

# Aktuelle Hauptprobleme des Arztrechts im Bereich der Einwilligung und Aufklärung sowie des Behandlungsfehlers

Erwin DEUTSCH

## ZUSAMMENFASSUNG

*Die Aufklärung geht der Einwilligung voraus und füllt sie ihrem Inhalt nach aus. Die Aufklärung ist Grundlage einer gefürchteten Haftung geworden, die in Wirklichkeit häufig einen vermuteten Behandlungsfehler des Arztes betreffen würde. Während im Kunstfehlerprozeß den Patienten erhebliche beweisliche Hürden treffen, trägt der Arzt die Beweislast für Aufklärung und Einwilligung. Nach dem deutschen bürgerlichen Recht gilt für die Arzthaftung das Verschuldensprinzip, d.h. er haftet nur bei Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt. Unter Einfluß der skandinavischen Modelle wurde eine Ablösung der Haftung durch eine Unfallversicherung vorgeschlagen. Die EU hat vor, die Arzthaftung zu verschärfen.*

**Schlüsselwörter:** Aufklärung, Haftung, Beweislast, Verschuldensprinzip, Versicherungsmodell

## ABSTRACT

*The explanation comes before the patients consent and it contains the reasons for same. The medical doctors enlightning explanation has become the basis of the greatly feared liability claims which in reality is mainly a supposed therapy mistake made by the medical doctor. In a liability suit the patient must overcome the hurdles of proving that a mistake had been made whereas the medical doctor must provide evidence that the explanation and consent process was properly carried out. According to German civil law the doctor is liable only if the guilt principle is proved i.e. he neglected the necessary care and concern. Under the influence of the Scandinavian practise, a system of replacing the liability by a type of accident insurance has been suggested. The EU is planning on intensifying the doctors liability.*

**keywords:** explanation, liability, evidence of proof, guilt principle, insurance model

## A. Aufklärung und Einwilligung

### I. Grundsatz

Jede invasive oder medikamentöse Maßnahme am Patienten bedarf dessen Zustimmung: *salus et voluntas aegroti suprema lex*. Die Einwilligung in eine medizinische Maßnahme kann der Patient jedoch nur geben, wenn er über ihren Sinn und Zweck aufgeklärt worden ist. Die Aufklärung geht also der Einwilligung voraus und füllt sie ihrem Inhalt nach aus. Die Einwilligung reicht so nicht weiter als das vorhandene Wissen bzw. die geschehene Aufklärung; alles andere wäre Verzicht.

Die Wirklichkeit sieht weniger einseitig aus: Arzt und Patient müssen bei der Behandlung zusammenwirken. Der Kranke hat den Mediziner über seine Beschwerden und seinen Zustand zu informieren; der Arzt seinerseits muß den Patienten über die Krankheit und die Behandlung, deren Aussichten und Gefahren ins Bild setzen. Dabei kollidieren zwei rechtlich anerkannte Interessen. Der Arzt folgt dem Heilungsauftrag, in dessen Rahmen ihm ein erhebliches Ermessen eingeräumt wird. Der Patient hingegen bleibt Herr über sich selbst und seine Gesundheit. Die Aufklärung überbrückt diesen Gegensatz. Sie ist patientenorientiert und hat im Zusammenwirken zwischen Arzt und Kranken zu erfolgen.

### II. Verletzte Aufklärungspflicht als Ersatz für vermuteten Behandlungsfehler

Die Aufklärung, wie wohl Teil der Selbstbestimmung des Patienten und auf Verwirklichung des Patientenwillens ausgerichtet, ist zur Grundlage einer gefürchteten Haftung geworden. Manche sind auch der Überzeugung, daß sie insoweit denaturiert ist. Die Mehrzahl der Verfahren wegen verletzter Aufklärungspflicht stellt in Wirklichkeit etwas anderes dar, nämlich einen Kunstfehlerprozeß, bei dem die Außerachtlassung der vom Arzt geforderten Sorgfalt zwar nicht bewiesen werden kann, aber

doch naheliegt. Im sog. Kunstfehlerprozeß treffen den Patienten erhebliche beweisliche Hürden: Er hat nicht nur den Behandlungsfehler des Arztes, sondern auch dessen Kausalität für Verletzung und Schaden darzutun, wenn es hier auch Beweiserleichterungen gibt, etwa in Gestalt des Anscheinsbeweises für den Kunstfehler und der Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Schadenskausalität beim schweren Behandlungsfehler. So bedeutet die Beweislast eine erhebliche Hürde für den anspruchstellenden Patienten. Anders steht es mit der Beweislast bei der Verletzung der Aufklärungspflicht. Hier ist seit alters her Einwilligung und Aufklärung vom Arzt zu beweisen, der sie als Einwendung gegen die geltend gemachte Körperverletzung erhebt. Immerhin wäre der Anspruch des Patienten wegen verletzter Aufklärungspflicht auf den schadensrechtlichen Schutzbereich der Norm beschränkt. Diese Norm ist die Aufklärungsnorm, deren schadensrechtliche Auswirkung bis heute nicht deutlich geworden ist. Dann könnte man argumentieren, daß der Schaden aus einer dringlich notwendigen, aber fehlgegangenen Behandlung nicht mehr im Schutzbereich der Aufklärungsnorm gelegen hat. Jedenfalls könnte der Arzt eine Schadensaufrechnung vornehmen, wobei der zu erwartende unbehandelte Verlauf mit dem mißglückten behandelten Verlauf zu vergleichen wäre.

### III. Beweislast bei der Verletzung der Aufklärungspflicht

Wie schon dargetan, trägt der Arzt die Beweislast für Einwilligung und Aufklärung. Rechtstechnisch ergibt sich das daraus, daß die medizinische Maßnahme regelmäßig rein äußerlich den Tatbestand einer Körperverletzung erfüllt und durch die Einwilligung gerechtfertigt werden muß. Die Einwilligung ist also die Ausnahme und deshalb als Einwendung vom Arzt zu beweisen. Neuerdings hat BAUMGÄRTEL dagegen vorgebracht, das Regel-Ausnahmeverhältnis sei anders gelagert: Regelmäßig würden die Ärzte aufklären; die Nichtaufklärung sei also

ihrerseits der Ausnahmefall. Nach der herrschenden Meinung wird jedoch der Gegensatz anders gesehen: Eingriffe in die körperliche Integrität sind grundsätzlich rechtswidrig und bedürfen der Zustimmung aus besonderem Grunde.

In den Vereinigten Staaten von Amerika hat sich schon vor einer Weile eine Umkehr im Denken vollzogen. Nicht mehr die Rechtfertigung der Körperverletzung war Grund für die Aufklärung und Einwilligung, sondern eine Vertragspflicht. Die Folge der Qualifikation der Aufklärungspflicht als Vertragspflicht erschien in der Beweislast: Der Patient trägt nunmehr die Beweislast für die Verletzung der Aufklärungspflicht. Während in Deutschland die Aufklärungspflicht nicht nur vertragliche, sondern auch deliktische Pflicht ist und das Schwergewicht aus dem Deliktsrecht für die Beweislast des Arztes spricht, könnte für Österreich anderes gelten. Nachdem §110 Österr. StGB die eigenmächtige Heilbehandlung zum Straftatbestand erhoben hat, ist es nicht mehr notwendig, die Aufklärungspflichtverletzung deliktisch zu qualifizieren. Die Aufklärung als vertragliche Pflicht des Arztes würde im Falle ihrer Verletzung zu Schadensersatzansprüchen und Schmerzensgeld führen. Für die Verletzung dieser Pflicht wäre grundsätzlich der Patient beweibelastet. Allerdings würden ihm auch hier Beweiserleichterungen zur Verfügung stehen. Doch das sind Spekulationen eines Außenstehenden über ein benachbartes Recht.

#### *IV. Die Einwilligung in der neueren Rechtsprechung*

Für die Einwilligung gibt es eine neuere Entwicklung. Es ist seit je her anerkannt, daß die Einwilligung nicht nur aktuell, sondern auch antizipiert und als mutmaßliche erscheinen kann. Nach der neueren Rechtsprechung ist es möglich, bei einem normalen ambulanten Eingriff die Aufklärung am Tage des Eingriffs vor-

zunehmen. Selbst wenn es sich um einen größeren Eingriff handelt, bei welchem die Aufklärung früher erfolgen sollte, kann noch am Vorabend über die Narkoserisiken aufgeklärt werden. Zudem ist der Patient in der Lage, seine nach der verspäteten Risikoaufklärung gegebene Operationseinwilligung noch zu bestätigen. Mit der Möglichkeit der Bestätigung einer wegen verspäteter Aufklärung unwirksamen Einwilligung rückt die Frage nach der Rechtsnatur der Einwilligung wieder in den Vordergrund. Sie ist wohl mehrheitlich als reine Einwilligung und nicht als Willenserklärung oder als Rechtsgeschäft angesehen worden. Die Bestätigung führt jedoch wiederum in das Gebiet des Rechtsgeschäfts.

#### *V. Neuere Entwicklungen der Aufklärungspflicht*

Obwohl die Frage nach der sichereren Alternative schon in früheren Urteilen eine erhebliche Rolle gespielt hat, ist in letzter Zeit die Aufklärung über Behandlungsalternativen in den Vordergrund getreten. Nach der jüngsten Äußerung des BGH zur Verfügung stehender Behandlungsalternativen nicht voraus, daß die wissenschaftliche Diskussion über bestimmte Risiken einer Behandlung bereits abgeschlossen ist und zu allgemein akzeptierten Ergebnissen geführt hat. Es genügt vielmehr, daß ernsthafte Stimmen in der medizinischen Wissenschaft auf bestimmte und mit einer Behandlung verbundene Gefahren hinweisen.

Unruhe hat eine andere Entscheidung des obersten Zivilgerichts zur sog. Grundaufklärung hervorgerufen. Hier ging es darum, daß eine Patientin vor einer Myelographie nicht über das Risiko einer Querschnittslähmung aufgeklärt worden war. Bei ihr war aber als Folge eines Krampfanfalls eine Schulterverletzung eingetreten. Im Gegensatz zu den beiden unteren Instanzen sieht der BGH eine Verletzung der Aufklärungspflicht mit Schadensersatzfolge als gegeben an. Zwar sei der epileptische

Anfall als Folge einer Myelographie nicht vorhersehbar gewesen, jedoch habe es an der Grundaufklärung gefehlt. Zu ihr gehöre jeweils das schwerste aufklärungspflichtige Risiko, hier die Querschnittslähmung. Auf den Schutzbereich der verletzten Verhaltensnorm komme es jedoch nicht an, „weil es bereits an der erforderlichen Grundaufklärung fehlte und sich die Einwilligung schon deshalb als unwirksam erweist“. Nimmt man den BGH beim Wort, dann ist bei jeder medikamentösen Behandlung ein subsidiärer Haftungsgrund der verletzten Aufklärungspflicht gegeben. Es müßte nämlich jedes Mal über das schwerste Risiko, nämlich die Gefahr eines anaphylaktischen Schocks mit Todesfolge, aufgeklärt werden, was bisher – mit Ausnahme der Arzneimittelpflichtprüfung – nicht geschieht. Ein objektiver Haftungsgrund wegen Verletzung, wenn auch nicht kausal gewordener Aufklärungspflichtverletzung wäre also stets gegeben.

Nach wie vor unklar ist die Beantwortung der Frage nach dem Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht. Nach allgemeinen Grundsätzen wird Schadensersatz nur insoweit geschuldet, als der Schutz der Persönlichkeit durch Selbstbestimmung über Körper und Gesundheit berührt ist. War jedoch der ärztliche Eingriff erfolgreich, so hat der Patient deswegen keinen Anspruch, weil es am Schaden fehlt. War jedoch die medizinische Maßnahme dringend geboten und hat sie nicht zu einem Erfolg geführt, so dürfte der Patient nur für den Aufklärungsschaden Ersatz verlangen können. Da er schon mit einer Schadensanlage in die ärztliche Behandlung eingetreten ist, sollte sich die Begrenzung des Ersatzanspruchs auch unter diesem Aspekt ergeben.

## B. Fehlerhaftung

### I. Verschuldensprinzip

Nach dem deutschen bürgerlichen Recht gilt für die Arzthaftung das Verschuldensprinzip, d.h. der

Arzt haftet nur bei Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt, 276 Abs. 1 S. 2 BGB. Diese als Zurechnung zu verstehende Haltung ist sowohl bei der Beratung des BGB als auch bei der Überarbeitung des Schuldrechts vor kurzer Zeit vertreten worden. In der Literatur ist jedoch, auch für die Arzthaftung, eine deutliche Reduktion der Fahrlässigkeit als Zurechnung vorgetragen worden. Die Fahrlässigkeit soll danach keine Verschuldenshaftung bezeichnen, sondern eine Haftung für objektive Pflichtwidrigkeit sein bzw. als Fahrlässigkeit sei die Verletzung einer Sorgfaltspflicht ohne Zurechnung zu verstehen. Die neuen Stimmen in der Literatur spiegeln die Schwierigkeit wider, welche die Rechtsprechung stets mit der Einordnung der Kunstregeln gehabt hat. Wohin die allgemein anerkannten Grundsätze der medizinischen Wissenschaft gehören, wurde sogar in der Rechtsprechung der obersten Gerichte unterschiedlich beantwortet. Während das RG die Ansicht vertreten hat, Verschulden und Kunstfehler deckten sich nicht, hat der BGH sogar die Kunstregel in die Nähe der innerhalb des Fachkreises üblichen Sorgfalt gerückt. Als Berufshaftung, deren Folgen Schadensersatz und Schmerzensgeld sind, wird man jedoch auch die Arzthaftung als Einstehenmüssen für Verantwortungslosigkeit ansehen. Das ethische Postulat, den Beruf mit der wissenschaftlich gebotenen Sorgfalt auszuüben, aber nur bei persönlicher Zurechnung zu haften, gilt auch nach wie vor für diesen Bereich.

### II. Versicherungslösung

In jüngerer Zeit ist insbesondere unter dem Einfluß der skandinavischen Modelle eine Ergänzung oder Ablösung der Haftung durch eine Unfallversicherung vorgeschlagen worden. Während in Deutschland die Diskussion um die Ablösung oder Ergänzung der Haftung des Arztes durch Versicherung praktisch zum Stillstand gekommen ist, wird sie nunmehr in Österreich besonders eingehend be-

handelt. Jedoch ist die Grundfrage, ob etwa analog der Pflichtversicherung des Kraftfahrzeughalters oder der Sozialversicherung für Arbeitsunfälle eine Behandlungsunfallversicherung eingeführt werden sollte, noch nicht beantwortet. Sie geht dahin, ob es sich bei Unfällen in der ärztlichen Behandlung um eine Massenerscheinung handelt, welche nur durch eine Versicherung bewältigt werden kann. Sie ist jedenfalls für die mitteleuropäischen Länder, insbesondere für die Bundesrepublik Deutschland, im Augenblick zu verneinen. Die Verschuldenshaftung des Arztes, die sich in der Praxis auf relativ hohem Niveau eingependelt hat, ist keine Massenerscheinung wie der Verkehrs- oder Arbeitsunfall. Die Ausgleichung durch die Verschuldenshaftung genügt, jedenfalls im Augenblick. Auch in Neuseeland hat man im Bereich der *accident compensation* die Haftung für *medical misadventure* eingeschränkt. Sie ist seit 1992 dem ärztlichen Fehler außerordentlich angenähert.

### III. Richtlinienentwurf der EU

Die Europäische Union hat mehrere Anläufe unternommen, die Arzthaftung zu verschärfen. In einem Vorentwurf wurde eine Haftung für fehlerhafte Dienstleistungen vorgeschrieben. Der offizielle Richtlinienentwurf sah eine Haftung für vermutetes Verschulden vor. Diese Richtlinie hat ein unterschiedliches Echo gefunden und ist mittlerweile zurückgezogen worden. Allerdings ist die Möglichkeit einer europäischen Haftung nach dem Versicherungsmodell nach wie vor gegeben. Erörtert wird ein Sonderrichtlinienentwurf über die Haftung der Erbringer von Leistungen auf dem Gebiet der Gesundheitspflege. Auch Art. 23 des Entwurfs einer Bioethik-Konvention des Europarats sieht vor, daß eine angemessene Entschädigung für unbillige Schäden bei der medizinischen Behandlung gewährt werden soll. Streitig ist nur noch, ob ein Vorbehalt der

besonderen Regelung des nationalen Rechts bestehen soll oder nicht.

### Referenzen

1. BGH VersR 1987, 200; Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, 293
2. Zum Anscheinsbeweis RGZ 165, 336; BGH VersR 1960, 416. Zur Umkehr der Beweislast wegen schweren Behandlungsfehlers BGH NJW 1968, 2291; BGH NJW 1986, 1540; Deutsch, Der grobe Behandlungsfehler, VersR 1988, I; D.FRANZKI, Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß (1982), 56ff.
3. RGZ 68, 431; BGH NJW 1975, 603f.
4. BAUMGÄRTEL, Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß, Gedächtnisschrift Bruns (1980), 93; BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht (1986), Rdnr. 699ff. beschränkt den Ersatzanspruch auf Schäden, „auf die sich die Aufklärungspflicht gegenständlich und umfangsmäßig bezogen hätte“.
5. A.A.BAUMGÄRTEL, a.a.O., 195, der den Ausnahmecharakter der Einwilligung aus rechtstatsächlichen Gründen leugnet.
6. BVerfGE 52, 131; Deutsch, Arzt- und Arzneimittelrecht<sup>2</sup> (1991), 157f.; Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum
7. Arzthaftungsrecht<sup>6</sup> (1995), 216ff.
8. NATASON v. KLINE 350 P.2d 1093 (Kansas 1960)
9. Vgl. HOLZER/POSCH/SCHICK, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992)
10. LAUFS, Arztrecht<sup>5</sup> (1993), Rdnr. 166ff.; Giesen, Arzthaftungsrecht<sup>4</sup> (1995), Rdnr. 237ff.
11. BGH VersR 94, 1235 – ambulanter Eingriff; BGH VersR 92, 960 – Bestätigung der verspäteten Operationseinwilligung. Vgl. auch Deutsch, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antizipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, 1905; Uhlenbruck, MedR 1992, 134
12. BGH VersR 1996, 233
13. BGH VersR 1996, 195 = BGHLM BGB 823 Nr. 60 mit abl. Anm. Deutsch – im Anhang abgedruckt
14. Vgl. Österr. OGH JB1. 1992, 520f., der insoweit die Regeln der Vorteilsausgleichung anwendet. S. auch Brüggemeier, Deliktsrecht (1986), Rdnr. 699f. u. RGRK/Nüßgens<sup>12</sup>, 823 Anh. II, Rdnr. 65
15. Bericht der Reichstagskommission zum BGB, S. 98: „Die Annahme einer Schadensersatzpflicht für unverschuldetes Unrecht würde die Freiheit der Bewegung in bedauerlichster Weise beschränken“; Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992), 128
16. BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht (1986), Rdnr. 155; Kötz, Deliktsrecht<sup>6</sup>, Rdnr. 117; Laufs, Deliktische Haftung ohne Verschulden, FS Gernhuber (1993), 245, 257f.; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 69ff.

17. RG HRR 1931, Nr. 1748; BGHZ 8, 138, 140. Vgl. dazu DEUTSCH, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt<sup>2</sup> (1995), 134f.
18. VGL. BARTA, Medizinhaftung (1995); Pichler, Rechtsentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich (1994)
19. Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act (1992), Nr. 5 Vgl. genauer Deutsch, die Wiederkehr der Fahrlässigkeit, Neuseeland definiert den „medizinischen Behandlungsunfall“, VersR 1994, 381
20. Text bei DEUTSCH, Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht<sup>3</sup> (1996), VII. 15. u. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen, von der Kommission vorgelegt am 9. November 1990, Amtsblatt EU 91, Nr. C 12/8
21. Vgl. GIESEN, Zur Annäherung von Arzthaftung und Dienstleistungshaftung in Deutschland und Europa, JR 1991, 485; BYDLINSKI, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JB1. 1992, 347; Koziol, Verschuldensunabhängige Ersatzansprüche bei Behandlungsfehlern, RdM 1994, 3; DEUTSCH, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht – Versuch einer kritischen, dogmatischen Bestandaufnahme, Karlsruher Forum 1992; DEUTSCH/TAUPITZ, Dienstleistungshaftung in Europa (1992) passim
22. FAGNART, Kolloquium am 7. und 8. Februar 1992
23. Vgl. die unterschiedlichen Fassungen des Entwurfs einer Bioethik-Kommission des Europarats vom 13.9.95 (ohne Vorbehalt des nationalen Rechts) und vom 8.3.1996 (mit Vorbehalt des nationalen Rechts)

#### *Abkürzungen:*

- |      |                                  |
|------|----------------------------------|
| StGB | –Strafgesetzbuch (Deutschland)   |
| BGH  | –Bundesgerichtshof (Deutschland) |
| RG   | –Reichsgericht                   |
| NJW  | –Neue Juristische Wochenschrift  |