



Ivo Bach

Aufklärung und Einwilligung aus juristischer Sicht

47. Symposium für Juristen und Ärzte:

„Der ärztliche Heilauftrag – eine Bestandsaufnahme“

23./24. Februar 2018, Kaiserin Friedrich-Stiftung, Berlin

Die juristische Perspektive zu Einwilligung und Aufklärung in 20 Minuten darzustellen, ist eine recht sportliche Aufgabe. Ich werde mich daher auf einen groben Überblick beschränken müssen und nur zu den folgenden drei Aspekten ein paar Worte verlieren: erstens zur historischen Entwicklung des Einwilligungserfordernisses; zweitens zur Bedeutung von Einwilligung und Aufklärung, also zu den rechtlichen Konsequenzen einer fehlenden Einwilligung oder einer fehlerhaften Aufklärung; und schließlich drittens zum Inhalt der Aufklärungspflicht.

I. Entwicklung

Lassen Sie mich mit dem ersten Aspekt beginnen, also der Entwicklung des Einwilligungs- und Aufklärungserfordernisses – hier allerdings (anders gemeinhin üblich) nicht vorne, sondern (aus gegebenem Anlass) von hinten: Ende letzten Jahren hat der Weltärztebund das Genfer Gelöbnis überarbeitet und einen neuen Satz eingefügt und zwar nicht irgendwo, sondern sehr weit oben:

„Ich werde die Autonomie und die Würde meiner Patientin oder meines Patienten respektieren.“

Das ist eine sehr abstrakte Umschreibung für: „Ich werde meinen Patienten nur insoweit behandeln, wie er das auch will. Und damit er weiß, was er will, werde ich ihn so gut wie möglich über alles Wesentliche informieren.“

Aus juristischer Sicht ist daran zweierlei bemerkenswert. Erstens: Die Autonomie des Patienten steht in dem Satz noch vor seiner Würde. Ob diese Reihenfolge bewusst gewählt wurde, weiß ich nicht. Sie entspricht aber sicher dem Stellenwert, den die Autonomie des Patienten inzwischen genießt. Als Jurist wendet man hier allerdings gewissermaßen reflexartig ein, dass nichts über der Menschenwürde steht. Auch und gerade das Selbstbestimmungsrecht ist letztlich nur ein Ausfluss der Menschenwürde.

Bemerkenswert ist zweitens der Zeitpunkt, in dem die Patientenautonomie Eingang in das Genfer Gelöbnis gefunden hat: im Jahr 2017. Damit hinkt der Weltärztebund den deutschen Ärztekammern um knapp 30 Jahre hinterher. Hier in Deutschland haben Einwilligung und Aufklärung schon 1988 Eingang in die Berufsordnungen gefunden. Übrigens seinerzeit ebenfalls an prominenter Stelle, nämlich zwischen § 1 und § 2 der Muster-Berufsordnung, als § 1a. Die Formulierung war dabei bereits deutlich konkreter:

„Der Arzt hat das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten. Zur Behandlung bedarf er der Einwilligung des Patienten. Der Einwilligung hat grundsätzlich eine Aufklärung im persönlichen Gespräch voranzugehen.“

Bemerkenswert daran ist übrigens wiederum der Zeitpunkt: 1988. Damit waren die Ärztekammern nämlich selbst nicht die allerschnellsten: Sie hinkten den deutschen Gerichten um fast ein ganzes Jahrhundert hinterher. „Erfunden“ hat das Einwilligungserfordernis hierzulande nämlich das Reichsgericht, und zwar in einem Urteil vom 31. Mai 1894 (Az. 1406/94, RGSt 25, 375).

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Siebenjährige war mit einer tuberkulösen Vereiterung der Fußwurzelknochen in ein Krankenhaus eingeliefert worden. Der Oberarzt der chirurgischen Abteilung versuchte dem Fortschreiten der Krankheit durch Resektion Einhalt zu gebieten – und als das nicht zum Erfolg führte, amputierte er den Fuß der Patientin. Aus medizinischer Sicht war die Amputation – jedenfalls nach damaligen Maßstäben – wohl klar indiziert. Aber: Der Vater der Patientin, den das Reichsgericht als „Anhänger der sog. Naturheilkunde und grundsätzlichen Gegner der Chirurgie“ beschreibt, hatte einer Amputation mehrfach ausdrücklich widersprochen. Das aus heutiger Sicht kaum mehr vorstellbare: Der Arzt griff trotzdem zur Säge. Der Vater erstattete daraufhin Anzeige wegen Körperverletzung.

Große Erfolgchancen dürfte er sich seinerzeit allerdings wohl nicht ausgerechnet haben. Dass der Arzt seine Behandlung am Willen des Patienten auszurichten hätte, war aus damaliger Sicht ein geradezu absurder Gedanke. Folgerichtig wurde der amputierende Arzt in erster und zweiter Instanz auch freigesprochen: Körperverletzung, so die Gerichte, sei eine Verschlechterung des Gesundheitszustands. Der angeklagte Arzt aber habe den Gesundheitszustand der Patientin nicht verschlechtert, sondern verbessert.

Das Reichsgericht hob den Freispruch jedoch auf: Niemand dürfe ohne Erlaubnis in die körperliche Unversehrtheit eines anderen eingreifen – auch Ärzte nicht. Die berühmt gewordene Stelle lautet:

„Daß jemand nach eigener Überzeugung oder dem Urteile seiner Berufsgenossen die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen, als dieser selbst, dessen körperliches oder geistiges Wohl durch geschickt und intelligent angewendete Mittel vernünftiger fördern zu können, als dieser es vermag, gewährt jenem entfernt nicht irgend eine rechtliche Befugnis, nunmehr nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre des Anderen einzugreifen, diesem Gewalt anzuthun und dessen Körper willkürlich zum Gegenstande gutgemeinter Heilversuche zu benutzen.“

In späteren Entscheidungen ergänzte bzw. konkretisierte das Reichsgericht seine Rechtsprechung dahingehend, dass nicht nur eine Einwilligung des Patienten erforderlich sei, sondern dass es eine „informierte Einwilligung“ sein müsse. Der Patient müsse also im Großen und Ganzen verstehen, in was er da gerade einwillige.

Und dazu müsse er vom Arzt über alles Wesentliche aufgeklärt werden. Zum genauen Inhalt dieser Aufklärungspflicht später mehr.

Jetzt zunächst einmal zu einem wichtigen Detail dieser Rechtsprechung. Nochmal: Das Reichsgericht ging davon aus (und der BGH tut das heute noch), dass jedes auch noch so gut gemeinte und gut durchgeführte ärztliche Eingreifen in die Körperfunktionen des Patienten den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Und jetzt kommt das wichtige Detail: Daran ändert auch die Einwilligung des Patienten nichts. Die Einwilligung hat nur die Wirkung einer Rechtfertigung. Sie steht damit gewissermaßen auf einer Stufe mit der Notwehr. Der Arzt, der dem Patienten den Fuß amputiert um so dessen Leben zu retten, handelt also nicht besser oder schlechter als der Hausbesitzer, der einem Einbrecher ins Knie schießt.

Die juristische Literatur läuft seit 1894 weitgehend geschlossen Sturm gegen diese Rechtsprechung – aber vollkommen erfolglos. Das Gute ist: Im Strafrecht ist die genaue dogmatische Verortung der Einwilligung für den Arzt im Ergebnis belanglos. Liegt eine wirksame Einwilligung vor, macht er sich nicht strafbar (immer vorausgesetzt natürlich, der Eingriff ist medizinisch indiziert und lege artis ausgeführt). Nicht ganz so belanglos ist die Einstufung erstaunlicherweise im Zivilrecht. Und damit komme ich zum nächsten Aspekt meines Vortrags, nämlich zur Bedeutung von Aufklärung und Einwilligung.

II. Bedeutung

Wie gesagt: Im Strafrecht liegt die Bedeutung darin, dass die tatbestandsmäßige Körperverletzung, die der Arzt mit dem Eingriff in die Körperfunktionen des Patienten immer (!) begeht, als gerechtfertigt anzusehen ist, wenn der aufgeklärte Patient eingewilligt hat. Der Arzt bleibt dann trotz Körperverletzung straflos.

Im Zivilrecht sieht es im Ausgangspunkt ganz ähnlich aus. Hier geht es natürlich nicht um die Strafbarkeit des Arztes, sondern darum, ob der Patient vom Arzt Schadensersatz und Schmerzensgeld verlangen kann. Wenn ich es mal ganz grob skizzieren darf, besteht ein Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld – ganz allgemein – unter vier Voraussetzungen:

1. Ein Rechtsgut des Geschädigten muss verletzt worden sein;
2. dem Schädiger darf kein Rechtfertigungsgrund zur Seite stehen;
3. der Schädiger muss vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben; und
4. dem Geschädigten muss durch die Rechtsgutsverletzung ein Schaden entstanden sein.

In Bezug auf die ärztliche Heilbehandlung gehen die Zivilgerichte genauso vor wie die Strafgerichte: Sie sehen den ärztlichen Eingriff in die Körperfunktionen als Verletzung des Rechtsguts „körperliche Unversehrtheit“ an, und zwar immer, also auch dann, wenn der Eingriff medizinisch indiziert war und lege artis ausgeführt wurde. Und selbst dann, wenn der Patient perfekt aufgeklärt wurde und in die Behandlung eingewilligt hat, bleibt es dabei, dass der Eingriff eine Körperverletzung darstellt. Die Einwilligung

wird wieder nur auf zweiter Stufe relevant; sie stellt wieder nur einen Rechtfertigungsgrund für die Körperverletzung dar.

Bis hierhin ist alles genauso wie im Strafrecht. Aber jetzt komme ich zu dem angekündigten Unterschied: Er besteht in der Beweislast. Im Strafverfahren gilt die Unschuldsvermutung. Die Beweislast liegt also bei der Staatsanwaltschaft. Der Arzt muss nicht beweisen, dass er den Patienten aufgeklärt und dass der Patient anschließend in die Behandlung eingewilligt hat, sondern die Staatsanwaltschaft muss beweisen, dass das nicht der Fall war. Im Zivilrecht liegt die Beweislast grundsätzlich beim Anspruchsteller. Der Patient muss also an sich beweisen, dass alle Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs erfüllt sind. Auch hier ist der Arzt also eigentlich nicht beweisbelastet.

Etwas anderes gilt aber für „Gegenrechte“ im weitesten Sinne. Diesbezüglich muss nicht der Anspruchsteller beweisen, dass es keine Gegenrechte gibt, sondern der Anspruchsgegner muss beweisen, dass es welche gibt. Und ein Rechtfertigungsgrund ist solch ein Gegenrecht. Dass die Strafgerichte die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund einstufen, führt also im Zivilrecht dazu, dass der Arzt die Einwilligung beweisen muss (inklusive der für eine wirksame Einwilligung notwendigen Aufklärung des Patienten).

Im Ergebnis bringt das Erfordernis der aufgeklärten Einwilligung damit letztlich eine doppelte Besserstellung des Patienten mit sich. Der Patient muss erstens nicht geltend machen (und erst recht nicht beweisen), dass der Arzt bei der Behandlung etwas falsch gemacht, also einen Behandlungsfehler begangen hat. Es genügt, wenn er behauptet, nicht eingewilligt zu haben oder vorher zumindest nicht hinreichend aufgeklärt worden zu sein. Und diese Behauptung muss er dann – zweite Besserstellung – nicht einmal beweisen. Die Beweislast für Einwilligung und Aufklärung liegt beim Arzt.

Kann der Arzt nicht beweisen, dass er den Patienten hinreichend aufgeklärt hat, bleibt dem Arzt jedoch ein recht großer Ausweg aus der Haftungsfalle: die sogenannte hypothetische Einwilligung. Der Arzt kann argumentieren, dass der Patient auch dann in die Operation eingewilligt hätte, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre. Dann nämlich hätte der Aufklärungsfehler nicht kausal zu einem Schaden geführt – der Schaden wäre auch eingetreten, wenn der Arzt alles richtig gemacht hätte: Auch dann hätte der Patient eingewilligt und wäre der Eingriff in gleicher Weise erfolgt. Es fehlt dann an der letzten Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs: am kausalen Schaden.

Allerdings trägt der Arzt natürlich die Beweislast für die hypothetische Einwilligung. Der BGH legt diesbezüglich vergleichsweise strenge Maßstäbe an, damit „das Aufklärungsrecht des Patienten nicht unterlaufen wird“: Dass die Maßnahme aus medizinischer Sicht sinnvoll wäre, genügt deshalb für sich genommen noch nicht für den Beweis einer hypothetischen Einwilligung. Immerhin kann und darf der Patient auch unvernünftige Entscheidungen treffen. In den Worten des BGH: „Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, schützt auch eine EntschlieÙung, die aus medizinischen Gründen unvertretbar erscheint.“

Zu streng will der BGH aber natürlich auch nicht sein, weil sonst die Missbrauchsgefahr zu hoch ist. Der Patient, bei dem sich ein Behandlungsrisiko verwirklicht hat, wird natürlich im Nachhinein immer sagen: Hätte ich das gewusst, hätte ich niemals eingewilligt.

Aus dieser Zwickmühle zwischen Patientenautonomie einerseits und Missbrauchsgefahr andererseits versucht der BGH mit dem Instrument der sog. sekundären Darlegungslast herauszukommen. Immer dann, wenn eine Ablehnung des Eingriffs aus objektiver Sicht unvernünftig erscheint, darf der Patient nicht einfach so behaupten, er hätte nicht eingewilligt, sondern er muss konkrete Anhaltspunkte dafür vortragen:

„In solchen Fällen ist es geboten, daß der Patient plausibel darlegt, weshalb er bei Kenntnis der aufklärungsbedürftigen Umstände die Behandlung gleichwohl abgelehnt haben würde. Zwar sind seine persönlichen Gründe für eine solche Ablehnung zu respektieren. Insoweit kann an sie kein generalisierender Maßstab, etwa der eines verständigen Patienten oder gar die Sicht des Arztes, angelegt werden. Aber sie müssen erkennen lassen, daß der Patient bei ordnungsmäßiger Aufklärung aus seiner Sicht vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, aus dem heraus die behauptete Ablehnung der Behandlung im damaligen Zeitpunkt verständlich wird, und er nicht das Aufklärungsversäumnis nachträglich ausschließlich zur Begründung einer Schadensersatzklage benutzt.“

(BGH, Urt. v. 7.2.1984, Az. VI ZR 174/82, NJW 1984 1397)

Soviel aus meiner Sicht zu den Konsequenzen, die es mit sich bringt, wenn der Patient nicht in die Behandlung einwilligt oder seine Einwilligung unwirksam ist, weil er nicht hinreichend über die Behandlung aufgeklärt wurde.

III. Inhalt

Ich komme nun zum letzten Aspekt und damit zu der Frage: Wann ist der Patient denn hinreichend aufgeklärt? Inzwischen beantwortet das BGB diese Frage – allerdings nur in höchst abstrakter Weise. Hinsichtlich des Inhalts der Aufklärung heißt es in § 630e BGB:

„Der Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie.“

Besondere Schwierigkeiten birgt dabei immer das Element „Risiken der Maßnahme“. Eine Aufklärung über alle potentiellen Risiken, die mit einer Behandlung einhergehen, ist kaum möglich – und auch nicht wirklich sinnvoll: Der Patient sieht dann vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr. Das sieht auch die Rechtsprechung so und verlangt daher nur, dass der Patient über all jene Risiken aufgeklärt wird, die entweder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit einzutreten drohen oder aber besonders schwerwiegend sind.

Oftmals liest man in diesem Zusammenhang die Faustformel, der Umfang der notwendigen Aufklärung verhalte sich umgekehrt proportional zur Dringlichkeit einer Maßnahme (wobei mit Dringlichkeit nicht nur die zeitliche Eilbedürftigkeit, sondern auch die medizinische Notwendigkeit gemeint ist). Mit dieser Faustformel wäre ich allerdings vorsichtig. Ohne Weiteres funktioniert sie nämlich, wenn ich es recht sehe, nur in eine Richtung: Bei Maßnahmen, die wenig dringlich sind, muss besonders intensiv aufgeklärt werden. Zum Komplex der Wunschmedizin und der plastischen Chirurgie kommen wir ja später noch. Umgekehrt funktioniert die Faustformel allenfalls bedingt: Dass eine Maßnahme medizinisch dringend geboten ist, ändert zunächst einmal nichts daran, dass über alle damit verbundenen wesentlichen Risiken aufgeklärt werden muss.

Wichtig: Die Aufklärung hat stets mündlich und im persönlichen Gespräch zu erfolgen (§630e Abs. 2 Nr. 1 BGB). Dieses Mündlichkeitserfordernis dient einem doppelten Zweck. Erstens soll der Patient die Möglichkeit haben, direkt nachzufragen, wenn er etwas nicht verstanden hat; zweitens (und wichtiger noch) soll der Arzt sich vergewissern können, dass der Patient tatsächlich alles verstanden hat. Eine schriftliche Aufklärung per Formblatt genügt also keinesfalls. Es kann allenfalls zur Vorbereitung der mündlichen Aufklärung dienen.

Erlauben Sie mir in diesem Zusammenhang eine Bemerkung: Ich halte den Trend zu immer ausführlicheren Formblättern für unnütz und sogar kontraproduktiv: Der Patient kann nicht filtern, welche Informationen wichtig sind und welche nicht; er wird durch ein ausführliches Formblatt daher oftmals schlechter aufgeklärt als durch ein knappes. Im Haftungsprozess kann ein ausführliches Formblatt theoretisch sogar mehr schaden als nutzen: Wenn das Gericht davon ausgeht, dass die auf dem Formblatt verschriftlichten Informationen aus Arztsicht wichtig sind, dann kann es hieraus den Schluss ziehen, dass über all diese Aspekte auch mündlich hätte aufgeklärt werden müssen. Und wenn eine Aufklärung nur 10 Minuten gedauert hat, dann liegt die Vermutung nahe, dass nicht alle Aspekte eines 10-seitigen Formblatts zur Sprache gekommen sein können. Daher mein Appell: Weniger Formblätter, mehr mündliche – und damit individuelle - Aufklärungsarbeit!

Auch zum zeitlichen Rahmen der Aufklärung enthält das § 630e BGB eine Regelung – wiederum freilich eine wenig konkrete: Die Aufklärung muss „so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann“. Dabei gelten zwei Faustformeln: 1. Je eilbedürftiger eine Behandlungsmaßnahme ist, umso weniger Bedenkzeit muss dem Patienten gegeben werden. 2. Je intensiver und risikoreicher der Eingriff ist, umso mehr Zeit muss dem Patienten verbleiben. Bei einfachen ambulanten Eingriffen (wie etwa einer Impfung) genügt daher eine Aufklärung am Tag des Eingriffs bzw. sogar unmittelbar vor dem Eingriff. Voraussetzung ist nur, dass der Patient sich frei genug fühlt, die unmittelbar bevorstehende Behandlung noch abzulehnen. Bei schweren Eingriffen, vor allem bei Operationen muss die Aufklärung grundsätzlich mindestens einen Tag vor dem Eingriff erfolgen; und ein Tag heißt dabei in der Regel 24 Stunden. Eine Aufklärung am Vorabend der OP kann schon zu spät sein.

Schwierigkeiten bereitet das Aufklärungserfordernis bei Operationserweiterungen, also dann, wenn erst während einer Operation klar wird, dass weitergehende Eingriffe notwendig sind. In solchen Fällen muss zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten und den Risiken abgewogen werden, die mit einem vorübergehenden Abbruch der Behandlung einhergehen würden. Grundsätzlich gilt: Wenn es irgendwie medizinisch vertretbar ist, muss die OP zunächst abgebrochen und eine Einwilligung des Patienten eingeholt werden.

Welch strenge Anforderungen die Rechtsprechung hier stellt, möchte ich Ihnen abschließend anhand einer Entscheidung des OLG Hamm aus dem Dezember 2016 verdeutlichen (Urt. v. 7.12.2016, Az. 3 U 122/15): Bei einem 8-jährigen Jungen sollte operativ eine neue Verbindung zwischen dem Nierenbecken und dem Harnleiter geschaffen werden, um die Abflussverhältnisse in der linken Niere zu verbessern (die Nierenfunktion lag wohl nur noch bei 22 %). Intraoperativ stellte sich heraus, dass die geplante Rekonstruktion aufgrund von nicht vorhersehbaren anatomischen Gegebenheiten nicht möglich war (der Harnleiter war wohl atrophiert und zu dünnwandig). Die Operation wurde daher unterbrochen. Der behandelnde Arzt teilte den Eltern des Patienten die veränderte Situation mit und empfahl die sofortige Entfernung der Niere. Die Eltern willigten ein, die Operation wurde fortgesetzt und die linke Niere des Patienten entfernt. Soweit der Sachverhalt. Alles gut könnte man meinen: Die Ärzte hatten die OP abgebrochen; sie hatten die Erziehungsberechtigten des Patienten über die neue Situation aufgeklärt, und die Eltern hatten in die Nierenentfernung eingewilligt.

Dennoch hielt das OLG Hamm die Einwilligung für unwirksam: Die Bedenkzeit für die Eltern war zu kurz. Angesichts der Tragweite und Bedeutung einer Nierenentfernung, hätte die OP nicht nur kurz unterbrochen, sondern vollständig abgebrochen werden müssen, um den Eltern die nötige Bedenkzeit zu geben. Wieviel Zeit angemessen gewesen wäre, sagt das OLG Hamm zwar nicht. Man wird aber von den üblichen 24 Stunden ausgehen können. Während dieser Zeit hätte der Harn des Patienten nach außen abgeleitet werden können und müssen.

Das ist sicher ein vergleichsweise krasses Beispiel aus der Rechtsprechung, bei dem auch die Besonderheiten des Falles eine Rolle gespielt haben (die Eltern hatten vorher geäußert, eine Nierenentfernung vermeiden zu wollen). Dennoch – oder sogar gerade deshalb – zeigt es recht anschaulich, welche Entwicklung das Erfordernis der aufgeklärten Einwilligung seit 1894 genommen hat. Durfte der Arzt vor 1894 noch behandeln, wie er es für richtig hielt, ist er heute nicht nur an den Willen des Patienten gebunden; er muss auch dafür sorgen, dass der Patient in der Lage ist, sich einen entsprechenden Willen zu bilden, und zwar in aller Ruhe und unter Abwägung aller wesentlichen Chancen und Risiken der Behandlung.