zu folgen und seinen Inhalt so zu verstehen, daß eine selbstbestimmte Entscheidung ermöglicht werde. Im übrigen erinnerten sich insbesondere viele ältere Patienten bereits kurze Zeit nach der Aufklärung nicht mehr an ihren Inhalt.⁵⁸ Deshalb sei die Aufklärung zum Zwecke der Ermöglichung einer selbstbestimmten Patientenentscheidung reine Förmerei oder gar schädlich, eine selbstbestimmte Entscheidung tatsächlich nicht zu erreichen.

Dieser Kritik wird man jedoch nicht folgen können, wenn gleich sie ansatzweise nicht unberechtigt erscheint und viele Probleme, die sich im Rahmen der vorliegenden Bearbeitung stellen, erübrigen würde. Daß eine Aufklärung, wie sie heute grundsätzlich von Rechtsprechung und Lehre für erforderlich gehalten wird, vielen Patienten wenig Hilfe für eine selbstbestimmte Entscheidung bietet, hat seinen Grund vor allem darin, daß das Arzt-Patienten-Verhältnis trotz der immer wieder beschworenen „Partnerschaft“ überwiegend von Paternalismus und einschüchternder Stimmung gekennzeichnet wird.⁵⁹ Das aufgrund der Stellung des Arztes als „Experte“ gegenüber dem Patienten als medizinischem Laien naturgemäß bestehende Subordinationsverhältnis, der Scheu vor dem medizinischen Apparat sowie des vielfach zutreffenden Eindrucks des Patienten, die Zeit des Arztes für ihn sei allzu knapp bemessen, führen dazu, daß Patienten dem Aufklärungsgespräch gar

nicht erst folgen oder es unterlassen, nachzufragen. Stattdessen vertraut der Patient darauf, der Arzt werde schon das Richtige tun; diese Haltung erlangt namentlich Bedeutung für einen noch näher zu behandelnden Aufklärungsverzicht des Patienten. Wenn dies der Fall ist, kann es aber schwerlich richtig sein, dem Patienten auch noch die Obliegenheit aufzuerlegen, die erforderlichen Sachinformationen vollständig einzufordern, denn dann würde man die Unmündigkeit des Patienten gerade fördern. Die Zivilrechtsordnung darf es sich nicht zur Aufgabe machen, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten außer Kraft zu setzen.

Für die Richtigkeit der Tatsache, daß dem Arzt der Nachweis einer ordnungsgemäß erfolgten Aufklärung obliegt, spricht zunächst, daß der Arzt durch sein aktives Eingreifen in die Persönlichkeitssphäre des Patienten das Risiko der Unaufklärbarkeit des Geschehensablaufs geschaffen hat. Im übrigen dürfte der Patient den Negativbeweis mangelnder Aufklärung de facto kaum je führen können, so daß er nahezu rechtlos gestellt würde, wohingegen dies beim Arzt, in dessen Sphäre die Ereignisse ablaufen, gerade anders ist. Schließlich bedarf es eines Hinweises darauf, daß die von der Gegenmeinung befürchtete Überlastung des Arztes durch überzogene Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung durch zunehmende Bemühungen der Rechtsprechung, diese Belastung in Grenzen zu halten, gemildert wird. Der *BGH* hat entschieden, eine ordnungsgemäße Aufklärung sei dann gegeben, wenn eine ständige Praxis hinreichender Aufklärung etwa im Wege der Parteivernehmung oder durch Zeugen nachgewiesen werde.⁶⁰ Des weiteren läßt er den Einwand des Arztes zu, daß der Patient die Einwilligung auch erteilt hätte, wenn er zutreffend aufgeklärt worden sei (Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens), und diesen Einwand kann der Patient nur entkräften, wenn er plausible Gründe anführen kann, daß er sich im Falle erfolgter Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden haben würde. Die These, daß der Arzt mit dem Risiko eines Aufklärungsmangels unverhältnismäßig belastet werde, trifft deshalb nur sehr eingeschränkt zu.

Sprechen demzufolge die gewichtigeren Gründe für die Richtigkeit des Erfordernisses und der Konzeption der Selbstbestimmungsaufklärung, wie sie von der heute ganz herrschenden Auffassung skizziert wird, so sollte auch an dieser Konzeption festgehalten werden.

IV. Umfang der Aufklärung

Die Frage des Umfangs ärztlicher Aufklärung betrifft einerseits die grundsätzlich gebotene inhaltliche Dichte bzw. sachliche Weite der Aufklärung, andererseits aber ebenso besondere Einschränkungen einer an sich gebotenen Aufklärung, die im Schrifttum jedoch auch als „Grenzen und Entbehrlichkeit der Aufklärung“⁶¹ diskutiert werden. Ge-

⁵⁴ Dazu und zum folgenden etwa *Mayer-Maly*, FS Deutsch (1999), S. 667, 669 f.; *Rumler-Detzel*, FS Deutsch (1999), S. 699, 700.

⁵⁵ *Franzki*, MedR 1994, 171, 176.

⁵⁶ *BGH*, NJW 1984, 1397, 1399.

⁵⁷ *Tempel*, NJW 1980, 609, 617.

⁵⁸ *Saternus/Kernbach-Wighton*, FS Deutsch (1999), S. 723 ff.

⁵⁹ Vgl. dazu nur *Taupitz*, AcP 191 (1991), 201, 203.

⁶⁰ *BGH*, NJW 1994, 3009, 3010.

⁶¹ *Hager*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. § 823 RdNr. I 100 f.

rade bei sterbenskranken Patienten stellt sich die Frage, ob und inwieweit eine umfassende Aufklärung überhaupt möglich oder geboten ist bzw. sinnvoll erscheint.

1. Allgemeine Kriterien für den Aufklärungsumfang

Die zivilrechtliche Judikatur hat im Laufe der Jahre versucht, den Umfang der Aufklärungspflicht zu konkretisieren, was jedoch zu einer schwer überschaubaren und zum Teil auch wertungswidersprüchlichen Kasuistik geführt hat. Im übrigen „erweist es sich angesichts der Singularität jedes einzelnen medizinischen Falles als unmöglich, eine abschließende Formel über den exakten Umfang und Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflicht zu finden“.⁶² Da der Umfang der Aufklärungspflicht also ohnehin einzelfallbezogen ist, sollen hier nur für die vorliegende Einführung wichtige und generalisierbare Aspekte dargestellt werden.

Einen wesentlichen Faktor für den Aufklärungsumfang stellt der Dringlichkeitsgrad des Eingriffs dar. Die Dringlichkeit des Eingriffs kann sich aus zeitlichen oder sachlich-medizinischen Aspekten ergeben.⁶³ Nach Auffassung der Rechtsprechung und dem ganz überwiegenden Teil der medizinrechtlichen Literatur besteht ein reziproker Zusammenhang zwischen medizinischer Indikation und Aufklärungsumfang (sachliche Dringlichkeit).⁶⁴ Je vitaler die Indikation – was von Bedeutung namentlich bei lebensnotwendigen Maßnahmen der Fall ist –, desto pauschaler kann die Aufklärung sein. Ist also beispielsweise eine Uterusentfernung nur relativ indiziert, weil ihre Erforderlichkeit vom Sicherheitsbedürfnis der Patientin abhängt, muß der Arzt die Lage mit ihr besprechen.⁶⁵ Bei einer kosmetischen Operation bedarf es folglich einer sehr umfassenden und schonungslosen Aufklärung:⁶⁶ Der Arzt muß den Patienten darüber unterrichten, welche Verbesserungen dieser günstigstenfalls erwarten kann, welche Risiken er auf sich nimmt, namentlich mit welchen bleibenden Einstellungen er rechnen muß. Auch je weniger zeitlich dringlich der Eingriff ist, desto höhere Anforderungen sind an den Aufklärungsumfang zu stellen.⁶⁷ Sind lebensnotwendige Maßnahmen unverzüglich durchzuführen, weil das Leben des Patienten bedroht und deshalb der Eingriff unaufschiebbar ist, sind die Anforderungen an den Aufklärungsumfang dagegen zwangsläufig reduziert.⁶⁸ Sucht ein Patient etwa die Klinik wegen eines sog. „akuten Bauchs“ mit schweren Schmerzen als Notfall auf, genügt es unter den besonderen Umständen, wenn ihm vor der späteren Magenresektion mitgeteilt wird, daß - je nach Befund - der Magen genäht oder entfernt wird.⁶⁹ Demzufolge besteht je nach Einzelfall eine Bandbreite unterschiedlicher

Dringlichkeitsstufen. Allerdings bedeutet dies nicht, daß das Selbstbestimmungsrecht des Patienten umso weniger zählt, je notwendiger sich ein Eingriff aus medizinischer Sicht erweist. „Denn auch bei vitaler Indikation eines Eingriffs verlangt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, daß sein Arzt ihm die Möglichkeit läßt, über den Eingriff selbst zu entscheiden und ihn gegebenenfalls abzulehnen, auch wenn ein solcher Entschluß medizinisch unvernünftig ist“.⁷⁰

Der Umfang der prinzipiell gebotenen Aufklärung hängt darüber hinaus von zahlreichen weiteren Faktoren ab, von denen hier beispielhaft Bildungsstand sowie geistige und sprachliche Fähigkeiten genannt seien. Eine Person von typischerweise hohem Bildungsstand – nach dem *Bundesgerichtshof* beispielsweise die Tochter eines Rechtsanwalts – soll nach Auffassung des Gerichts regelmäßig über höhere kognitive Kompetenzen verfügen als etwa ein „einfacher Arbeiter [... oder ein] Mädchen aus dörflichen Verhältnissen“⁷¹ und deshalb ein größeres Maß an Einsichts- und Erkenntnisfähigkeit besitzen. Gesteigerte Aufmerksamkeit des Arztes wird etwa im Falle der Behandlung eines fremdsprachigen Patienten gefordert: Bestehen auch nur geringste Zweifel an der Kommunikationsfähigkeit, dem Verständnis oder zutreffenden Vorstellungen des Kranken, muß der Arzt nachfragen, gegebenenfalls ein weiteres Mal die Situation – unter Umständen unter Zuhilfenahme von Angehörigen oder gar Dolmetschern – verständlich erklären.⁷² Es kommt bei alledem darauf an, daß der Patient vom Arzt nicht falsch verstanden wird; er muß vielmehr in die Lage versetzt werden, eine Entscheidung zu treffen, die auf einer genauen und zutreffenden Kenntnis seiner Situation beruht. Soweit der Patient im Einzelfall aufgrund seiner Intelligenz oder Vertrautheit mit einer bestimmten Krankheit über mehr Einsichts- und Verständnisfähigkeit verfügen sollte als dies üblicherweise der Fall ist, wirkt sich dies also auf den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht aus.

Besonderheiten für den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht ergeben sich insbesondere bei einem Patienten bzw. seinem gesetzlichen Vertreter, der lebensnotwendige Behandlungsmaßnahmen ablehnt. Daß dem entscheidungsfähigen Patienten bzw. – im Falle der Entscheidungsunfähigkeit – seinem gesetzlichen Vertreter das Recht zu einer Behandlungsverweigerung zusteht, ist inzwischen unbestritten, vgl. §§ 1901a ff. BGB. Der Arzt darf seine Verweigerung jedoch nicht vorschnell akzeptieren. Ihn trifft in einem solchen Fall vielmehr die Pflicht, dem Pa-

⁶² Knoche, NJW 1989, 757.

⁶³ Vgl. statt aller *Deutsch/Spickhoff*, o. Fn. 1, RdNrn. 121 f.

⁶⁴ Vgl. nur BGHZ 90, 103, 105 f..

⁶⁵ BGH, VersR 1997, 451 ff.

⁶⁶ Tempel, NJW 1980, 609, 612.

⁶⁷ BGH, NJW 1972, 335, 335 f..

⁶⁸ Giesen, o. Fn. 1, S. 144 f..

⁶⁹ Fall von *OLG Saarbrücken*, VersR 1988, 95 ff..

⁷⁰ BGHZ 90, 103, 105 f.

⁷¹ Vgl. *BGH*, NJW 1980, 633, 635: Eine Patientin unterzog sich einer Blinddarmoperation. Es kam zu einer Bauchfellentzündung, die zu Sterilität führte. Das Gericht führte aus, es genüge, wenn sich der Arzt davon überzeugt habe, daß die Patientin nicht irrig davon ausgehe, es handle sich wegen der Alltäglichkeit um einen ganz ungefährlichen Eingriff. Dies folge aus der Person der Patientin, die Inspektorin und Tochter eines Rechtsanwalts sei. Der Arzt hatte lediglich gesagt, eine Operation sei eben eine Operation.

⁷² *Laufs/Kern*, o. Fn. 1, § 66 RdNr. 5 a. E..

tienten die Folgen einer Nichtbehandlung in vollem Umfang und deutlich vor Augen zu führen. Unterläßt der Arzt diese Aufklärung, handelt er rechtswidrig und haftet im Verschuldensfall auf Schadensersatz. Eine Verweigerung der Behandlungseinwilligung durch Patient oder Vertreter bleibt für den Arzt also nur dann ohne Folgen, wenn er unter eingehender Erörterung der Folgen aufgeklärt hat.⁷³

2. Besondere Einschränkungen der Aufklärungspflicht

Es stellt sich ferner die Frage, ob die Aufklärungspflicht z. B. in einem solch sensiblen Bereich wie dem zuvor beschriebenen nicht Grenzen hat oder gar völlig aufgehoben wird.

a) Informierter Patient

Von dem Grundsatz, daß eine Einwilligung nur nach erfolgter Aufklärung rechtfertigende Wirkung hat, gibt es eine bedeutende Ausnahme: Ein bereits informierter Patient muß nicht aufgeklärt werden.⁷⁴ Es kommt lediglich darauf an, daß der Patient ausreichend über Wesen, Bedeutung, Tragweite, Risiken und Folgen unterrichtet ist. Denn auch dann kann von irrtumsfreier Ausübung des Selbstbestimmungsrechts gesprochen werden. Teilweise Vorkenntnisse und der allgemeine Bildungsstand des Kranken sind also in Rechnung zu stellen. Dabei kommt es nicht darauf an, wie dieser die Kenntnisse erlangt hat: Er kann einen ärztlichen Eingriff schon erlebt, von der Krankenschwester oder seinem Mitpatienten⁷⁵ etwas erfahren haben, Bücher oder Broschüren studiert oder gar selbst Arzt sein.⁷⁶

Ist der Patient hinreichend informiert und unterbleibt eine Aufklärung aus diesem Grund, so handelt es sich nicht um einen – sogleich zu behandelnden – Aufklärungsverzicht: Denn der informierte Patient kann sein Inkenntnissetzen nicht mehr nachträglich ablehnen. Er kann lediglich auf ein ärztliches Verhalten verzichten, das seiner ohnehin schon gegebenen Aufklärung dienen soll.

b) Aufklärungsverzicht

Zur personalen Autonomie gehört auch das „Recht auf Nichtwissen“.⁷⁷ Eine Einwilligung des Patienten kann deshalb auch dann wirksam sein, wenn eine ärztliche Aufklärung nicht erfolgt ist, weil der Patient darauf verzich-

tet, vgl. künftig § 630e Abs. 3 a. E. BGB-E. Ein solcher Aufklärungsverzicht liegt in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Patienten gegenüber dem Arzt, sich überhaupt kein oder kein vollständiges Bild von den grundsätzlich aufklärungsbedürftigen Umständen machen zu wollen, sondern die Entscheidung vertrauensvoll in die Hände des Arztes zu legen. Der Verzicht ist, seinem rechtlichen Charakter entsprechend, an den für die Einwilligung geltenden Regeln zu messen.⁷⁸

Im Hinblick auf die tatsächlichen Anforderungen an einen Aufklärungsverzicht wird im Schrifttum vertreten, ein solcher sei nur unter strengen Voraussetzungen zulässig.⁷⁹ Es stellt sich also die Frage, wann von einer verbindlichen Verzichtserklärung gesprochen werden kann. Unproblematisch ist zunächst die ausdrückliche Erklärung eines Patienten, auf eine ärztliche Aufklärung in bestimmtem Umfang zu verzichten. Schwieriger ist dagegen die Frage zu beurteilen, ob sich ein Verzicht auch aus einem schlüssigen – also nach seiner Aussagekraft in Verbindung mit anderen Umständen eindeutigen – Verhalten des Patienten herleiten läßt. In der Rechtsprechung wurde vereinzelt die Auffassung vertreten, daß eine wirksame Einwilligung bei unvollständiger Aufklärung einen ausdrücklichen Verzicht des Patienten voraussetze.⁸⁰ Auch in der medizinrechtlichen Literatur wird vertreten, ein wirksamer Verzicht fordere seine ausdrückliche Erklärung.⁸¹ Demnach käme ein konkludenter Verzicht nicht in Betracht. Indes erscheinen diese Stimmen aus Rechtsprechung und Literatur wegen der in der zivilrechtlichen Dogmatik anerkannten Unterscheidung von ausdrücklichen und konkludenten Erklärungen in sich widersprüchlich, wenn sie einerseits Ausdrücklichkeit der Verzichtserklärung verlangen, andererseits aber ausführen, ein Verzicht sei auch konkludent durch schlüssiges Verhalten möglich. Es ist kein Grund ersichtlich, einer konkludenten Verzichtserklärung nicht ebenso Rechtsverbindlichkeit zuzusprechen wie einer ausdrücklichen, zumal sich die Verzichtserklärung nach den Grundsätzen der Einwilligung beurteilt, die entweder als Willenserklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren ist, die für Willenserklärungen geltenden Grundsätze also jedenfalls entsprechende Anwendung finden. Deshalb erscheint es sachgerecht, mit der ganz h. A. von der rechtlichen Verbindlichkeit eines Verzichts durch schlüssiges Verhalten auszugehen.⁸²

Zu erwägen bleibt lediglich, welche Anforderungen an einen konkludenten Verzicht zu stellen sind. Es bedarf eines Verhaltens des Patienten, das eindeutig und ernsthaft den Willen zum Ausdruck bringt, in Kenntnis eines grundsätzlichen Rechts auf Aufklärung auf diese zu verzichten.⁸³ Ein

⁷³ Deutsch, NJW 1982, 2585, 2585 f.; ders., NJW 1979, 1905, 1908 f.

⁷⁴ BGH, VersR 1963, 659; Kleinewefers, VersR 1981, 99, 102.

⁷⁵ Mit Recht stellt Kern, MedR 1986, 176, 177, fest, daß eine Wissensvermittlung durch Mitpatienten ausreiche, „weil es nicht darauf ankommt, woher der Patient sein Wissen bezogen hat, sondern darauf, daß er es hat“. – Anderer Ansicht ist u. a. Schlosshauer-Selbach, JuS 1983, 913, 914, der in wenig überzeugender Weise damit argumentiert, daß „dem Patienten die notwendige Information nicht von irgendwoher zufliegen“ dürfe, er müsse „die eindeutige Autorität des Arztes genießen. Es könne keine hinreichende Aufklärung vorliegen, wenn „den Patienten beim Bierholen ein Mitpatient zufällig anspreche und sich mit Äußerungen zu medizinischen Fragen wichtig macht“.

⁷⁶ Kern, MedR 1986, 176, 177.

⁷⁷ Laufs, NJW 1999, 1758, 1765.

⁷⁸ Roßner, NJW 1990, 2291, 2292.

⁷⁹ Roßner, NJW 1990, 2291, 2293.

⁸⁰ OLG Frankfurt/Main, NJW 1973, 1415, 1416.

⁸¹ Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen (1987), S. 101.

⁸² Roßner, NJW 1990, 2291, 2294; Deutsch, NJW 1983, 1351; Schmid, NJW 1984, 2601, 2606.

⁸³ Deutsch, NJW 1983, 1351, 1354.

Patient verzichtet konkludent, wenn der Arzt seine Äußerungen und das sonstige Verhalten des Patienten nach den besonderen Umständen des Falles und unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung dahin verstehen kann, daß dieser im Bewußtsein der Komplikationsmöglichkeit mit dem Eingriff einverstanden ist.⁸⁴ In der Rechtsprechung ist ein konkludenter Verzicht auf weitere Erläuterungen auch in Erwägung gezogen worden, wenn der Patient gelegentlich geäußert hatte, der Arzt „werde schon das Richtige tun“.⁸⁵ Dagegen kann man dem bloßen Schweigen eines Patienten eine schlüssige Erklärung, auf eine Aufklärung verzichten zu wollen, nicht entnehmen; ein solcher Erklärungswert kommt nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, die gerade auf einen entsprechenden Willen schließen lassen, in Betracht. Beispielsweise ist es nach der Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur vertretbar, einem Patienten, der sich über ein erhöhtes Operationsrisiko im großen und ganzen im klaren ist, eine Fragelast dahingehend aufzuerlegen, daß ein näheres Eingehen des Arztes auf die möglichen Zwischenfälle von entsprechenden Fragen des Patienten abhängig gemacht wird.⁸⁶ Werden solche Fragen nicht gestellt, liegt im Schweigen des Patienten ein Aufklärungsverzicht.

Was den Umfang des Verzichts anbetrifft, so wird z. T. ein genereller Verzicht für möglich gehalten. Ein Verzicht setze keinerlei Vorinformationen voraus.⁸⁷ Dieser Meinung muß aber entgegengehalten werden, daß eine Person nur dann auf etwas verzichten kann, wenn sie wenigstens ansatzweise weiß, worauf sie verzichtet. Ein Verzicht setzt zwar keine detaillierten Informationen voraus, jedoch muß der Patient zumindest eine vage Vorstellung von den Konturen des Verzichtsgegenstands haben.⁸⁸ Der Patient sollte deshalb mindestens die Erforderlichkeit des Eingriffs kennen, dessen Art und den Umstand, daß der Eingriff nicht ganz ohne Risiko verläuft und daß dieses Risiko in Kauf genommen werden muß.⁸⁹ Ein „Blankoverzicht“ ist demzufolge unwirksam.

c) Therapeutisches Privileg

Schließlich wird lebhaft diskutiert, ob und inwieweit die Pflicht zur Aufklärung ausnahmsweise Einschränkungen unterliegt, wenn therapeutische Gründe einer vollen oder gar nur teilweisen Aufklärung entgegenstehen. Der Kern der in § 630 Abs. 3 BGB-E nur angedeuteten Fragestellung („ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich“) liegt darin, „wie schwer die zu erwartende Unbill sein [muß], mit welcher Wahrscheinlichkeit sie drohen [muß]“, damit eine medizinische Kontraindikation zur Aufklärung angenommen werden kann.⁹⁰ Damit

ist die schwierige Frage der „Wahrheit am Krankenbett“ angesprochen: Wie kann dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten entsprochen werden, ohne dem körperlich-seelischen Wohlergehen möglicherweise zuwiderzuhandeln? *Voluntas aut salus aegroti suprema lex?*⁹¹

Die Rechtsprechung vertritt eine sehr restriktive Linie. Zwar erkennt sie an, daß die Aufklärung keinesfalls einer schonungslosen Offenheit bedürfe. Sie könne unter Umständen sogar einen Arztfehler, womöglich eine Körper- und Gesundheitsverletzung darstellen.⁹² Doch sei ein Unterlassen der Aufklärung nur dann zulässig, wenn „zwingende therapeutische Gründe für eine besondere Schonung des Patienten [...] ersichtlich“⁹³ sind. Diese sieht das Gericht in einer drohenden „ernsthaften und nicht behebbaren Gefährdung von Leben und Gesundheit“.⁹⁴ Eine allgemeine Beunruhigung oder depressive Verstimmung reiche nicht aus. Die therapeutische Unzumutbarkeit der Aufklärung könne auch nicht allgemein mit der Schwere der Krankheit begründet werden. Allein maßgeblich sei die gesundheitsschädliche Wirkung, die jeweils von der körperlichen und seelischen Verfassung des Patienten abhängt. Handelt es sich also beispielsweise um einen aufgrund seiner Krebskrankheit psychisch labilen Patienten, der schonungslos aufgeklärt wird, so kann diesem unter Umständen jeder Lebenswille genommen werden, was sich lebensverkürzend auszuwirken oder gar – wie in der Praxis nicht selten – zu einem Suizid zu führen vermag.

Ähnliche Maßstäbe legen auch Urteile anderer Obergerichte an. Das KG hält ein therapeutisches Privileg schon deshalb für fragwürdig, weil „ein Versteckspiel oder ein Um-die-Wahrheit-Herumreden des Arztes möglicherweise gerade schlimmere Folgen haben kann als die Mitteilung der Wahrheit“.⁹⁵ Damit berührt das Gericht einen in der medizinrechtlichen Literatur bislang unterschätzten Gesichtspunkt: Die Problematik läßt sich nämlich nicht darauf reduzieren festzustellen, ob dem Selbstbestimmungsrecht durch schonungslose Aufklärung Rechnung getragen oder dem Patientenwohl durch Schweigen gedient werden soll: Abgesehen davon, daß beide Parameter möglicherweise nicht übereinstimmen, kann die Mitteilung der Wahrheit

⁸⁴ So BGH, VersR 1961, 1036, 1038.

⁸⁵ BGH, NJW 1976, 363, 364.

⁸⁶ BGH, NJW 1973, 556, 558; Schmid, NJW 1984, 2601, 2604.

⁸⁷ Schuck, Strafrechtliche Bedeutung der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht (1980), S. 53.

⁸⁸ Roßner, NJW 1990, 2291, 2294 f.

⁸⁹ BGH, NJW 1973, 556, 558.

⁹⁰ Laufs/Kern, o. Fn. 1, § 64 RdNr. 20.

⁹¹ Ein berühmtes Beispiel bildet der von Thomas Mann geschilderte Fall *Theodor Storms*: Ärzte hatten festgestellt, daß der Dichter an einem Karzinom litt. Storm wurde die Diagnose mitgeteilt, und er brach daraufhin zusammen, war unfähig zu arbeiten und verlor jeden Lebensmut. Daraufhin wurde ein Ärztekonzil eingesetzt, das den ersten Befund prüfen sollte. Die Diagnose wurde bestätigt, doch teilte man Theodor Storm nicht seine wahre Erkrankung mit, sondern berichtete ihm, es handle sich um keine schwerwiegende Erkrankung. Der Dichter lebte wieder auf und schuf den „Schimmelreiter“. „Das Meisterwerk, mit dem Storm sein Künstlerleben krönte, ist ein Produkt barmherziger Illusionierung“ (Thomas Mann). In Goethes „West-Östlichem-Diwan“ heißt es: „Verzweifeln müßte jeder Kranke, das Übel kennend, wie der Arzt es kennt“.

⁹² BGHZ 90, 103, 109 f.; BGHZ 85, 327, 333.

⁹³ BGH, NJW 1979, 1933, 1934.

⁹⁴ BGHZ 29, 176, 182, im Anschluß an BGHZ 29, 46, 56 – „2. Elektroschockurteil“.

⁹⁵ KG, NJW 1981, 2521, 2523.

dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten ebenso dienen wie seinem Wohl, ebenso wie ein Schweigen dem Patientenwillen Rechnung tragen und zu seinem Wohl gereichen kann.

Es erscheint deshalb auch wenig sachgerecht, wenn in der Literatur eine Erweiterung der von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen einer umfassenden Aufklärung pauschal mit der Begründung gefordert wird, daß das ethische Postulat der Nichttäuschung durch den Grundsatz „*nil nocere*“ modifiziert werden müsse.⁹⁶ In Grenzsituationen müsse dem Kranken Hilfe und Schutz gewährt werden, anstatt ihn durch Offenheit zu schädigen. Ebenso wenig vorzugswürdig scheint die Auffassung, eine weitgehende Aufklärung könne gar dazu führen, daß der Patient nach Aufklärung den Eingriff eventuell verweigere und damit eine „unvernünftige Entscheidung“ treffe.⁹⁷ Durch eine solche Argumentation würde die Aufklärungspflicht in einem nicht mehr akzeptablen Maß eingeschränkt und dem Patienten die Selbstbestimmung verweigert. Dies wiegt deshalb umso schwerer, weil es – gerade am Lebensende – „vernünftige“ und „unvernünftige“ Entscheidungen nicht geben kann: Darin zeigte sich in der Tat „ein schlimmes Maß an Bevormundungsbereitschaft; sie ist absolut unzulässig“.⁹⁸ Es wird klar, daß eine sachgerechte Lösung der Problematik jedenfalls nicht allein durch einen Rekurs auf die – gegensätzlich verstandenen – Begriffe „Wille“ und „Wohl“ erfolgen kann.

Kritiker des therapeutischen Privilegs erkennen zu Recht an, daß therapeutische Rücksichten nicht generell, sondern nur in Ausnahmefällen eine Einschränkung der gebotenen Aufklärung zum Ziel haben dürfen. Eine restriktive Haltung zur Nichtaufklärung erscheint schon deshalb geboten, damit „sich Ärzte mit Hilfe eines solchen Instituts [nicht] aus ihren Aufklärungsverpflichtungen hinausargumentieren können und damit [...] die Selbstbestimmung des Patienten aushöhlen“.⁹⁹ Im übrigen ist nicht zu verkennen, daß die Konturen des therapeutischen Privilegs umso mehr verschwimmen, je mehr man eine Ausweitung seiner Voraussetzungen fordert.¹⁰⁰ Der Ermessensspielraum des Arztes würde auf einen unverträglich großen Radius ausgedehnt und die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient gefährdet, weil ein zu breiter Ermessensspielraum das Mißtrauen des Patienten schüren kann, ob der Arzt ihm tatsächlich die volle Wahrheit vermittelt habe. Nicht allein juristische Überlegungen führen also zu der Erkenntnis, Ausnahmen einer vollen Aufklärung streng zu handhaben, wengleich klar ist, daß die grundrechtlich geschützte Position des Patienten auf Selbstbestimmung sicher nicht zur vollen Verfügung des Arztes stehen kann. Entscheidend

für das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist das Vertrauen in einen von Aufrichtigkeit und Wahrhaftigkeit geprägten Umgang miteinander. Läßt man dem Arzt einen zu großen Spielraum, sich von der Aufklärung zu entlasten, so leistete dies einer ohnehin schon vorhandenen Tendenz Vorschub, die geschuldete Pflicht einer wahrheitsgemäßen Aufklärung „auf die leichte Schulter zu nehmen oder gar völlig zu übergehen“.¹⁰¹ Die Schwere der Krankheit darf dem Patienten im Regelfall nicht vorenthalten werden. Ausschlaggebend ist hier allein das „Wie“ der Wahrheitsvermittlung. Gefordert ist keine totale Aufklärung, sondern eine einerseits der Wahrheit verpflichtete, andererseits aber auch einfühlsame und rücksichtsvolle, auf den Patienten abgestimmte Information. Eine derart verstandene Aufklärung stellt weder eine brutale und unmenschliche Eröffnung der Wahrheit noch eine „Perversion des Selbstbestimmungsrechts“¹⁰² dar.¹⁰³

Schwerstranke oder sterbende Menschen ringen in ihrem Leiden um eine Antwort auf die Frage nach dem Sinn ihres Leidens und Sterbens. Aber Leben und Sterben sind nur zwei Seiten ein und derselben Medaille. Schwertrank Menschen, die mit der Wahrheit über ihren Zustand konfrontiert werden, durchleiden Phasen vom „Nicht-Wahrhaben-Wollen“ der Krankheit über die Zorn-, Verhandlungs- und Depressionsphase bis hin zu ihrer Annahme.¹⁰⁴ Auch die Vermittlung der Wahrheit könnte sich so durch ein inhaltlich wie zeitlich abgestuftes Handeln dem steigenden Informationswunsch des Patienten angleichen, wenn zwingende Umstände dies notwendig machen.

Es sollte stets bedacht werden, wozu die „Wahrheit am Krankenbett“ dient: Sie soll dem Kranken dauerhaft zeigen, worauf er sich in seinem verbleibenden Leben einzustellen hat, und dem Sterbenden Klarheit verschaffen, wie er seine letzte Lebensphase selbstbestimmt gestalten will. Der Patient muß in der Sterbephase die Möglichkeit haben, Unerledigtes im persönlichen Bereich abzuschließen. Dies kann er aber nur, wenn er weiß, wie es um ihn steht. Deshalb geht die Auffassung, „es wäre sinnlos, einem Sterbenden noch die Wahrheit aufzudrängen, wenn er nichts mehr entscheiden kann“,¹⁰⁵ fehl. Wenn der Arzt dem Patienten die Wahrheit vorenthält, mit unvollständigen oder gar falschen Aussagen seine Glaubwürdigkeit verspielt, nimmt er – da ein Sterbender zumeist instinktiv um seinen Zustand weiß – dem Kranken die Chance und das Recht, seine letzte Lebensphase positiv anzunehmen und sein Leben bewußt zu beenden.

Deshalb sollte eine ärztliche Aufklärung im Regelfall nur als kontraindiziert gelten, wenn eine Aufklärung zu einer

⁹⁶ *Deutsch*, NJW 1980, 1305 ff..

⁹⁷ *Deutsch*, NJW 1980, 1305, 1306.

⁹⁸ *Tempel*, NJW 1980, 609, 614.

⁹⁹ So *Giesen*, o. Fn. 1, S. 169.

¹⁰⁰ So wollen *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, RdNr. 150, eine im Einzelfall drohende „erhebliche“ psychische Störung genügen lassen, ohne daß es auf ihre Behebbarkeit ankäme.

¹⁰¹ *Tempel*, NJW 1980, 609, 617.

¹⁰² So *Wachsmuth*, NJW 1982, 686, 687.

¹⁰³ Siehe dazu *Volkenandt/Borasio/Atzpodien*, Zschr. f. med. Ethik 1995, 117, 118.

¹⁰⁴ Vgl. dazu *Kübler-Ross*, Interviews mit Sterbenden (1998), S. 41 ff., 50 ff., 77 ff., 80 ff., 99 ff.

¹⁰⁵ *Tempel*, NJW 1980, 609, 614.

ernsten und nicht nur vorübergehenden psychischen Beeinträchtigung, zu einer mehr als unerheblichen gesundheitlichen Schädigung oder einer Gefährdung des Heilerfolgs führen würde.¹⁰⁶

V. Besonderheiten des PatientenRG

Der Entwurf eines PatientenRG enthält einige Besonderheiten, die dem ärztlichen Selbstverständnis nicht ohne weiteres entsprechen, sondern ökonomischem Zeitgeist Rechnung tragen. Hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung schon bislang vereinzelt Aufklärungspflichten wirtschaftlicher Natur statuiert, sieht nun § 630c Abs. 3 BGB-E vor, daß der Arzt zur Information des Patienten darüber verpflichtet ist, daß dessen gesetzliche Krankenversicherung die Behandlungskosten nicht oder nicht in vollem Umfang tragen wird. Das soll freilich nur gelten, wenn der Arzt seinerseits davon weiß. Im Gegensatz zum Deckungsumfang einer privaten Krankenversicherung kennt ein Arzt typischerweise den Leistungskatalog der gesetzlichen. Verstößt der Arzt gegen seine wirtschaftlichen Aufklärungspflichten, soll der Patient die Bezahlung der entsprechenden Leistungen verweigern dürfen.¹⁰⁷ Auf ökonomischen Grundlagen beruht auch § 630 Abs. 2 Satz 2, 3 BGB-E, wonach der Arzt verpflichtet ist, den Patienten über ihm – ohne weitere Nachforschungen – „erkennbare Behandlungsfehler“ zu informieren. Diese Pflicht trifft ihn in zwei Fällen: erstens, wenn dies zur Abwendung von Gesundheitsgefahren erforderlich ist; zweitens, wenn der Patient eine entsprechende Frage gestellt hat. Damit sind Erhalt der Gesundheit des Patienten und Erleichterung der Geltendmachung von Ersatzansprüchen bezweckt.¹⁰⁸ Informiert der Arzt ihn, darf seine Information in einem gegen ihn geführten Strafverfahren nur mit seiner Zustimmung verwendet werden, § 630c Abs. 2 Satz 3 BGB.¹⁰⁹ Diese Regelung verfolgt eine Anreizfunktion: Denn ein Arzt, der nicht informiert, trägt kein erhöhtes Haftungsrisiko; er haftet ja bereits wegen Behandlungsfehlers.¹¹⁰ Ihm soll aber die Sorge vor strafrechtlichen Sanktionen genommen werden. Die Regelung scheint jedoch mißglückt, weil nur die Information nicht verwertet werden darf. Richtiger und systemgerechter schiene es, ein Verfolgungshindernis für Fahrlässigkeitsdelikte zu statuieren. Erstens hat das *BVerfG* den Schutz vor Strafverfolgung als Korrelat einer gesetzlichen Verpflichtung zur Selbstbeziehung schon an anderer Stelle betont.¹¹¹ Zweitens ist das begangene Unrecht aus re-

pressiver Sicht gering, und der Täter hat Reue gezeigt sowie zu einer Wiedergutmachung beigetragen. Drittens wäre dies auch präventiv richtig, weil eine Verhaltenssteuerung durch nunmehr weitaus wahrscheinlichere Schadensersatzansprüche gewährleistet ist.

F. Patientenobliegenheiten

Allgemeinen Regeln folgend, kann einen Patienten der Vorwurf des „Mitverschuldens“, § 254 Abs. 1 BGB, treffen,¹¹² z. B. wenn er es unterlassen hat, den Arzt auf besondere, für die Behandlung erhebliche, nur ihm bekannte Umstände hinzuweisen und diese für den Schaden ursächlich sind. Ebenso verstößt er z. B. gegen Obliegenheiten, wenn es nach einer Sterilisation und eines ärztlichen Hinweises auf die Notwendigkeit einer – jedoch unterbliebenen – Kontrolluntersuchung zur Zeugung eines Kindes kommt. Der Arzt kann dann nicht mit Erfolg auf Unterhaltszahlung in Anspruch genommen werden.¹¹³ Des weiteren muß sich der durch eine fehlerhafte ärztliche Behandlung Geschädigte gemäß § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB eine Minderung seiner Schadensersatzansprüche gefallen lassen, wenn er es versäumt, sich einer zumutbaren OP zwecks Beseitigung körperlicher Beeinträchtigungen zu unterziehen. Das gilt jedenfalls für eine einfache, gefahr- und schmerzlose OP.¹¹⁴

G. Beweislastfragen

Möchte ein Patient Schadensersatzansprüche stellen, sieht er sich nicht nur einer unübersichtlichen Rechtslage gegenüber, sondern auch erheblichen Beweisschwierigkeiten. Denn nach allgemeinen Regeln trägt er die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen (Arztfehler bzw. Verletzung, Kausalität, Verschulden). Dem Arzt dagegen obliegt nur der Beweis, daß der ärztliche Eingriff nicht widerrechtlich war, weil der Patient nach genügender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hat, vgl. künftig § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB.¹¹⁵

Wegen dieses Befundes haben die Gerichte seit langem Beweiserleichterungen geschaffen,¹¹⁶ die in § 630h BGB-E künftig wohl – inhaltlich praktisch identisch – in Gesetzesform gegossen sein werden. Man kann zwei Typen unterscheiden: den Anscheinsbeweis bei typischen Geschehensabläufen und die sog. Beweislastumkehr.

¹⁰⁶ BGHZ 29, 176, 182 f. – „Strahlenbehandlungsurteil“; *Schreiber*, MMW 1996, 424, 425; *Grünwald*, ZStW 73 (1961), 5, 37 f.

¹⁰⁷ *BGH*, VersR 2000, 999; MünchKomm-BGB/*Wagner*, 5. Aufl. (2009), § 823 RdNr. 770.

¹⁰⁸ Eine parallele Pflicht besteht im Anwaltshaftungsrecht: Rechtskünstler sind verpflichtet, den Mandanten darüber aufzuklären, daß ein Prozeß wegen eines anwaltlichen Kunstfehlers verloren ging, vgl. etwa *BGH*, NJW-RR 2006, 279; *BGH*, Urt. v. 24. 3. 2011, IX ZR 197/09, BeckRS 2011, 08321 RdNr. 14.

¹⁰⁹ Die Regelung des Satzes 2 ist dagegen nicht auf eigene Behandlungsfehler beschränkt worden (zum Ganzen kritisch *Wagner*, VersR 2012, 789, 795 f., 797 f.).

¹¹⁰ Zutr. *Taupitz*, NJW 1992, 713, 714.

¹¹¹ *BVerfGE* 56, 37, 50 ff.

¹¹² Ausführlich *Göben*, Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht (1998).

¹¹³ *BGH*, VersR 1992, 1229.

¹¹⁴ *BGH*, MDR 1994, 667; *Grunsky*, JZ 1997, 825, 831 f.

¹¹⁵ Fehlt es an einer wirksamen Einwilligung, kann sich der Arzt zu seiner Entlastung auf eine hypothetische Einwilligung, d. h. darauf berufen, daß der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung dem Eingriff zugestimmt hätte (*BGH*, VersR 2005, 836, 837). Tut der Arzt das, muß der Patient glaubhaft machen, daß er eine Einwilligung bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht erteilt oder sich zumindest in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte (*BGHZ* 172, 1 = VersR 2007, 995 RdNr. 34). Noch keinem Arzt ist gelungen, was ein solcher dann zu leisten hätte: Er müßte beweisen, daß der Patient tatsächlich auch bei hypothetisch ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte.

¹¹⁶ Hierzu z. B. *Müller*, NJW 1997, 3049-3056.

I. Anscheinsbeweis

Kann ein Patient zwar nicht den vollen Beweis führen, liegt aber ein typischer Geschehensablauf vor, d. h. steht ein bestimmter Tatbestand fest, der nach allgemeiner Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache rückschließen läßt, dann spricht zugunsten des Patienten prima facie, daß auch im konkreten Fall dieser Ablauf stattgefunden hat. Ein häufiges Beispiel bilden Infektionen nach Injektionen: Klagt ein Patient schon bald nach der Injektion über Schmerzen im Injektionsbereich und entwickelt sich zeitnah ein Abszeß, spricht der Anschein dafür, daß eine sachgerechte Desinfektion unterblieben und Erreger eingeführt worden sind.¹¹⁷ Ein Anscheinsbeweis scheidet dagegen aus, wenn die Möglichkeit mehrerer typischer Geschehensabläufe besteht, der Arzt aber nur für einen haftet. Ein Arzt kann einen Anscheinsbeweis ferner durch die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs erschüttern. Gelingt ihm das, obliegt dem Patienten der volle Beweis.

II. Beweislastumkehr

In Fällen sog. grober Behandlungsfehler sowie Dokumentationsmängel hat die Rechtsprechung die Beweislast seit langem umgekehrt. Dies beruht auf der Erwägung, daß ein Patient die Kausalität aufgrund dessen sehr viel schwerer beweisen kann. Das Aufklärungserschweris soll dem Arzt zur Last fallen, weil er es verursacht hat.¹¹⁸ Besondere Bedeutung kommt sog. schweren Kontroll- oder Diagnoseversäumnissen zu, weil sie unter zwei Aspekten zu einer Beweislastumkehr führen können: Erstens können sie einen groben Behandlungsfehler darstellen; zweitens sind Diagnose und Kontrolle Voraussetzungen dafür, daß das Geschehen nachvollziehbar bleibt.¹¹⁹

1. Grober Behandlungsfehler

Ob ärztliches Verhalten grob fehlerhaft ist, hängt davon ab, ob der Arzt eindeutig gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstoßen hat bzw. ihm ein „fundamentaler Irrtum“¹²⁰ unterlaufen ist, der ihm „schlechterdings nicht unterlaufen darf“;¹²¹ unerheblich ist, ob den Arzt dabei ein besonders schweres Verschulden trifft. Wenn ein derartiges, sachverständig bestätigtes Fehlverhalten gegeben und dieses generell zur Verursachung des eingetretenen Gesundheitsschadens geeignet ist, trägt der Arzt die Beweislast dafür, daß dieser Fehler nicht für die Rechtsgutsverletzung des Patienten ursächlich geworden ist. Entsprechendes wird künftig in § 630h Abs. 5 BGB-E kodifiziert sein. Ist allerdings jeglicher Kausalitätszusammenhang zwischen Fehler und Gesundheitsschaden äußerst unwahrscheinlich, so wird die Beweislast trotz groben Fehlers nicht umgekehrt.¹²²

2. Dokumentationsmängel

Wenn ein Patient den Nachweis eines Arztfehlers, den daraus resultierenden Schaden sowie die Kausalität zwischen diesen führen will, benötigt er Information. Diese wird er i. d. R. nur in der ärztlichen Dokumentation finden. Ist diese mangelhaft oder ganz unterblieben, so daß dem Patienten der Beweis erschwert oder unmöglich ist, darf das schwerlich zu seinen Lasten gehen. Auch hier wird die Beweislast umgekehrt, wenn das Unterbleiben der nicht dokumentierten Maßnahme geeignet ist, den eingetretenen Schaden herbeizuführen.¹²³ Entsprechendes wird sich künftig aus den §§ 630f, 630h Abs. 3 BGB ergeben.

Es ist freilich augenfällig, daß die ärztliche Dokumentation therapeutische Zwecke verfolgt, nicht aber, wie am besten Beweise für einen späteren Arzthaftungsprozeß geliefert werden können. Das bestimmt auch ihren Inhalt und Umfang.¹²⁴ Weil der Arzt verpflichtet ist, alle wesentlichen diagnostischen und therapeutischen Befunde und Maßnahmen zu dokumentieren, indiziert das Fehlen eines Vermerks das Unterbleiben der aufzeichnungspflichtigen Maßnahme. Ist es allerdings „medizinisch nicht üblich, Kontrolluntersuchungen zu dokumentieren, wenn sie ohne positiven Befund geblieben sind, dann kann nicht schon aus dem Schweigen der Dokumentation auf das Unterbleiben entsprechender Untersuchungen geschlossen werden.“¹²⁵

H. Zusammenfassung

Das Arzthaftungsrecht bildet derzeit eine komplexe, aber hochentwickelte Materie. Ob eine Vereinfachung innerhalb des BGB in kodifizierter Form möglich und wünschenswert ist, ist sehr zu bezweifeln. Erstens ist die Abstraktion rechtlicher Verhältnisse, die wie kaum andere von Vertrauen und Besonderheiten des Einzelfalls geprägt sind, bedenklich. Ob hier nicht rechtlich etwas berührt wird, was besser ehrfürchtig stehen gelassen und eher der Umsicht der medizinisch und juristisch Beteiligten überlassen werden sollte, kann man wohl gewiß unterschiedlich beantworten. Außer Zweifel dürfte jedoch stehen, daß die geplanten Normen Transparenz kaum schaffen und Patienten die Durchsetzung ihrer Rechte nicht erleichtern werden. Ein beredtes Zeugnis geben davon z. B. die §§ 630e, h BGB. Abstrakt-generelle Normen werden mit essentiellen oder letzten Dingen beschäftigte Patienten nicht veranlassen, ihre Subsumtionstechnik zu schulen, selbst wenn sie in gesunden Tagen bürgerrechtlichem Eifer zu huldigen pflegten. „Medizinrechtlich tätige Anwälte werden (also) auch in Zukunft nicht arbeitslos werden.“¹²⁶ Ob das Arzt-Patienten-Verhältnis künftig zunehmend von Feindseligkeit und Durchsetzung vermeintlicher Rechte geprägt werden wird, soll hier nicht erörtert werden. Zweitens ließe sich der Vorwurf derartigen rechtspolitischen Aktionismus, der in

¹¹⁷ OLG Karlsruhe, VersR 1989, 195; Jaeger, VersR 1989, 994.

¹¹⁸ OLG Hamm, VersR 1994, 1067.

¹¹⁹ BGH, MedR 1989, 195; OLG Köln, NJW-RR 1992, 728.

¹²⁰ BGH, MedR 1988, 143.

¹²¹ OLG Köln, VersR 1994, 1238; ähnlich OLG Frankfurt, VersR 1994, 1474; OLG Oldenburg, VersR 1995, 218.

¹²² BGH, MDR 1997, 147; OLG Bremen, NJW-RR 1996, 1114.

¹²³ BGH, MedR 2005, 226; BGH, MedR 2004, 561, dazu Kern, LMK 2005, 6.

¹²⁴ BGH, MedR 1989, 195.

¹²⁵ BGH, MedR 1993, 430.

¹²⁶ Spickhoff, ZRP 2012, 65.

der vorigen Legislaturperiode von der SPD in Gang gesetzt wurde, nur entkräften, wenn mit dem neuen Recht Innovationen erzielt würden. Ausweislich der Begründung ist das – von § 630c Abs. 2 BGB-E vielleicht abgesehen – jedoch sicher nicht der Fall. Drittens müßte der Vorstoß wenigstens wertungsjuristisch aus Gründen der Einheitlichkeit und Folgerichtigkeit des zivilrechtlichen Systems zu begrüßen sein. Doch auch das trifft nicht zu: Von der Rechtsprechung im Deliktsrecht entwickeltes Richterrecht wird statisch in ein vertragliches Schuldverhältnis, auf das zudem im wesentli-

chen schon bestehende Regeln anwendbar sein sollen (vgl. § 630b BGB-E), gepreßt. Was mit dem deliktischen Arzthaftungsrecht, das dagegen erweiterungsfähig und – angesichts des stetigen medizinischen Fortschritts – auch erweiterungsbedürftig ist, geschehen wird, kann derzeit nicht gesagt werden. Die Judikatur allein wird Konformität der beiden Subsysteme nicht herstellen können. Da sie sich in der Vergangenheit differenziert, umsichtig und mit Erfolg bemüht hat, ein Sonderrecht der Arzthaftung zu schaffen, besteht insgesamt keinerlei Bedürfnis für legislative Neuerungen.