

Urteil des Bundesgerichts vom 9.2.2007, I. Zivilrechtliche Abteilung (4C.366/2006), BGE 133 III 121 (Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung wird mit Urteil vom 9.1.2008 (4C.66/2007) erneut bestätigt).

Privatrecht.

Schuldrecht - allgemein.

Obligationenrecht - Besonderer Teil - allgemein.

Auftragsrecht.

(4) Ärztliche Haftung aus Auftrag - Aufklärungspflicht des Arztes und Einwilligung des Patienten - "Hypothetische Einwilligung".

Mit Bemerkungen von PD Dr. med. Dr. iur. Antoine Roggo, Facharzt FMH Chirurgie und FMH Intensivmedizin, Leiter Abteilung Medizinrecht am IRM der Universität Bern

**** AJP/PJA 2008 Seite 913 ****

Problemstellung:

Medizinische Zwischenfälle werden von Patienten und ihren Interessensvertretungen kaum noch als schicksalhaft, als etwas Unvermeidliches hingenommen. Entsprechend hat sich über die letzten Jahrzehnte hinweg eine nicht unerhebliche Fallrechtsprechung im Gebiet der Arzthaftung entwickelt. Eine kompetente Mandantenbetreuung - sowohl auf Seiten des Patienten als auch auf Seiten des Arztes - kann angesichts des gesteigerten Anspruchsbewusstseins ein schwierig zu gewährleistendes Unterfangen werden.

Bei Arzthaftungsprozessen stehen in aller Regel folgende Fragen im Mittelpunkt:

-- Kann dem Arzt ein Verstoss gegen die geltende objektive Sorgfaltspflicht in Ausübung der Heilbehandlung nachgewiesen werden (Haftungsanspruch aus begangenen "Kunstfehler")?

-- Wenn nein, kann dem Arzt alternativ eine mangelhafte oder gar unterlassene sachgerechte Aufklärung des Patienten über die geplante zielführende Diagnostik bzw. Behandlung und die damit verbundenen konkreten Risiken vorgeworfen werden?

-- Wenn ja, kann sich der Arzt allenfalls dadurch exkulpieren, der Patient hätte bei ordnungsgemässer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Behandlung eingewilligt, wenn er deren Art und die für ihn damit verbundenen, relevanten Risiken hinreichend gekannt hätte (so genannte "Hypothetische Einwilligung")?

Gegenstand dieses Beitrages sind spezifische Rechtsfragen zur Arzt-Patienten-Beziehung. Dies betrifft u.a. die Beweislastverteilung im Zusammenhang mit dem Vorwurf des

**** AJP/PJA 2008 Seite 914 ****

Behandlungsfehlers/der Verletzung der objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht (so genannter "Kunstfehler"); bzw. allgemeinen Grundsätze zur rechtsgenügenden Patienten-Aufklärung. Hervorzuheben ist diesbezüglich die Rechtsprechung zur Fiktion der *hypothetischen Einwilligung*, d.h. der Fragestellung: Hätte der Patient bei ordnungsgemässer Aufklärung des Arztes eingewilligt? Diese hypothetische Einwilligung gilt es von der *mutmasslichen Einwilligung* klar abzugrenzen: Hätte der Patient eingewilligt, wenn er durch den Arzt tatsächlich hätte befragt werden können?

Rechtsprechung und Rechtswissenschaft haben zur Prüfung des Grundmasses von Leistungsansprüchen aus ärztlicher Heilbehandlung eine zweigliedrige Kriterienstruktur entwickelt. Auf Stufe der Vertragsverletzung bzw. Widerrechtlichkeit wäre zuerst die "*Verletzung der objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht*" / "*violation objective du devoir de diligence du médecin*" (was beispielsweise auf den Behandlungsfehler oder die mangelhafte Patientenaufklärung zutrifft) zu prüfen; auf einer zweiten Ebene das Verschulden "*Verletzung der subjektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht*" / "*violation subjective du devoir de diligence du médecin*".

Im zu analysierenden Urteil bestätigt das Bundesgericht einmal mehr seine ständige Rechtsprechung zur Beweislastverteilung in der Arzthaftung. Dies tut es in Einklang mit der herrschenden Lehre. Das Bundesgericht thematisiert und bestätigt dabei bisherige Grundsätze zur objektiven und subjektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht sowie die konkreten Anforderungen an die Fiktion der hypothetischen Einwilligung und deren rechtliche Wertung. Das Bundesgericht hat die Beschwerde - offenbar medizinisch sachverständig beraten - als insgesamt unbegründet abgewiesen. Dem ist aus Sicht des Rezensenten zuzustimmen.

Zum Sachverhalt:

Bei der damals 48-jährigen Klägerin/Beschwerdeführerin wurde im Jahr 1993 die Diagnose von aseptischen Hüftgelenksnekrosen gestellt (*d.h. partielles Absterben der Hüftköpfe aufgrund mangelhafter Knochen-Durchblutung*). Daraufhin hat Dr. A. die linke Hüfte erstmals im Dezember 1993 operiert. Das Ergebnis war unbefriedigend. Als Konsequenz musste im Juli 1994 eine Hüftgelenksprothese implantiert werden, was zur Besserung führte. Wegen chronischen Depressionen wurde der Klägerin zudem Ende 1994 eine volle Invaliden-Rente zugesprochen.

Die Klägerin kontaktierte Dr. A. im April 1996 erneut, dieses Mal wegen frisch aufgetretenen, intensiven Schmerzen nunmehr in der rechten, noch nicht operierten Hüfte. Dr. A. verwies die Klägerin an den Facharzt für Orthopädie Dr. Y., welcher im Juni 1996 das rechte Hüftgelenk - assistiert von Dr. A. - ebenfalls durch eine Prothese ersetzte. Während der Operation kam es zu einem Druckschaden an einem Oberschenkelnerven (*Zitat Sachverhalt A S. 122: "... lésion du nerf crural droit."*). Die Klägerin leidet seither an einer Schwäche im rechten Bein und kann sich nur noch mit Krücken fortbewegen. Die Klägerin liess daraufhin vorprozessual zwei Parteigutachten erstellen. Hierin werden gegenteilige Auffassungen zur eingehaltenen ärztlichen Sorgfaltspflicht und hinreichender Patientenaufklärung vertreten. Die Klägerin beschritt daraufhin den Rechtsweg und machte Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche wegen Nichtbeachtung der Regeln ärztlicher Kunst geltend. Zudem sei sie im Vorfeld des Eingriffs nicht rechtsgenügend zu den Risiken in Verbindung mit der rechtsseitigen Hüftoperation aufgeklärt worden.

Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Eingriff sei ohne Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt und macht zudem die hypothetische Einwilligung zur Hüftoperation geltend, da diese im Ergebnis sowohl dem Wille als auch dem Interesse der Beschwerdeführerin entsprochen habe.

Das angerufene kantonale Gericht holte in Ergänzung der Beweisaufnahme ein drittes, gerichtliches Gutachten ein und kam in Wertung der Unterlagen zur Überzeugung, dass keine ärztliche Pflichtverletzung feststellbar sei und wies die Klage ab. Ebenso befand das Obergericht. Mit Berufung an das Bundesgericht beantragt die Klägerin, den angefochtenen kantonalen Entscheid aufzuheben.

Bemerkungen zur Erwägung 3:

Vor Bundesgericht rügt die Beschwerdeführerin die Vorinstanz, diese habe Bundesrecht von Art. 8ZGB und Art. 97OR verletzt. Vorgeworfen wird eine unter falschen Voraussetzungen geübte Beweislastverteilung und Beweiswürdigung. Zudem verstosse die Vorinstanz gegen die herrschende bundesgerichtliche Auffassung in Sachen Anforderung an die ärztliche Sorgfaltspflicht.

Unbestritten ist, dass ein zwischen Arzt und Patient geschlossener Vertrag zur Heilbehandlung nach ständiger Rechtsprechung und Lehre als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR - mit sämtlichen daran anknüpfenden Haftungsfolgen - zu qualifizieren ist.

Nach geltender Rechtsprechung liegt die Besonderheit der ärztlichen Tätigkeit darin, dass der Arzt mit seinem Wissen und Können zwar sorgfältig auf einen erwünschten Erfolg hinwirken muss, diesen aber nicht herbeizuführen hat. Die erfolgsorientierte Heilbehandlung gehört letzten Endes nicht zu den vom Arzt aus Auftragsrecht zu garantierenden Verpflichtungen.

Der Arzt schuldet dem Patienten keine eigentliche Wiederherstellung der Gesundheit. Er schuldet eine begünstigende, tatsächlich daraufhin ausgerichtete Behandlung unter Berücksichtigung der objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht, d.h. den allgemein anerkannten Erkenntnissen und Zweckmässigkeiten der medizinischen Wissenschaft (*Zitat E. 3.1 S. 124: "L'étendue du devoir de diligence qui incombe au médecin se détermine selon des critères objectifs."*). Sofern der Arzt diese Vorgaben nicht befolgt, sieht er sich der Gefahr des Vorwurfs der Vertragsverletzung ausgesetzt.

Der Verstoss gegen eine subjektive ärztliche Sorgfaltspflicht, somit das persönliche ärztliche Verschulden, ist bei

gegebener Vertragsverletzung in einem weiteren Schritt zu prüfen. Hierfür gilt, dass sich das persönlich zumutbare Ausmass an ärztlicher Sorgfaltspflicht nicht ein für alle Mal abstrakt, allgemeingültig festlegen lässt (*Zitat E. 3.1 S. 124: "Les exigences qui doivent être posées à cet égard ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes; ..."*). Das Ausmass an zuordenbarer subjektiver Sorgfaltspflicht richtet sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum, den vorhandenen Mittel und der dem Arzt konkret zur Verfügung stehenden Zeit. Hinzu kommen Ausbildung und zu erwartende Leistungsfähigkeit des Arztes. Je schwieriger der Eingriff, je weniger spezialisiert der Arzt ist und je weniger Mittel und Zeit ihm zur Verfügung stehen, desto näher liegt es, im Fall einer Schädigung, den Anspruch auf Ersatzpflicht zu ermässigen, zu begrenzen oder überhaupt zu verneinen und umgekehrt.

Im Zivilrecht ist die Arzthaftung nicht mehr ausschliesslich auf grobe Verstösse gegen die Sorgfaltspflicht beschränkt (*Zitat E. 3.1 S. 124: "... le médecin répond en principe de toute faute; sa responsabilité n'est pas limitée aux seules fautes graves ..."* Vgl. auch *BGE 116 II 519 E. 3a S. 521 ; 115 Ib 175 E. 2b S. 180; 113 II 429 E. 3a S. 432/433*). Demnach hat der Arzt die Patienten *stets fachgerecht* zu behandeln und muss zum Schutz ihres Lebens, ihrer Gesundheit die nach den Umständen *gebotene und zumutbare Sorgfalt aufwenden* und hat grundsätzlich für jede Pflichtverletzungen einzustehen.

Vor diesem juristischen Hintergrund ist die "biologisch individuelle Realität" zu erkennen, dass aus jeder sorgfältigen Heilbehandlung grundsätzlich neue gesundheitliche Beeinträchtigungen resultieren können. Ereignisse, welche vom blossen Ausbleiben des angestrebten Behandlungserfolgs zu unterscheiden sind und damit nicht an sich schon als Verletzung einer objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht zu qualifizieren sind (vgl. *BGE 113 Ib 420 E. 2 S. 423 ff.*). Medizinische Behandlungen sind mit anderen Worten stets in einem gewissen Mass mit Risiken verbunden (für den Patienten wie auch den Arzt), die sich auch bei Anwendung aller notwendigen Sorgfalt nicht völlig beherrschbar lassen. Der Arzt hat bei Einhaltung der Sorgfaltsstandards demzufolge für all jene Gefahren und Risiken nicht einzustehen, welche immanent mit jeder Heilbehandlung und/oder Krankheit als solche verbunden sind (vgl. *BGE 130 IV 7 E. 3.3 S. 12*), *sofern der Patient im Vorfeld zur Heilbehandlung hierüber gezielt und hinreichend aufgeklärt wurde und hierzu einwilligte*.

Das Geltendmachen eines Verstosses gegen die objektive ärztliche Sorgfaltspflicht - mit dem kausal zusammenhängenden Schaden - stellt eine Rechtsfrage dar, die ungeachtet der Schwere der Sorgfaltswidrigkeit nach den Grundsätzen von Art. 8ZGB zu beantworten ist. Der konkrete Nachweis eines objektiven ärztlichen Regelverstosses gehört gemäss herrschender Lehre sowie geltender Rechtsprechung zum Beweisthema des klagenden Patienten, der je nach Anspruchsgrundlage die massgebliche Vertragsverletzung bzw. Widerrechtlichkeit in der Heilbehandlung zu beweisen bzw. aufzuzeigen hat (*Zitat E. 3.1 S. 124: "Savoir si le médecin a violé son devoir de diligence est une question de droit; (...). Il appartient au lésé d'établir la violation des règles de l'art médical."* Vgl. *BGE 115 Ib 175 E. 2b S. 181*).

In besonders gelagerten Fällen ist der Patient bezüglich Kausalität durch eine reduzierte Beweisanforderung begünstigt. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn zum Zeitpunkt der Diagnostik/Behandlung nicht nur die damit einhergehende potentielle Gefährdung - basierend auf spezifischen Kenntnis und individueller Fähigkeit - zu erkennen war, sondern wenn zugleich auch die Grenzen allgemein erlaubter Risiken einer spezifischen Heilbehandlung unentschuldbar überschritten wurden. Dies trägt dem Grundsatz Rechnung, dass der Arzt alle Vorkehrungen zu treffen hat, um voraussehbare negative Ergebnisse im Interesse des Patienten zu verhindern oder soweit möglich zu minimieren. Der aus objektiver Sicht nicht mehr verständliche Eintritt eines negativen Ergebnisses begründet dann die tatsächliche oder natürliche Vermutung, dass nicht alle gebotenen Vorbeugungsmassnahmen getroffen wurden und demzufolge auf eine grobe Verletzung der objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht geschlossen werden darf (*Zitat E. 3.1 S. 125: "Lorsqu'il est prévisible qu'un traitement pourrait avoir des effets négatifs, le médecin doit tous faire pour y parer. Si ces effets négatifs se produisent, il ya présomption de fait que les mesures nécessaires n'ont pas toutes été prises et, dès lors, présomption d'une violation objective du devoir de diligence."*). Diese Schlussfolgerung ist eine *Beweiswürdigung von Indizien* und keine Anwendung von Bundesrecht und insoweit auch nicht mit Berufung vor Bundesgericht anfechtbar - die Rüge der Verletzung von Art. 8ZGB vorbehalten.

Die natürliche Vermutung kann durch Gegenbeweis entkräftet oder umgestossen werden, d.h. durch vom belasteten Arzt bewirkten erheblichen Zweifel des Gerichts an der Annahme der Richtigkeit seiner Wahrscheinlichkeitsfolgerung. Insofern beeinflusst die natürliche Vermutung die Beweislastverteilung

nicht, womit keine Umkehr der Beweislast zu Ungunsten des behandelnden Arztes entsteht (Zitat E. 3.1 S. 124: "*Cette présomption (violation objective du devoir de diligence du médecin, "faute professionnelle") facilite la preuve d'une telle violation, mais ne renverse pas le fardeau de la preuve.*" Vgl. auch BGE 117 II 256 E. 2b S. 258 und 120 II 248 E. 2c S. 250). Der Arzt hat in der Praxis darzulegen, welche konkreten Vorkehrungen er zur Einhaltung der Sorgfaltspflicht getroffen hat und dass selbst bei Anwendung dieser Sorgfalt ein negatives Ereignis der eingeklagten Art nicht zu vermeiden war, dass ein nicht beherrschbares Restrisiko verblieb (Zitat E. 3.2 S. 124: "*Lorsqu'une violation des règles de l'art est établie, il appartient au médecin de prouver qu'il n'a pas commis de faute (...).*").

Die Beschwerdeführerin rügt die kantonale Instanz, in der Beweislastverteilung insofern gegen Bundesrecht zu verstossen, als die von ihr gemachte Schlussfolgerung nicht bereits

**** AJP/PJA 2008 Seite 916 ****

den Nachweis des Behandlungsfehlers erbringen solle. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, die Nervenverletzung stelle eine "ipso facto Vertragsverletzung" durch Dr. Y. dar, eine Vertragsverletzung durch die Tat selbst. Etwas anderes zu folgern, würde einer Beweislastumkehr gleich kommen und gegen Art. 8ZGB verstossen.

Es ergibt sich schon aus der Natur der auftragsrechtlichen Pflichten, dass keine Erfolgshaftung besteht. Bei Scheitern der erfolgsorientierten Handlung ist somit nicht leichthin auf eine haftungsbegründende Vertragsverletzung zu schliessen (Zitat E. 3.4 S. 127: "*Le fait que le résultat escompté n'ait pas été obtenu n'implique pas encore une violation de cette obligation.*"). Wie beim Verlieren eines Prozesses nicht ein Verschulden des Rechtsanwaltes vermutet werden kann, darf auch das Ausbleiben einer Heilung nicht von vornherein ein Verschulden des Arztes vermuten lassen (Zitat E. 3.4 S. 127: "*... la perte d'un procès ne permet pas de présumer la faute de l'avocat, l'absence de guérison ne permet pas non plus de présumer la faute du médecin.*"). Das aber behauptet die Beschwerdeführerin. Anders als die kantonale Instanz zu entscheiden, würde darauf hinauslaufen, eine Vertragsverletzung durch den Schuldner bereits jedes Mal dann zu vermuten, wenn der Gläubiger einen Schaden erfährt. Das ist aber nicht Sinn und Zweck von Art. 97 Abs. 1 OR ist (Zitat E. 3.4 S. 127: "*En juger autrement reviendrait à conclure à une violation du contrat par le débiteur chaque fois que le créancier subit un dommage. (...) Cependant, tel n'est pas le sens à donner à l'art. 97 al. 1 CO.*"). Es obliegt somit der Beschwerdeführerin in ihrer Funktion als Auftraggeberin zu beweisen, dass die Schädigung des Nerven Ausdruck einer Vertragsverletzung ist, d.h. dass der Chirurg während der Operation die Regeln der medizinischen Kunst nicht respektiert und damit eine objektive ärztliche Sorgfaltspflicht verletzt hat (Zitat E. 3.4 S. 127: "*C'était donc à elle de prouver que le chirurgien n'avait pas respecté les règles de l'art médical durant cette opération.*"). Die Beschwerdeführerin konnte diesen Nachweis nicht erbringen.

Der Vorwurf, der Nervenschaden sei ein Behandlungsfehler, ist in Würdigung des dargelegten medizinischen Sachverhaltes und in Übereinstimmung mit der kantonalen Vorinstanz erfolglos. Während der Hüftprothesenoperation verwirklichte sich ein therapieimmanentes Risiko, das nicht die Verletzung einer objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht darstellt. Die Befragung des gerichtlich bestellten Gutachters zeigte, dass die geltenden Regeln der medizinischen Wissenschaft eingehalten wurden, dass die erlittene Nervenverletzung zwar ausserordentlich selten auftritt (Häufigkeit 0.5%), aber dennoch therapieinhärent ist und sich als Restrisiko auch bei sorgfältigem Vorgehen nicht vollständig vermeiden lässt.

Bemerkungen zur Erwägung 4:

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, sie sei vor der Operation nicht rechtsgenügend aufgeklärt worden, u.a. sei die Risikoaufklärung mangelhaft gewesen.

Jeder die körperliche Integrität beeinflussender Heileingriff stellt nach herrschender Rechtsprechung vorerst einmal eine Körperverletzung dar. Dies trifft sowohl auf therapeutische als auch auf diagnostische Massnahmen zu. Der Eingriff gilt so lange als Körperverletzung, als hierfür kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dieser ergibt sich in der Regel durch Einwilligung des über den Eingriff informierten Patienten (verfassungsmässig gewährlestetes Selbstbestimmungsrecht), durch einen Notstand bzw. durch die mutmassliche Einwilligung des Patienten (Geschäftsführung ohne Auftrag), allenfalls durch eine Amtspflicht.

Damit ein geplanter Eingriff - wie die bei der Beschwerdeführerin vorgenommene Hüftoperation - keine Körperverletzung darstellt, wird das *Einverständnis des Patienten* und die notwendige Erfüllung des hiermit verbundenen Anspruches auf *Aufklärung über den Eingriff durch den Arzt* vorausgesetzt

(Zitat E. 4.1.1 S. 129: "Dans le domaine médical, la justification de l'atteinte réside le plus souvent dans le consentement du patient; pour être efficace, le consentement doit être éclairé, ce qui suppose de la part du praticien de renseigner suffisamment le malade pour que celui-ci donne son accord en connaissance de cause (...)."). Die schweizerische höchstgerichtliche Rechtsprechung führte bereits in BGE 117 Ib 197 E. 3.b S. 203 aus, dass der Arzt zur Aufklärung verpflichtet sei. Das Bundesgericht hat sich bislang noch nie explizit mit der konkreten Person des Aufklärungspflichtigen befasst und damit eine allfällige Delegation an Dritte (nicht-ärztliche Personen?) offen gelassen. Allgemein gilt, sofern sich der Arzt zur Erfüllung seiner Pflicht einer Hilfsperson bedient, er für deren Verhalten wie für eigenes haftet. Nach deutscher Rechtsprechung ist die Delegation der Aufklärung an nichtärztliches Personal nicht statthaft.

Der Empfänger einer Einwilligungserklärung ist im Normalfall nicht damit belastet, sich mit der subjektiven Risikobewertung des Einwilligenden auseinandersetzen zu müssen. Auf der Seite des Einwilligenden kommt es alleine auf dessen individuelle Urteilsfähigkeit und Freiwilligkeit an. Von dieser Praxis weicht die Einwilligung zur Heilbehandlung ab, handelt es sich doch um ein spezielles Vertrauensverhältnis zwischen Patienten und Arzt. Die Parteien haben sich soweit möglich als gleichwertige Vertragspartner, als "partnerschaftliche Kooperation" gegenüber zu stehen. Infolge Sonderregelung ist der Arzt als Empfänger der Einwilligung massgeblich für die Stärkung der Eigenverantwortung des Patienten gefordert. Er hat sicherzustellen, dass diesem zum Schutz seiner selbständigen Willensbildung die Tragweite der zu billigen Risiken und den sich daraus ergebenden Konsequenzen der Behandlung bewusst ist und dass er darauf aufbauend selber entscheiden kann. Der Arzt hat dem "informierten Patienten" nicht nur das Selbstbestimmungsrecht aktiv zu ermöglichen, sondern muss dem Patienten in Verbindung mit der Eingriffsaufklärung/Selbstbestimmungsaufklärung auch zur Rolle eines halbwegs gleichberechtigten Entscheidungsträgers verhelfen - dies unter ausgewogener Berücksichtigung der konkreten Umstände.

**** AJP/PJA 2008 Seite 917 ****

Sofern einem verständigen Patienten (oder dessen gesetzlichen Vertreter) aus früherer persönlicher Erfahrung die einschlägigen Risiken hinlänglich bekannt sein müssen, braucht der Arzt nicht erneut in allen Einzelheiten über gängige Gefahren des erneut geplanten Eingriffes aufzuklären, (Zitat: E. 4.1.2 S. 12: "On ne saurait non plus exiger que le médecin renseigne minutieusement un patient qui a subi une ou plusieurs opérations du même genre; (...)."). Ungeachtet dessen gilt, dass der Arzt bei erfahrungsgemäss mit grossen Risiken einhergehenden Eingriffen den Patienten akzentuierter aufklären muss, als wenn es sich nur um einfache, unproblematische Tätigkeiten handelt. Zweckmässigerweise greift diese Vorsichtsmassnahme auch dann, wenn Vorkenntnisse vorausgesetzt werden dürfen (Zitat: E. 4.1.2 S. 12: "... s'il s'agit d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences, le patient a droit à une information claire et complète à ce sujet; (...).").

Die Beweislast für die ausdrückliche oder konkludente Einwilligung des aufgeklärten, einsichts- und urteilsfähigen Patienten trifft stets den Arzt oder denjenigen, der an seiner Stelle für widerrechtliches oder schuldhaftes Verhalten einzustehen hat. Der Arzt hat die gehörige und zeitgerecht *vorgängig* zum Eingriff zu erfüllende Selbstbestimmungsaufklärung nachzuweisen (Zitat E. 4.1.3 S. 129: "C'est au médecin qu'il appartient d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement éclairé de ce dernier préalablement à l'intervention (...)."). Vgl. ebenfalls BGE 4C.66/2007 E. 5.1: "... préalablement à l'intervention."; BGE 124 IV 258 E. 3 S. 261 : "... grundsätzlich vor dem Eingriff in diesen einzuwilligen hat ...").

Bei fehlender Patientenaufklärung - obschon dies im konkreten Fall unverkennbar möglich *und* auch erforderlich gewesen wäre - haftet der Arzt unabhängig von der medizinischen Zielsetzung für jeglichen Schaden infolge Misslingens der Behandlung, der Eingriff erfolgte als Ganzes rechtswidrig. Der Arzt ist selbst dann für Schäden verantwortlich, wenn keine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, sondern sich krankheitsimmanente und/oder nicht beherrschbare therapieimmanente Risiken verwirklichten. Dieser aus langjähriger Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht entwickelte Ansatzpunkt lässt sich sowohl aus dem Vertrag, allgemeinen Persönlichkeitsrecht als auch aus dem Deliktsrecht begründen (Zitat E. 4.1.1 S. 128: "Le médecin qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation de ses obligations de mandataire ou une atteinte à des droits absolus et, partant, un délit civil. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejait de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même s'ils ont été exécutés conformément aux règles de l'art (...)."). Vgl. auch BGE 4C.378/1999 E. 3.1: "Fehlt eine solche Einwilligung, ist der Eingriff als Ganzes widerrechtlich.").

Wird dem Arzt eine mangelhafte Aufklärung vorgeworfen (damit verbunden auch die grundsätzlich

fehlende verbindliche Zustimmung zur Heilbehandlung) steht ihm der Entlastungsbeweis mittels Rechtsfigur "Hypothetische Einwilligung" offen. Diese aus Lehre und Rechtsprechung entwickelte Einwilligungsfiktion hat sich in der Zwischenzeit als Korrektiv zur Begrenzung ärztlicher Aufklärungsfehler gefestigt (Zitat E. 4.1.3 S. 130: "*En l'absence de consentement éclairé, la jurisprudence reconnaît au médecin la faculté de soulever le moyen du consentement hypothétique du patient. Le praticien doit alors établir que le patient aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé.*" Vgl. auch BGE 4C.66/2007 E. 5.1 vom 6.2.2008; bzw. BGE 4P.207/2006 E. 2.2 vom 27.10.2006. Kontrovers noch in BGE 117 Ib 197 E. 5 S. 206 ff. mit Literaturhinweisen). Die Beweislast für den Einwand der hypothetischen Einwilligung hat in jedem Falle der Arzt zu tragen, da es sich um sein Verteidigungsmittel handelt (Zitat E. 4.1.3 S. 130: "*Le fardeau de la preuve incombe là aussi au médecin, (...).*").

Die Einwilligungsfiktion ist nicht auf belastende Massnahmen oder Risiken übertragbar, welche beim Patienten nicht nur zwingend einen erhöhten Informationsanspruch wachrufen, sondern das entsprechende Wissen auch einen echten Entscheidungskonflikt auslösen dürfte (Zitat E. 4.1.3 S. 130: "*... le consentement hypothétique ne doit pas être admis lorsque le genre et la gravité du risque encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, que le médecin n'a pas satisfait. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion.*"). Die hypothetische Einwilligung lässt nur die Rechtswidrigkeit eines unter Einhaltung der objektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht vorgenommenen Eingriffs entfallen, nicht aber des unsorgfältigen (Vgl. BGE 123 II 577 E. 4.c. ee S. 583).

Die grundsätzliche Aufklärungspflicht des Arztes ist unbestritten, woraus sich unweigerlich eine strenge Voraussetzung an den Nachweis der hypothetischen Einwilligung ergibt. Zur Beurteilung dieser Einwilligungsfiktion kann zudem nicht bloss darauf abgestellt werden, ob ein vernünftiger, besonnener Patient nach erfolgter korrekter Aufklärung seine Einwilligung erteilt hätte (Zitat E. 4.1.3 S. 130: "*... il ne faut pas se baser sur le modèle abstrait d'un "patient raisonnable", mais sur la situation personnelle et concrète du patient dont il s'agit (...).*"). Massgebend muss vielmehr sein, wie sich der in Frage stehende Patient unter den konkreten Umständen - aus der ex ante Betrachtung - in Kenntnis der Sachlage verhalten hätte. Der Patient kann unter dem Gesichtspunkt der Beweistauglichkeit dem Einwand der Einwilligungsfiktion entgegensetzen, er hätte sich bei einer ordnungsgemässen Aufklärung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt darüber befunden, ob er die Behandlung - wie tatsächlich durchgeführt - hätte vornehmen lassen. Die Darlegung des Konfliktes bzw. der Verweigerung der Einwilligung zum Eingriff muss angesichts des komplexen Systems wechselseitiger Interpretationen - und damit den Beweisschwierigkeiten des Arztes Rechnung tragend

**** AJP/PJA 2008 Seite 918 ****

plausibel sein (Zitat E. 4.1.3 S. 130: "*... le patient devant toutefois collaborer à cette preuve en rendant vraisemblable ou au moins en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait notamment connu les risques.*" Vgl. auch BGE 4C.66/2007 E. 5.1). Insoweit trifft den Patienten eine klare Mitwirkungspflicht bei der Feststellung des Sachverhaltes, handelt es sich doch um Tatsachen, die regelmässig aus seinem Wissensbereich stammen. An die Substantiierungspflicht des Entscheidungskonfliktes dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Kommt der Patient seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, hat der Richter den postulierten Entscheidungskonflikt gestützt auf einen objektiven Massstab zu prüfen, d.h. ob die Ablehnung der Behandlung aus Sicht eines vernünftigen Dritten unverständlich gewesen wäre bzw. ob eine missbräuchliche Ausnutzung der Aufklärungsrüge vorliegt (Vgl. BGE 4P.207/2006 E. 2.2).

Im vorliegenden Fall schützt das Bundesgericht die Beweiswürdigung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin hätte bei umfassender Aufklärung in die Operation eingewilligt. Das Bundesgericht führt hierzu u.a. aus, dass nach Auffassung des gerichtlich bestellten Gutachters die Verletzung des N. femoralis bei einer Hüftprothesenoperation trotz aller Sorgfalt vorkommen könne und demzufolge ein nicht voll beherrschbares therapieimmanentes Risiko darstelle. Bei einer statistischen Häufigkeit von 0.5%, sei die Eintretenswahrscheinlichkeit jedoch ausserordentlich tief. Im Jahr 1996 sei über derart seltene Nervenverletzungen nicht ausdrücklich informiert worden. Entsprechend damaliger Praxis der Schweizerischen Gesellschaft für Orthopädie wurde zudem nicht auf Risiken mit einer Eintretenswahrscheinlichkeit von weniger als einem Prozent hingewiesen. Hingegen war der Operateur gehalten, in allgemeiner Art auf neurologische Komplikationen in Verbindung mit der Operation aufmerksam zu machen, was laut Beweiserhebung nicht erfolgt sei. Dieser Umstand könnte zwar die Schlussfolgerung zulassen, dass die Beschwerdeführerin somit nicht hinreichend aufgeklärt wurde, die Einwilligung zur Operation nicht in Kenntnis aller Begleitumstände

abgegeben worden sei.

Im Ansatz zutreffend sei allerdings, dass die Beschwerdeführerin ungeachtet der ungenügenden Risikoaufklärung die Einwilligung zur Hüftoperation abgegeben hätte. Dies lasse sich damit begründen, dass der Beklagte auf die Beschwerdeführerin in keiner Art und Weise Druck zur Operation ausgeübt habe, womit für die Beschwerdeführerin hinreichend Entscheidungszeit zur Verfügung stand. Im Gegenteil sei angesichts des depressiven Allgemeinzustandes der Beschwerdeführerin von einer Operation eher abgeraten worden. Weiter habe die Beschwerdeführerin zweieinhalb Jahre zuvor eine identische Operation auf der Gegenseite erfolgreich gemeistert, was zur Verbesserung der Mobilität führte. Die Würdigung dieses Umstandes sei für die Entscheidungsfindung zum Eingriff mitbestimmend gewesen. Der Beschwerdeführerin sei schliesslich auch bewusst gewesen, dass eine rein medikamentöse Behandlung des Hüftleidens keine echte Alternativtherapie dargestellt hätte. Die Operation habe somit aufgrund der Notwendigkeit und dem Nutzen sowohl dem Willen als auch dem Interesse der Beschwerdeführerin entsprochen.

Nach den Feststellungen des Bundesgerichtes gelang dem Beklagten der Rechtfertigungsbeweis der hypothetischen Einwilligung. Die Klägerin konnte den Einwand offenkundig nicht plausibel machen, bei ordnungsgemässer Aufklärung - auch über den Aspekt des Risikos der erlittenen Nervenläsion - ernsthaft eine andere Behandlungsalternative erwogen zu haben. Demnach erkannte das Bundesgericht, dass die Klage auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

Würdigung und Blick über die Grenze nach Deutschland:

Das vom Bundesgericht ergangene Urteil reiht sich in eine Kette diverser Entscheidungen zur Arzthaftung ein. Unverändert wird an der Beweislastverteilung bei Verletzung einer objektiven bzw. subjektiven ärztlichen Sorgfaltspflicht festgehalten. Dies trifft insbesondere auch auf eine allfällig grobe Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht zu, was den realen Bedürfnissen der Rechtssicherheit zur Beweislastverteilung am nächsten kommt. Dennoch kann der klagende Patient - soweit ersichtlich sachgerecht - bei einer augenfälligen ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung, was die Kausalität betrifft bzw. bei einem echten Beweisnotstand, durch eine Beweiserleichterung begünstigt werden.

In Deutschland wird demgegenüber bei grober Sorgfaltspflichtverletzung eine echte Beweislastumkehr praktiziert (*vgl. stellvertretend die Anmerkung von Adrian Schmidt-Recla zur Beweislastumkehr, MedR 2007; 25: 489-490*). Dies trifft in der Regel dann zu, wenn sich der Gesundheitsschaden in einem Bereich ereignete, dessen Gefahren voll hätten beherrscht werden können und müssen. Diese Form der Beweislastumkehr zu Gunsten des klagenden Patienten ist aber sowohl in seinen Grundlagen umstritten als auch in der Praxis ein nicht immer leicht handhabbares Instrument. Es ergeben sich nicht von der Hand zu weisende Konflikte bezüglich transparent dokumentierter, einheitlicher Entscheidungsprozesse in der Abgrenzung zwischen "Ausmass-Ende eines einfachen Behandlungsfehlers" bzw. "Ausmass-Beginn eines groben Behandlungsfehlers". Wer ist letzten Endes befugt, auf Einzelfälle übertragbare allgemein verbindliche Grenzen zu setzen?

Ursprüngliche Zweifel an der Zulässigkeit des Einwandes der hypothetischen Einwilligung hat die Rechtsprechung über die letzten Jahrzehnte hinweg bereinigt. Die Einwilligungsfiktion ist mittlerweile - analog zur langjährigen deutschen Rechtsprechungspraxis - auch in der Schweiz zu einem echten Auffangtatbestand bei Vorliegen eines Aufklärungsversäumnisses oder Aufklärungsmangels avanciert, was mehrere kürzlich ergangene Bundesgerichtsentscheide unterstreichen.