

Kausalität, Beweiswürdigung und Beweislastverteilung in der Arzthaftung

Im Anschluss an die Erörterung der Grundsätze des Kausalitätsnachweises und der Beweislastverteilung bei ärztlichen Behandlungsfehlern werden im Teil 3 und Schluss des Beitrags die Besonderheiten des Kausalitätsnachweises bei ärztlichen Aufklärungsversäumnissen dargestellt.

von H. Dieter Laum
und Ulrich Smentkowski*

Schadenersatz- und Schmerzensgeldansprüche werden nicht selten aus einer Verletzung der ärztlichen Pflicht zur Eingriffs- und Risikoaufklärung hergeleitet. Rechtsdogmatisch erfüllt auch der zu Heilzwecken vorgenommene ärztliche Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten den Tatbestand der Körperverletzung, die zu ihrer Rechtfertigung der Einwilligung des Patienten bedarf. Eine rechtswirksame Einwilligung setzt voraus, dass der Patient im Gespräch mit dem Arzt rechtzeitig vor dem Eingriff über seine Erkrankung, die Art, Dringlichkeit, Tragweite und Risiken der Behandlung sowie über denkbare Behandlungsalternativen im Großen und Ganzen aufgeklärt worden ist (so genannte Selbstbestimmungsaufklärung).

Arzt haftet bei unzureichender Risikoaufklärung

Bei Minderjährigen müssen grundsätzlich beide Eltern in den Eingriff einwilligen. Nur bei leichteren alltäglichen Erkrankungen kann der Arzt ohne weiteres davon ausgehen, dass der das Kind begleitende Elternteil von dem nicht erschienenen ermächtigt ist, für ihn mitzuhandeln. In Zweifelsfällen sollte die Frage der Ermächtigung vor Eingriffen mit nicht unbedeutenden Risiken durch Rückfrage bei dem erschienenen Elternteil geklärt werden.

Bei für die weitere Lebensführung des Kindes weit reichenden Entscheidungen ist grundsätzlich die Einwilligung auch

des anderen Elternteils unerlässlich (vgl. Steffen/ Pauge, *Arzthaftungsrecht*, 10. Auflage, Rn. 431-433). Vor Eingriffen mit drohenden schwerwiegenden Folgen ist zudem auch der Minderjährige zu beteiligen, wenn er über eine ausreichende Urteilsfähigkeit verfügt; denn unter diesen Umständen kann ihm ein Vetorecht gegen die Fremdbestimmung der Eltern zustehen (BGH, Urteil vom 10.10.2006, NJW 2007, 217).

Bei unzureichender Aufklärung haftet der Arzt grundsätzlich für alle nachteiligen Folgen des Eingriffs, selbst wenn dieser fachgerecht vorgenommen wurde. Ersatzpflichtig sind allerdings nur die Nachteile, die ohne die – rechtswidrige – Behandlung nicht eingetreten wären, also nicht solche Schäden, die unabhängig von dem Eingriff infolge Verwirklichung des Krankheitsrisikos eingetreten sind. Die Beweislast für die Krankheitsentwicklung ohne den Eingriff trägt der Arzt (Steffen/ Pauge, a. a. O., Rn. 449).

Bei Aufklärungsmängeln hat der Arzt nach diesen Grundsätzen für die Eingriffsfolgen in der Regel auch dann einzustehen, wenn sich ein Risiko, das nicht genannt wurde, tatsächlich gar nicht verwirklicht hat. Jedoch wird der Arzt unter Schutzzweckaspekten von der Haftung freigestellt, wenn sich nur das Risiko verwirklicht hat, auf das hingewiesen wurde, auch wenn der Patient über andere aufklärungspflichtige Risiken nicht unterrichtet wurde. Versäumt der Arzt indes die gebotene „Grundaufklärung“, haftet er auch dann, wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, über das nicht aufgeklärt zu werden brauchte (BGHZ 106, 396; NJW 1991, 2346). Die so genannte Grundaufklärung erfordert wenigstens einen Hinweis auf das schwerste in Betracht kommende Eingriffsrisiko (Steffen/ Pauge, a. a. O., Rn. 450 ff.).

Den Nachweis der ordnungsgemäßen Eingriffsaufklärung hat der Arzt zu führen, während die Beweislast dafür, dass der Schaden durch den Eingriff des Arztes verursacht worden ist, beim Patienten verbleibt (Steffen/ Pauge, a. a. O., Rn. 447). Zwar ist für die Selbstbestimmungsaufklärung

die Schriftform nicht vorgeschrieben, doch kommt der Dokumentation des Aufklärungsgesprächs in den Krankenunterlagen unter dem Gesichtspunkt der Beweisführung oftmals entscheidende Bedeutung zu.

Eine fehlende Dokumentation kann ein Indiz dafür sein, dass der Arzt seine Aufklärungspflicht nicht erfüllt hat. Ohne schriftliche Dokumentation des wesentlichen Inhalts des Aufklärungsgesprächs wird der Arzt nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten darlegen und beweisen können, dass er den Patienten in dem notwendigen Umfang aufgeklärt hat. Der Gefahr von Aufklärungsversäumnissen im arbeitsteiligen Krankenhausbetrieb hat auch der Krankenhaussträger durch geeignete organisatorische Maßnahmen entgegenzuwirken (Wenzel (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, Kap. 4, Anm. 866 ff.).

Gegen den Vorwurf mangelhafter Aufklärung kann der Arzt einwenden, dass der Patient auch bei Kenntnis der Risiken in die Behandlung eingewilligt hätte (so genannte hypothetische Einwilligung). Der Einwand ist nur beachtlich, wenn der Arzt sich ausdrücklich darauf beruft (vgl. Schellenberg: *Aufklärungsmängel, hypothetische Einwilligung und der „echte“ Entscheidungskonflikt im Arzthaftungsrechtsstreit*, VersR 2008, 1298). In solchen Fällen obliegt es dem Patienten, plausibel darzulegen, dass er bei sachgerechter Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, der die behauptete Ablehnung des Eingriffs – beispielsweise zur vorherigen Einholung einer Zweitmeinung – verständlich macht. Gelingt ihm dies nicht, entfällt die Haftung des Arztes. Der Nachweis der hypothetischen Aufklärung unterliegt jedoch strengen Anforderungen, damit die verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmung des Patienten nicht auf diesem Wege unterlaufen wird (vgl. Wenzel, a. a. O., Kapitel 4 Rn. 187 ff.; Laum/ Smentkowski, *Ärztliche Behandlungsfehler – Statut der Gutachterkommission, Kurzkomentar*, 2. Auflage, Anm. 14 in Abschnitt VII. zu § 2).

Beispiele

- *Trotz Wahrung der gebotenen Sorgfalt sind nach Tonsillektomie Geschmacksstörungen als typische methodenimmanente Komplikation des sachgerecht durchgeführten Eingriffs aufgetreten. Obwohl dem Arzt ein Behandlungsfehler nicht vorzuwerfen war, hatte er für diese nicht in jedem Falle vermeidbare Folge des Eingriffs einzustehen. Denn mangels Dokumentation konnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Patientin neben den genannten Risiken wie Nachblutung, Wundinfektion, Wundheilungsstörung und Zahnschäden auch über mögliche Beeinträchtigungen der im Operationsbereich verlaufenden Nerven aufgeklärt worden war (Fall Nr. 2006/0229).*
- *Nach erfolgloser konservativer zahnärztlicher Behandlung rezidivierender quälender Zahnschmerzen nahm der beschuldigte Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurg in Narkose die indizierte Exaktion der Zähne 17 und 18 vor. Hierbei kam es zu einer nicht sicher vermeidbaren Tuberkelfraktur mit Eröffnung der Kieferhöhle, über welche die Patientin präoperativ nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden war. Der Aufklärungsmangel führte jedoch nicht zur Haftung des Arztes, weil davon auszugehen war, dass die Patientin wegen ihrer erheblichen Beschwerden dem Eingriff auch nach entsprechender Risikoauflklärung zugestimmt hätte (Fall Nr. 2005/1740).*
- *Die intraoperativ getroffene Entscheidung, auch Anteile des Stirnmuskels zu exzidieren, um den unerwartet ausgedehnten Schläfentumor unklarer Dignität vollständig zu entfernen, war nicht zu beanstanden. Der Operateur konnte auch ohne Aufklärung der Patientin über das mit der unvorhersehbar notwendigen Eingriffserweiterung verbundene Risiko der hier eingetretenen inkompletten Verletzung des Stirnastes des N. facialis vom Einverständnis der Patientin ausgehen, weil sie sich in dem Einwilligungensformular generell mit einer ggf. notwendigen Operationsausdehnung einverstanden erklärt hatte (Fall Nr. 2005/1120).*

Zur Sicherungs-Aufklärung

Die therapeutische oder Sicherungs-Aufklärung dient im Wesentlichen der Aufklärung des Patienten über therapie-rechtliches Verhalten zur Sicherung des Heilerfolgs. Als vertragliche Pflicht umfasst sie beispielsweise die Aufklärung des Patienten über eine seinem Gesundheits-

zustand entsprechende Lebensweise, über Folgen der Behandlung sowie die Notwendigkeit, diese zu beobachten und dem Arzt mitzuteilen, über die richtige Einnahme verschriebener Medikamente, über die Dringlichkeit einer gebotenen Diagnostik oder Therapie u. a. m. Die Verletzung dieser Pflicht ist kein Mangel der Eingriffsaufklärung, sondern ein Behandlungsfehler. Deshalb trifft die Beweislast dafür, dass der Arzt die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung verletzt hat, grundsätzlich den Patienten. Er hat auch nachzuweisen, dass er sich nach erfolgter Aufklärung therapiegerecht verhalten hätte; Zweifel daran, dass die Schädigung bei therapiegerechtem Verhalten vermieden worden wäre, hat er auszuräumen (*Steffen/Pauge, a. a. O., Rn. 574 ff.*).

Auch bei der Sicherungsaufklärung hat die Dokumentation erhebliche Bedeutung. Einer ordnungsgemäßen, zeitnah geführten und widerspruchsfreien Dokumentation ist nach der Rechtsprechung bis zum Beweis des Gegenteils zu vertrauen. Lücken in der Dokumentation können hingegen zu der Vermutung führen, dass die im Rahmen der Sicherungsaufklärung notwendigen Hinweise nicht gegeben worden sind. In einem solchen Fall können Dokumentationsmängel dem Patienten Erleichterungen für den Beweis eines Behandlungsfehlers, unter Umständen bis zur Beweislastumkehr bringen.

Beispiele:

- *Einem niedergelassenen Arzt, der einen 38-jährigen Patienten wegen eines malignen Melanoms auf dessen ausdrücklichen Wunsch ausschließlich mit naturheilkundlichen Mitteln behandelte, war vorzuwerfen, den Patienten nicht eindeutig auf die fehlenden Erfolgsaussichten der gewünschten Behandlung hingewiesen zu haben, obwohl ihm schon zu Beginn der Behandlung klar gewesen sein musste, dass die Erkrankung durch die nicht indizierte medikamentöse Therapie mit Tationil® (Glutathion) allein nicht günstig zu beeinflussen war (Fall Nr. 2004/0217).*
- *Weisen die Ärzte den Patienten im Abschlussgespräch einer sportmedizinisch-leistungsdiagnostischen Untersuchung und durch einen diesem ausgehändigten Arztbrief auf pathologische Veränderungen des Herzens und der Aorta hin und befolgt der Patient die gleichfalls gegebenen Empfehlungen zu ergänzenden Untersuchungen und Kontrollterminen nicht, so liegt*

kein Behandlungsfehler der Ärzte vor, der für den Eintritt einer Aortenruptur verantwortlich zu machen wäre (Fall Nr. 2006/1593).

Zusammenfassung

Anders als bei der Haftung für Behandlungsfehler liegt die Beweislast dafür, dass der Patient nach ausreichender Aufklärung über die Chancen und Risiken der Behandlung rechtswirksam in den Heileingriff eingewilligt hat, nicht bei dem Patienten, sondern dem Arzt. Der Dokumentation von Zeitpunkt und wesentlichem Inhalt des ärztlichen Aufklärungsgesprächs kommt dabei oftmals entscheidende Bedeutung zu. An den ärztlichen Einwand der so genannten hypothetischen Einwilligung stellt die Rechtsprechung strenge Anforderungen. Dem Haftungsrisiko aus Mängeln der Risikoauflklärung lässt sich durch geeignete organisatorische Maßnahmen in Klinik und Praxis, die eine rechtzeitige, umfassende und dokumentierte Patientenaufklärung sicherstellen, wirksam begegnen.

Verstöße gegen die Pflicht zur Sicherungsaufklärung sind Behandlungsfehler, für die grundsätzlich der Patient beweispflichtig ist. Insoweit gelten die in Teil 1 und 2 dieses Beitrags dargelegten Besonderheiten. Die sorgfältige Dokumentation der im Rahmen der Sicherungsaufklärung gegebenen therapeutischen Hinweise dient nicht nur der Sicherung der Behandlung, sondern auch der Haftungsprophylaxe.

Präsident des Oberlandesgerichts a. D. **Dr. jur. H. Dieter Laum** ist Vorsitzender der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein, **Ulrich Smentkowski** ist Leiter der Geschäftsstelle

Hinweis

Teil 1 und 2 des Beitrages – Aus der Arbeit der Gutachterkommission – Folgen 50 und 50 a sind im *Rheinischen Ärzteblatt* 9/2008 (Seite 17 f.) und 11/2009 (Seite 19 f.) erschienen.