

Hypothetische Einwilligung und Aufklärung über Operationsrisiken Urteil Nr. 21136U des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22. April 2002 (nachfolgende staatsrechtliche Beschwerde: Urteil 4P.139/2002 des Bundesgerichts vom 10. Oktober 2002 = Pra 2003 Nr. 36)

Radek Janis, lic. iur., Rechtsanwalt, Helsana-advocare, Zürich

**** HAVE 2003 Seite 145 ****

I. Zusammenfassung des Sachverhaltes

Klägerin X liess sich im Jahre 1945 im Alter von 16 Jahren erstmals ihre vergrösserte Schilddrüse (Struma) wegen Einengung der Luftwege partiell operativ entfernen. Dabei kam es zu einer Beeinträchtigung des linken Stimmbandes. Zu Beginn des Jahres 1996 ergaben Untersuchungen beim Hausarzt von X eine erneute Vergrösserung der Schilddrüse (Rezidivstruma) mit einem ca. 3 cm grossen, randständigen Knoten. Aufgrund weiterer Untersuchungsergebnisse an einem anderen Spital, wie auch am Spital Z, empfahlen die dort zuständigen Ärzte im September 1996 die Durchführung einer Operation zwecks Teilentfernung der Rezidivstruma. Nach dem am 21. Februar 1997 durchgeführten Eingriff musste bei der Patientin als Folge des Eingriffes eine nunmehr beidseitige, irreversible Stimmbandlähmung festgestellt werden. Das Sprechen ist ihr seither nur noch über eine Kanüle möglich.

Am 12. Januar 2001 reichten die Patientin X und ihr Ehemann Y beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Teil-)Klage gegen das Spital Z ein. Klägerin X beantragte die Zahlung einer Genugtuung von Fr. 80 000.-, Kläger Y eine solche von Fr. 40 000.-, jeweils zuzüglich Zinsen sowie unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Klägerschaft begründete ihre Ansprüche damit, der Eingriff am Spital Z sei wegen nicht hinreichend erfolgter Aufklärung über die Operationsrisiken widerrechtlich erfolgt. Die Klägerin machte dabei geltend, sie hätte die Operation nicht durchführen lassen, wenn sie um die Risiken angesichts der bereits bestehenden einseitigen linken Stimmbandlähmung gewusst hätte. Dies, zumal sie den Eindruck hatte, ihre Atmung sei nicht beeinträchtigt gewesen, weshalb auch keine Notfallsituation vorgelegen habe, die einen Eingriff als unbedingt nötig hätte erscheinen lassen. Der Kläger Y leitete seinen Rechtsanspruch aus starken Einschränkungen in seinen persönlichen Verhältnissen als nahe stehender Angehöriger her.

**** HAVE 2003 Seite 146 ****

Die Beklagte entgegnete mit Klageantwort vom 12. April 2001, die Operation sei medizinisch zwingend gewesen, und die Patientin habe sich in Kenntnis der Risiken für den Eingriff entschlossen oder hätte dies auch bei erfolgter hinreichender Aufklärung getan. Die Beklagte beantragte demgemäss Abweisung der Klage.

II. Zusammenfassung der Erwägungen

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung, dass die Klägerschaft den Ärzten keine Sorgfaltspflichtverletzung bezüglich der Operation vorwirft. Die Kläger würden hingegen bemängeln, es habe vorgängig keine Aufklärung über bestehende Operationsrisiken stattgefunden.

Das Gericht hält unter Bezugnahme auf Art. 40 des kantonalen Gesundheitsgesetzes fest, dass eine Massnahme nur durchgeführt werden dürfe, wenn der Patient nach vorgängiger Aufklärung eingewilligt hat. Nur in Notfällen werde dabei die Zustimmung unter näher umschriebenen Voraussetzungen vermutet. Betreffend Inhalt und Ausmass der Aufklärungspflicht an öffentlichen Spitälern verweist das Verwaltungsgericht auf die einschlägigen Bestimmungen des Gesundheitsgesetzes und des Patientendekretes. Generell gelte aber, dass Ärztinnen und Ärzte bei einer Operation, die mit grossen und folgenschweren Risiken verbunden ist, ausführlicher aufklären müssen, als wenn es sich um einen im Allgemeinen unproblematischen Eingriff handelt.

Die Beklagte macht geltend, der Operation sei eine lange Abklärungs- und Bedenkzeit vorausgegangen. Es seien verschiedene Abklärungen durch den damaligen Hausarzt der Klägerin sowie an einem anderen Spital vorgenommen worden. Die Beklagte schliesst daraus, in dieser Zeit müsse die Risikolage des Eingriffs besprochen worden sein. Zudem sei der Klägerin die Möglichkeit einer Stimmbandlähmung aufgrund der ersten Kropfoperation bekannt gewesen.

Das Verwaltungsgericht folgt der Argumentation der Beklagten jedoch nicht. Zur Begründung führt es aus, es habe zwar eine Arbeitsteilung namentlich zwischen Hausarzt und der Beklagten stattgefunden, doch seien die medizinischen Abklärungen schwergewichtig durch die Beklagte erfolgt und diese habe auch die Operationsempfehlung abgegeben. Ausserdem verfüge die Beklagte als Spezialklinik über das erforderliche Wissen, um die Patientin vollständig und angemessen über die Risiken des Eingriffs zu informieren. Daher seien die für den Eingriff zuständigen Ärzte der Beklagten aufklärungspflichtig gewesen.

Auch dem Vorbringen der Beklagten, wonach aufgrund der stark reduzierten kognitiven Fähigkeiten der Patientin relativ rudimentäre Kenntnisse der Operationsrisiken als Grundlage für die Einwilligung genügt hätten, widerspricht das Gericht. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei darin kein Grund zu erblicken, über die Operationsrisiken lediglich in einem reduzierten Umfang aufzuklären. Von der behandelnden Person müsse vielmehr erwartet werden, dass sie komplizierte Zusammenhänge vereinfache und dem Patienten - je nach den individuellen Verhältnissen - in verständlicher Sprache darlegen könne.

Schliesslich führt die Beklagte an, die Klägerin hätte aufgrund ihres schlechten Gesundheitszustandes auch bei ordnungsgemässer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt (hypothetische Einwilligung). Dem hält die Klägerin entgegen, ihre Situation sei nicht kritisch gewesen. Die Atmung habe ihr keine Schwierigkeiten bereitet, weshalb eine Operation nicht unmittelbar indiziert gewesen sei. Eine Notfallsituation habe nicht vorgelegen, was sich auch darin zeige, dass die Operation erst fünf Monate nach der Indikation durch die Beklagte durchgeführt worden ist.

Das Verwaltungsgericht führt hierzu zunächst aus, eine hypothetische Einwilligung dürfe nicht leichthin angenommen werden. Es müssten vielmehr bestimmte, von der Doktrin entwickelte Kriterien vorliegen, welche die Zustimmung des Patienten als nahe liegend erscheinen lassen. Genannt werden dabei etwa die zeitliche und sachliche Dringlichkeit des Eingriffs, die vitale Indikation für den Eingriff sowie das Fehlen einer ernsthaft in Betracht kommenden, Erfolg versprechenden Alternativbehandlung. Ferner sei eine Einwilligung eher anzunehmen, wenn zumindest eine Grundaufklärung erfolgt sei, als wenn überhaupt keine Aufklärung stattgefunden habe. Je schwerwiegender das betreffende Risiko sei, desto weniger könne von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen werden.

Ferner anerkennt das Verwaltungsgericht die von der herrschenden Lehre vertretene Theorie des "Entscheidungskonfliktes". Danach habe die betroffene Person glaubhaft darzulegen, dass sie sich bei gehöriger Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte.

Das Gericht folgt in diesem Punkt der Auffassung der Beklagten und bejaht das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung. Es begründet dies damit, dass von allen vorliegend beteiligten Medizinern die Meinung vertreten wurde, die Luftröhre der Klägerin sei durch die Rezidivstruma erheblich eingeengt gewesen und die Patientin wäre ohne Operation einer erheblichen Erstickungsgefahr ausgesetzt gewesen. Die Ärzte hätten ihr ohne entsprechenden Eingriff eine ungünstige Prognose gestellt, denn ein weiteres Zuwarten hätte das Risiko einer Notfallsituation wegen Atemwegsobstruktion in sich geborgen.

**** HAVE 2003 Seite 147 ****

Die Klägerin konnte nach Meinung des Verwaltungsgerichts hingegen keinen echten Entscheidungskonflikt darlegen. Es berücksichtigte dabei die im Parteiverhör von der Klägerin gemachte Aussage, wonach jene nicht wisse, wie ihre Haltung hinsichtlich des Eingriffs gewesen wäre, wenn sie um ihre Lebensgefahr gewusst hätte. Andererseits habe die Klägerin trotz ihrem Einwand, keine Beschwerden verspürt zu haben, keine plausiblen Anhaltspunkte darlegen können, warum sie in Kenntnis ihres Besorgnis erregenden Gesundheitszustandes und der äusserst ungünstigen Prognose die Einwilligung verweigert hätte. Nach objektiver Betrachtung müsse somit eine hypothetische Einwilligung bejaht und die Klage damit als unbegründet abgewiesen werden.

III. Bemerkungen

1. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern prüft im Wesentlichen zwei Fragen. Erstens ist zu klären, ob die Klägerin hinreichend aufgeklärt worden ist. Zweitens befasst sich das Gericht mit der Frage der hypothetischen Einwilligung.

Die Beklagte weist auf die durch den Hausarzt der Klägerin mutmasslich erfolgte Aufklärung hin. Aus diesem Grund, so die Beklagte, entfalle für sie die weitere Pflicht zur Aufklärung. Dem ist zunächst

entgegenzuhalten, dass der Beklagten die Gewissheit fehlte, ob eine Aufklärung überhaupt und in rechtsgenügsamer Weise erfolgt ist. Die Beklagte schliesst einzig aus den langen und umfangreichen Vorabklärungen, welche dem operativen Eingriff vorangingen, auf die durchgeführte Aufklärung. Das Verwaltungsgericht folgte dieser Argumentation nicht und führte in seiner Urteilsbegründung zutreffend an, die Beklagte habe aufgrund ihres überwiegenden Behandlungsanteiles sowie wegen ihrer Eigenschaft als Spezialklinik, welche über das besondere Wissen verfügt, die Pflicht gehabt, die Patientin über die Operationsrisiken aufzuklären.

Jeder Arzt, also auch der Allgemeinpraktiker, hat sich ständig weiterzubilden und seine Kenntnisse möglichst auf dem neusten Stand der medizinischen Wissenschaft zu halten. Dem Allgemeinpraktiker wird es bereits aufgrund der Vielfalt der medizinischen Disziplinen indes kaum möglich sein, sich in sämtlichen Bereichen stets ein ausreichend detailliertes Wissen anzueignen, um seinen Patienten bei jeder Behandlung ausreichend aufklären zu können. Es ist daher mit dem Verwaltungsgericht zu fordern, dass Aufklärungen von den die Behandlung durchführenden Spezialisten zu erfolgen haben, denn bei ihnen ist am ehesten sichergestellt, dass sie über das erforderliche Spezialwissen - auch in Bezug auf die Risiken - verfügen. Dies muss bei Eingriffen, die hohe Risiken in sich bergen, umso mehr gelten.

Abzulehnen ist in jedem Falle, dass sich die behandelnde Person auf die Aufklärung durch Dritte verlässt, ohne sich über die tatsächliche Durchführung vergewissert zu haben. Zu gross wäre die Gefahr, dass Missverständnisse oder gar Unterlassungen das Recht des Patienten auf Aufklärung verletzen würden.

2. Die Beklagte macht sodann geltend, die Klägerin hätte aufgrund ihrer stark reduzierten kognitiven Fähigkeiten eine detaillierte Aufklärung nicht verstanden und relativ rudimentäre Kenntnisse der Operationsrisiken wären als Grundlage für die Einwilligung ausreichend gewesen. Mit dem Verwaltungsgericht ist demgegenüber auszugehen, dass auch in diesem Falle eine bloss reduzierte Aufklärung nicht ausreichend gewesen wäre. Von der behandelnden Person muss verlangt werden, dass sie komplexe Zusammenhänge vereinfacht darstellt und mögliche negative Folgen einer Behandlung in verständlicher Sprache darlegt. So wie bei Patienten mit sprachlichen Problemen für einen Dolmetscher gesorgt werden muss, so ist zu fordern, dass bei kognitiv reduzierten Patienten durch vereinfachte und allenfalls wiederholte Darlegung der Umstände und Risiken diese dem Patienten verständlich gemacht werden. Der Arzt hat mit anderen Worten alles für ihn Mögliche zu tun, damit sein Patient die Folgen der Behandlung verstehen und vorher seine Entscheidungen treffen kann. Bei nichtzugänglichen und bei unmündigen Patienten wäre die Aufklärung der gesetzlichen Vertreter angebracht. Andernfalls wäre der Umgehung der Aufklärungspflicht Tür und Tor geöffnet.

3. Die Beklagte führt schliesslich an, die Klägerin X hätte sich auch bei hinreichender Aufklärung zur Durchführung des Eingriffs entschlossen.

Gemäss Rechtsprechung kann sich der Arzt vom Vorwurf der unterlassenen oder nicht hinreichend erfolgten Aufklärung befreien, wenn er nachweist, dass sich der Patient auch bei korrekter Aufklärung zur Behandlung entschlossen hätte. Dabei trifft den Patienten soweit eine Mitwirkungspflicht, als er darzulegen hat, inwiefern er sich bei genügender Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte. Gelingt ihm dies, hat das Gericht die Frage, ob eine Einwilligung erfolgt wäre, aus der Sicht des konkreten Patienten zu beurteilen. Vermag der Patient hingegen seiner Mitwirkungspflicht nicht nachzukommen, sieht das Bundesgericht die Prüfung anhand eines objektivierte Massstabes vor, d.h., es wird darauf abgestellt, ob die Ablehnung des betreffenden Eingriffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus unverständlich gewesen wäre (BGE 117 Ib 197 ff. mit Hinweisen).

Das Verwaltungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin habe nicht plausibel machen können, weshalb sie

**** HAVE 2003 Seite 148 ****

sich in Kenntnis ihres Besorgnis erregenden Gesundheitszustandes und bei äusserst ungünstiger Prognose in einem Entscheidungskonflikt befunden habe. Sie habe mit dem allgemein gehaltenen Hinweis, trotz der Rezidivstruma keine Beschwerden verspürt zu haben, die Mindestanforderungen für die Darlegung des Entscheidungskonflikts nicht erfüllt. Das Gericht sah deswegen sowie aufgrund der schlechten Prognose bei der Klägerin keine ausreichenden Gründe für die Annahme eines echten Entscheidungskonflikts als gegeben.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich nach objektiviertem Massstab eine vernünftige Person bei einer möglicherweise lebensbedrohenden Einengung der Luftröhre und des Kehlkopfes womöglich für einen sofortigen Eingriff entschieden hätte. Es wäre jedoch wünschenswert gewesen, wenn sich

das Gericht in seiner Urteilsbegründung etwas eingehender mit den meines Erachtens durchaus vorliegenden Argumenten für das Bestehen eines echten Entscheidungskonflikts bei der Klägerin auseinander gesetzt hätte. Im Vordergrund stehen zunächst die sich verwirklichten Risiken einer doppelten Stimmbandlähmung mit der nunmehr verbleibenden Möglichkeit, nur noch durch eine Kanüle sprechen zu können. Die Klägerin hat geltend gemacht, dass dies starke Einschränkungen für sie zur Folge habe und sie sehr darunter leide. Ebenso hätten die verwirklichten Risiken eine starke Einschränkung der Lebensverhältnisse sowie eine massgebliche Einbusse an Lebensqualität beim Ehemann zur Folge. Es ist somit von gravierenden Folgen nicht nur für die Klägerschaft, sondern auch für deren weiteren Familienkreis auszugehen.

Die Klägerin macht ferner geltend, dass dem Eingriff eine lange Abklärungs- und Bedenkzeit voranging. Erst auf Drängen ihres Hausarztes habe sie sich für den Eingriff entschieden. Ihre Familie sei dagegen gewesen. Bereits daraus geht hervor, dass die Klägerin den Eingriff nicht ohne weiteres durchführen lassen wollte, sondern eher zögerlich war. Zwar wusste sie zu dieser Zeit nicht Bescheid über alle Details ihres Gesundheitszustandes, doch wäre die Aufklärung über die möglichen gravierenden Folgen durchaus geeignet gewesen, ihre bestehenden Bedenken noch zu verstärken.

Ganz allgemein haben im vorliegenden Fall auch zwei grundsätzliche, gemäss Doktrin gegen eine hypothetische Einwilligung sprechende Kriterien vorgelegen. Einerseits konnte die Beklagte den Nachweis nicht erbringen, dass die Klägerin wenigstens in den Grundzügen aufgeklärt wurde. Andererseits handelte es sich bei einer beidseitigen Stimmbandlähmung um ein schwerwiegendes Risiko.

Nach dem Gesagten liegen somit doch einige bedeutende Hinweise auf einen echten Entscheidungskonflikt bei der Klägerin vor. Zudem ist sowohl den Erwägungen des Verwaltungsgerichts, wie auch dem erwähnten Leitentscheid des Bundesgerichts zu entnehmen, dass die hypothetische Einwilligung nur äusserst zurückhaltend anzunehmen ist. Das Verwaltungsgericht führt selbst aus, dass an den Nachweis der hypothetischen Einwilligung strenge Anforderungen zu stellen sind, damit das Aufklärungsrecht des Patienten nicht unterlaufen werden könne. Demgegenüber seien die Anforderungen an die Mitwirkungspflicht, so das Verwaltungsgericht, nicht hoch anzusetzen, da vom Pflichtigen keine genauen Angaben über den Entscheidungskonflikt verlangt werden dürfen. Bei der kognitiv stark reduzierten Klägerin wurde dies jedoch kaum beachtet, sondern streng auf ihre Aussagen im Parteiverhör abgestellt. Demgegenüber hat sie, wie im Urteil erwähnt, ausdrücklich geäussert, sie hätte im Wissen um die Operationsrisiken den Eingriff nicht ausführen lassen.

Das Bundesgericht verlangt in BGE 117 Ib 209 gar nur, dass der Patient "glaubhaft macht oder wenigstens behauptet", weshalb er die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffs verweigert hätte. Auch dies weist auf die strenge Beweisführungspflicht des Arztes einerseits und auf die niedrigen Anforderungen an die Mitwirkungspflichten des Patienten andererseits hin.

Im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist zu fordern, dass die hypothetische Einwilligung nur mit grösster Zurückhaltung und nur in Ausnahmefällen bejaht wird. Bei der Prüfung eines echten Entscheidungskonflikts darf nicht die Frage gestellt werden, ob der konkrete Patient vernunftgemäss hätte einwilligen müssen. In diesem Falle wäre die Prüfung mit objektiviertem Massstab obsolet. Richtigerweise soll erst dann eine hypothetische Einwilligung angenommen werden dürfen, wenn zum einen lebensbedrohliche, keine alternativen Behandlungen zulassende Umstände vorliegen, zum anderen keine plausiblen Darlegungen des Patienten bezüglich eines Entscheidungskonflikts gemacht wurden. Die Motive für einen solchen Entscheidungskonflikt sollen lediglich nachvollziehbar sein müssen, nicht aber vernünftig. Dieses letztere Kriterium ist erst nach ungenügender Mitwirkung des Patienten zu prüfen.

Grundsätzlich soll das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über die eigene körperliche Integrität so weit wie möglich gewahrt bleiben.