

Die Malaise der ärztlichen Aufklärung Zu den Grenzen ärztlicher Aufklärungspflichten und zu den Informationspflichten des Patienten

La problématique du devoir d'information du médecin est caractérisée par un certain malaise. D'une part, la jurisprudence réclame du médecin qu'il informe de manière exhaustive son patient, afin qu'il puisse donner un consentement éclairé au traitement envisagé, exigeant parfois que ce dernier soit aussi informé sur des risques très lointains. A l'autre extrémité, elle condamne une information trop poussée, tenant compte des risques même les plus rares. Le malaise est accru par le fait que c'est au médecin de prouver le consentement éclairé. Cet article éclaire ces problèmes et analyse l'abondante jurisprudence en Suisse et en Allemagne.

L'auteur propose de restreindre ce devoir d'information à une information de base, nécessaire à tous les patients dans une situation identique. Dans un deuxième temps, le médecin doit tenir compte d'un besoin d'informations atypique, requérant au besoin une information sur tous les risques connus. Dans ce cadre, le patient a lui aussi un devoir d'information: il doit communiquer ses besoins particuliers et poser le cas échéant des questions à son médecin. De cette façon, le fardeau de la preuve est partagé, le médecin devant prouver qu'il a communiqué une information de base suffisante, le patient qu'il aurait voulu en savoir plus avant de prendre une décision.

Dr. iur. Christian Conti, Fürsprecher, Bern/London

**** AJP/PJA 2000 Seite 615 ****

Inhaltsübersicht:

- I... Einleitung
- II.. Informationspflichten im Behandlungsvertrag
 - 1. Begriffsdefinitionen
 - 2. Zur Funktion von Informationspflichten
 - 3. Die Malaise der ärztlichen Aufklärung
 - 4. Die bisherigen Bestrebungen in der Lehre, die Malaise
 - der ärztlichen Aufklärung zu entschärfen
 - 5. Eigene Meinung zur Aufklärungsproblematik
- III. Die Informationspflichten des Arztes
 - 1. Einleitung
 - 2. Der erste Schritt: die ärztliche Basisaufklärung
 - a. Der Inhalt der ärztlichen Basisaufklärung
 - b. Keine Aufklärung über statistisch seltene, für den Eingriff
 - untypische Risiken im Rahmen der ärztlichen Basisaufklärung
 - c. Weitere Gründe, die für eine Beschränkung der ärztlichen
 - Aufklärungspflichten sprechen
 - 3. Der zweite Schritt: die Ermittlung des individuellen
 - Aufklärungsbedürfnisses im Einzelfall
 - 4. Zusammenfassung
- IV.. Die Informationspflichten des Patienten
 - 1. Einleitung
 - 2. Die eingeschränkten Aufklärungspflichten des Patienten
 - 3. Die Auskunftspflichten des Patienten
 - 4. Die eingeschränkten Fragepflichten des Patienten
- V... Die Mitwirkung des Patienten beim Aufklärungsprozess:
 - Aufteilung der Beweislast

I. Einleitung *

Patientinnen und Patienten begeben sich mit eigenen Erwartungen und Ängsten zu ihren Ärztinnen und Ärzten¹. Das für die Behandlung wichtige Arzt-Patienten-Gespräch verläuft je nach Patient und Krankheit sehr unterschiedlich. Es gibt Patienten, die gerne geführt werden und andere, die lieber auf präzise Fragen Antwort geben. Einige brauchen viel Zeit, bevor sie in der Lage sind, sich dem Arzt gegenüber zu öffnen. Andere bevorzugen es, aus eigener Initiative ihre Bedürfnisse kundzutun, und sie bestimmen gerne selber, was und wieviel sie mitteilen möchten. Es spielt für die Art der Gesprächsführung und für die (vor allem vom Patienten) übermittelten Informationen auch eine wesentliche Rolle, ob das Gespräch zwischen Personen abläuft, die sich seit langem kennen und bereits ein Vertrauensverhältnis aufgebaut haben, oder zwischen Individuen stattfindet, die sich zum

ersten Mal begegnen. Das Gespräch mit einem psychisch Kranken oder einer depressiv verstimmt Person verläuft anders als mit einem Patienten, der sich wegen einer Grippe in Behandlung begibt. Eine Rolle spielt auch, ob der Patient jung oder alt, chronisch krank oder kurz vor dem Sterben ist.

Während eines Behandlungsverhältnisses fliesst eine grosse Anzahl von Informationen ein. Der Arzt ist speziell an Angaben interessiert, die seine klinische Beurteilung des Patienten vervollständigen und die Diagnosestellung erleichtern. Der Patient kann andere Interessen haben, wie zum Beispiel seine konkreten Bedürfnisse verständlich zu machen. Der Arzt muss deshalb seinen Patienten darüber aufklären, dass gewisse Angaben für ihn von grosser Relevanz sind. Er muss darlegen, mit welcher Genauigkeit diese Befunde und Symptome wiedergegeben werden müssen. Falls ein Patient diese Angaben nicht oder nicht präzise genug verbalisieren kann, muss der Arzt durch eine entsprechende Fragestellung und präzise Formulierungen nachfragen, bis er die erwünschten Angaben erhält.

Gerade wegen den sehr individuellen Ängsten und Erwartungen jedes Kranken, aber auch wegen den Symptomen, zu deren Klärung und Bekämpfung er einen Arzt aufsucht, ist der Bereich des Informationsaustausches für jedes einzelne Behandlungsverhältnis neu zu konkretisieren. Informationen sind in allen Stadien der Behandlung relevant, bei der Anamnese genauso wie bei der Wahl der Behandlung. Die Ausführungen in diesem Artikel sind diesem Informationsgefüge gewidmet.

II. Informationspflichten im Behandlungsvertrag

1. Begriffsdefinitionen

Im Bereich des gegenseitigen Austausches von Informationen kann man zwei Hauptgruppen unterscheiden. Bei den Informations- oder Aufklärungspflichten geht es um den unaufgeforderten Austausch von sämtlichen entscheidungserheblichen

**** AJP/PJA 2000 Seite 616 ****

Informationen². Dagegen entstehen Auskunftspflichten nur auf explizites Verlangen des Berechtigten hin und sind deshalb von anderer Qualität als die Informations- und Aufklärungspflichten; diese zeichnen sich nach traditioneller Auffassung dadurch aus, dass die Information auch ohne entsprechendes Begehren geschuldet ist³.

Druey spricht im gleichen Zusammenhang von den spontanen und von den bloss durch Anfrage ausgelösten, also reaktiven Informationspflichten⁴. Bei letzteren sieht er das Problem darin, dass der Informationsberechtigte bereits im voraus wissen muss, was der Informationspflichtige weiss, um dieses Wissen bei ihm überhaupt abrufen zu können. Die Ausgestaltung einer Informationspflicht als Spontanpflicht ruft ihrerseits Probleme hervor, etwa einer inadäquaten, zu weiten oder zu engen Streuung der Information mangels Kenntnis der aktuellen Bedürfnisse des Empfängers⁵. Diese problematische, aber dennoch richtige Feststellung zeigt die Schwierigkeiten und Gegensätze, vor welchen Lehre und Rechtsprechung bei der Untersuchung dieses spezifischen Aspektes der Arzt-Patienten-Beziehung stehen. Um diese besser zu verstehen, muss kurz auf die Funktion und auf die wachsende Bedeutung der Informationspflichten für den Behandlungsvertrag, aber auch für andere Dienstleistungsbeziehungen, eingegangen werden.

2. Zur Funktion von Informationspflichten

Aus medizinischer Sicht ist Information Voraussetzung und zugleich Teil der Therapie. Aus juristischer Sicht handelt es sich bei der Aufklärungspflicht des Arztes um eine Rechtspflicht, die sowohl dem Schutz der körperlichen Integrität wie dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, beides absolut geschützte Rechtsgüter, dient. Der Aufklärungsanspruch gründet im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Patienten und ist direkte, aus dem Auftragsrecht abgeleitete vertragliche Pflicht des Arztes, deren Verletzung haftbar machen kann⁶.

Es ist nicht zu verkennen, dass die Anforderungen an die Informationspflichten und die Haftung wegen ungenügender Aufklärung ein problematisches Ausmass angenommen haben. Druey hat das Phänomen prägnant wie folgt formuliert: "Kaum eine Pflanze im Wald der modernen Rechtsinstitutionen ist derart stark gewuchert wie die Aufklärungspflicht. Sie ist vielfach zur eigentlichen Schlingpflanze geworden. Überhaupt: wenn man irgendwo in der Juristerei schon heute einen Treibhauseffekt spürt, dann bei den Informationsrechten."⁷ Einige Autoren gehen noch weiter und sprechen von "Schreckgespenst"⁸ oder von "Lotteriespiel"⁹. Es fragt sich, ob die heute an die Informationspflichten gestellten Anforderungen dem eingangs umschriebenen Postulat gerecht werden.

Brüggemann hat aufgezeigt, dass es zwischen der erfolgreichen ärztlichen Behandlung und den auf schuldhafter ärztlicher Fehlleistung beruhenden Gesundheitsschädigungen einen Bereich gibt, in

welchem für den Patienten ein Schaden eintreten kann, ohne dass ein Behandlungsverschulden des Arztes dabei mitgewirkt hätte. Bei den Aufklärungsstreitigkeiten geht es meistens um diesen Bereich. Die gerichtlichen Entscheidungen sind stark von der Tendenz getragen, die Fälle, welche in diese Zone fallen, durch die ärztliche Aufklärungspflicht im Sinne einer Schadloshaltung des Patienten durch die Ärzte zu regeln ¹⁰.

In Lehre und Rechtsprechung wurde verschiedentlich auf die (offensichtliche ¹¹) Missbrauchsgefahr der Aufklärungsrüge hingewiesen ¹². 1978 wurden in Deutschland bereits

**** AJP/PJA 2000 Seite 617 ****

zwei Drittel der arztrechtlichen Haftungsklagen (vorsorglich) auf Aufklärungsmängel gestützt ¹³. Es wurde auch auf die Gefahr hingewiesen, dass die Haftung des Arztes in Zukunft geradezu willkürlich bejaht oder verneint werden könne ¹⁴. Die Aufklärungshaftung hat sich zu einem echten und praktisch häufig durchgreifenden Auffangtatbestand entwickelt, der für die schlechte Beweislage beim Kunstfehlertatbestand entschädigt ¹⁵. Gerade dieser beweisrechtliche Sonderstatus erklärt die Beliebtheit der Aufklärungsrüge ¹⁶: Während der Patient die Verletzung einer Sorgfaltspflicht als Vertragsverletzung beweisen muss ¹⁷, obliegt dem Arzt der Beweis der hinreichenden Aufklärung, das heisst, er muss den Nachweis einer wirksam erteilten Einwilligung ¹⁸ erbringen ¹⁹. Kann er dies nicht, so haftet er unabhängig davon, ob ihm ein Kunstfehler unterlaufen ist oder ob er die gebotene Sorgfalt gezeigt hat ²⁰.

3. Die Malaise der ärztlichen Aufklärung

Die Judikatur hat die Aufklärungspflichten von ihrem eigentlichen Zweck wegentwickelt ²¹ und umfunktionalisiert in ein Abgrenzungskriterium, das bestimmt, wer für den eingetretenen Schaden einzustehen habe ²². Die Rechtsprechung hat dabei -- möglicherweise mit dem Ziel, alles zu regeln -- einen kaum mehr überblickbaren ²³ kasuistischen Wirrwarr ²⁴ produziert und an die Aufklärungspflichten strenge und kaum vorhersehbare Anforderungen gestellt ²⁵. Ausgangspunkt für diese Kritiken ist die Rechtsprechung, wonach jede Heilbehandlung einen Eingriff in die körperliche Integrität ²⁶ darstelle, der ohne wirksame Einwilligung des Patienten rechtswidrig sei ²⁷. Diese Auffassung beruht auf der Annahme, dass die Aufklärung dem Schutz der körperlichen Integrität und dem Selbstbestimmungsrecht des Aufklärungsadressaten zugleich dient, und dass beide Rechtsgüter nicht voneinander getrennt betrachtet werden können ²⁸.

Dieser Auffassung kann insofern beigeplichtet werden, als sie vom Arzt verlangt, dass er das Selbstbestimmungsrecht des Patienten respektiert und keine eigenmächtigen Behandlungen oder gar Experimente an seinem Patienten vornimmt ²⁹. Sie führt aber zum zweifelhaften Resultat, dass

**** AJP/PJA 2000 Seite 618 ****

ein mit dem Ergebnis seiner Behandlung unzufriedener Patient motiviert werden könnte, nach irgendeinem -- wenn auch für die eingetretene Schadensfolge nicht relevanten -- Aufklärungsfehler des Arztes zu suchen. In nahezu jedem beliebigen Fall eines aus ärztlichen Handlungen entstandenen Schadens könnte nachträglich ein Verschulden aus mangelnder Aufklärung begründet werden. Denn es wird sich nachträglich fast immer etwas finden lassen, was -- aus juristischer Sicht -- dem Patienten als Schädigungsmöglichkeit vorher hätte genannt werden müssen ³⁰.

Mit Hübner ist festzuhalten, dass Aufklärungspflichten und Ausdehnung der Anforderungen, die an diese gestellt werden, dogmatisch und rechtspolitisch fragwürdige Mittel sind, um zu Schadenersatz bei potentiellen Kunstfehlern zu gelangen ³¹. Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass es für Patienten unter Umständen schwierig ist, gegen ihre Ärzte vor Gericht anzutreten und den Beweis einer Sorgfaltspflichtverletzung zu führen ³², sollte der Arzt deswegen keinen Papierkrieg führen müssen. Dieser nützt ihm nicht viel ³³ und führt bloss zur psychischen Verunsicherung des Patienten. Die herrschende Unsicherheit über den genauen Umfang der Aufklärungspflichten sollte nicht zu einer neuen "Kultur des Kleingedruckten" ³⁴ führen. Alle Beteiligten sollten daran interessiert sein, diese ungunstige Entwicklung zu bekämpfen, die darin besteht, "Patientenvertrauen als Kapital für die Therapie dadurch zu zerstören, dass der Patient auf diese Weise bösgläubig gemacht wird" ³⁵.

Gleichzeitig muss verhindert werden, dass der Arzt der Verbitterung des Patienten über eine misslungene Operation ausgeliefert wird ³⁶. Erschwert wird seine Situation beim "Ringen um das rechte Mass" ³⁷ auch dadurch, dass ihm bei zu weit gehender Patienteninformation ein Behandlungsfehler wegen Übermassaufklärung ³⁸ angelastet werden kann. Haftet der Arzt einerseits, wenn seine Aufklärung zu wenig weit geht, tritt andererseits die gleiche Folge im Fall einer Überinformation des Patienten ein, wird es für ihn schwer erkenntlich, welches Mass an Information

haftungsrechtlich unbedenklich ist ³⁹.

Zusammenfassend kann man festhalten, dass sich der Bereich der ärztlichen Aufklärungspflicht in einer ernst zu nehmenden Malaise befindet. Dass diese Erkenntnis nicht neu ist, zeigen die Versuche einiger Autoren, die Lage durch Lösungsvorschläge zu entschärfen. Die Bestrebungen gehen dahin, die Aufklärungspflichten dogmatisch neu

**** AJP/PJA 2000 Seite 619 ****

einzuordnen, um ihnen den beweisrechtlichen Sonderstatus (und somit die Funktion eines Auffangtatbestandes) zu entziehen, und damit auch indirekt die Funktionalisierung zu Schadenersatz Zwecken zu entschärfen. Auf diese Bestrebungen soll nachstehend kurz eingegangen werden.

4. Die bisherigen Bestrebungen in der Lehre, die Malaise der ärztlichen Aufklärung zu entschärfen

Häufig wird entgegen der konstanten Rechtsprechung vertreten, die Aufklärungspflichten dienen nicht dem Schutz der körperlichen Integrität des Patienten, sondern ausschliesslich dem Schutz seiner freien Willensbildung. Danach wird der ex ante indizierte und lege artis ausgeführte ärztliche Eingriff prinzipiell nicht als Körperverletzung betrachtet ⁴⁰. Diese Betrachtung basiert auf der Unterscheidung, dass beim Behandlungsfehler nachweisbare physische und psychische Schäden verursacht werden, währenddem es sich beim Aufklärungsfehler um etwas ganz anderes, nämlich um die Verletzung des Anspruches auf Achtung von Persönlichkeitsrechten, also um eine immaterielle Beeinträchtigung, handelt ⁴¹. Daraus folgt, dass eine Haftung nur in Form einer Genugtuung in Betracht kommt, die darauf beschränkt ist, einen immateriellen Ausgleich für die Beeinträchtigung eines Teils des Persönlichkeitsrechts des Patienten zu gewähren. Nach dieser Auffassung fehlt es am Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Aufklärungspflichtverletzung und dem Körperschaden ⁴².

In der Lehre wurde weiter vorgeschlagen, sämtliche Aufklärungstatbestände zu vereinheitlichen und auch die Eingriffs- und Diagnoseaufklärung in das Vertragsverhältnis einzubauen und als normale Berufspflichten des Arztes einzuordnen; dies mit der beweisrechtlichen Folge, dass ungenügende Selbstbestimmungsaufklärung vom Patienten, wie bei anderen Sorgfaltspflichtverletzungen auch, zu beweisen wäre ⁴³. Einen eigenen Weg gehen schliesslich diejenigen Autoren, welche die Aufklärung als wirksame Einwilligungsvoraussetzung nicht grundsätzlich in Frage stellen, sondern sich sozusagen damit begnügen, den Umfang ärztlicher Aufklärungspflicht einschränkend zu umschreiben. So untersucht Rossner die Möglichkeiten einer Begrenzung der Aufklärungspflicht. Eine solche erachtet er dann als zulässig, wenn sie im Patienteninteresse steht ⁴⁴. Nach Brüggmann ist die Einwilligung nicht ungültig, wenn der Arzt nicht alle Risiken genannt hat. Er plädiert für eine Verkürzung der ärztlichen Aufklärungspflichten. Die Erwägung, dass die ärztliche Wissenschaft -- aufgrund der von zahlreichen Ärzten gemachten und publizierten Erfahrungen -- eine Abwägung der Risiken bei diesem Befunde vorgenommen habe, sei so stark, dass demgegenüber der (in den meisten Fällen ex post geäusserte) Wunsch des Patienten nach einer Auflistung aller Einzelrisiken zurücktreten müsse ⁴⁵. Bodenburg seinerseits teilt die Aufklärungspflichten in zwei Bereiche ein: in jenen der unabdingbaren Grundaufklärung und jenen der Einschätzungsprärogative des Arztes, womit er dem Arzt mehr Gestaltungsspielraum eröffnen will ⁴⁶.

5. Eigene Meinung zur Aufklärungsproblematik

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die ärztlichen Informationspflichten, wie sie von der Rechtsprechung statuiert werden, viele Probleme aufwerfen. Die Probleme sind auf die zum Teil unbilligen Folgen der Aufklärungspflichtverletzung zurückzuführen. Es ist nachvollziehbar, dass die Ärzteschaft kein Verständnis für die Auffassung der Juristen aufbringt, wenn Haftung für Risiken angesagt ist, die nicht beherrschbar sind und deren Verwirklichung nachweislich nicht auf eine Verletzung der ärztlichen Kunst zurückgeführt werden kann ⁴⁷.

Es sprechen einige Gründe für ein Überdenken der heutigen Rechtsprechung, sie wurden bereits dargelegt. Auf der anderen Seite ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtes

**** AJP/PJA 2000 Seite 620 ****

und des Bundesgerichtshofes bereits mehrmals bestätigt worden und nunmehr gefestigt. Die in BGE 117 Ib 201 gemachte Feststellung, wonach die Rechtsgüter Selbstbestimmungsrecht und körperliche Integrität nicht voneinander getrennt werden können und die Aufklärungspflichten dem Schutz beider Rechtsgüter dienen, kann argumentativ schwer umgestossen werden und hat in der Lehre auch breite

Zustimmung gefunden⁴⁸. Es ist deshalb vorsichtigerweise davon auszugehen, dass trotz berechtigter Einwände⁴⁹ in den nächsten Jahren an den Grundsätzen dieser Rechtsprechung festgehalten wird.

Angesichts dieser Tatsache stellen die zuletzt beschriebenen Versuche, den Dschungel der Aufklärungspflichten über die Beschränkung resp. Konkretisierung des Umfanges dieser Pflichten zu kanalisieren, den einzigen pragmatischen Ansatz einer sinnvolleren Handhabung dieses Pflichtenkomplexes dar. Lehre und Rechtsprechung haben sich schon viele Gedanken darüber gemacht, welche Anforderungen an den Umfang der Informationspflichten zu stellen seien, ohne befriedigende Lösungen aufgezeigt zu haben. Dies hängt damit zusammen, dass Anforderungen aufgestellt werden, die für sämtliche Behandlungsverhältnisse Geltung haben sollen. Dies ist aber der falsche Ansatz, weil das Informationsbedürfnis jedes Patienten nur im Einzelfall konkretisiert werden kann. Wie weit der Arzt aufklären muss, kann eigentlich erst im ärztlichen Gespräch entschieden werden⁵⁰. Jedem Kranken stehen zudem zahlreiche Möglichkeiten offen, um sein Bedürfnis nach Information und Mitwirkung befriedigen zu können: Zwischen Aufklärungsverzicht und Wunsch nach allumfassender Orientierung ist das Spektrum sehr breit⁵¹.

III. Die Informationspflichten des Arztes

1. Einleitung

Der Arzt ist im Informationsgefüge vor die schwierige Aufgabe gestellt, diesen zahlreichen, von seinem Patienten und von der Rechtsprechung an ihn gestellten Anforderungen gerecht zu werden. Aus Auftragsrecht oder aus öffentlichem Recht obliegt ihm, jeden Patienten gründlich zu untersuchen und aufzuklären. Die Untersuchungsmassnahmen liegen in der Regel in seinem ausschliesslichen Verantwortungsbereich. Hingegen ist bei der Anamnese, bei welcher der Patient seine Leiden schildert und Angaben über störende Begleitumstände macht und bei der Erläuterung der festgestellten Befunde eine Aufgabenteilung denkbar.

Zentraler Punkt der Eingriffsaufklärung ist die Frage nach dem richtigen Umfang. Die Crux liegt in der Schwierigkeit festzulegen, wo die ärztliche Aufklärungspflicht anfängt und wo sie aufhört⁵². Problematisch ist insbesondere, dass die gestellten Anforderungen in vielen Fällen für den Arzt in der Praxis nicht mehr erfüllbar sind⁵³. Dabei werden um so intensivere Informationspflichten statuiert, als das Kompetenz- und Informationsgefälle zwischen den Vertragspartnern gross ist. Gestützt auf den generellen und strukturellen Wissensvorsprung des Arztes kann man Aufklärung bis ins letzte Detail fordern.

Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere daraus, dass bei der Bestimmung des Umfanges vom tatsächlichen Willen des Patienten auszugehen ist. Deshalb muss sich der Arzt nach dem Aufklärungsbedürfnis seines Patienten erkundigen und ihn über die möglichen Mitwirkungsformen informieren, was diesem in den meisten Fällen erst eine echte Wahl ermöglicht. Die Vielfalt der denkbaren Mitwirkungsformen erfordert ein sorgfältiges, gelegentlich längeres Gespräch. Eine ungenügende "Aufklärung des Aufklärungsbedürfnisses" kann einen Verstoss des Arztes gegen die Pflicht sorgfältiger Gesprächsführung bedeuten⁵⁴. Auf der anderen Seite darf der Patient nicht den falschen Eindruck erwecken, seine medizinischen Kenntnisse würden genügen oder ihm seien die Risiken des Eingriffes bekannt oder gleichgültig. Dies kann dann geschehen, wenn er ein zu geringes Interesse manifestiert oder im Gegenteil durch übertriebene Anteilnahme am Arztgespräch falsche Selbstsicherheit und nicht vorhandene Vorkenntnisse vortäuscht⁵⁵.

**** AJP/PJA 2000 Seite 621 ****

Es mag unbefriedigend sein, die Anforderungen für einen dermassen wichtigen Aspekt des Behandlungsverhältnisses nicht präziser umschreiben zu können. Der Umfang der Aufklärung kann aber nicht abstrakt umschrieben werden, weil es keinen "durchschnittlichen Patienten" mit "durchschnittlichen Bedürfnissen" gibt. Das Mass der geforderten Aufklärung wird immer durch die Besonderheiten des Einzelfalles und durch die Natur des Vertrages bestimmt⁵⁶.

Und dennoch muss den Rechtsanwendern auch in diesem Bereich eine Entscheidungshilfe geliefert werden. Die Rechtsordnung kann ihre Funktion, Handlungsanleitungen zu geben, nur dann erfüllen, wenn Massstäbe aufgestellt werden, die dem Arzt vorher und nicht erst im Haftpflichtprozess bescheinigen, was er im Einzelfall zu tun hat⁵⁷. An dieser Stelle soll eine Konkretisierung der Informationspflichten des Arztes versucht werden.

2. Der erste Schritt: die ärztliche Basisaufklärung

In einem ersten Schritt sind die generellen, für jeden Behandlungsvertrag geltenden Anforderungen an

die Informationspflichten aufzustellen. Der Arzt ist von Gesetzes wegen zur Aufklärung verpflichtet, ausser es liege ausnahmsweise ein Fall vor, wo der Patient im voraus ausdrücklich auf jegliche Aufklärung verzichtet hat ⁵⁸. Gegenstand einer solchen Aufklärung kann nur sein, was für alle gleichartigen Befunde identisch ist. Es muss deshalb in einem ersten Schritt nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner gesucht werden.

Dieser kleinste gemeinsame Nenner besteht in einer vertraglichen Minimalaufklärung, in einer ärztlichen Basisaufklärung. Der Umfang der Basisaufklärung muss sich dabei nach einer Richtlinie festlegen lassen, die für den Arzt objektiv erkennbar ist. Abzustellen ist dabei auf diejenigen Informationen, die für einen verständigen Patienten ⁵⁹ in durchschnittlichen Lebensverhältnissen zur Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts erforderlich sind ⁶⁰. Was objektiv Gegenstand der Basisaufklärung ist, hängt von den im aktuellen Zeitpunkt vorhandenen Kenntnissen über die Krankheit und den möglichen Therapievorschlügen ab. Geht es um die Behandlung einer harmlosen Grippe mit Medikamenten, wird sich der Arzt mit wenigen Ausführungen begnügen können. Besteht jedoch der Verdacht auf einen Hirntumor, der umfangreiche diagnostische Untersuchungen und schwerwiegende therapeutische Massnahmen notwendig macht, ist der Patient über diese einschneidenden Massnahmen in der Regel detailliert zu informieren. Deshalb können auch an dieser Stelle in Bezug auf die erforderliche Basisaufklärung nur Angaben allgemeiner Natur gemacht werden. Der Richter wird im Einzelfall nicht darum herumkommen, mit Hilfe von Sachverständigen ⁶¹ für jeden Behandlungstypus objektivierte Anforderungen an die Basisaufklärung festzulegen.

a. Der Inhalt der ärztlichen Basisaufklärung

Nach der hier vertretenen Auffassung werden Mass und Umfang der ärztlichen Basisaufklärung bestimmt von der Häufigkeit und Schwere der möglichen Komplikationen (zum Beispiel eines Medikamentes, eines chirurgischen Eingriffes, usw.); bei einer Operation hängen diese sowohl vom Schweregrad des Eingriffes als auch vom Allgemeinzustand des Patienten ab. Die Basisaufklärung kann sich in Form relativ genereller Hinweise auf mögliche Komplikationen und deren Folgen beschränken ⁶². Grundsätzlich genügt es, dem Patienten eine allgemeine Vorstellung über die technischen Schwierigkeiten des Eingriffes zu vermitteln ⁶³. Im Einzelfall sollten folgende Angaben gemacht werden: ärztlicher Befund, Art, Tragweite, voraussichtlicher Verlauf und (Neben-) Wirkungen der geplanten Therapie oder des vorgesehenen Eingriffes ⁶⁴, Art und Ausmass der verschiedenen Risiken im Verhältnis zu den erhofften Heilungschancen. Nötigenfalls sind Angaben über Behandlungsalternativen ⁶⁵ und über den ohne Therapie zu erwartenden "Spontanverlauf" der Krankheit zu machen. Die

**** AJP/PJA 2000 Seite 622 ****

Aufklärungspflicht des Arztes erstreckt sich auch auf finanzielle Fragen ⁶⁶.

Es besteht grundsätzlich ein umgekehrt proportionaler Zusammenhang zwischen Notwendigkeit des Eingriffes und Aufklärungspflicht ⁶⁷. Als Richtlinie gilt: Je mehr ein Eingriff dem eigenen Komfort oder dem subjektiven Wohlbefinden dient und nicht als lebensrettende Massnahme anzusehen ist, desto grösser ist die Pflicht zur umfangreichen Information über Komplikationen ⁶⁸; umgekehrt, je lebensnotwendiger/dringlicher ⁶⁹ der Eingriff, desto geringer die Pflicht zur Darstellung von Alternativen mit ihren unterschiedlichen Erfolgchancen und möglichen Komplikationen ⁷⁰. Gemäss deutscher und österreichischer Judikatur gilt andererseits: Je typischer ⁷¹ und eingriffsspezifischer die Risiken, desto eingehender muss auf sie hingewiesen werden ⁷².

Die deutsche Rechtsprechung stellt unterschiedliche Anforderungen an die Aufklärung über einen diagnostischen oder therapeutischen Eingriff. Danach verlangt der diagnostische Eingriff grundsätzlich eine umfassendere Aufklärung als der therapeutische, was mit der in der Regel nicht vorhandenen Dringlichkeit begründet wird ⁷³. Diese Auffassung basiert auf der Einschätzung, diagnostische Eingriffe seien medizinisch nicht gerechtfertigt. Mit Eisner ist aber festzuhalten, dass die von der deutschen Rechtsprechung vorgenommene Trennung zwischen therapeutischem und diagnostischem Eingriff künstlich wirkt und die tatsächlichen Gegebenheiten zu wenig berücksichtigt ⁷⁴. Nimmt man als Massstab der Basisaufklärung die Indikation und insbesondere den Schweregrad möglicher Komplikationen, dürfte die Basisaufklärung bei einem diagnostischen Eingriff eher weniger weit gehen als bei einem therapeutischen, weil die Risiken eines solchen Eingriffes in der Regel kleiner sind.

Nicht oder nur in beschränktem Masse aufzuklären hat der Arzt über alltägliche Massnahmen, die keine besonderen Gefahren und keine endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit sich bringen sowie über statistisch äusserst seltene Komplikationen (insbesondere falls sie problemlos zu beheben sind) ⁷⁵. Über Komplikationen, die bei einem grösseren Eingriff auch bei erfahrenen, technisch begabten Operateuren relativ regelmässig auftreten, wie zum Beispiel

Nachblutungen, (Wund-) Infektionen, Thrombosen oder Embolien, muss meines Erachtens nicht umfassend aufgeklärt werden ⁷⁶. Solche Komplikationen sind eingriffsimmanent und deshalb unvermeidbar. Nicht in allen Einzelheiten ist der Patient aufzuklären, wenn ihm aufgrund früherer ähnlicher oder identischer Operationen die einschlägigen Risiken bereits bekannt sein müssen ⁷⁷ oder er keine Aufklärung benötigt (zum Beispiel wenn der Patient selbst Arzt oder Krankenpfleger ist) ⁷⁸. Die Aufklärung ist weiter entbehrlich, wenn der Patient bewusstlos in die Klinik eingeliefert wird und ein weiteres Zuwarten zu bleibenden Schäden von Leib oder Leben führen würde ⁷⁹.

Spezielle Probleme, auf die an dieser Stelle nur am Rande hingewiesen sei, sind die Aufklärung bei Operationserweiterung ⁸⁰, die Aufklärung bei klinischen Therapiestudien mit tödlich Erkrankten ⁸¹, sowie die Aufklärung von Minderjährigen, von Psychischkranken oder von Bewusstlosen ⁸². Stark umstritten ist auch die Frage des richtigen Zeitpunktes der Aufklärung ⁸³. Wie die Basisinformation zu übermitteln

**** AJP/PJA 2000 Seite 623 ****

ist, ob zum Beispiel in Form der sogenannten Stufenaufklärung ⁸⁴, spielt höchstens in beweisrechtlicher Hinsicht eine Rolle ⁸⁵.

b. Keine Aufklärung über statistisch seltene, für den Eingriff untypische Risiken im Rahmen der ärztlichen Basisaufklärung

Abzulehnen ist bei der Basisaufklärung die Auffassung, es müsse auch über sehr seltene Risiken informiert werden ⁸⁶. Dabei stellt der Bundesgerichtshof generell nicht auf die voraussehbare Komplikationsrate eines Eingriffes ab, sondern auf die Typik eines Risikos ⁸⁷. Mit dieser Begründung verlangt die Rechtsprechung zum Beispiel, dass ohne Rücksicht auf die statistische Frequenz auf das Risiko einer Infektion mit AIDS bei Fremdbluttransfusionen hingewiesen werde ⁸⁸. Der Bundesgerichtshof verlangt zwar, dass der Patient immer dann über das Risiko einer Infektion mit Hepatitis und AIDS bei der Transfusion von Fremdblut aufzuklären sei, wenn es für den Arzt ernsthaft in Betracht komme, dass intra- oder postoperativ eine Bluttransfusion erforderlich werden könne. Dieser Patient sei, soweit in seinem Fall überhaupt möglich, auf die Möglichkeit der Eigenblutspende hinzuweisen. Der vorsichtige Arzt muss aber bei jedem operativen Eingriff ernsthaft mit dieser Möglichkeit rechnen, weil unvorhergesehene Blutungen relativ oft vorkommen. Um sicher zu sein, dass keine Aufklärungspflichtverletzung begangen wird, müsste er deshalb vor jeder Operation auf dieses sehr seltene Risiko hinweisen ⁸⁹.

Diese Judikatur muss mit Honsell als verfehlt betrachtet werden. Nicht alles, was in der medizinischen Literatur als seltenste Komplikation eines Eingriffes beschrieben worden ist, ist ein typisches Risiko ⁹⁰. Hinter solchen Aussagen versteckt sich nicht selten eine ex post-Betrachtung, die schliesslich nur eine situative Verteilung der eingetretenen Behandlungswirkungen anstrebt. Die voraussehbare Komplikationswahrscheinlichkeit stellt einen grundlegenden, wenn auch nicht den einzigen Massstab der Basisaufklärung dar, weil sie als Ausgangspunkt der Entscheidung eines "verständigen Menschen" anzusehen ist ⁹¹. Für ein normales Verständnis kann die Typik eines Risikos nicht losgelöst von ihrer Komplikationshäufigkeit betrachtet werden. Eine Risikowahrscheinlichkeit von 1:15,5 Millionen ⁹² kann schwerlich als typisch für einen Eingriff angesehen werden ⁹³. Die Grenze aufklärungspflichtiger Risiken darf dabei nicht von einer mehr oder minder fixen Zahl abhängig sein ⁹⁴. Es kommt hinzu, dass eine auch äusserst seltene Risiken umfassende Aufklärung eher eine Verunsicherung des Patienten bewirkt als der Wahrung seines Selbstbestimmungsrechtes dient. Zudem sind viele Kranke schnell einmal überfordert, wenn sie bei ihrer Entscheidung mehr als einige wenige Optionen in Betracht ziehen müssen ⁹⁵. Dem Gesichtspunkt der Rechtsprechung, wonach im Einzelfall über sehr seltene Risiken zu informieren ist, kann (höchstens) im zweiten Schritt der Beurteilung der Pflichten beider Parteien eine Rolle spielen, wenn es um die Beurteilung geht, ob der konkret betroffene Patient andere Bedürfnisse als der "verständige Patient" aufweist.

Eine sehr seltene Risiken umfassende Aufklärung kommt auch deshalb nicht in Frage, weil der Patient unter Umständen daran gar kein Interesse hat. Der Arzt riskiert zudem in diesem Fall wegen Übermassaufklärung haften zu müssen. Das Bundesgericht gesteht deshalb dem Arzt zur Verhinderung eines Aufklärungsschadens das sogenannte "therapeutische Privileg" zu ⁹⁶, das heisst die Aufklärung darf keinen für die Gesundheit schädlichen Angstzustand hervorrufen ⁹⁷,

**** AJP/PJA 2000 Seite 624 ****

weshalb eine Begrenzung der Aufklärungspflicht jedenfalls dann geboten ist, wenn Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Schädigungsgefahr des konkreten Patienten vorliegen ⁹⁸. Das Bundesgericht hat trotz eingehender Kritik in der Lehre ⁹⁹ an diesem Grundsatz festgehalten ¹⁰⁰.

c. Weitere Gründe, die für eine Beschränkung der ärztlichen Aufklärungspflichten sprechen

Keine wirkliche Entlastung bringt für den belangten Arzt die Hilfskonstruktion der Rechtsprechung, die ihm bei festgestellter ungenügender Aufklärung den Einwand zubilligt, der Patient hätte auch bei umfassender Aufklärung eingewilligt, der sogenannte "Einwand der hypothetischen Einwilligung" ¹⁰¹. Einerseits ist die Zulassung des Einwandes umstritten ¹⁰², andererseits obliegt nach dieser Rechtsprechung die Beweislast hierfür dem Arzt ¹⁰³. An diesen Beweis werden hohe Anforderungen gestellt: Der Einwand soll nur greifen, wenn mit Sicherheit feststeht, dass dieser Patient in den Eingriff durch diesen Arzt eingewilligt hätte ¹⁰⁴. Unklar bleibt auch, inwiefern für den Arzt der Hinweis eine Entlastung darstellt, der Patient sei verpflichtet, plausibel darzulegen, weshalb er auch bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffs, insbesondere aus persönlichen Gründen, verweigert hätte. Denn das Bundesgericht stellt dabei nicht abstrakt auf die Handlungsweise eines verständigen Patienten ab, sondern konkret auf die persönliche Willenslage des betroffenen Patienten ¹⁰⁵.

Schliesslich sprechen auch die von Druey und Arzt umschriebenen Pflichten zur Auswahl und Verarbeitung der vermittelten Informationen für das grundsätzliche Genügen einer Basisaufklärung. Der Empfänger von Informationen verfügt oft über beschränkte Möglichkeiten, das Erfahrene mit eigenem Wissen umsetzbar zu machen. Auch unabhängig vom Hintergrundwissen besteht die Gefahr, in der Informationsflut zu ersticken. Druey zieht daraus den Schluss, der Informierende habe eine "wichtige quantitative Verantwortung nach unten; er hat die Pflicht zur Selektion" ¹⁰⁶. Für Arzt liegt eine der wichtigsten Gefahren extensiver Information in der Desinformation durch Überinformation ¹⁰⁷.

3. Der zweite Schritt: die Ermittlung des individuellen Aufklärungsbedürfnisses im Einzelfall

Ist die Basisaufklärung nach "objektivierten" Anforderungen ungenügend, haftet der Arzt für sämtliche Folgen der misslungenen Behandlung, weil die vom Patienten erteilte "Einwilligung" die Rechtswidrigkeit des körperlichen Eingriffes nicht zu beheben vermag ¹⁰⁸. Entspricht jedoch die Basisaufklärung dem, was ein durchschnittlicher und verständiger Patient erwarten durfte, so muss weiter überprüft werden, ob der Arzt allenfalls eine Pflichtverletzung begangen hat, indem er weitergehende, individuelle Aufklärungsbedürfnisse des Patienten nicht hinreichend erkannt hat, obwohl man dies von ihm nach den Umständen hätte erwarten dürfen. Für den Bereich der Informationspflichten bedeutet dies, dass untersucht werden muss, ob der Arzt über die Basisinformation hinaus dem individuellen Willen seines Patienten nach detaillierteren Informationen genügend Rechnung getragen hat. Wenn der Arzt die alleinige Verantwortung trägt, dem Patienten das notwendige Basiswissen zu vermitteln, sind diesem bei der Konkretisierung seines Informationsbedürfnisses nun ebenfalls Pflichten auferlegt.

Die Aufklärung eines jeden Patienten hat zum Zweck, sein Informationsdefizit zu beseitigen. Sie muss deshalb zu Recht auf individuelle Bedürfnisse Rücksicht nehmen. Jeder Patient hat die Möglichkeit, medizinisch nicht angezeigte, gar unvernünftige Entscheidungen zu treffen. Gleichermassen kann er auch Aufklärungswünsche anbringen, die denjenigen des "verständigen Patienten" widersprechen. Eisner zieht daraus folgende Schlüsse: Eine vertiefte Aufklärung ist nur geschuldet, sofern der Patient diese ausdrücklich verlangt, oder falls ohne weiteres erkennbar ist, dass für den konkreten Patienten eine zusätzliche Aufklärung besonders bedeutsam sein muss. Er erwähnt das Beispiel eines

**** AJP/PJA 2000 Seite 625 ****

professionellen Klavierspielers, der über sämtliche -- auch nur äusserst selten auftretende -- Risiken im Zusammenhang mit einer Operation seiner Hände orientiert werden will. Es bestehe aber keine Nachforschungspflicht des Arztes, welche Umstände für seinen Patienten allenfalls zusätzlich von Bedeutung sein könnten ¹⁰⁹. Aus ähnlichen Überlegungen hat die deutsche Rechtsprechung dem Patienten nach durchgeführter Basisaufklärung eine gewisse Pflicht oder Last auferlegt, weitere Fragen zu stellen, falls er eine vertiefte Aufklärung wünscht, und in solchen Fällen den Mitverschuldenseinwand des Arztes gutgeheissen ¹¹⁰.

Ich schliesse mich dieser Meinung grundsätzlich an, wobei sie in einem Punkt relativiert werden muss. Der Patient ist unter Umständen krankheitsbedingt nicht im Stande, die erforderliche Mitwirkung zu leisten, und die für die Behebung weiterer Informationslücken notwendigen Fragen zu stellen. Der Arzt muss in diesen Fällen versuchen, den Patienten zu ermuntern, besondere Ängste abzubauen und weitergehende Fragen zu stellen ¹¹¹. Selbst wenn also die Basisaufklärung "objektivierten Anforderungen" genügt, kann eine Pflichtverletzung darin bestehen, dass der Arzt das persönliche Aufklärungsbedürfnis seines Patienten nicht hinreichend erkannt hat.

Vor einer Handoperation wird sich ein Operateur nach dem Beruf des Patienten erkundigen. Hat er einen professionellen Klavierspieler vor sich, muss der Chirurg davon ausgehen, dass dieser Patient ein erhöhtes individuelles Informationsbedürfnis aufweist. In einem solchen Fall wird er auch über seltene Risiken spontan informieren müssen oder jedenfalls seinen Patienten auf die Möglichkeit einer umfassenderen Aufklärung hinweisen. Dieser Fall dürfte jedoch die Ausnahme bilden, denn die Basisaufklärung orientiert sich bereits am verständigen Patienten, der vernünftige Entscheidungen unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalles trifft. Ohne besondere Hinweise des Patienten (besonderer Beruf, religiöser Glaube, spezielle Lebensführung, besondere familiäre Umstände, usw.), ist der Arzt nicht zu einer vertieften Aufklärung verpflichtet.

Wie der Patient im Rahmen des Informationsaustausches mitzuwirken hat, wird nachstehend noch zu erläutern sein ¹¹². An dieser Stelle sei nur angemerkt, dass der Richter bei der Überprüfung des Verhaltens des Patienten zu beurteilen haben wird, ob dieser auch vor der Behandlung tatsächlich weitergehende Informationsbedürfnisse hatte und ob er diese kundgetan hat. Dabei wird er die persönlichen Merkmale des Patienten (Alter, Ausbildung, Lebenserfahrung, usw.) berücksichtigen müssen und an einen selbstsicheren und klugen Patienten, der auch eher etwas Irreführendes vortäuschen kann, bei der Formulierung dieser Bedürfnisse höhere Anforderungen stellen können ¹¹³. Bei der Würdigung sämtlicher Aussagen wird er nötigenfalls auf den mutmasslichen Willen des Patienten abstellen müssen. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte wird er von der Vermutung ausgehen können, dass der Patient eine im Vergleich weniger schwere Einschränkung des Informationsinteresses zugunsten einer Förderung des Gesundheitsinteresses in Kauf zu nehmen bereit war ¹¹⁴.

4. Zusammenfassung

Was die Basisaufklärung, mit der sich der Arzt in einem ersten Schritt begnügen kann, genau beinhaltet, kann nicht abstrakt umschrieben werden. Der Umfang ist für jeden Krankheitstypus und für jede Behandlung nach einer "objektivierten" Richtlinie zu bestimmen und muss sich am Bedürfnis eines "verständigen Patienten" orientieren. Der Arzt hat die hinreichende Basisaufklärung zu beweisen. Ist sie ungenügend, so haftet er für den ganzen Schaden, auch für unvermeidbare Folgeerscheinungen, da die vom Patienten erteilte Einwilligung unwirksam ist ¹¹⁵. Steht fest, dass die Anforderungen an eine minimale Aufklärungspflicht eingehalten wurden, muss überprüft werden, ob der Arzt allenfalls weitergehende individuelle Bedürfnisse aufgrund der Umstände des Einzelfalles hätte erkennen müssen. Um dies zu beurteilen, ist auch das Verhalten des Patienten zu würdigen.

IV. Die Informationspflichten des Patienten

1. Einleitung

Im Bereich des gegenseitigen Informationsaustausches bedarf es der Mitwirkung des Patienten. Von ihm darf ein mitverantwortlich geführter Dialog verlangt werden. Es sollte nicht bei der in passiver Haltung erteilten Einwilligung in die vom Arzt gemachten Behandlungsvorschläge bleiben ¹¹⁶. Dies auch, wenn -- wie die Umschreibung der

**** AJP/PJA 2000 Seite 626 ****

Informationspflichten des Arztes gezeigt hat -- für die Statuierung von Informationspflichten des Patienten ein relativ kleiner Spielraum verbleibt. Wann dem Patienten zugemutet werden kann, Fragen zu stellen oder spontan zu informieren und wann statt dessen mit spontaner Aufklärung des Arztes gerechnet werden darf, ist wertend zu bestimmen. Es kommt einerseits auf das Ausmass der sozialen oder individuellen Schutzbedürftigkeit, andererseits auf den Umfang der Gefährdung des Vertragszwecks und auf die Höhe des Risikos an, das für die übrigen Rechtsgüter des Partners bei der Durchführung des Vertrages besteht. Je höher diese Faktoren zu bewerten sind, desto eher ist eine Pflicht zur spontanen Information zu bejahen und zwar auch dann, wenn der andere an sich in der Lage ist, die entsprechenden Fragen zu stellen ¹¹⁷.

An dieser Stelle soll nun also der Frage nachgegangen werden, inwiefern auch der Patient Aufklärungspflichten hat, ob er nur Fragen zu beantworten hat und inwiefern er allenfalls verpflichtet ist, selber dem Arzt Fragen zu stellen.

2. Die eingeschränkten Aufklärungspflichten des Patienten

Allfällige spontane Aufklärungspflichten des Patienten kollidieren mit ärztlichen Berufspflichten. Der Arzt verfügt kraft seiner Ausbildung über einen Wissens- und Informationsvorsprung; er kennt Ursachen und Folgen möglicher Komplikationen. Der Patient weiss in der Regel nicht, welche Angaben der Arzt hierfür benötigt. In diesem Sinne entschied das Oberlandesgericht Köln, es sei Sache des

Arztes, den Patienten nach Vorerkrankungen zu befragen, so auch nach Thrombosen, wenn sich der Verdacht aufdränge, es könne sich eine solche entwickeln. Es begründe deshalb kein Mitverschulden, wenn ein Patient, der wegen einer früheren Thrombose einen Stützstrumpf trage, den ihn wegen eines Unfalls behandelnden Arzt nicht darauf hinweise ¹¹⁸.

Auch das Bundesgericht scheint die Meinung zu vertreten, dass eine Vertragspartei von sich aus nur auf Umstände aufmerksam machen muss, von denen sich die Gegenpartei selber weder Kenntnisse verschaffen kann noch verschaffen muss ¹¹⁹. Dieses Argument ist jedoch zu relativieren, denn mit der gleichen Begründung könnte die Aufklärungspflicht des Arztes über die wirtschaftlichen Belange der Behandlung ¹²⁰ verneint werden, weil dem Patienten vor einer Behandlung, insbesondere vor einem operativen Eingriff, wohl zugemutet werden kann, mit seiner Krankenversicherung (oder mit einer anderen Sozialversicherung) die versicherungsrechtliche Deckung abzuklären ¹²¹. Zwar obliegt dem Arzt die Diagnosepflicht in jedem Fall. Dennoch können den Patienten, wenn auch nur ausnahmsweise, spontane Aufklärungspflichten treffen. Zum Beispiel wenn er sich aufgrund eigener medizinischer Kenntnisse der Tatsache bewusst sein muss, dass sein Arzt über aussergewöhnliche Umstände, wie Vorerkrankungen, spezielle, evtl. genetische Prädispositionen, Allergien oder andere Unverträglichkeiten, orientiert werden sollte, weil dieser sie von sich aus nur schwer oder gar nicht erkennen könnte. Der Patient desavouiert das ärztliche Vertrauen in die Gefährlosigkeit des eigenen Verhaltens, wenn ihm solche Umstände bekannt sind und er sie nicht angibt ¹²². Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Patient aufgrund früherer ähnlicher Behandlungen über einen Informationsvorsprung verfügt.

Verschweigt ein Patient ohne spezielle medizinische Kenntnisse, dass er im Verlaufe einer früheren Operation an einer Blutgerinnungsstörung gelitten hatte, und unterlässt er auch den Hinweis, dass sich im Verlaufe der vergangenen Jahre auffallende Hämatome am Körper gebildet haben, wenn er irgendwo auch nur leicht anstiess, so kann dies im Falle einer Blutgerinnungskomplikation ein mitwirkendes Verschulden darstellen ¹²³. Die Frage, ob ein Laie aus dem gelegentlichen Auftreten von Hämatomen so gewichtige Schlüsse ziehen muss, dass man ihm ein mitwirkendes Verschulden anlasten kann, ist ebensowenig abstrakt zu klären wie die Frage, ob den Arzt, der einer völlig atypischen Blutung gegenübersteht, überhaupt ein Verschulden trifft. In die Abwägung sind wie gesagt die individuellen Fähigkeiten des Patienten einzubeziehen, wie Intelligenz, Einsichtsvermögen oder Bildungsstand. Weiss der Patient aufgrund früherer allergischer Reaktionen oder weil man ihn darauf aufmerksam gemacht hat, dass bei ihm eine Medikamentenüberempfindlichkeit besteht, zum Beispiel auf Penizillin, hat er ungeachtet der Tatsache, dass ihn der Arzt danach zu fragen hat, die Pflicht, dies zu offenbaren ¹²⁴.

Der Patient muss auch über Umstände informieren, über die sich der Arzt im Rahmen der Anamnese nicht zu erkundigen braucht. Ich denke an die Pflicht der Zeugen Jehovas, auch vor einem relativ risikolosen Operationseingriff darauf hinzuweisen, dass sie aus religiösen Gründen eine

**** AJP/PJA 2000 Seite 627 ****

Bluttransfusion ablehnen. Verweigert ein solcher Patient im voraus eine Bluttransfusion, die grundsätzlich im Verlaufe jedes operativen Eingriffes notwendig werden kann, muss er dies dem Operierenden mitteilen. Wenn auf der einen Seite dem Patienten das Recht auf unvernünftige Entscheidungen zugebilligt wird, steht auf der anderen Seite dem Arzt das Recht zu, unter solchen Umständen von einer Behandlung abzusehen ¹²⁵.

Wenn den Patienten spontane Aufklärungspflichten im Sinne der hier erläuterten Sorgfaltspflichten nur ausnahmsweise treffen, kommen sie als Schutzpflichten häufiger vor. Leidet der Patient etwa an einer schwerwiegenden, die Allgemeinheit und seinen Vertragspartner besonders gefährdenden Erkrankung, zum Beispiel an einer HIV- oder Hepatitis-Infektion, so ist ihm die Offenbarung dem Arzt gegenüber nicht nur im Interesse der Sicherstellung seines Therapieerfolges empfohlen, sondern er ist hierzu auch verpflichtet, um bei den behandelnden Personen Schaden abzuwenden. Das Operationspersonal hat natürlich trotzdem die elementaren Sicherheitsmassnahmen zu treffen. Die Offenbarung eines solchen Risikos vor einer Operation ist jedoch zumutbar und bedeutet keinen zu weit gehenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Patienten, weil auf der anderen Seite ein hohes Risiko für das operierende Personal besteht, das nicht unbedingt erkennbar ist und vor dem man sich allenfalls nur mit speziellen Massnahmen wirksam schützen kann.

3. Die Auskunftspflichten des Patienten

Wenn den Patienten nur ausnahmsweise die Pflicht trifft, den Arzt spontan über für die Behandlung relevante Umstände hinzuweisen, trifft ihn im Rahmen des Arzt-Patienten-Gesprächs grundsätzlich die Pflicht, die Fragen des Arztes vollständig und gewissenhaft zu beantworten. Es kann aber auch

vorkommen, dass zum Beispiel die Erkrankung oder das Alter es dem Patienten verunmöglichen, die Fragen wahrheitsgetreu zu beantworten. Der Arzt muss insbesondere dann an der Wahrheit seiner Antworten zweifeln, wenn diese im Widerspruch zu seiner Krankengeschichte oder mit anderen Untersuchungsergebnissen stehen, oder wenn er davon ausgehen muss, sein Patient könne auch auf einfache Fragen keine zuverlässigen Antworten geben ¹²⁶.

Hat der Patient eine Frage nicht oder nur teilweise verstanden, oder kennt er die Antwort nicht, so muss er dies dem Arzt verständlich machen. Er kann sonst seine Pflicht zur Mitwirkung verletzen, wenn er dem Arzt auf dessen Frage eine kontraindizierende Tatsache verschweigt ¹²⁷. Dass Fragen in der Praxis nicht immer richtig gestellt werden und die Antworten oft Probleme bieten, sei anhand von zwei Beispielen erläutert: Wenn der Arzt vor einer Operation seinen Patienten fragt, ob dieser Medikamente einnimmt, und dieser regelmässig ein Präparat zu sich nimmt, das Acetylsalicylsäure enthält ¹²⁸, stellt das Verschweigen dieser Tatsache nicht zwingend eine Pflichtverletzung dar. Dies deshalb, weil diese Art von Medikamenten nicht rezeptpflichtig und ziemlich einfach erhältlich sind (unter anderem auch in Drogerien), und von gewissen Patienten sehr regelmässig und für jede mögliche Indikation eingenommen werden und deshalb für die Betroffenen rasch den Charakter eines Arzneimittels verlieren können. Auch die bereits präzisere Frage des Arztes, ob der Patient Schmerzmittel einnehme, wird dieser nicht unbedingt treuwidrig verneinen, wenn ihm beispielsweise dieses Medikament zwar vor einigen Jahren als Schmerzmittel verschrieben worden war, er es im Zeitpunkt der Operation aber täglich nimmt, um zum Beispiel vorsorglich das Aufkommen von Kopfschmerzen zu unterdrücken. Je nach Bildungsgrad und Krankheitsbild wird der Patient auch die Frage, ob er Aspirin(r) oder ähnliche Präparate einnehme, nicht pflichtwidrig verneinen, wenn er zwar ein ähnliches Medikament nimmt, jedoch das einer anderen Marke ¹²⁹.

Heikler präsentiert sich die Situation, wenn der Gynäkologe vor einem Eingriff bei seiner Patientin die gleiche Frage nach der Einnahme von Medikamenten stellt, und diese ihm verschweigt, dass sie als Verhütungsmittel "die Pille" einnimmt. Dies muss nicht in jedem Fall eine Pflichtverletzung der Patientin darstellen. Auch dieses Medikament kann für eine Patientin, die seit Jahren täglich und routinemässig ihre Tablette einnimmt, den Charakter eines Arzneimittels verloren haben. Immerhin handelt es sich hier um ein rezeptpflichtiges Arzneimittel, das bloss nach durchgeführter ärztlicher Kontrolle verschrieben wird und nur in einer Apotheke erhältlich ist. Zudem werden die Rezepte nur für eine beschränkte (meist sechsmonatige) Zeitperiode ausgestellt, was vor dem Nachreichen⁴⁴ eines neuen Rezeptes eine neue medizinische Kontrolle gewährleisten sollte.

Auch hier kommt es selbstverständlich auf die Umstände des Einzelfalles an. Mit diesen Beispielen soll lediglich aufgezeigt werden, dass der Arzt möglichst präzise Fragen stellen und sich insbesondere vor einer Operation die nötige Zeit nehmen muss, um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen. Ist eine präzise Beantwortung der Fragen für die Indikationsstellung von besonderer Bedeutung, sollte der Arzt sicherheitshalber neben der generellen Frage nach Einnahme von Medikamenten noch konkreter nach spezifischen Arzneimitteln fragen. Diese Feststellungen ändern nichts an der Tatsache, dass der Patient die ihm während des Arzt-Patienten-Gesprächs gestellten Fragen vollständig und redlich zu beantworten hat. Möglicherweise gereicht ihm im konkreten Fall eine verschwiegene kontraindizierende Tatsache nicht zum Verschulden.

**** AJP/PJA 2000 Seite 628 ****

4. Die eingeschränkten Fragepflichten des Patienten

Falls der Patient zur umfangreichen Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts über die Basisaufklärung hinausgehende Informationen benötigt, obliegen ihm gewisse Fragepflichten. Dies zum Beispiel wenn er wünscht, über sämtliche, auch sehr seltene Risiken einer Behandlung informiert zu werden ¹³⁰. Es wurde bereits gesagt, dass der Arzt unter Umständen verpflichtet ist, sich nach solchen Bedürfnissen zu erkundigen ¹³¹. In der Lehre wurde verschiedentlich behauptet, Bitten des Patienten um ungeschminkte Wahrheit, insbesondere wenn es um Angaben im Zusammenhang mit einer Krebsdiagnose geht, seien oft nur rhetorisch, weshalb eine Informationsbeschränkung trotz entsprechendem Informationsbegehren immer noch zulässig sei, weil bei infausten Diagnosen der Patient in Wirklichkeit gar nicht informiert werden wolle ¹³². Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Der Arzt darf auf gezielte Fragen hin nie unrichtig, bloss partiell oder irreführend antworten, denn der Patient ist Herr über das Aufklärungsgeschehen ¹³³. Was er wissen will, muss der Arzt ihm sagen ¹³⁴. Die Grenze eines vom Patienten durch Nachfragen besonders weit ausgestalteten Informationsanspruches liegt nach Auffassung Rossner's dort, wo mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Kenntniserlangung kurzfristig den Tod des Kranken zur Folge haben könnte ¹³⁵. Nach seiner Auffassung muss aber eine maximale Aufklärung nur dann gewährt werden, wenn der Patient ernsthaft auf eine umfassende Aufklärung besteht, weil nicht jede Nachfrage auf eine umfassende Detailaufklärung gerichtet ist ¹³⁶.

V. Die Mitwirkung des Patienten beim Aufklärungsprozess: Aufteilung der Beweislast

Nach der Rechtsprechung trifft den Arzt bezüglich sämtlicher rechtserheblicher Tatsachen im Bereich der Eingriffsaufklärung und der Eingriffseinwilligung die Beweislast. Er hat dabei zu beweisen, dass seine Aufklärung die an sie gestellten Anforderungen erfüllte¹³⁷. Wurde die Behandlung ohne rechtfertigende Einwilligung vorgenommen, weil die zugrundeliegende Aufklärung ungenügend war, steht dem Arzt der Einwand der hypothetischen Einwilligung offen, wobei ihm hierfür die schwierige Beweisführung obliegt¹³⁸.

Einige Autoren wollen die Beweislast für die unzureichende Eingriffsaufklärung ganz dem Patienten auferlegen. Sie gehen vom einheitlichen Bild der Aufklärung aus, das sowohl Eingriffs- wie Sicherungsaufklärung als normale Berufspflichten des Arztes verbindet. Danach hätte ein Patient gemäss Art. 97OR und analog der geltenden Kunstfehlerhaftung sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen nachzuweisen¹³⁹. Durch diese beweismässige Gleichstellung soll ein einheitlicher Arzthaftungsprozess geschaffen werden¹⁴⁰. Ähnlich argumentieren diejenigen Autoren, die vom Patienten den Nachweis verlangen, dass die unterlassene Aufklärung für den eingetretenen negativen Erfolg kausal gewesen sein müsse¹⁴¹.

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung soll auch das brisante Problem der Beweislastverteilung bei Aufklärungsfragen durch eine Aufgabenteilung gelöst werden. Der Arzt hat zu beweisen, dass seine Basisaufklärung den "objektiven Anforderungen" genügt, die es einem "verständigen Patienten" ermöglicht, wirksam in die Behandlung einzuwilligen. Als geeignete Form der Beweissicherung gelten die ausführliche Dokumentation des Aufklärungsgesprächs¹⁴², sowie der Vermerk der Einwilligung in der Krankengeschichte¹⁴³.

Steht einmal fest, dass die Basisaufklärung hinreichend war und dem Patienten auch in geeigneter Form vermittelt wurde, besteht eine Vermutung, dass die Einwilligung rechtswirksam erteilt wurde. Falls zusätzliche, über diejenigen eines verständigen Patienten hinausgehende Aufklärungsbedürfnisse vor Beginn der Behandlung bestanden haben,

**** AJP/PJA 2000 Seite 629 ****

muss der Patient mindestens einen der folgenden zwei Nachweise erbringen: Entweder, dass der Arzt nach den Umständen des Einzelfalles diese Bedürfnisse hätte erkennen müssen¹⁴⁴, oder dass er diese im Arzt-Patienten-Gespräch geäussert hatte (zum Beispiel durch Nachfragen oder durch die Äusserung des Wunsches, über sämtliche Implikationen der vorgesehenen Behandlung informiert zu werden). Diese Aufteilung der Beweisführungslast führt zu einer sachgerechten Lösung. Sie entzieht der Aufklärungshaftung teilweise ihren beweisrechtlichen Sonderstatus, indem der Patient nicht mehr einfach die fehlende Aufklärung (auch über sehr seltene Risiken) und damit eine ungenügende Einwilligung vorschieben kann, um zu Schadenersatz zu kommen. Sie trägt gleichzeitig der nunmehr gefestigten Rechtsprechung Rechnung, wonach die Aufklärung sowohl dem Schutz der körperlichen Integrität als auch dem Selbstbestimmungsrecht des Aufklärungsadressaten dient und diese Rechtsgüter nicht voneinander getrennt betrachtet werden können.

* Für weitergehende Ausführungen zur Problematik der Patientenpflichten siehe meine bei Stämpfli Verlag AG, Bern, erschienene Dissertation "Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag".

¹ Damit der nachstehende Text einfacher lesbar ist, wird in diesem Artikel auf eine systematische Wiederholung der weiblichen Form verzichtet.

² Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 57. A., München 1998, § 242 N 37 BGB; Aufklärungspflichten werden häufig auch als Anzeige-, Hinweis-, Mitteilungs-, Offenbarungs-, Unterrichts-, Beratungs- oder Warnpflichten bezeichnet. Sie werden in diesem Artikel nicht unterschieden und als Synonyme verwendet.

³ Sandro Abegglen, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft. Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Diss. Bern 1995, 5.

⁴ Jean Nicolas Druey, Information als Gegenstand des Rechts. Entwurf einer Grundlegung, Zürich 1995, 240 (zit.: J. N. Druey, Information).

⁵ J. N. Druey, Information (siehe FN 4), 118, zitiert hierfür das Beispiel des Beipackzettels von Arzneimitteln, der derart viele Eventualitäten berücksichtigen muss, die meist für den Konsumenten nicht interessant oder nicht verständlich sind, so dass er nicht gelesen wird.

⁶ Carla Mainardi-Speziali, Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik. Die genetische Beratung als vertragliche Leistung des Arztes, Diss. Bern 1992, 74 ff.; Wolfgang Wiegand, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in Heinrich Honsell, (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 123 (zit.: W. Wiegand, Handbuch); BGE 117 Ib 200 f. = Pra 82 Nr. 31.

⁷ J. N. Druey, Informationspflichten im Auftragsrecht -- unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsanwaltsberufs, in Information, Technologie und Recht (Neuere Entwicklungen und ihre Relevanz für die Rechtsberatungsberufe), Schriftenreihe SAV, Band 14, Bern 1996, 27 (zit.: J. N. Druey, Auftragsrecht).

⁸ Hans Kuhlendahl, Ärztlicher Entscheidungsspielraum -- Handlungszwänge, in Festschrift Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München 1979, 471.

⁹ MünchKomm-Mertens, 3. A., München 1994, § 823 N 423 BGB.

- 10 Walter Brüggmann, Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1977, 1476.
- 11 Beat Eisner, Die Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Diss. Basel 1992, 220.
- 12 Bundesgerichtshof (BGH), in NJW 1984, 1399; W. Wiegand, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in W. Wiegand (Hrsg.), Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 1984, Bern 1985, 113 (zit.: W. Wiegand, Arzt & Recht); Young-Kyu Park, Das System des Arztrechts. Zur dogmatischen Klarstellung und sachgerechten Verteilung des Haftungsrisikos, Recht & Medizin, Band 26, Frankfurt am Main 1992, 62; Jens Göben, Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsprozess, Recht & Medizin, Band 39, Frankfurt am Main 1998, 17; Dietrich Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, Stuttgart 1990, 250; Otto Tempel, Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in NJW 1980, 610, spricht von "Konstruktion" der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht.
- 13 Erich Steffen, Verhandlung des 52. Deutschen Juristentages, Band II, München 1978, I 14.
- 14 Werner Wachsmuth, Anmerkungen zum Urteil des Oberlandesgerichtes (OLG) Celle vom 10.7.1978, in NJW 1979, 1253.
- 15 A.M. ist das OLG Köln, in NJW 1998, 3422.
- 16 Hans-Ludwig Schreiber, Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, Göttinger Universitätsreden 71, Göttingen 1984, 47, spricht von "Nebengeleis, auf das ausgewichen wird, wenn ein Fehler nicht beweisbar ist"; für Ulrich Hübner, Die Berufshaftung -- ein zumutbares Berufsrisiko?, in NJW 1989, 7, "spricht viel dafür, dass die Aufklärungspflicht im Ansatz nicht mehr war als ein Vehikel zur Behebung der Beweisnot".
- 17 Vgl. Art. 8ZGB und Art. 97OR; Dietmar Francki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess. Eine prozessrechtliche Studie unter Berücksichtigung des amerikanischen Rechts, Berlin 1982, 31.
- 18 Oder sonst eines Rechtfertigungsgrundes, wie eines Notstandes oder der mutmasslichen Einwilligung des Patienten, BGE 113 Ib 424 E. 4 = Pra 77 Nr. 278.
- 19 BGE 117 Ib 202 E. 2d.
- 20 W. Wiegand/S. Abegglen, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. Modalitäten der Aufklärung und Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht, in recht 1993, 198; BGE 108 II 62 E. 3 (= Pra 71 Nr. 122): "Le médecin doit donc réparation pour tout dommage découlant de l'échec total ou partiel de l'opération, lors même qu'il n'aurait violé aucune des règles de l'art."
- 21 Bis hin zur "Entfremdung der Aufklärung", vgl. Jochen Taupitz, Rechtliche Bindungen des Arztes: Erscheinungsweisen, Funktionen, Sanktionen, in NJW 1986, 2859 und W. Wachsmuth/H.-L. Schreiber, Das Dilemma der ärztlichen Aufklärung. Neue Probleme für die Rechtsprechung, in NJW 1981, 1985.
- 22 B. Eisner (siehe FN 11), 220.
- 23 Reinhard Bodenburg, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, in NJW 1981, 601; Dieter Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, Tübingen 1983, 80.
- 24 H. Honsell (Hrsg.), Einleitung zum Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 3 (zit.: H. Honsell, Handbuch).
- 25 Rolf Stürner, Die schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich, in SJZ 1984, 127; Adolf Laufs, Arzt und Recht -- Fortschritte und Aufgaben, in NJW 1998, 1755, wonach die richterliche Spruchpraxis die Aufklärungspflicht sehr angespannt hat.
- 26 BGE 113 Ib 423 ; ein Eingriff in die körperliche Integrität zu Heilzwecken, aber ohne hinreichende Aufklärung des Patienten wird auch strafrechtlich als Körperverletzung i.S.v. Art. 122 ff. StGB geahndet, BGE 124 IV 258 .
- 27 W. Wiegand, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in recht 1993, 151; BGE 117 Ib 200 m.w.N. auf die (nunmehr gefestigte) Praxis des Bundesgerichtes; auch in Deutschland besteht eine feste Spruchpraxis, siehe Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2. A., München 1999, § 67 N 2.
- 28 "Salus et voluntas aegroti suprema lex"; BGE 108 II 59 ff.; Olivier Guillod, Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme?, Diss. Neuchâtel 1986, 38 und 86; vgl. auch Hans-Jürgen Rossner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten. Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts, Recht & Medizin Band 40, Frankfurt am Main 1998, 247 m.w.N. in FN 19 und Jost Gross, Haftung für medizinische Behandlung, im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987, 207.
- 29 Nach Atalay Ileri, Die ärztliche Aufklärung in der Praxis, in Alfred Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, 181 f., steht dem Arzt sein bisheriges Berufsverständnis im Wege, das von einer hohen Machtposition und von Vorbildern geprägt ist, welche mit der Aufklärung des Patienten nicht viel anfangen können. M.E. dürfte es heute wohl kaum mehr vorkommen, dass Ärzte absolut eigenmächtige Behandlungen vornehmen; wenn früher die Ärzte als sog. "Halbgötter in Weiss" z.T. noch fast nach Belieben schalten und walten konnten, dürfte die Trendwende in der Ärzteschaft, die durch die zahlreichen Gerichtsberichterstattungen sensibilisiert wurde, eingeschlagen haben; mit Thomas Eichenberger, Die Rechtstellung des Arztes am öffentlichen Spital, unter besonderer Berücksichtigung der spezifischen Probleme des Dienst- und Haftungsrechts, Diss. Bern 1995, 33, besteht inzwischen vielmehr die Gefahr, "in die gegenteilige Unverhältnismässigkeit, in die juristisch-technische Erfassung der ärztlichen Tätigkeit abzugleiten".
- 30 H. Kuhlendahl (siehe FN 8), 470 f.; Diese Auffassung wird dadurch bestätigt, dass in der Rechtsprechung auch schon festgehalten wurde, dass der Arzt seinen Patienten auch über sehr seltene Nebenwirkungen zu informieren habe, BGH, in NJW 1990, 1528.
- 31 U. Hübner (siehe FN 16), in NJW 1989, 7; kritisch äussert sich auch J. N. Druey, Auftragsrecht (siehe FN 7), 40 und A. Laufs/W. Uhlenbruck (siehe FN 27), § 39 N 8: "So ist die leidige Funktion der Aufklärungspflichtverletzung als Subsidiärhaftungsgrund nicht der richtige Weg gewesen, die Arzthaftung für nicht beweisbare Behandlungsfehler zu begründen."
- 32 Die Verbindung der Schweizer Ärzte FMH führt seit den achtziger Jahren eine unabhängige Gutachterstelle zur Begutachtung von vermuteten ärztlichen Diagnose- und Behandlungsfehlern durch deren Mitglieder. Eine solche Einrichtung kann zur Abklärung von Grenzfällen einen nicht zu unterschätzenden Beitrag leisten. Die Berichte von unabhängigen Gutachtern (gegebenenfalls von Gutachterteams) können die Beweisgrundlagen für eine bessere Ausgangsposition im Prozess liefern; vgl. hierzu das Reglement für die aussergerichtliche Begutachtung von Arzthaftpflichtfällen, in Schweizerische Ärztezeitung (SAeZ) 1996, 1465 und in SAeZ 1998, 1927 und Hanspeter Kuhn, Kommentar (zum Reglement der FMH-Gutachterstelle) für Patient, Anwalt und Arzt, in SAeZ 1996, 1468; B. Eisner (siehe FN 11), 197. Wie das Beispiel von BGE 120 II 248 , 250 = Pra 84 Nr. 141 zeigt, ist das Bundesgericht für den Beweis einer Sorgfaltspflichtverletzung auch schon von einer tatsächlichen Vermutung ausgegangen, dass nicht alle gebotene Vorkehrungen getroffen worden waren und somit eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliege. Diese Vermutung diene der Beweiserleichterung, auch wenn sie keine Umkehr der Beweislast zur Folge habe, und könne vom Arzt erschüttert werden, wobei das Bundesgericht die Anforderungen an diese "Erschütterung" nicht klar umschrieben hat; kritisch zu diesem Urteil H. Honsell, Kommentierung von BGE 120 II 248 , in AJP/PJA 1995 227; W. Wiegand, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes, in ZBJV 1996, 329; St. Weber, Beweiserleichterungen bei ärztlichen Behandlungsfehlern, in SVZ 1995, 247.
- 33 W. Wiegand, Handbuch (siehe FN 6), 154 f.: Die in der Praxis häufig verwendeten Aufklärungsformulare, worin der Patient erklärt, den Inhalt des Formulars zur Kenntnis genommen zu haben, mit dem Arzt ein Aufklärungsgespräch geführt und keine weiteren Fragen mehr zu haben, dienen nur der technischen Erleichterung der Aufklärungsdokumentation und der Vorbereitung des Patienten auf das Aufklärungsgespräch. Sie entbinden den Arzt jedoch nicht von der Vornahme einer individuellen Information, zugeschnitten auf den Einzelfall.
- 34 Hans-Leo Weyers, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag, Band I, München 1978, A 113.
- 35 E. Steffen (siehe FN 13), I 14.
- 36 B. Eisner (siehe FN 11), 164.

- 37 A. Laufs, Entwicklungslinien des Medizinrechts, in NJW 1997, 1614.
- 38 Eingehend zur Übermassaufklärung H.-J. Rossner (siehe FN 28), 254.
- 39 R. Bodenbug (siehe FN 23), in NJW 1981, 603, spricht zutreffend von der "Gefahr einer mehrseitigen Pflichtverletzung".
- 40 B. Eisner (siehe FN 11), 209; H. Honsell, Die Aufklärungspflicht des Arztes in Deutschland, Österreich und der Schweiz, in SVZ 1995, 332, der die Gleichung "fehlerfreier medizinischer Heileingriff = Körperverletzung" als "verfehlt Hypothese" bezeichnet.
- 41 Danach sind Behandlungsfehler und Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht in ihrem Schuldvorwurf und Schuldgehalt wesensverschieden und nicht beliebig austauschbar, vgl. O. Tempel (siehe FN 12), in NJW 1980, 617.
- 42 Im einzelnen W. Wiegand, Arzt & Recht (siehe FN 12), 114 f. (W. Wiegand ist zwischenzeitlich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes eingeschwenkt, vgl. W. Wiegand, Handbuch (siehe FN 6), 187 FN 322); Franziska Buchli-Schneider, Arzthaftungsrecht, Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 113 II 429, in recht 1988, 96; H. Honsell, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, in ZSR 1990 I, 145 f.; H. Honsell, Handbuch (siehe FN 24), 16, über die Rechtsprechung, die den Heileingriff sowohl zivil- wie strafrechtlich als Körperverletzung versteht: "Das ist lebensfremder, in der Sache höchst ungerechter, aber vor allem auch juristisch falscher Konstruktionalismus."; B. Eisner (siehe FN 11), 213; Werner Eduard Ott, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Diss. Zürich 1978, 82; Eugen Bucher, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere Die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956, 84, der zu bedenken gibt, dass bei Persönlichkeitsrechten zwar von einer Verletzung, nicht aber von einem Schaden, der auf dem Wege des Schadenersatzes auszugleichen wäre, gesprochen werden könne.
- 43 B. Eisner (siehe FN 11), 215-217; Y.-K. Park (siehe FN 12), 61 f.; es herrscht heute bereits Einigkeit darüber, dass die Sicherungsaufklärung (oder therapeutische Aufklärung), die wirtschaftliche Aufklärung und die (umstrittene) Aufklärungspflicht über eigenes Fehlverhalten, als vertragliche Nebenpflichten des Arztes gelten, deren Verletzungen vom Patienten zu beweisen sind.
- 44 H.-J. Rossner (siehe FN 28), 270 ff.
- 45 W. Brüggmann (siehe FN 10), in NJW 1977, 1475.
- 46 R. Bodenbug (siehe FN 23), in NJW 1981, 601.
- 47 BGE 108 II 62 E. 3; stellvertretend für einige Stimmen aus der Ärzteschaft W. Wachsmuth, Die chirurgische Indikation. Rechtsnorm und Realität, in Festschrift Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München 1979, 473 ff.
- 48 C. Mainardi-Speziali (siehe FN 6), 80; W. Wiegand, Handbuch (siehe FN 6), 123; W. Wiegand/S. Abegglen (siehe FN 20), in recht 1993, 200; Pascal Payllier, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, Diss. Zürich 1999, 10.
- 49 Mit denen sich das Bundesgericht im leading case BGE 117 Ib 200 f. teilweise auseinander gesetzt hatte.
- 50 W. Wachsmuth/H.-L. Schreiber, Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht im westeuropäischen Vergleich, in Deutsche Medizinische Wochenschrift (DMW) 1984, 153.
- 51 Zum Bedürfnis des Patienten nach Information und Mitwirkung aus empirischer Sicht siehe Ch. Conti (siehe vor FN 1), 103 ff.
- 52 Robert Geisseler, Aufklärungspflicht des Arztes, in A. Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, 157; vgl. zur Problematik des richtigen Umfangs W. Wiegand (siehe FN 27), in recht 1993, 152; R. Bodenbug (siehe FN 23), in NJW 1981, 601; O. Tempel (siehe FN 12), in NJW 1980, 611; W. Wachsmuth/H.-L. Schreiber (siehe FN 21), in NJW 1981, 1985; C. Mainardi-Speziali (siehe FN 6), 75; Y.-K. Park (siehe FN 12), 67; B. Eisner (siehe FN 11), 163; S. Abegglen (siehe FN 3), 163 ff.; O. Guillod (siehe FN 28), 127, m.w.N. in FN 135: "Déterminer l'étendue de l'information que le médecin doit fournir au patient est vraisemblablement la question la plus épineuse à résoudre."
- 53 Bernd-Rüdiger Kern, Schwachstellenanalyse der Rechtsprechung, in Adolf Laufs/Christian Dierks/Albrecht Wienke et al. (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, Berlin, Heidelberg 1997, 314.
- 54 MünchKomm-Mertens (siehe FN 9), § 823 N 435a BGB, der von "Pflicht zu sorgfältiger Anamnese" spricht.
- 55 J. Göben (siehe FN 12), 72, nach dessen Auffassung ein solches Verhalten nur ausnahmsweise ein Mitverschulden an einer objektiv unzureichenden Aufklärung darstellen kann; siehe auch BGH, in AHRs (Arzthaftpflicht-Rechtsprechung, Rechtsprechungssammlung zum gesamten deutschen Arzthaftpflichtrecht) 1400/10 = NJW 1976, 364.
- 56 BGE 120 II 337 = Pra 84 Nr. 104.
- 57 Hans-Leo Weyers/Wolfram Mirtsching, Zum Stand des Arzthaftungsrechts, in Juristische Schulung (JuS) 1980, 321.
- 58 Es ist umstritten, ob der Patient überhaupt wirksam auf die Aufklärung verzichten kann. Es wird teilweise angenommen, der Patient müsse wissen, worauf er verzichtet, vgl. B. Eisner (siehe FN 11), 180 f.; mit BGE 105 II 289 = Pra 69 Nr. 135 E. 6c in fine ist aber davon auszugehen, dass ein solcher Verzicht (auch stillschweigend) möglich sein muss, denn ein Patient kann sich in der Behandlung auch sehr passiv verhalten und (ausdrücklich) wünschen, seinem Arzt die Behandlungsentscheide zu überlassen; siehe eingehend P. Payllier (siehe FN 48), 77 ff. m.w.N.
- 59 Hierzu E. Steffen, Der "verständige Patient" aus der Sicht des Juristen, in MedR 1983, 88 ff.
- 60 O. Tempel (siehe FN 12), in NJW 1980, 612; Y.-K. Park (siehe FN 12), 65 f.; B. Eisner (siehe FN 11), 164, nach dem den Bedürfnissen der Ärzte nach einem einheitlichen und brauchbaren Kriterium Rechnung getragen werden muss.
- 61 Zum Sachverständigen im Arzthaftungsprozess siehe Raimund Bürger, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess, in MedR 1999, 100 ff.; a.M. O. Guillod (siehe FN 28), 128, wonach die Beurteilung eines Aufklärungsfehlers anders als bei der Beurteilung eines Kunstfehlers nicht die Mitwirkung von Sachverständigen erfordert, weil die Aufklärung nicht von den Gepflogenheiten der ärztlichen Wissenschaft abhängt.
- 62 BGH, in NJW 1973, 556; MünchKomm-Mertens (siehe FN 9), § 823 N 435 BGB.
- 63 BGH, in NJW 1984, 1397 mit Urteilsanmerkungen von D. Giesen, in Juristische Rundschau (JR) 1985, 68 und Erwin Deutsch, in NJW 1984, 1399.
- 64 Wie z.B. der Verlust der Gebärfähigkeit.
- 65 Hierzu W. Wiegand, Handbuch (siehe FN 6), 139 f., der die Unterscheidung von der notwendigen "Aufklärung über Alternativen" und die nicht notwendige "Information über bessere Behandlungsmöglichkeiten" betont. Der Arzt braucht danach den Patienten nicht über neuartige Behandlungsmethoden zu unterrichten, die erst in wenigen Spezialkliniken erprobt wurden; vgl. auch BGE 114 Ia 358 E. 6 = Pra 78 Nr. 266; A. Laufs/W. Uhlenbruck (siehe FN 27), § 64 N 4 ff.; BGH, in NJW 1988, 764 sowie OLG Köln, in NJW 1998, 3422.
- 66 BGE 119 II 456 = Pra 84 Nr. 72.

- 67 A. Laufs/W. Uhlenbruck (siehe FN 27), § 63 N 6; so hat sich die Rechtsprechung auch schon mit einem sehr geringen Mass an Aufklärung bei einer medizinisch indizierten Blinddarmoperation begnügt, BGH, in NJW 1983, 333.
- 68 z.B. bei kosmetischer Chirurgie ohne zwingende medizinische Indikation; vgl. auch BGH, in MedR 1991, 85 und OLG Celle in NJW 1987, 2304.
- 69 Zum Kriterium der Dringlichkeit eingehend O. Tempel (siehe FN 12), in NJW 1980, 612.
- 70 R. Stürner (siehe FN 25), in SJZ 1984, 127; a.M. W. Wiegand (siehe FN 27), in recht 1993, 155, wonach die zeitliche Dringlichkeit nicht zwingend zu einem geringeren Aufklärungsbedürfnis führe. Es bleibe u.U. nur keine Zeit für eine umfassende Aufklärung, weshalb eine bloss rudimentäre Aufklärung als genügend zu betrachten sei.
- 71 Über typische Risiken muss nach dieser Rechtsprechung immer aufgeklärt werden, auch wenn sie statistisch noch so unwahrscheinlich sind, vgl. H. Honsell (siehe FN 40), in SVZ 1995, 335 f.; diese Auffassung teile ich nicht, vgl. unten Ziff. III.2.b.
- 72 Siehe hierzu auch R. Geisseler (siehe FN 52), 159 f.
- 73 Vgl. die Urteilshinweise bei B. Eisner (siehe FN 11), 85 f.; zustimmend auch A. Laufs/B.-R. Kern, Urteilsanmerkung, in JZ 1984, 631.
- 74 B. Eisner (siehe FN 11), 173, insb. FN 162.
- 75 Siehe hiernach Ziff. III.2.b.
- 76 BGH, in AHRS 4100/15 = Versicherungsrecht (VersR) 1992, 314; BGE 117 Ib 204 E. 3b; weitere Hinweise bei E. Steffen (siehe FN 59), in MedR 1983, 91; kritisch zu dieser Rechtsprechung R. Geisseler (siehe FN 52), 164 f. und W. Wiegand (siehe FN 27), in recht 1993, 156.
- 77 BGE 115 Ib 178 = Pra 78 Nr. 251.
- 78 Dies ergibt sich aus dem Schutzzweck der Aufklärungspflicht, D. Weber-Steinhaus (siehe FN 12), 206.
- 79 Reicht die Zeit aus, können in einem solchen Fall die Angehörigen des Patienten angehört werden. Der Arzt muss aber seinen Entscheid nach pflichtgemäßem Ermessen selber treffen und sich nach dem mutmasslichen Willen des Patienten orientieren, Ch. Conti (siehe vor FN 1), 135 ff.
- 80 Hierzu O. Tempel (siehe FN 12), in NJW 1980, 613; Max Kummer, Vertrauen und Recht im Verhältnis zwischen Patienten und Chirurgen, in Schweizerische medizinische Wochenschrift 1983, 588.
- 81 Hierzu Wolfram H. Eberbach, Die ärztliche Aufklärung unheilbar Kranker, in Medizinrecht (MedR) 1986, 184 f.
- 82 Hierzu B. Eisner (siehe FN 11), 187-190; W. Wiegand/S. Abegglen (siehe FN 20), in recht 1993, 192 ff.
- 83 Hierzu Jürgen F. Hoppe, Der Zeitpunkt der Aufklärung des Patienten -- Konsequenzen der neuen Rechtsprechung, in NJW 1998, 782; der BGH, in VersR 1992, 960, statuierte eine generelle Verpflichtung des Arztes zur Risikoauklärung noch vor der festen Vereinbarung eines Operationstermines. Eine Aufklärung über Eingriffsrisiken am Vorabend der Operation sei verspätet; in einem weiteren Urteil (BGH, in NJW 1993, 2372) wurde festgehalten, dass eine Aufklärung der Patientin über Notwendigkeit und Risiken eines Kaiserschnittes während der Geburt verspätet sei; zuletzt BGH, in NJW 1998, 1784 = MedR 1998, 516 mit kritischen Anmerkungen von B.-R. Kern, in MedR 1998, 518; ebenfalls kritisch zu dieser Tendenz der Rechtsprechung äussert sich H. Honsell (siehe FN 40), in SVZ 1995, 336 und W. Wachsmuth (siehe FN 14) zu einem Urteil des OLG Celle, in NJW 1979, 1253.
- 84 Vgl. W. Wiegand/S. Abegglen (siehe FN 20), in recht 1993, 191 und MünchKomm-Mertens (siehe FN 9), § 823 N 443 BGB: Bei der Stufenaufklärung werden dem Patienten durch spezifische Dokumentationsbogen die Basisinformationen der Aufklärung schriftlich vermittelt. Im darauf folgenden, durch die Formulare vorbereiteten Aufklärungsgespräch erfolgt die Erläuterung individueller Besonderheiten des Einzelfalles. Dies erleichtert dem Arzt die Beweisführung, da sich, was den gedruckt vorliegenden Teil der Aufklärung anbelangt, eine Zusammenfassung in den Krankenunterlagen erübrigt.
- 85 Jedenfalls reicht es nicht aus, wenn der Patient mittels vorgedrucktem Standardformular bescheinigt, er sei über alle Risiken eingehend aufgeklärt worden, denn der Patient muss ja individuell aufgeklärt werden. Das Formular kann allenfalls dem Schutz des Arztes vor späteren prozessualen Nachteilen dienen, vgl. H. Honsell (siehe FN 40), in SVZ 1995, 330.
- 86 Vgl. z.B. BGH, in NJW 1990, 1528; BGH, in NJW 1989, 1533; BGHZ 90, 103; BGHZ 90, 96 = NJW 1984, 1397.
- 87 Reinhard Damm, Medizintechnik und Arzthaftungsrecht. Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen, in NJW 1989, 742; BGH, in NJW 1976, 363 f.; zur sog. Prozentauklärung und zur schweizerischen Rechtsprechung siehe W. Wiegand, Handbuch (siehe FN 7), 134 f.
- 88 Dieses Risiko beträgt etwa 1:600000.
- 89 BGH, in AHRS 4100/15 = VersR 1992, 314; gemäss Pfälz. OLG Zweibrücken, in MedR 1999, 224, besteht keine Aufklärungspflicht über die Möglichkeit einer Eigenbluttransfusion vor einer Laparaskopie wegen der Möglichkeit eines unbekanntes Leiomyoms.
- 90 H. Honsell (siehe FN 40), in SVZ 1995, 336.
- 91 Y.-K. Park (siehe FN 12), 66 f.
- 92 BGH, in NJW 1994, 3012: Aufklärung über ein Ansteckungsrisiko von 1:15,5 Mio. für eine Kontaktperson einer gegen Kinderlähmung geimpften Person.
- 93 B.-R. Kern (siehe FN 53), 317 f.
- 94 B. Eisner (siehe FN 11), 172 FN 156, wonach sich diese Grenze bei einer Komplikationsdichte von etwa 1:1000 einpendeln sollte.
- 95 p. A. Ubel/G. Loewenstein, The role of decision analysis in informed consent: choosing between intuition and systematicity, in Social science and medicine 1997, 647; vgl. auch die bei B. Eisner (siehe FN 11), 115, zitierten Studien.
- 96 BGE 105 II 287 E. 6c = Pra 69 Nr. 135; BGE 108 II 61 E. 2.
- 97 BGE 117 Ib 203 .
- 98 Wird dem Patienten die Prognose einer schwerwiegenden oder gar zum Tode führenden Entwicklung verschwiegen, verlangt das Bundesgericht, dass diese in der Regel seinen Angehörigen bekanntgegeben werde, BGE 105 II 284 ff. = Pra 69 Nr. 135, 366 E. 6c. Dieser nicht näher begründeten Auffassung kann nur eingeschränkt gefolgt werden; jedenfalls begehrt der Arzt m.E. keine Pflichtverletzung, wenn er in einem solchen Fall die Angehörigen des Patienten nicht informiert.

- 99 O. Guilloid (siehe FN 28), 192 ff.; B. Eisner (siehe FN 11), 185; Lukas S. Brühwiler-Frésey, Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht, Zürich 1996, 188 m.w.N.
- 100 BGE 122 I 166 f. = Pra 85 Nr. 233 und hierzu kritisch J. Gross, Kommentierung von BGE 122 I 153, in AJP/PJA 1997, 91.
- 101 Hierzu eingehend BGE 117 Ib 206 E. 5.
- 102 Ablehnend O. Guilloid (siehe FN 28), 84 ff.; bejahend Rolf Raschein, Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Arzthaftpflicht, in ZGRG 1989, 64; vgl. für die deutsche Rechtsprechung die Hinweise bei Joachim Heilmann, Der Stand der deliktischen Arzthaftung, in NJW 1990, 1518.
- 103 BGE 117 Ib 206 .
- 104 O. Tempel (siehe FN 12), in NJW 1980, 616; J. Heilmann (siehe FN 102), in NJW 1990, 1518; R. Geisseler (siehe FN 61), 170; OGH (Oberster Gerichtshof, Österreich), in Juristische Blätter (JBl) 1995, 245.
- 105 BGE 117 Ib 207 ; ist eine Bluttransfusion vital indiziert, so ist es nicht plausibel, wenn die über die Gefahr einer Hepatitis-B-Infektion nicht aufgeklärte Patientin zur Begründung eines Entscheidungskonfliktes nur vorträgt, sie hätte sicherlich gefragt, ob dieses Risiko durch rechtzeitige andere medizinische Massnahmen hätte verkleinert werden können, OLG München, in AHRS 1050/32.
- 106 J. N. Druey, Verträge auf Information, in Innominatsverträge, Festgabe Walter R. Schlupe zum 60. Geburtstag, Zürich 1988, 161 ff., der auch auf die Wichtigkeit einer qualitativen Verarbeitung der abzuliefernden Informationen hinweist.
- 107 Gunther Arzt, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht, in W. Wiegand (Hrsg.), Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 1984, Bern 1985, 71.
- 108 BGE 108 II 62 E. 3 = Pra 71 Nr. 122, 300.
- 109 B. Eisner (siehe FN 11), 164 f.
- 110 BGH, in NJW 1973, 556; BGH, in NJW 1974, 363; zustimmend A. Laufs, Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge, in NJW 1974, 2028.
- 111 So auch O. Guilloid (siehe FN 28), 129.
- 112 Vgl. hiernach Ziff. IV. und V.
- 113 BGH, in NJW 1980, 635; BGH, in NJW 1976, 364: In diesem Fall bot der Patient als graduierter Architekt mit vielseitigen Interessen "das Bild einer informierten und aktiven Persönlichkeit", die gerade auch den seine Krankheit betreffenden Fragen viel Aufmerksamkeit und Aktivität zuwandte. Der BGH befand, dass diesem Patient "im Gegensatz zu einem geistig einfachen und der Materie ganz fremd gegenüberstehenden Patienten gegebenenfalls auch zuzumuten war, durch Fragen selbst auf eine Vervollständigung der Belehrung hinzuwirken ..., falls sie ihm zu knapp und unvollständig erschien".
- 114 H.-J. Rossner (siehe FN 28), 262; der OGH, in JBl 1983, 375, hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des Wohles des Patienten abzugrenzen sei und erst in zweiter Linie auch unter Bedachtnahme auf sein Selbstbestimmungsrecht.
- 115 Es sei denn, der Patient brauche überhaupt keine Aufklärung, weil er selber sachverständig ist.
- 116 BVerfG, in NJW 1979, 1930.
- 117 Soergel-Teichmann, Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. A., Stuttgart, Berlin, Köln 1990, § 242 N 140 BGB.
- 118 OLG Köln, in AHRS 1400/27.
- 119 BGE 105 II 80 = Pra 68 Nr. 172, wobei es in diesem Entscheid um Informationspflichten aus culpa in contrahendo ging.
- 120 Wie sie in BGE 119 II 456 statuiert wurde.
- 121 Die Leistungen der Grund- und Zusatzversicherungen zu überblicken, ist heute auch für Experten nahezu unmöglich. Patienten sind deshalb je länger je mehr gefordert, sich auch selber um finanzielle Belange zu kümmern und nicht einfach alles dem Arzt zu überlassen, siehe auch Ruth Rüegg-Dual, Keine Rechte ohne Pflichten, in Sprechstunde 1/1998, 38.
- 122 J. Göben (siehe FN 12), 49.
- 123 Max Kohlhaas, Wie weit ist der Patient aufklärungspflichtig, in DMW 1970, 1896 f.; ein ähnliches Beispiel von mitwirkendem Verschulden stellt der Fall dar, wo ein Patient, dem vier Monate vorher ein Magenballon implantiert worden war, sich wegen Bauchbeschwerden in ein Krankenhaus begibt und dort bei der Aufnahme diesen Sachverhalt verschweigt, siehe OLG Köln, in AHRS 1400/28.
- 124 A. Laufs/W. Uhlenbruck (siehe FN 27), § 80 N 1; a.M. J. Göben (siehe FN 12), 50, FN 224, der ein Urteil des LG Köln zitiert, wonach es nicht Aufgabe des Patienten sein soll, den Arzt regelmässig von sich aus über mögliche Unverträglichkeiten in Kenntnis zu setzen.
- 125 Sei es auch nur, um sich im Falle einer Komplikation die unangenehmen Folgen einer Strafuntersuchung oder von Presseberichten zu ersparen.
- 126 Allenfalls sind in einem solchen Fall die Angehörigen des Patienten in die Anamnese einzubeziehen.
- 127 A. Laufs/W. Uhlenbruck (siehe FN 27), § 78 N 11.
- 128 Wie z.B. das Aspirin(r).
- 129 Wie z.B. Aspégic(r), Aspro(r) oder Panadol(r).
- 130 B. Eisner (siehe FN 11), 221, wonach dem Patienten hier in gewissem Masse eine Eigenverantwortung obliegt.
- 131 Siehe oben Ziff. III.3.
- 132 Hans Roemer, Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken, in JZ 1960, 138; A. Laufs/W. Uhlenbruck (siehe FN 27), § 61 N 3.

133 Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht, in MedR 1996, 350.

134 O. Guillod (siehe FN 28), 130.

135 Z.B. bei konkret geäußerten Suizidabsichten.

136 H.-J. Rossner (siehe FN 28), 220 f.; mit Ernsthaftigkeit meint H.-J. Rossner z.B., dass in einer allgemeinen Erkundigung nach den Ergebnissen ärztlicher Untersuchungen nicht stets ein Insistieren auf die Offenbarung einer eventuellen Karzinomdiagnose zu sehen sei. Ein strengeres Mass müsse aber beim reinen Diagnosevertrag gelten, denn hier komme es dem Patienten gerade darauf an, den Befund zu erfahren.

137 Gerda Müller, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, in NJW 1997, 3051.

138 Vgl. oben Ziff. III.2.c.; W. Wiegand, Handbuch (siehe FN 6), 194 f; BGE 117 Ib 206 E. 5.

139 Mit Ausnahme des Verschuldens, für dessen Fehlen dem Arzt die Beweislast obliegen würde.

140 B. Eisner (siehe FN 11), 217; Y.-K. Park (siehe FN 12), 65.

141 J. N. Druey, Auftragsrecht (siehe FN 7), 40; H. Honsell (siehe FN 40), in SVZ 1995, 338.

142 Womöglich mittels eines vom Patienten unterschriebenen Aufklärungsblattes.

143 W. Wiegand, Handbuch (siehe FN 6), 152 und 195; es genügt den Beweisforderungen nicht, in der Krankengeschichte nur ganz allgemein zu vermerken, der Patient sei über die geplante Operation und ihre möglichen Komplikationen informiert worden. Den hinreichenden Beweis für eine genügende Aufklärung verschafft nur ein Eintrag mit einem gewissen Detaillierungsgrad. Darunter fallen: Angaben von Ort und Zeit der Aufklärung, Person des Aufklärenden und die stichwortartige Zusammenfassung des Gesprächsthemas. Allenfalls wird auch ein anwesender Zeuge (z.B. medizinisches Hilfspersonal) über den Verlauf des Aufklärungsgesprächs zuverlässig Auskunft erteilen können.

144 Weil er ihm beispielsweise, wie im oben erläuterten Fall des professionellen Klavierspielers vor einer Handoperation, seinen Beruf mitgeteilt hatte; siehe oben Ziff. III.3.