

Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht – Die Aufklärung des Patienten

Rechtsanwalt Rüdiger Martis, Schwäbisch Gmünd

Der schwerpunktmäßig im Arzthaftungsrecht tätige Mitautor der aktuell erschienenen 3. Aufl. des Standardwerkes „Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht“ stellt die hierzu ergangene obergerichtliche Rechtsprechung aus den Jahren 2006 bis April 2009 dar.

1. Aufklärung „im Großen und Ganzen“

Dem Patienten müssen nicht alle denkbaren medizinischen Risiken exakt oder in allen möglichen Erscheinungsformen dargestellt werden. Es genügt, wenn dem Patienten ein **allgemeines Bild von der Schwere und Richtung des Risikospektrums dargelegt, ihm die „Stoßrichtung“ der Risiken verdeutlicht** wird (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, MDR 2009, 281 = VersR 2009, 257f., Nr.11 = GesR 2009, 154f.; Urt. v. 14.3.2006 – VI ZR 279/04, MDR 2006, 1286 = VersR 2006, 838f.; Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 323/04, MDR 2007, 153 = NJW 2006, 2477f. = GesR 2006, 411f.; OLG Brandenburg, Urt. v. 8.11.2007 – 12 U 53/07, juris, Nr.27; OLG Jena, Urt. v. 28.3.2007 – 4 U 1030/04, OLGReport Jena 2008, 677 [679]; OLG Koblenz, Beschl. v. 22.10.2007 – 5 U 1288/07, VersR 2008, 690f.; OLG Köln, Urt. v. 25.4.2007 – 5 U 180/05, VersR 2008, 1072f.; OLG München, Urt. v. 23.10.2008 – 1 U 2046/08, VersR 2009, 503f.; Beschl. v. 12.3.2007 – 1 U 5826/06, juris, Nr.5, 6; OLG Naumburg, Urt. v. 21.5.2007 – 1 U 33/06, juris, Nr.36; Urt. v. 14.2.2008 – 1 U 66/07, OLGReport Naumburg 2008, 503; OLG Oldenburg, Urt. v. 25.6.2008 – 5 U 10/08, VersR 2008, 1496f.; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz C 86, 90, 91; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 118–122).

Es ist **nicht erforderlich**, die Risiken in allen erdenkbaren Erscheinungsformen aufzuzählen oder dem Patienten die Risikohäufigkeit bzw. Komplikationsdichte im Einzelnen nach **statistischen Größen** zu beziffern. (BGH v. 18.11.2008, a.a.O.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.12.2007 – I-8 U 19/07, VersR 2009, 546f.; OLG München v. 23.10.2008, a.a.O.; OLG Naumburg v. 14.2.2008, a.a.O.). Dem Patienten muss aber eine **zumindest ungefähre Vorstellung** von den Risiken und deren Umfang vermittelt werden (OLG Frankfurt, Urt. 5.8.2008 – 8 U 267/07, GesR 2009, 83: Seltenes Risiko von Nachblutungen nach Mandeloperation zu erwähnen). Je nach Gesprächssituation, etwa auf Nachfrage oder bei erkennbarem Interesse des Patienten an weiterer Information, kann eine verbale Einordnung als relativ häufiges, seltenes oder sehr seltenes Risiko erforderlich, aber ausreichend sein (OLG Naumburg v. 14.2.2008, a.a.O.; auch OLG Frankfurt, Urt. v. 14.1.2003 – 8 U 135/01, VersR 2004, 1053f.).

Seltene, sogar **äußerst seltene Risiken** sind aber stets zu erwähnen, wenn deren Realisierung die **Lebensführung des Patienten schwer belasten würde** und die entsprechenden Risiken trotz ihrer Seltenheit für den Eingriff spezifisch, für den Laien aber überraschend sind (BGH v. 18.11.2008, a.a.O.; Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, MDR 2007, 401 = NJW 2007, 217 [219] = VersR 2007, 66 [68]; Urt. v. 14.3.2006 – VI ZR 279/96, MDR 1998, 430 = VersR 2006, 838f.; OLG Köln, Urt. v. 25.4.2007 – 5 U 180/05, VersR 2008, 1072f.: Risiko einer Gebä-

mutterverletzung bei Ausschabung von 1: 10.000; OLG Oldenburg, Urt. v. 25.6.2008 – 5 U 10/08, VersR 2008, 1496f.: Gefäßverletzung mit nachfolgendem Hirninfarkt nach chiropraktischer Manipulation der HWS). Grundsätzlich reicht es dabei aus, wenn dem Patienten das **schwerste möglicherweise in Betracht kommende Risiko** dargestellt wird (OLG Dresden, Urt. v. 28.2.2002 – 4 U 2811/00, VersR 2003, 1257; OLG Nürnberg, Urt. v. 16.7.2004 – 5 U 2383/03, OLGReport Nürnberg 2004, 373f.; Bergmann/Müller, MedR 2005, 650 [654]). Aktuelle Beispiele:

- ▷ Weist der Gynäkologe vor dem operativen Eingriff zur Entfernung einer Vaginalzyste und einer Rectocele darauf hin, dass man bei diesem Eingriff „in den Darm schneiden könnte“, so ist von dieser Aufklärung auch eine Schädigung der Rektumwand und das Entstehen einer Darm-Scheiden-Fistel mit nachfolgenden Thrombosen und Embolien erfasst (OLG Koblenz, Beschl. v. 22.10.2007 – 5 U 1288/07, OLGReport Koblenz 2008, 178f.).
- ▷ Vor einer Augenoperation ist die gesonderte Erwähnung des Risikos einer Kapselruptur entbehrlich, wenn der Patient auf das Risiko eines Glaskörpervorfalls als ggü. der Kapselruptur kompliziertere Variante hingewiesen worden ist (OLG München, Beschl. v. 12.3.2007 – 1 U 5826/06, juris, Nr. 5, 6).
- ▷ Der Hinweis auf die Möglichkeit von Entzündungen und die Schädigung des Innenohrs im Rahmen einer Ohroperation umfasst auch das Auftreten einer chronischen Mittelohrentzündung mit nachfolgender Hörminderung (OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.12.2008 – 7 U 32/08, n.v.).

Die dem Patienten erteilte Grundaufklärung über die mit jeder Operation typischerweise verbundenen Risiken „Wundheilungsstörungen, Nachblutungen, Nerven- und Gefäßverletzungen“ erfasst auch das sehr seltene Risiko der Verletzung des Nervus femoralis bei der Durchführung einer Leistenoperation (OLG Brandenburg, Urt. v. 8.11.2007 – 12 U 53/07, juris, Nr.27). Andererseits genügt der Hinweis auf das **Risiko möglicher Nervenschädigungen**, Gefühlsstörungen und Muskelfunktionsstörungen nicht, wenn es bei einer offenen Biopsie eines Brustwirbelkörpers zum Eintritt einer **vorübergehenden Lähmung** kommen kann (OLG Naumburg, Urt. v. 21.5.2007 – 1 U 33/06, MDR 2008, 26 = juris, Nr.36). Der Hinweis auf eine „mögliche Nervenschädigung“ erfasst auch nicht das, wenngleich äußerst seltene, Risiko des Eintritts **chronischer, unberechenbarer Schmerzen und dauerhafter Lähmungen** (BGH, Urt. v. 14.3.2006 – VI ZR 279/04, MDR 2006, 1286 = VersR 2006, 838 [840]).

Auch das mit 1 : 1000 sehr seltene Risiko einer kompletten, nicht therapierbaren Unfruchtbarkeit aufgrund eines „Asherman-Syndroms“ in einem von tausend Fällen bei der Ausschabung der Gebärmutter wird von dem Hinweis auf das mit 1: 10.000 äußerst seltene Risiko einer Verletzung der Gebärmutter und der möglichen Folge ihrer Entfernung nicht erfasst (OLG Köln, Urt. v. 25.4.2007 – 5 U 180/05, VersR 2008, 1072f.).

Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht

Wenngleich der Arzt grundsätzlich nicht gehalten ist, den Patienten über die statistische Wahrscheinlichkeit einer möglichen Komplikation zu informieren, entbindet ihn dies nicht von der Verpflichtung, auf eine im konkreten Fall vorliegende **signifikante Erhöhung des Risikos eines Schlaganfalls** 0,5 % auf 1,0 % bei einer geplanten cerebralen angiografischen Untersuchung hinzuweisen. Die Erklärung, das Risiko sei „sehr selten“, genügt nicht (BGH v. 18.11.2008, a.a.O.; Vorinstanz OLG Oldenburg, Urt. v. 4.7.2007 – 5 U 106/06, VersR 2008, 124 f.; auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.11.2001 – 7 U 114/99, OLGReport Karlsruhe 2002, 407 f.: dem Patienten muss dargelegt werden, dass sich ein Risiko in seinem Fall häufiger als im Normalfall verwirklichen kann).

Auch über ein ggü. dem Hauptrisiko des Eingriffs **weniger schweres Risiko ist aufzuklären**, wenn dieses dem Eingriff spezifisch anhaftet, es für den Laien überraschend ist und durch die Verwirklichung des Risikos die Lebensführung des Patienten schwer belastet werden würde. So ist die Einwilligung des Patienten unwirksam, wenn er zwar auf das als äußerst gering beschriebene Risiko einer Querschnittlähmung, nicht aber über die Risiken Falschgelenkbildung und des operativen Zugangs (Verwachsungen im Brustraum und Rippeninstabilität), die sich nach dem Eingriff sämtlich realisiert haben, aufgeklärt wurde (BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, MDR 2007, 401 = VersR 2007, 66 [68] = GesR 2007, 14 f.).

2. Nur relativ indizierte Eingriffe

Ist eine Operation oder ein diagnostischer Eingriff nur relativ indiziert, weil die Erforderlichkeit vom Sicherheitsbedürfnis des Patienten abhängt, so muss dies besprochen werden (OLG Bremen, Urt. v. 4.3.2003 – 3 U 65/02, VersR 2004, 911 f. und OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.3.2002 – 8 U 117/01, VersR 2004, 386: Lasertherapie zur Korrektur einer Fehlsichtigkeit, LG Köln, Urt. v. 16.8.2006 – 25 O 335/03, NJW-RR 2006, 1614: Lasik-Operation bei nur geringfügiger Fehlsichtigkeit). Hat etwa eine nicht unter wesentlichen Beschwerden leidende Patientin in die operative (laparoskopische) **Entfernung eines Teils einer Zyste** Bereich des Eierstocks zum Zweck der Diagnostik eingewilligt, wurde aber tatsächlich während der Operation die **vorgefundene Endometriosezyste einschließlich sämtlicher intraoperativ angetroffener Endometrioseherde entfernt**, handelt es sich jedenfalls dem Umfang nach um einen rechtswidrigen Eingriff des Arztes. Führt der Eingriff zu einer Harnleiterverletzung, muss der Arzt beweisen, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten – also bei Durchführung des geringfügigeren diagnostischen Eingriffs – eingetreten wäre, wenn der vom Gericht beauftragte Sachverständige ausführt, man könne sagen, dass der Harnleiter unverletzt geblieben wäre, wenn lediglich ein Teil der Zyste zum Zweck der Diagnostik entfernt worden wäre (OLG Köln, Urt. v. 29.1.2007 – 5 U 85/06, MedR 2008, 599 [601] = juris, Nr. 10, 13).

3. Kosmetische Operationen

Vor einer kosmetischen Operation ist der Patient über die Erfolgsaussichten und Risiken des Eingriffs wie bleibende Entstellungen und gesundheitliche Beeinträchtigungen besonders sorgfältig, **umfassend und ggf. schonungslos aufzuklären** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.3.2003 – 8 U 18/02, VersR 2003, 1579; OLG Hamm, Urt. v. 29.3.2006 – 3 U 263/05, VersR 2006, 1511 f.: hinreichend drastische und schonungslose Aufklärung).

So muss die Patientin schonungslos auf möglicherweise **bleibende Entstellungen und gesundheitliche Beeinträchtigungen** wie etwa der Gefahr einer deutlichen Vergrößerung der bereits vorhandenen Unterbauchnarbe bzw. längerfristige Sensibilitätsstörungen vor einer Bauchdeckenstraffung hingewiesen werden (OLG Frankfurt, Urt. v. 11.10.2005 – 8 U 47/04, OLGReport Frankfurt 2006, 489 f.). Vor der Durchführung einer Fettabsaugung ist die Patientin eindringlich darüber zu belehren, dass bei großflächigen Fettabsaugungen **unregelmäßige Konturen („Dellen“)** entstehen können oder der gewünschte Erfolg nur durch weitere operative Maßnahmen wie einer Haut- und Bauchdeckenstraffung erreicht werden kann (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.3.2003 – 8 U 18/02, VersR 2003, 1579). Das bestehende Risiko **lebenslanger Schmerzen ist bei implantatbedingten Brustmuskelerdehnungen** mit der Erklärung, es könne nach der Operation „zu verstärkten Schmerzen“ bzw. „wie bei Sportlern zu längerfristigen Schmerzen“ kommen, nicht hinreichend drastisch und schonungslos dargestellt (OLG Hamm, Urt. v. 29.3.2006 – 3 U 263/05, VersR 2006, 1511 f.). Allerdings muss ein Arzt vor einer Augmentation (Brustvergrößerung) nicht ungefragt darüber aufklären, dass **Wundheilungsstörungen bei Rauchern** im statistischen Durchschnitt häufiger als bei Nichtrauchern auftreten (OLG Naumburg, Beschl. v. 8.7.2008 – 1 U 33/08, MDR 2009, 206).

4. Behandlungsalternativen

Zur Behandlungsaufklärung gehört unter bestimmten Umständen auch, dass der Arzt den Patienten Kenntnis über Behandlungsalternativen beschaffen muss. Die Wahl der richtigen Behandlungsmethode ist zwar **grundsätzlich Sache des Arztes**. Diesem steht ein Ermessensspielraum zu. Er kann in aller Regel davon ausgehen, der Patient vertraue insoweit seiner ärztlichen Entscheidung und erwarte **keine eingehende fachliche Unterrichtung** über spezielle medizinische Fragen (BGH, Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 323/04, MDR 2007, 153 = VersR 2006, 1073 f.; Urt. v. 15.3.2005 – VI ZR 313/03, MDR 2005, 988 = VersR 2005, 836 = NJW 2005, 1718; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz C 22, 23; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 151/152; Gehrlein, Grundriss der Arzthaftpflicht, 2. Aufl. 2006, Rz C 30, 31).

Im Allgemeinen muss ein Arzt dem Patienten **nicht ungefragt erläutern**, welche Behandlungsmethoden oder Operationstechniken theoretisch in Betracht kommen und was für und gegen die eine oder die andere dieser Methoden spricht, solange er eine Therapie anwendet, die **medizinischen Standard genügt** (BGH, a.a.O.; OLG Frankfurt, Urt. v. 7.12.2004 – 8 U 194/03, NJW-RR 2005, 173 f.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2003 – 8 U 41/02, VersR 2005, 230 f.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 8.12.2004 – 7 U 163/03, OLGReport Karlsruhe 2005, 189 [191]; OLG München, Beschl. v. 17.10.2007 – 1 U 3573/07, BeckRS 2008, 04017, S. 2; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz. C 22).

Eine Aufklärung ist aber dann geboten, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie **mehrere Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen, die zu jeweils wesentlich unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen bieten** (BGH, Urt. v. 22.5.2007 – VI ZR 35/06, MDR 2007, 1131 = VersR 2007, 1273 [1275]; Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 323/04, MDR 2007, 153 = VersR 2006, 1073 f.; OLG Braunschweig, Urt. v. 18.1.2007 – 1 U 24/06, OLGReport Braunschweig 2008, 442; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.12.2005 – 1 W 85/05, MDR 2006, 873; OLG Hamm, Urt. v. 11.10.2004 – 3 U

Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht

93/04, GesR 2006, 30 f.; OLG Koblenz, Urt. v. 12.10.2006 – 5 U 456/06, VersR 2007, 111; Urt. v. 20.7.2006 – 5 U 180/06, VersR 2007, 651; OLG Köln, Urt. v. 1.6.2005 – 5 U 91/03, VersR 2006, 124 f.; OLG München, Urt. v. 3.8.2006 – 1 U 5775/05, OLGReport München 2007, 205 f.; OLG Naumburg, Urt. v. 20.12.2007 – 1 U 95/06, MDR 2008, 745; OLG Oldenburg, Urt. v. 14.11.2007 – 5 U 61/07, GesR 2008, 539 f.; Urt. v. 25.6.2008 – 5 U 10/08, VersR 2008, 1496 f.; OLG Stuttgart, Urt. v. 3.4.2007 – 1 U 115/06, S. 7/8; OLG Zweibrücken, Urt. v. 23.1.2007 – 5 U 35/05, MedR 2007, 549; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz C 21, 23; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl. 2006, Rz. 381).

Kann etwa eine Operation durch eine konservative Behandlung oder deren Fortführung vermieden werden oder ist sie erst nach deren erfolgloser Vorschaltung indiziert und besteht für den Patienten eine **echte Wahlmöglichkeit mit zumindest gleichwertigen Chancen, aber andersartigen Risiken**, so ist der Patient hierauf hinzuweisen (OLG Braunschweig, Urt. v. 18.1.2007 – 1 U 24/06, OLGReport Braunschweig 2008, 442; OLG Dresden, Urt. v. 23.10.2003 – 4 U 980/03, GesR 2004, 22 f.; OLG Hamm, Urt. v. 7.7.2004 – 3 U 264/03, VersR 2005, 942 f.; OLG Koblenz, Urt. v. 12.10.2006 – 5 U 456/06, OLGReport Koblenz 2007, 47; OLG München, Urt. v. 12.10.2006 – 1 U 2142/06, juris, Nr. 37, 38).

5. Rechtzeitigkeit der Aufklärung

Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erfordert grundsätzlich, dass ein Arzt, der einem Patienten eine Entscheidung über die Duldung eines operativen Eingriffs abverlangt und für diesen Eingriff bereits einen Termin bestimmt, ihm schon zu diesem Zeitpunkt auch die Risiken aufzeigt, die mit dem Eingriff verbunden sein können. Eine erst später erfolgte Aufklärung ist zwar nicht in jedem Fall verspätet; eine hierauf erfolgte Einwilligung ist jedoch nur wirksam, wenn der Patient unter den jeweils gegebenen Umständen noch ausreichend Gelegenheit hat, sich innerlich frei zu entscheiden (BGH, Urt. v. 25.3.2003 – VI ZR 131/02, MDR 2003, 931 = VersR 2003, 1441; OLG Brandenburg, Urt. v. 8.11.2007 – 12 U 53/07, juris, Nr. 28; Urt. v. 17.7.2008 – 12 U 221/07, juris, Nr. 8: Aufklärung am Vortag einer Schilddrüsen-OP; OLG Koblenz, Beschl. v. 30.1.2008 – 5 U 1298/07, MDR 2008, 507; Urt. v. 15.12.2005 – 5 U 676/05, MDR 2006, 992; OLG München, Urt. v. 21.9.2006 – 1 U 2175/06, GesR 2007, 112 [114]).

Je nach den Vorkenntnissen des Patienten von dem bevorstehenden Eingriff genügt eine **Aufklärung im Verlauf des Vortages vor dem Eingriff** regelmäßig, jedenfalls wenn sie zu einer Zeit erfolgt, zu der sie den Patienten die Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts erlaubt (BGH, a.a.O.; OLG Brandenburg, a.a.O.; OLG Frankfurt, Urt. v. 11.10.2005 – 8 U 47/04, OLGReport Frankfurt 2006, 489 [491]; OLG München, a.a.O.). Aufklärungsgespräche am Vorabend einer Operation sind jedoch stets verspätet, wenn der aufklärende Arzt den Patienten dabei erstmals und für diesen überraschend auf **gravierende Risiken** hinweist, die dessen persönliche zukünftige Lebensführung entscheidend beeinträchtigen können (BGH, Urt. v. 25.3.2003 – VI ZR 131/02, MDR 2003, 931 = VersR 2003, 1441 [1443] = MedR 2003, 576 f.). So reicht die erst **am Vortag einer Operation** zur Entfernung eines Tumors erfolgte Information des Patienten über das dabei bestehende Erblindungsrisiko (BGH, Urt. v. 17.3.1998 – VI ZR 74/97, MDR 1998, 716; OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.6.2000 – 13 U 78/98, VersR 2001, 860 f.) oder die Möglichkeit erheblicher, kosmetischer Folgen (hier: Vergrößerung einer bereits

bestehenden Unterbauchnarbe von 15 cm auf 45 cm) mit langfristigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen vor einer kosmetischen Operation (OLG Frankfurt, Urt. v. 1.10.2005 – 8 U 47/04, GesR 2006, 127) nicht aus, um die Entscheidungsfreiheit des Patienten zu gewährleisten.

Eine Aufklärung bei stationärer Behandlung, die erst **am Tag des operativen Eingriffs** erfolgt, ist – von Notfällen abgesehen – regelmäßig zu spät (BGH v. 17.3.1998 – VI ZR 74/97, MDR 1998, 716; OLG Koblenz, Urt. v. 15.2.2005 – 5 U 676/05, MDR 2006, 992 f.: Leistenoperation mit vorangegangenen Untersuchungen). Bei einer **ambulanten Behandlung** kann je nach den Vorkenntnissen des Patienten eine Aufklärung **am Tag des Eingriffs** genügen, wenn nach den Gesamtumständen hinreichend Zeit bleibt, das Für und Wider eigenverantwortlich abzuwägen. So ist eine Aufklärung drei Stunden vor dem Eingriff, der mit dem Risiko von Nervenverletzungen verbunden ist, nicht zu beanstanden, wenn der Patient bereits mehrfach in vergleichbarer Weise operiert worden ist (OLG Koblenz, Beschl. v. 30.1.2008 – 5 U 1298/07, MDR 2008, 507; m.E. kann sich die Behandlungsseite in einem solchen Fall auch darauf berufen, eine Aufklärungspflicht bestehe bei einem derart „voraufgeklärten“ Patienten nicht).

Bei **Notoperationen** kann ein Aufklärungsgespräch naturgemäß nicht bzw. nur kurzfristig vor dem Eingriff durchgeführt werden. So reicht eine Aufklärung bei einer akuten Gallenblasenentzündung mit der Gefahr einer Gallenblasenperforation drei bis vier Stunden vor dem Eingriff aus (OLG München, Urt. v. 21.9.2006 – 1 U 2175/06, GesR 2007, 112 [114]). Im Übrigen ist regelmäßig von einer **mutmaßlichen Einwilligung** des Patienten zur Vornahme einer vital indizierten Notoperation auszugehen (Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl. 2006, Rz. 63, 419; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz. C 103; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 204, je m.w.N.).

Der Operateur bzw. Anästhesist darf den Patienten ohne ausdrücklich erklärte Einwilligung behandeln, wenn sich das **Aufklärungsbedürfnis erst intraoperativ herausstellt** und er annehmen darf, dass der Patient bei entsprechender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt haben würde. Dabei darf sich der Arzt am Bild eines verständigen Patienten orientieren (BGH v. 16.2.1993 – VI ZR 300/91, MDR 1993, 741 = VersR 1993, 703 [705]; OLG Naumburg, Urt. v. 4.10.2007 – 1 U 11/07, VersR 2008, 224 f.). In den Fällen, in denen präoperativ keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine konkrete intraoperative Operationserweiterung vorliegen, reicht der zuvor erteilte pauschale Hinweis auf das Risiko von Operationserweiterungen bzw. Nachoperationen grundsätzlich aus (OLG Naumburg, Urt. v. 10.6.2003 – 1 U 4/02, OLGReport Naumburg 2003, 525).

Kann allerdings bei einer **Kropfoperation eine intraoperative Operationserweiterung** – etwa die Entfernung des gesamten Schilddrüsengewebes anstatt einer zunächst vorgesehenen Teilentfernung – ernsthaft in Betracht kommen, ist der Patient hierauf hinzuweisen. Hatte er nur in eine Teilentfernung von Schilddrüsengewebe wirksam eingewilligt, der behandelnde Arzt jedoch während der Operation das gesamte Schilddrüsengewebe entfernt, ist der Eingriff nicht mehr von der erteilten Einwilligung gedeckt (OLG Naumburg, a.a.O.). Der Patient hat dann jedoch **nachzuweisen**, dass eine überflüssige bzw. nicht von der Einwilligung gedeckte Operationserweiterung den konkreten Schaden verursacht hat (OLG Naumburg, a.a.O.: Lähmung der Stimmbandnerven nach Entfernung des Schilddrüsengewebes; OLG Koblenz, Urt. v. 7.8.2003 – 5 U 1284/02, MedR 2004, 690: überflüssige

Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht

Operationserweiterung hat keinen vom Patienten nachzuweisenden, abgrenzbaren Nachteil verursacht).

6. Aufklärungspflichtiger

Jeder behandelnde Arzt ist verpflichtet, den Patienten hinsichtlich der von ihm übernommenen **Behandlungsaufgaben** aufzuklären (BGH, Urt. v. 7.11.2006 – VI ZR 206/05, MDR 2007, 523 = NJW-RR 2007, 310 f. = VersR 2007, 209). Grundsätzlich kann sich kein an der Behandlung beteiligter Arzt ohne entsprechende Verständigung oder sonstige sichere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass ein anderer Arzt die Aufklärung besorgt hat oder besorgen werde (OLG Koblenz, Beschl. v. 14.5.2005 – 5 U 1610/04, VersR 2006, 123; OLG Karlsruhe v. 19.3.1997 – 13 U 42/96, VersR 1998, 718 f.; Katzenmeier, MedR 2004, 34 [37]; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 209 f.).

So kann sich Operateur nicht ohne weiteres darauf verlassen, dass in den vorausgegangenen Aufklärungsgesprächen eine ausreichende Risikoaufklärung des Patienten über gravierende Risiken, etwa einer Querschnittlähmung, einer Falschgelenkbildung (Pseudoarthrose) u.a. erfolgt ist (BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, MDR 2007, 401 = VersR 2007, 66 [68] = NJW 2007, 217 [219]). Ist etwa aus dem Aufklärungsbogen ersichtlich, dass bestimmte, nicht unerhebliche Risiken offensichtlich nicht angesprochen worden waren, obliegt es dem Operateur, die Aufklärung rechtzeitig, d.h. spätestens am Vortag vor dem Eingriff, hinreichend zu vervollständigen (BGH, a.a.O.). Allerdings stellen eventuelle Fehler der die Anästhesie betreffenden Aufklärung die Wirksamkeit einer ordnungsgemäßen Aufklärung über den vom Operateur (Chirurg, Gynäkologe o.a.) durchgeführten Eingriff – und umgekehrt – nicht in Frage, denn die Pflicht zur vollständigen und rechtzeitigen Aufklärung betrifft den Arzt nur für sein Fachgebiet (OLG Karlsruhe, Urt. v. 8.10.2003 – 7 U 6/02, OLGReport Karlsruhe 2004, 237; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 210/211).

Aufklärender Arzt und Operateur müssen nicht identisch sein. Der aufklärende Arzt muss jedoch ausreichend mit den medizinischen Gegebenheiten vertraut sein und jedenfalls für die Aufklärung die erforderliche Qualifikation besitzen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.5.2006 – 7 U 242/05, OLGReport Karlsruhe 2006, 617 [619]; OLG Dresden, Urt. v. 11.2.2002 – 4 U 574/02, GesR 2003, 157 [159]: bejaht für Assistenzarzt nach 20-monatiger Tätigkeit im entsprechenden Fachgebiet).

Der Chefarzt, der die Risikoaufklärung eines Patienten einem nachgeordneten Arzt überträgt, muss zur Vermeidung seiner fortbestehenden eigenen Haftung darlegen und im Zweifelsfall beweisen, welche organisatorischen Maßnahmen er ergriffen hat, um eine ordnungsgemäße Aufklärung sicherzustellen und deren Umsetzung zu kontrollieren. Hierzu gehört etwa ein eigenes Gespräch mit dem Patienten und/oder die **Überprüfung des vom Patienten unterzeichneten Aufklärungsformulars**. Vor schwierigen und seltenen Eingriffen ist es erforderlich, dass für solche Eingriffe entweder eine spezielle Aufklärungsanweisung existiert oder jedenfalls gewährleistet ist, dass sich der Operateur auf andere Weise, z.B. in einem Vorgespräch mit dem aufklärenden Arzt, vergewissert, dass dieser den Eingriff in seiner Gesamtheit erfasst hat und dem Patienten die erforderlichen Entscheidungshilfen im Rahmen der Aufklärung geben kann (BGH, Urt. v. 7.11.2006 – VI ZR 206/05, MDR 2007, 523 = VersR 2007, 209 f.).

Bei Standardeingriffen müssen klare, **stichprobenweise kontrollierte Organisationsanweisungen** und darf kein

Anlass zu Zweifeln an der Qualifikation des für die Aufklärung eingeteilten Arztes bestehen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.5.2006 – 7 U 242/05, OLGReport Karlsruhe 2006, 617 [619]; BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, MDR 2007, 401 = VersR 2007, 66 [68]: Überprüfung der Eintragungen im Aufklärungsbogen). Der an einen Facharzt oder in ein Krankenhaus überweisende Arzt ist jedoch grundsätzlich nicht zur Aufklärung des Patienten über die dort vorzunehmenden Maßnahmen verpflichtet (OLG Koblenz, Beschl. v. 14.4.2005 – 5 U 1610/04, VersR 2006, 123; Steffen/Pauge, Rz. 428; Katzenmeier, MedR 2004, 34 [37]; Reborn, MDR 2000, 1101 [1106]).

7. Aufklärungsadressat

Die Aufklärung muss demjenigen zuteil werden, der die Einwilligung in den Eingriff zu geben hat, also dem Patienten selbst, bei Minderjährigen oder willensunfähigen Kranken dem gesetzlichen Vertreter, also den Eltern, dem Vormund oder Pfleger (Geiß/Greiner, Rz C 113, 114; Steffen/Pauge, Rz. 431; Martis/Winkhart, S. 216, 217).

Minderjährigen Patienten steht bei einem nur relativ indizierten Eingriff mit der Möglichkeit erheblicher Folgen für die künftige Lebensgestaltung (im entschiedenen Fall: Querschnittlähmung, Verwachsungen, Falschgelenkbildungen) ein **Vetorecht** gegen die Fremdbestimmung durch die gesetzlichen Vertreter zu, wenn sie im konkreten Fall über eine ausreichende Urteilsfähigkeit verfügen (BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, MDR 2007, 401 = VersR 2007, 66 f. = NJW 2007, 217 f.: im konkreten Fall bei einer 15-jährigen Schülerin bejaht; a.A. Kern, GesR 2009, 1 [3]: Alleinständigkeit des einwilligungsfähigen Minderjährigen).

Um von diesem Vetorecht Gebrauch machen zu können, sind auch minderjährige Patienten entsprechend aufzuklären, wobei der Arzt allerdings im Allgemeinen darauf vertrauen kann, dass die Aufklärung und Einwilligung der Eltern genügt (BGH, a.a.O.; a.A. Kern, GesR 2009, 1 [3]: dies wird den Grundrechten des Minderjährigen nicht gerecht). Gegenüber **ausländischen bzw. schlecht deutsch sprechenden Patienten** besteht keine grundsätzliche Verpflichtung des aufklärenden Arztes, stets einen Dolmetscher bzw. Sprachmittler hinzuzuziehen (KG, Urt. v. 8.5.2008 – 20 U 202/06, MDR 2008, 973 = VersR 2008, 1649 f.; OLG Hamm, Urt. v. 11.9.2000 – 3 U 109/99, VersR 2002, 192; OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.3.1997 – 13 U 42/96, VersR 1998, 718; Reborn, MDR 2004, 371 [373]). Eine **sprachkundige Person** ist jedoch dann hinzuzuziehen, wenn zu befürchten oder nicht ohne weiteres sicher ist, dass der Patient die deutsche Sprache nicht genügend beherrscht bzw. die ärztlichen Erläuterungen nicht richtig versteht. Dem ausländischen Patienten muss in jedem Falle eine zutreffende Vorstellung vermittelt werden, welche Risiken er durch den beabsichtigten Eingriff eingeht (OLG München, Urt. v. 14.2.2002 – 1 U 3495/01, GesR 2003, 239 f.; nunmehr auch KG, Urt. v. 8.5.2008 – 20 U 202/06, MDR 2008, 973 unter Aufgabe von KG, Urt. v. 15.1.1998 – 20 U 3654/96, MedR 1999, 226).

Gibt der Patient jedoch nicht zu erkennen, dass er die Aufklärung nicht verstanden hat, verlangt er auch nicht die Zuziehung eines Dolmetschers oder wenigstens eines deutsch sprechenden Familienangehörigen, so können die Ärzte davon ausgehen, dass die erteilte Einwilligung in den Eingriff wirksam ist (OLG München, a.a.O.; KG, a.a.O.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.9.2002 – 7 U 102/01, MedR 2002, 104 f.; OLG Hamm, Urt. v. 11.9.2003 – 3 U 109/99, VersR 2002, 193; Jorzig, GesR 2004, 410;

Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht

Muschner, VersR 2003, 826 [829]: kein Verschulden des Arztes).

8. Hypothetische Einwilligung und Entscheidungskonflikt

Eine unterlassene, unvollständige oder nicht rechtzeitige Aufklärung führt nicht zur Haftung des Arztes, wenn dieser darlegen und im Bestreitensfall beweisen kann, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den konkreten, gerade durch den betreffenden Arzt bzw. in der betreffenden Abteilung des Krankenhauses vorgenommenen Eingriff eingewilligt hätte (BGH, Urt. v. 17.4.2007 – VI ZR 108/06, MDR 2007, 1017 = VersR 2007, 999 f.; Urt. v. 15.3.2005 – VI ZR 313/03, MDR 2005, 988 = VersR 2005, 836 f.; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.3.2005 – 5 U 66/03, VersR 2006, 517; Urt. v. 4.7.2007 – 5 U 106/06, VersR 2008, 124 f.).

Erst wenn sich die Behandlungsseite auf eine „hypothetische Einwilligung“ berufen hat, muss der Patient darlegen und beweisen, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt darüber befunden haben würde, ob er den Eingriff vornehmen lassen soll (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, MDR 2009, 281 = VersR 2009, 257 [259] Nr. 22 = GesR 2009, 154 [157]; Urt. v. 17.4.2007 – VI ZR 108/06, MDR 2007, 1017 = VersR 2007, 999 f. = NJW 2007, 2771 f.; Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66 [68]; OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.2.2008 – 1 W 4/08, GesR 2009, 41 f.; OLG Koblenz, Urt. v. 1.4.2005 – 5 U 1086/03, MedR 2005, 292).

Wird der Einwand der hypothetischen Einwilligung erst in zweiter Instanz erhoben, ist er gem. § 531 II Nr. 3 ZPO nur dann zu berücksichtigen, wenn die dem neuen Vorbringen zugrunde liegenden Tatsachen vom Patientenvertreter nicht bestritten werden (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, MDR 2009, 281 = VersR 2009, 257 [259] Nr. 24, 25 = GesR 2009, 154 [157]).

Ob der Patient für den Fall der vollständigen und richtigen Aufklärung plausibel darlegen kann, dass er sich wegen seiner Einwilligung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden hätte, lässt sich regelmäßig nur nach seiner persönlichen Anhörung beurteilen (BGH, Urt. v. 1.2.2005 – VI ZR 174/03, MDR 2005, 865; Urt. v. 15.3.2005 – VI ZR 313/03, VersR 2005, 836 f. = NJW 2005, 1718 f.; Urt. v. 27.3.2007 – VI ZR 55/05, VersR 2007, 995 [998]).

Ist nicht auszuschließen, dass sich der Patient unter Berücksichtigung des zu behandelnden Leidens und der Risiken, über die aufzuklären war, aus vielleicht nicht gerade „vernünftigen“, aber nachvollziehbaren Gründen für eine Ablehnung der Behandlung entschieden haben könnte, ist ein „echter Entscheidungskonflikt“ regelmäßig plausibel dargelegt (BGH, Urt. v. 17.4.2007 – VI ZR 108/06, MDR 2007, 1017 = VersR 2007, 999 [1001]).

Kann das Gericht die Plausibilität des behaupteten Entscheidungskonflikts nicht abschließend beurteilen, weil der Patient zwischenzeitlich verstorben ist oder einen Schlaganfall erlitten hat und hat der Arzt die Behauptung aufgestellt, der Patient hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die streitgegenständliche Behandlung eingewilligt, wurde bislang teilweise davon ausgegangen, dass ein „ernsthafter Entscheidungskonflikt“ nicht plausibel gemacht werden kann (OLG Bamberg, Urt. v. 15.9.2003 – 4 U 11703, OLGReport Bamberg 2004, 27 f.: Schlaganfall; OLG Hamm, Urt. v. 15.6.2005 – 3 U 289/04, GesR 2005, 401 f.; a.A. OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.4.2002 – 8 U 81/01, OLGReport Düsseldorf 2003, 387 [390]; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.1.2003 – 8 U

135/01, OLGReport Frankfurt 2003, 181 [184]: Entscheidungskonflikt nach den Darlegungen der Tochter des verstorbenen Patienten bejaht; ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.10.2002 – 7 U 107/00, OLGReport Karlsruhe 2003, 233 f.). Der BGH differenziert nunmehr wie folgt (BGH, Urt. v. 17.4.2007 – VI ZR 108/06, VersR 2007, 999 [1001] = MDR 2007, 1017 f.):

Sofern aufgrund der objektiven Umstände ein echter Entscheidungskonflikt eher fern, eine haftungsrechtliche Ausnutzung der Aufklärungsversäumnisse eher nahe liegt, ist es nicht zu beanstanden, wenn der Patient eine hypothetische Einwilligung bejaht, obwohl der Patient hierzu nicht persönlich angehört werden konnte. Ist jedoch nicht auszuschließen, dass sich der Patient unter Berücksichtigung des zu behandelnden Leidens und der Risiken, über die aufzuklären war, aus vielleicht nicht gerade „vernünftigen“, aber nachvollziehbaren Gründen für eine Ablehnung der Behandlung entschieden haben könnte, kommt ein „echter Entscheidungskonflikt“ in Betracht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Patient nicht über mögliche, erhebliche Nebenwirkungen eines Medikaments (Schilddrüsenfunktionsstörung, schwere Lungenerkrankungen, Leberschäden, Neuropathien, Myopathien, Herzstillstand) zur Behandlung einer Herzrhythmie aufgeklärt worden war; hier liegt ein ernsthafter Entscheidungskonflikt „auf der Hand“ (BGH, a.a.O.; Wenzel, MedR 2007, 722).

In folgenden, aktuellen Fällen wurde das Vorliegen eines ernsthaften Entscheidungskonflikts bejaht:

- ▷ Eine Patientin kann einen Entscheidungskonflikt trotz erfolgter rechtzeitiger Aufklärung über das schwerstmögliche in Betracht kommende Risiko einer Querschnittslähmung plausibel machen, wenn dieses Risiko vom aufklärenden Arzt als äußerst gering dargestellt worden ist und bei der Patientin der Eindruck entstanden sein kann, dass es zu vernachlässigen sei, eine Aufklärung über die weniger schwerwiegenden, aber häufigeren Risiken einer Falschgelenkbildung und der Entstehung von Verwachsungen im Brustraum mit Rippeninstabilitäten, die sich dann sämtlich realisiert haben, nicht erfolgt ist und diese bei der Aufklärung unerwähnt gebliebenen Risiken auch aus ex-ante-Sicht die Lebensführung der (im vorliegenden Fall 15-jährigen) Patientin schwer belasten und ihr Leben nachhaltig beeinträchtigen können (BGH, Urt. v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, MDR 2007, 401 = VersR 2007, 66 [68] = NJW 2007, 217 [219]).
- ▷ Über die mit einer Ausschabung der Gebärmutterhöhle verbundenen Risiken, insbesondere das mit 1:1.000 sehr seltene Risiko eines Asherman-Syndroms mit der Folge einer Unfruchtbarkeit muss eine 28 Jahre alte Patientin aufgeklärt werden. Ein Entscheidungskonflikt ist zu bejahen, wenn die Patientin vorträgt, bei erteiltem Hinweis hätte sie zunächst Rücksprache mit ihrem behandelnden Gynäkologen gehalten, weil dieser ihr erklärt hatte, die Ausschabung der Gebärmutter sei bei ihr nicht zwingend erforderlich (OLG Köln, Urt. v. 25.4.2007 – 5 U 180/05, VersR 2008, 1072 f.).
- ▷ Vor der Entfernung einer Zyste und dem Lösen von Verwachsungen muss die Patientin darauf hingewiesen werden, dass der Eingriff nicht dringend ist und es dabei zu einer Verletzung des Harnleiters kommen kann. Ein Entscheidungskonflikt der Patientin „liegt auf der Hand“, wenn die Patientin zuvor beschwerdefrei, zunächst nur eine Bauchspiegelung vereinbart war und die dann vorgenommene komplette Entfernung der sich dabei zeigenden

Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht

Verwachsungen und mehrerer Endometrioseherde mit der entfernten Zyste im Rahmen des dann umfangreicheren und schwierigeren Eingriffes nur relativ indiziert war (OLG Köln, Urt. v. 29.1.2007 – 5 U 85/06, MedR 2007, 599 [601]).

- ▷ Eine Nervenläsion kann auch bei ordnungsgemäßer **Zahnextraktion** nicht ausgeschlossen werden. Über solche typischen, wenngleich seltenen Risiken ist der Patient aufzuklären (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.12.2007 – I-8 U 19/07, VersR 2009, 546: Schädigung des Nervus alveolaris). Der Vortrag des Patienten, er hätte dann die Einwilligung in die Zahnextraktion verweigert oder noch zugewartet, ist dann plausibel, wenn er **keine Beschwerden** hatte und die **Extraktion nicht vital indiziert** war (OLG Koblenz, Urt. v. 13.5.2004 – 5 U 41/03, MDR 2004, 1239 = VersR 2005, 118 f.).
- ▷ Beruft sich der Patient darauf, er hätte nach vollständiger Aufklärung auch über das in seinem Fall wegen bestehender Vernarbungen um den Faktor 10 bis 20 **erhöhte Risiko einer dauerhaften Stimm- bandlähmung** bei einer beidseitigen Schilddrüsenresektion zunächst nur die eine Seite operieren lassen, ist der Entscheidungskonflikt plausibel dargelegt, wenn die Operation (auch) auf der anderen Seite **nicht eilbedürftig** war (OLG Köln, Urt. v. 14.4.2008 – 5 U 135/07, VersR 2009, 261 f.).

In folgenden Fällen wurde ein **ernsthafter Entscheidungskonflikt verneint**:

- ▷ Leidet der Patient unter starken, durch Einleitung oder Fortführung einer konservativen Behandlung **nicht beherrschbaren Schmerzen**, so ist sein Vorbringen, bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Risiken eines operativen Eingriffes hätte er sich in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden, in der Regel nicht plausibel (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.11.2001 – 7 U 114/99, OLGReport Karlsruhe 2002, 407 f.; OLG München, Urt. v. 3.8.2006 – 1 U 5775/05, OLGReport München 2007, 205 f.; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.3.2005 – 5 U 66/03, VersR 2006, 517 f.).
- ▷ Leidet die Patientin laufend und zunehmend unter starken Blutungen und bieten andere Therapiemöglichkeiten keine Aussicht auf Heilung oder deutliche Besserung, so ist der Vortrag der Patientin, bei vollständiger und zutreffender Aufklärung über die Risiken einer **medizinisch indizierten, aber nicht dringlichen Hysterektomie** (Gebärmutterentfernung) hätte sie sich unter keinen Umständen hierfür entschieden, nicht plausibel (OLG Bamberg, Urt. v. 6.3.2006 – 4 U 236/05, OLGReport Bamberg 2006, 739 [741]).
- ▷ Über die Gefahr dauerhaft verbleibender Atembeschwerden muss der Arzt den Patienten vor der operativen **Entfernung „kalter Knoten“ im Bereich der Schilddrüse** aufklären. Dieses Risiko wird von einem Hinweis auf Blutungen, Thrombose, Embolie, Wundinfektion, Wundheilungsstörungen, Verletzungen von Nerven und Gefäßen, Stimm- bandlähmung, Heiserkeit und Narbenbildung nicht erfasst. Der vom Patienten behauptete Entscheidungskonflikt ist jedoch im Hinblick auf die vorangegangene, erfolglose konservative Behandlung und den ex-ante nicht auszuschließenden Malignitätsverdacht nicht plausibel, wenn die Patientin mit dem Eingriff auch bei ihrer Mutter durch einen Kropf bedingt aufgetretene, starke optische und körperliche Beeinträchtigungen vermeiden wollte

(OLG Koblenz, Urt. v. 1.4.2004 – 5 U 1086/03, OLGReport Koblenz 2004, 537 f. = MedR 2005, 292 f.).

- ▷ Der Einwand der „hypothetischen Einwilligung“ greift auch durch, wenn die **Schilddrüsenoperation medizinisch indiziert** ist, eine echte Alternative (z.B. Radio-Jod-Behandlung oder medikamentöse Behandlung mit Thyroxin) nicht besteht und die Patientin ausführt, bei erfolgtem Hinweis auf eine ggf. dauerhafte Stimm- bandlähmung hätte sie eine Zweitmeinung eingeholt. Es ist nicht plausibel, dass die Patientin bei fehlender Alternative dann ihre Zustimmung nicht erteilt hätte (OLG Brandenburg, Urt. v. 17.7.2008 – 12 U 221/07, juris, Nr. 8; ebenso LG Ellwangen, Urt. v. 13.2.2009 – 5 O 480/07, S. 17 f.).

9. Kausalität und Zurechnungszusammenhang

Steht fest, dass der Arzt den Patienten nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig aufgeklärt hat, so hat der Patient darzulegen und zu beweisen (§ 286 ZPO), dass sein Gesundheitsschaden auf derjenigen Behandlung beruht, die mangels ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidrig gewesen ist (BGH, Urt. v. 27.3.2008 – VI ZR 69/07, NJW 2008, 2344 f.; OLG München, Beschl. v. 5.2.2007 – 1 U 4946/06, juris; OLG Köln, Urt. v. 25.4.2007 – 5 U 180/05, OLGReport Köln 2008, 769 [771]). Gibt der Sachverständige den Grad der **Wahrscheinlichkeit mit 90 %** an, reicht dies für die Bejahung des Kausalzusammenhangs aber regelmäßig aus (OLG Köln, a.a.O.).

Wurde es vom Arzt versäumt, den Patienten vor der Durchführung eines Angiografie bzw. eines PTA über das Risiko einer nachfolgenden eingetretenen Embolie aufzuklären, so haftet er dennoch nicht, wenn auch eine Herzkatheteruntersuchung, über deren Risiken der Patient aufgeklärt worden ist, für die Beschwerden ursächlich geworden sein kann (OLG München, Beschl. v. 5.2.2007 – 1 U 4946/06, juris). Gleiches gilt, wenn die Verschlechterung der Schmerzsituation, worüber der Patient vor der Durchführung des Eingriffes nicht hingewiesen worden ist, **auch auf dem Grundleiden beruhen kann** (OLG Hamm, Urt. v. 5.11.2003 – 3 U 102/03, AHRS III 4100/319) oder wenn der Patient nicht beweisen kann, dass der eingetretene Körper- oder Gesundheitsschaden **durch den nicht rechtmäßigen Teil eines (überschießenden) Eingriffes verursacht** worden ist (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.2.2003 – 7 U 156/02, GesR 2003, 239; OLG Naumburg, Urt. v. 10.6.2003 – 1 U 4/02, OLGReport Naumburg 2003, 525). Eine Haftung des Arztes wegen fehlender oder unzureichender Aufklärung scheidet auch aus, wenn der Patient nicht nachweisen kann, dass eine infolge mangelhafter Aufklärung unterbliebene Operation die Beschwerden (hier: Fehlstellung) nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit beseitigt hätte (OLG Oldenburg, Urt. v. 29.7.2004 – 5 U 112/03, AHRS III 6370/303). Hat sich andererseits gerade dasjenige Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden musste und tatsächlich aufgeklärt worden ist, spielt es keine Rolle, ob bei der Aufklärung auch andere Risiken der Erwähnung bedürft hätten (BGH, Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 323/04, VersR 2006, 1073 [1075]; Urt. v. 15.2.2000 – VI ZR 48/99, MDR 2000, 1012 = VersR 2000, 725 f.; Geiß/Greiner, Rz. C 157; Martis/Winkhart, S.253/254; vgl. auch Bender, VersR 2009, 176 [180] zum „Neulandrisiko“).

10. Verschulden

Liegt ein Aufklärungsmangel vor, hat dieser zu einem Schaden beim Patienten geführt und kann sich der Arzt nicht mit Erfolg auf eine „hypothetische Einwilligung“, ein „rechtmäßiges Alternativverhalten“ oder eine zuvor erfolgte Voraufklärung des Patienten berufen, haftet er dem Patienten auf Schadensersatz. In der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass die Einstandspflicht des Arztes im Einzelfall bei fehlender oder unzureichender Aufklärung mangels Verschuldens entfallen kann (BGH v. 14.2.1989 – VI ZR 65/88, MDR 1989, 624 = NJW 1989, 1533 [1535]; Urt. v. 7.11.2006 – VI ZR 206/05, MDR 2007, 523 = VersR 2008, 209f.; OLG Naumburg, Urt. v. 28.2.2008 – 1 U 53/07, VersR 2008, 1494 [1496]; OLG Koblenz, Urt. v. 12.6.2008 – 5 U 1630/07, MDR 2008, 1397 = VersR 2008, 1651 f. = MedR 2008, 672 [674]).

So entfällt eine Haftung des Arztes mangels Verschuldens, wenn er das **Bestehen einer echten Behandlungsalternative nicht erkennen konnte**, weil es in der maßgeblichen Fachliteratur nicht beschrieben war (OLG Naumburg, Urt. v. 28.2.2008 – 1 U 53/07, VersR 2008, 1494 [1496]). Ist die ärztliche ex-ante-Bewertung zweier alternativer Behandlungsmethoden zum Zeitpunkt des Eingriffes oder dessen Nichtvornahme als nicht gleichwertig vertretbar (und damit nicht aufklärungspflichtig), so stellt der darauf fußende Entschluss über die andere (Operations-) Methode nicht bzw. nicht im Einzelnen aufzuklären, keine schuldhaftige Pflichtverletzung dar (OLG Naumburg, a.a.O.).

Konnte der Arzt **davon ausgehen**, dass der Patient bereits einschlägig informiert war, etwa weil der Patient einen Aufklärungsbogen, der den Hinweis auf wesentliche Risiken des Eingriffes und die Passage enthielt, **alles gelesen und verstanden zu haben**, einige Tage in Besitz und unterzeichnet hatte, scheidet seine Haftung wegen eines Aufklärungsversäumnisses mangels Verschuldens aus, wenn sich ein im Bogen aufgeführtes Risiko realisiert (OLG Koblenz, a.a.O.).

11. Aufklärungsgespräch und Dokumentation der Aufklärung

Der von der Behandlungsseite zu führende Nachweis einer vollständigen und zutreffenden Aufklärung kann nicht allein mit Hilfe eines „Aufklärungsbogens“ oder der Eintragung in der Patientenakte geführt werden. Die Aushändigung und Unterzeichnung von Merkblättern ersetzen das grundsätzlich erforderliche Aufklärungsgespräch nicht (OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.2.2008 – 1 W 4/08, GesR 2009, 41 f.; Geiß/Greiner, Rz. C 87, C 134; Martis/Winkhart, S. 270 ff.).

Im Zweifel ist jedoch den Angaben des Arztes über eine erfolgte Risikoaufklärung zu glauben, wenn seine Darstellung in sich schlüssig und „einiger Beweis“ für ein Aufklärungsgespräch erbracht worden ist (BGH v. 8.1.1985 – VI ZR 15/83, VersR 1985, 361 = MDR 1985, 923; OLG München, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 2213/08, juris, Nr. 40, 42). Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Arzt erklärt, er könne sich an das konkrete Aufklärungsgespräch zwar nicht mehr erinnern, sei sich aber sicher, **ein bestimmtes Risiko bei derartigen Gesprächen stets zu erwähnen** („ständige Übung“) und der Patient einen **Aufklärungsbogen unterzeichnet** hat, in dem das Risiko, zumindest die „Stoßrichtung“ **des sich realisierenden Risikos genannt** ist (OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.3.2005 – I-8 U 56/04, OLGReport Düsseldorf 2006, 12 [14]; unterzeichneter Aufklärungsbogen mit handschriftlichem Hinweis auf das Risiko; OLG Frankfurt, Urt. v. 5.8.2008 – 8 U 267/07, juris, Nr. 23, 26, 29: Ri-

siko im Aufklärungsbogen erwähnt und Zeugenaussage der Arzthelferin; OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.6.2004 – 7 U 228/02, OLGReport Karlsruhe 2004, 520 f. = GesR 2004, 469; OLG Koblenz, Urt. v. 12.6.2008 – 5 U 1630/07, MDR 2008, 1397: handschriftliche Eintragung im Aufklärungsbogen; OLG München, Beschl. v. 12.3.2007 – 1 U 5826/06, juris, Nr. 4, 9: unterzeichneter Aufklärungsbogen und schlüssige Darstellung des Arztes; OLG München, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 2213/08, juris Nr. 40, 42: unterzeichneter Aufklärungsbogen und Zeugenaussage einer Ärztin bzw. Arzthelferin; OLG München, Urt. v. 23.9.2004 – 1 U 5198/03, OLGReport München 2006, 90 f.; OLG Oldenburg, Urt. v. 26.1.2005 – 5 U 9/04, AHRS III 4350/311: unterzeichneter Aufklärungsbogen und glaubhafte Bekundung des aufklärenden Arztes; OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.11.2006 – 1 U 121/06: unterzeichneter Aufklärungsbogen mit handschriftlichen Ergänzungen und Darstellung der „ständigen Aufklärungsübung“; OLG Zweibrücken, Urt. v. 11.10.2005 – 5 U 10/05, OLGReport Zweibrücken 2006, 154 [156]: unterzeichneter Aufklärungsbogen oder entsprechende Eintragungen in der Patientenakte und schlüssige Darstellung einer „ständigen Aufklärungsübung“; weitergehend OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.12.2008 – 7 U 32/08, S. 4 und OLG Düsseldorf v. 1.12.1994 – 8 U 137/93, VersR 1995, 1316 f. sowie OLG Frankfurt v. 7.4.1998 – 8 U 206/97, VersR 1999, 758 f.: unterzeichneter Aufklärungsbogen streitet für die Richtigkeit der dort abgegebenen Erklärungen, Patient muss Gegenbeweis führen; hiergegen Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz. C 88, 134 m.w.N.: unterzeichneter Aufklärungsbogen nur Indiz).

Allein der Umstand, dass der Patient eine ordnungsgemäße Aufklärung in Abrede stellt, kann nicht dazu führen, den vom Arzt zu führenden Beweis eines behaupteten Aufklärungsgesprächs als nicht geführt anzusehen. Vielmehr müssen erhebliche, den Arzt belastende Indizien hinzukommen (OLG München, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 2213/08, juris Nr. 44; auch OLG Hamm, Urt. v. 18.4.2005 – 3 U 259/04 mit NZA-Beschl. BGH v. 16.5.2005 – VI 138/05, AHRS III 6805/321: nur bei Anzeichen für nachträgliche Eintragungen, z.B. mit andersfarbigem Stift oder abweichender Handschrift).

Hat der Arzt an das Aufklärungsgespräch jedoch **keine konkrete Erinnerung** mehr und ist das sich realisierende, **aufklärungspflichtige Risiko im Aufklärungsbogen bzw. in der Patientenakte auch nicht beschrieben**, hat die Behandlungsseite den von ihr zu führenden Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung regelmäßig nicht erbracht (OLG Koblenz, Urt. v. 1.4.2004 – 5 U 1086/03, MedR 2005, 292 = NJW-RR 2004, 1166; OLG Hamm, Urt. v. 15.6.2005 – 3 U 289/04, GesR 2005, 401; OLG Oldenburg, Urt. v. 15.11.2006 – 5 U 68/05, juris, Nr. 34; OLG Brandenburg, Urt. v. 12.7.2007 – 12 U 207/06, GesR 2007, 575).

Allein die Aussage des Arztes, er könne sich an das konkrete Aufklärungsgespräch mit dem Patienten nicht mehr erinnern, würde aber „normalerweise über das erhöhte Infektionsrisiko aufklären, das aus der Einnahme kortisonhaltiger Präparate resultiert“, genügt nicht für die glaubhafte Darstellung einer ständigen und ausnahmslosen Übung des Arztes, die stets eingehalten worden ist, wenn gerade nicht ausgeschlossen ist, dass er das konkrete – erhöhte – Risiko ggü. dem bestimmten Patienten möglicherweise nicht erwähnt hat (OLG Oldenburg, Urt. v. 15.11.2006 – 5 U 68/05, juris, Nr. 34; auch OLG Brandenburg, Urt. v. 12.7.2007 – 12 U 207/06, GesR 2007, 575: kein Nachweis der „ständigen Übung“, wenn der Umfang der Aufklärung nicht immer gleich gewesen ist).