

Antje Bepel

Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung

Die Entwicklung der Rechtsprechung
zur ärztlichen Aufklärung in Deutschland,
Österreich und der Schweiz



Universitätsdrucke Göttingen

Antje Bepfel

Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung

Except where otherwise noted, this work is licensed under a [Creative Commons License](#)



erschieden in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2007

Antje Beppl

Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung

Die Entwicklung der
Rechtsprechung zur ärztlichen
Aufklärung in Deutschland,
Österreich und der Schweiz



Universitätsverlag Göttingen
2007

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar

Umschlaggestaltung: Margo Bargheer nach einer Idee der Autorin
Titelabbildung: Margo Bargheer

© 2007 Universitätsverlag Göttingen
<http://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-938616-68-0

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen im Sommersemester 1999 als Dissertation eingereicht. Rechtsprechung und Literatur sind bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt. Das Rigorosum fand im Wintersemester 2005/2006 statt.

Ich danke Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Ludwig Schreiber für die Anregung zur Themenstellung aufgrund seines langjährigen Engagements auf dem Gebiet des Medizinrechts. Seinem Lehrstuhlnachfolger, Herrn Prof. Dr. Gunnar Duttge, danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Daneben danke ich allen, die mich bei der Fertigstellung der Dissertation und bis zum Abschluß des Promotionsverfahrens unterstützt haben.

Düsseldorf, Dezember 2006

Antje Beppl

Inhaltsverzeichnis

Themenstellung	11
Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung	17
A. Eingriffsaufklärung	19
I. <i>Deutschland</i>	20
1. Rechtliche Begründung der ärztlichen Aufklärungspflicht	20
2. Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung	21
a) Anforderungen an die Aufklärung des Patienten	21
(1) Gegenstand der Aufklärung	21
(a) Risiken	21
(b) Art des Eingriffs	33
(c) Indikation des Eingriffs	34
(d) Behandlungsalternativen	35
(2) Wegfall der Aufklärungspflicht	39
(a) Therapeutische Gründe	39
(b) Aufklärungsverzicht	39
(c) Allgemein bekannte Risiken	39
(3) Form der Aufklärung	40
(4) Zeitpunkt der Aufklärung	41
b) Haftung für Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht	47
(1) Materiell-rechtliche Grundlagen der Haftung	47
(a) Anspruchsgrundlagen	49
(b) Anspruchsgegner	51
(2) Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung	53
(a) Hypothetische Einwilligung	53
(b) Schutzzweck der Norm	56
(c) Hypothetische Kausalität	61
c) Prozessuale Durchsetzbarkeit von Aufklärungsmängeln	62
(1) Beweisregelung	62
(a) Beweislast	62
(b) Beweiswürdigung	64
(2) Einwände des Arztes	66
(a) Hypothetische Einwilligung	66
(b) Hypothetische Kausalität	68
d) Zusammenfassung	68

3. Einflüsse durch die Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsfehler?	70
a) Anspruchsgrundlagen	70
b) Prozessuale Geltendmachung von Behandlungsfehlern	71
c) Vergleich mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung	83
II. Österreich	84
1. Rechtliche Begründung der ärztlichen Aufklärungspflicht	84
2. Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung	85
a) Anforderungen an die Aufklärung des Patienten	85
(1) Gegenstand der Aufklärung	86
(a) Risiken	86
(b) Art des Eingriffs	96
(c) Indikation des Eingriffs	97
(d) Behandlungsalternativen	97
(2) Wegfall der Aufklärungspflicht	99
(a) Therapeutische Gründe	99
(b) Aufklärungsverzicht	99
(c) Allgemein bekannte Risiken	100
(3) Form der Aufklärung	100
(4) Zeitpunkt der Aufklärung	100
b) Haftung für Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht	101
(1) Materiell-rechtliche Grundlagen der Haftung	101
(a) Anspruchsgrundlagen	103
(b) Anspruchsgegner	105
(2) Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung	106
(a) Hypothetische Einwilligung	106
(b) Schutzzweck der Norm	107
(c) Hypothetische Kausalität	108
c) Prozessuale Durchsetzbarkeit von Aufklärungsmängeln	109
(1) Beweisregelung	109
(a) Beweislast	109
(b) Beweiswürdigung	111
(2) Einwände des Arztes	112
(a) Hypothetische Einwilligung	112
(b) Hypothetische Kausalität	112
d) Zusammenfassung	113
3. Einflüsse durch die Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsfehler?	114
a) Anspruchsgrundlagen	114
b) Prozessuale Geltendmachung von Behandlungsfehlern	115
c) Vergleich mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung	118

III. Schweiz	118
1. Rechtliche Begründung der ärztlichen Aufklärungspflicht	118
2. Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung	119
a) Anforderungen an die Aufklärung des Patienten	119
(1) Gegenstand der Aufklärung	119
(a) Risiken	119
(b) Art des Eingriffs	124
(c) Indikation des Eingriffs	124
(d) Behandlungsalternativen	125
(2) Wegfall der Aufklärungspflicht	125
(a) Therapeutische Gründe	125
(b) Aufklärungsverzicht	126
(c) Allgemein bekannte Risiken	126
(3) Form der Aufklärung	127
(4) Zeitpunkt der Aufklärung	127
b) Haftung für Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht	127
(1) Materiell-rechtliche Grundlagen der Haftung	127
(a) Bundeszivilrecht	128
(α) Zivilrechtliches Behandlungsverhältnis	128
(β) Anspruchsgrundlagen	128
(γ) Anspruchsgegner	129
(b) Kantonales öffentliches Recht	130
(α) Öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis	130
(β) Anspruchsgrundlagen	133
(γ) Anspruchsgegner	134
(2) Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung	134
(a) Hypothetische Einwilligung	134
(b) Schutzzweck der Norm	136
(c) Hypothetische Kausalität	137
c) Prozessuale Durchsetzbarkeit von Aufklärungsmängeln	137
(1) Beweisregelung	137
(a) Beweislast	137
(b) Beweiswürdigung	139
(2) Einwände des Arztes	140
d) Zusammenfassung	140
3. Einflüsse durch die Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsfehler?	142
a) Anspruchsgrundlagen	142
b) Prozessuale Geltendmachung von Behandlungsfehlern	143
c) Vergleich mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung	147

B. Sicherungsaufklärung	149
I. <i>Deutschland</i>	150
II. <i>Österreich</i>	152
III. <i>Schweiz</i>	153
C. Diagnoseaufklärung	155
D. Wirtschaftliche Aufklärung	157
I. <i>Deutschland</i>	158
II. <i>Österreich</i>	164
III. <i>Schweiz</i>	164
Gesamtergebnis	169
Literaturverzeichnis	179
Abkürzungsverzeichnis	197
Rechtsprechungsregister	203

Themenstellung

Bisher fehlte eine gesetzliche Regelung der ärztlichen Aufklärung. Maßgebende Bedeutung kommt dafür den von der Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung entwickelten Grundsätzen zu.

Der Bundesgerichtshof hatte sich seit seiner Konstituierung am 08.10.1950 häufig mit der Problematik der ärztlichen Aufklärung auseinanderzusetzen. Der Großteil der Entscheidungen hierzu ist von den Zivilsenaten, insbesondere von dem für das Haftungsrecht zuständigen sechsten Senat, ergangen. Dagegen liegen nur vergleichsweise wenige Entscheidungen der Strafsenate des Bundesgerichtshofes vor. Die Rechtsprechung der Strafsenate orientierte sich zudem deutlich an der der Zivilsenate und übernahm die von diesen entwickelten Grundsätze. Insgesamt ist damit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes deutlich am Haftungsrecht ausgerichtet.

Diese haftungsrechtliche Ausrichtung ist zu Beginn der 1980er Jahre sowohl aus ärztlicher als auch aus juristischer Sicht stark kritisiert worden.¹ Die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat sich dabei an der durch sie hervorgerufenen Aufklärungspraxis entzündet.

¹ Schreiber, Der Internist 1983, S. 185; Wachsmuth/Schreiber, FAZ 03.10.1980, S. 10; Wachsmuth/Schreiber, NJW 1981, S. 1985; Wachsmuth/Schreiber, Der Chirurg 1982, S. 594; Wachsmuth/Schreiber, Der Chirurg 1983, S. 60.

Die Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung sei anhand von Fällen entwickelt worden, in denen die Patienten eigentlich Schadensersatz für Gesundheitsschäden wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung begehrten.² Angesichts der Schwierigkeiten, einen schuldhaften Behandlungsfehler nachzuweisen, begünstigt durch die Zurückhaltung medizinischer Sachverständiger, Fehler ihrer Kollegen im Beweisverfahren über Behandlungsfehler klar zu benennen, sei die Rechtsprechung auf die Haftung für unterbliebene oder unzureichende Aufklärung ausgewichen.³ Die Grundsätze der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht orientierten sich daher nicht an den Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses, sondern seien ausschließlich im Hinblick darauf entwickelt worden festzulegen, in welchen Fällen Patienten Ersatz für die bei der Behandlung erlittenen Schäden erhalten sollen.⁴

Als Reaktion auf die steigenden Anforderungen der Rechtsprechung an den Umfang der ärztlichen Aufklärung versuchten die Ärzte auf Druck von staatlichen Aufsichtsinstanzen, Krankenhausverwaltungen und Haftpflichtversicherungen zunehmend, sich gegen das aus der Aufklärungspflicht erwachsende Haftungsrisiko im voraus abzusichern.⁵ Besondere Verbreitung habe dabei das von dem Juristen Weißbauer in Zusammenarbeit mit Chirurgen entwickelte Konzept der Stufenaufklärung gefunden,⁶ das dieser auf dem Deutschen Chirurgenkongress 1977⁷ und auf dem Deutschen Juristentag 1978⁸ vorgestellt hatte.

Weißbauer meint, mit der Stufenaufklärung einen pragmatischen Kompromiß zwischen Totalaufklärung einerseits, die den Patienten zu sehr verwirren würde, und strikter Individualaufklärung andererseits, die hinsichtlich der Beweisführung für den Arzt problematisch sei, gefunden zu haben.⁹

Bei dieser Stufenaufklärung wird dem Patienten auf der ersten Stufe eine Aufklärungsbroschüre ausgehändigt. Dadurch soll ihm eine Basisaufklärung über den geplanten Eingriff und die Risiken, die nach ärztlicher Erfahrung für ihn von Bedeutung sind, vermittelt werden.¹⁰ Die Aufklärungsbroschüre soll aber das Gespräch zwischen Arzt und Patient nicht ersetzen, sondern vorbereiten. Der Patient wird durch die Broschüre soweit informiert, daß er weiterführende, zielorientierte Fragen stellen kann.¹¹ Die Broschüre muß daher auch den Hinweis enthalten, daß

² Wachsmuth/Schreiber, FAZ 03.10.1980, S. 10.

³ Schreiber, Der Internist 1983, S. 185, 186; Wachsmuth/Schreiber, FAZ 03.10.1980, S. 10.

⁴ Schreiber, Der Internist 1983, S. 185, 186 f.; Wachsmuth/Schreiber, FAZ 03.10.1980, S. 10.

⁵ Wachsmuth/Schreiber, FAZ 03.10.1980, S. 10 f.; Wachsmuth/Schreiber, NJW 1981, S. 1985 f.

⁶ Wachsmuth/Schreiber, Der Chirurg 1982, S. 594.

⁷ Weißbauer, Langenbecks Archiv 1977, S. 471, 474 f.

⁸ Weißbauer, Verhandlungen 52. DJT II, I 29, 43 f.

⁹ Weißbauer, Langenbecks Archiv 1977, S. 471, 474.

¹⁰ Weißbauer, Langenbecks Archiv 1977, S. 471, 474; Weißbauer, Verhandlungen 52. DJT II, I 29, 43.

¹¹ Weißbauer, Langenbecks Archiv 1977, S. 471, 475.

es weitere Risiken gibt, die der Patient je nach Interesse im Aufklärungsgespräch erfragen kann.¹²

Das Aufklärungsgespräch selbst schließt sich dann auf einer zweiten Stufe an. Neben der Beantwortung zusätzlicher Fragen, die sich für den Patienten aufgrund der Vorinformation in der Aufklärungsbroschüre ergeben haben, dient das Aufklärungsgespräch der Aufklärung über die individuellen Umstände des konkreten Falles wie etwa der Bedeutung von Begleiterkrankungen. Am Ende des Gespräches wird der Patient gefragt, ob er eine weitergehende Aufklärung wünscht oder sich mit der bisherigen schriftlichen und mündlichen Aufklärung begnügt. Erkläre der Patient, keine weiteren Fragen stellen zu wollen, verzichte er auf weitere Aufklärung in Kenntnis der Tatsache, daß es weitere Risiken gäbe.¹³ Dem Patienten dieses Bewußtsein zu verschaffen, sei Ziel der Stufenaufklärung.¹⁴

Die Stufenaufklärung versucht daher mit dem Instrument des Aufklärungsverzichts den steigenden Anforderungen der Rechtsprechung an den Umfang der ärztlichen Aufklärung zu begegnen, ohne von vornherein eine Totalaufklärung des Patienten anzustreben.

Begleitet wird die Stufenaufklärung durch eine entsprechende Dokumentation. Zunächst soll der Patient den Erhalt der Aufklärungsbroschüre bestätigen. In einer zweiten schriftlichen Erklärung soll sich der Patient über sein Bedürfnis nach weitergehender Aufklärung äußern und diese gegebenenfalls auch bestätigen. Am Schluß der Dokumentation sollte die schriftliche Einwilligungserklärung stehen.¹⁵

Dieses Konzept einer Stufenaufklärung hat teilweise deutliche Kritik erfahren. Durch das Aushändigen der Aufklärungsbroschüren werde ein wesentlicher Teil der Aufklärung dem Gespräch zwischen Arzt und Patient vorweggenommen.¹⁶ Die Aufklärung werde damit soweit formalisiert, daß auf die individuelle Situation und die unterschiedliche Aufnahmefähigkeit des einzelnen Patienten nicht mehr eingegangen werden könne.¹⁷ Die Aufklärung erfolge daher über das im Einzelfall Notwendige hinaus. Der Patient könne durch diese Form der Aufklärung im Ergebnis unnötig belastet und aus dem Gleichgewicht gebracht werden, was dem ärztlichen Grundsatz widerspreche, den Kranken nur mit dem zu belasten, was er nach seinem jeweiligen Zustand ertragen könne und müsse.¹⁸ Bezweifelt wurde zudem, ob durch die Verwendung von Broschüren oder Merkblättern zur Aufklärung des Patienten überhaupt die gewünschte rechtliche Absicherung vor Re-

¹² Weißbauer, Langenbecks Archiv 1977, S. 471, 474; Weißbauer, Verhandlungen 52. DJT II, I 29, 43.

¹³ Weißbauer, Langenbecks Archiv 1977, S. 471, 475.

¹⁴ Weißbauer, Langenbecks Archiv 1977, S. 471, 475; Weißbauer, Verhandlungen 52. DJT II, I 29, 43 f.

¹⁵ Weißbauer, Langenbecks Archiv 1977, S. 471, 475; Weißbauer, Verhandlungen 52. DJT II, I 29, 44.

¹⁶ Wachsmuth/Schreiber, Der Chirurg 1982, S. 594, 596.

¹⁷ Wachsmuth/Schreiber, FAZ 03.10.1980, S. 10, 11; Wachsmuth/Schreiber, Der Chirurg 1982, S. 594, 595 f.

¹⁸ Wachsmuth/Schreiber, FAZ 03.10.1980, S. 10, 11; Wachsmuth/Schreiber, Der Chirurg 1982, S. 594, 595.

greßansprüchen erreicht werden könne, da trotz der Unterzeichnung der im Merkblatt enthaltenen Erklärungen nicht sicher sei, daß der Patient die schriftlichen Informationen in seiner konkreten Krankheitssituation auch richtig verstanden habe. Die Verwendung von Merkblättern verstärkte mittelbar noch die Tendenz zur Totalaufklärung, da angesichts der aufgeführten Eingriffsrisiken der Vorwurf unzureichender Aufklärung bei Verwirklichung eines unerwarteten, im Merkblatt nicht aufgeführten Risikos nahe liege.¹⁹ Der von der Rechtsprechung eingeschlagene Weg führe dann ins Leere, da die Aussichten des Patienten, Schadensersatz für fehlgeschlagene Behandlungen aus Aufklärungspflichtverletzungen einzuklagen, umso geringer würden, je mehr sich die Praxis den Vorgaben der Rechtsprechung zum Umfang der Aufklärungspflicht anpasse.²⁰

In der vorliegenden Arbeit soll zunächst untersucht werden, inwieweit sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes angesichts dieser Kritik an ihren Auswirkungen auf die ärztliche Praxis weiterentwickelt hat. Dabei soll die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes seit 1950 betrachtet sowie der Einfluß der Rechtsprechung des Reichsgerichtes auf die des Bundesgerichtshofes dargestellt werden. Die umfangreiche Rechtsprechung der unteren Instanzen, insbesondere der Oberlandesgerichte, wird dabei nur insoweit berücksichtigt, als sie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes beeinflußt hat oder von ihr abgewichen ist.

Sodann soll die Entwicklung der Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung in Deutschland rechtsvergleichend mit der Entwicklung in Österreich und in der Schweiz untersucht werden. Da alle drei Länder demselben Rechtskreis angehören, ist die Behandlung dieser Problematik in der österreichischen und in der schweizerischen Rechtsprechung von großem Interesse. Dort gefundene Lösungsmöglichkeiten könnten gegebenenfalls auf die deutsche Rechtsprechung übertragen werden.

Auch für Österreich und die Schweiz soll vorrangig die höchstrichterliche Rechtsprechung dargestellt werden.

Während für Österreich die Entwicklung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ebenfalls seit 1950 betrachtet wird, wurde diese Zeitspanne hinsichtlich der Rechtsprechung in der Schweiz erweitert, da angesichts des geringen Umfangs der schweizerischen Judikatur zur ärztlichen Aufklärungspflicht sonst kaum Aussagen im Hinblick auf die gegenwärtige Rechtsprechung möglich wären.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit blieb außer Betracht.

Zu Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht liegen nur wenige Entscheidungen der Strafsenate des Bundesgerichtshofes vor.²¹ In Österreich und in der

¹⁹ Wachsmuth/Schreiber, *Der Chirurg* 1982, S. 594, 596.

²⁰ Wachsmuth/Schreiber, *NJW* 1981, S. 1985, 1986.

²¹ BGH 30.09.1955, 2 StR 206/55, LM Nr. 6 zu § 230 StGB; BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111; BGH 10.02.1959, 5 StR 533/58, BGHSt 12, 379; 28.06.1963, 4 StR 202/63, JZ 1964, 231; BGH 22.05.1981, 4 StR 225/81, DRiZ 1981, 310; BGH 25.09.1990, 5 StR 342/90, BGH R StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22.

Schweiz wurde diese Problematik von der strafrechtlichen Judikatur bisher überhaupt nicht behandelt.

In einer Entscheidung des Kassationshofes des schweizerischen Bundesgerichtes,²² die sich auf den ärztlichen Heileingriff bezieht, nahm dieser nicht zur ärztlichen Aufklärungspflicht Stellung.

Der österreichische Oberste Gerichtshof streifte die Problematik der ärztlichen Aufklärung in einer strafrechtlichen Entscheidung.²³ In Frage stand dort jedoch die Strafbarkeit nach § 108 StGB²⁴ durch die erschlizierte Zustimmung der Eltern bzw. des gesetzlichen Vertreters zur Durchführung von Untersuchungen und zur Vornahme von Eingriffen an Kleinkindern, die nicht der Heilbehandlung, sondern der wissenschaftlichen Forschung dienten.

Keine forensische Bedeutung hat der Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, § 110 StGB,²⁵ erlangt.²⁶ Vielmehr führte die Pönalisierung eigenmächtiger Heilbehandlungen zu einer weitreichenden Freistellung des Arztes von der strafrechtlichen Haftung,²⁷ da sich aus der Strafbarkeit der eigenmächtigen Heilbehandlung im Umkehrschluß ergibt, daß Heilbehandlungen nicht als fahrlässige oder vorsätzliche Körperverletzungen strafbar sind.²⁸ § 110 StGB wie auch die

²² BG 14.09.1973, Pr 63 Nr. 95 (S. 292).

²³ OGH 11.09.1984, 9 Os 121/84, JBl 1985, 304.

²⁴ § 108. *Täuschung*. (1) Wer einem anderen in seinen Rechten dadurch absichtlich einen Schaden zufügt, daß er ihn zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die den Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

(2) Hoheitsrechte gelten nicht als Rechte im Sinn des Abs. 1.

(3) Der Täter ist nur mit Ermächtigung des in seinen Rechten Verletzten zu verfolgen.

²⁵ § 110. *Eigenmächtige Heilbehandlung*. (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Anwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können.

(3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

Siehe auch § 499a StG, der bis zum Inkrafttreten des StGB am 01.01.1975 Geltung hatte: (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, macht sich einer Übertretung schuldig und wird mit Geldstrafe bis zu 25.000 S oder mit Arrest von drei Tagen bis zu drei Monaten, bei besonders erschwerenden Umständen aber mit strengem Arrest von einem bis zu sechs Monaten bestraft.

(2) Konnte der Täter die Einwilligung des Behandelten nicht rechtzeitig einholen, ohne dessen Leben oder Gesundheit ernsthaft zu gefährden, so ist die Eigenmacht nicht strafbar.

²⁶ Kienapfel, Strafrecht BT I, § 110 Rn. 1, S. 312; Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 90; so auch Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 428 zu § 499a StG.

²⁷ Kienapfel, Strafrecht BT I, § 110 Rn. 2, S. 312; Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 91.

²⁸ WK/Bertel, § 110 Rn. 2; Kunst, ÖRZ 1975, S. 33. Nach Ansicht eines Großteils der Lehre stellen Heilbehandlungen schon tatbestandsmäßig keine Körperverletzungen dar: Aigner/Emberger/Fössl-Emberger, Haftung, S. 96, 134, 212; Bertel/Schwaighofer, Strafrecht BT I, § 110 Rn. 2, S. 111 und Rn. 12, S. 113; WK/Burgstaller, § 83 Rn. 30, § 90 Rn. 87; Kienapfel, Strafrecht BT I, § 83 Rn. 25, S. 118; Leukauf/Steininger, § 83 Rn. 21, § 90 Rn. 19; Proske, Haftung des Arztes, S. 101, 103; Schick, Haftung des Arztes, S. 37, 49; Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 90.

Privilegierungen des § 88 Abs. 2 Nr. 2 und 3 StGB²⁹ bei fahrlässiger Körperverletzung sind Teil des gesetzgeberischen Konzeptes einer möglichst weitgehenden Entkriminalisierung von Heilbehandlungen³⁰ mit dem Ziel, Haftungsfragen in das Zivilrecht zu verlagern.³¹

Literaturansichten finden in dieser Arbeit nur insoweit Berücksichtigung, als von ihnen Einfluß auf die Entwicklung der Rechtsprechung ausging.

²⁹ § 88. *Fahrlässige Körperverletzung*. (1) Wer fahrlässig einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Trifft den Täter kein schweres Verschulden und ist entweder [...]

2. der Täter ein Arzt, die Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung in Ausübung der Heilkunde zugefügt worden und aus der Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit von mehr als vierzehntägiger Dauer erfolgt,

3. der Täter eine im Krankenpflagedienst, in medizinisch-technischen Diensten oder im Sanitätshilfsdienst tätige Person, die Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung in Ausübung eines dieser Berufe zugefügt worden und aus der Tat keine Gesundheitsbeschädigung oder Berufsunfähigkeit von mehr als vierzehntägiger Dauer erfolgt, [...]

so ist der Täter nach Abs. 1 nicht zu bestrafen.

³⁰ Kienapfel, Strafrecht BT I, § 110 Rn. 2, S. 312; Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 91.

³¹ Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 91, siehe auch S. 80.

Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung

Bei der nachfolgenden Darstellung der Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung wird zwischen Eingriffs- und Sicherungsaufklärung sowie Diagnoseaufklärung und wirtschaftlicher Aufklärung unterschieden.

Aufklärungspflichtig ist in vertraglicher Hinsicht der jeweilige Vertragspartner des Behandlungsvertrages.³²

In deliktsrechtlicher Hinsicht liegt die Aufklärungspflicht grundsätzlich bei dem Arzt, der die jeweilige Behandlung eigenverantwortlich durchführt.³³

Bei arbeitsteiligem Zusammenwirken mehrerer Ärzte kann eine stufenweise Aufklärung erfolgen. Den Arzt, der den ärztlichen Eingriff vornimmt, trifft dann aber die Pflicht, sich darüber zu vergewissern, ob und inwieweit die Aufklärung schon durch den überweisenden Arzt oder durch andere zu Voruntersuchungen beigezogene Ärzte vorgenommen wurde.³⁴

³² Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 135.

³³ *Deutschland*: BGH 22.05.1981, 4 StR 225/81, DRiZ 1981, 310 f. *Österreich*: Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 136; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 31; Speiser, ÖJZ 1988, S. 744, 747. *Schweiz*: Obergericht Zürich, 11.09.1948, SJZ 1948, 326, 329.

³⁴ *Deutschland*: BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036, 1038; BGH 26.03.1963, VI ZR 122/62, VersR 1963, 659; BGH 15.05.1979, VI ZR 70/77, NJW 1979, 1933, 1934; BGH 23.10.1979, VI ZR 197/78, NJW 1980, 633, 634; BGH 22.05.1981, 4 StR 225/81, DRiZ 1981, 310, 311; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415. *Österreich*: OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSlg 769 (S. 2328). Die Entscheidung OGH 04.02.1959, 1 Ob 474/58,

Nur wenn der Arzt dem Patienten gegenüber den Eingriff anordnet und ihn zu einer von ihm festgelegten Behandlung in eine Klinik überweist, obliegen diesem Arzt Aufklärungspflichten, obwohl er den Eingriff nicht selbst durchführt.³⁵

JBl 1959, 416, in der die Aufklärungspflicht eines Röntgenologen über die Risiken einer Röntgenbestrahlung verneint wurde, "weil die vor einer sachgemäßen Belehrung notwendigerweise zunächst zu lösende Frage, ob der Klägerin das Grundübel mitzuteilen sei, nicht von den die Bestrahlung durchführenden Röntgenärzten, sondern von dem die Klägerin behandelnden Gynäkologen hätte beantwortet werden müssen," ist damit als überholt anzusehen, vgl. Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 138. *Schweiz*: Vgl. BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 366); Wiegand/Abegglen, recht 1993, S. 189, 190.

³⁵ *Deutschland*: BGH 23.10.1979, VI ZR 197/78, NJW 1980, 633, 634; BGH 08.05.1990, VI ZR 227/89, NJW 1990, 2929, 2930. *Österreich*: Gaisbauer, ÖKZ 1981, S. 628 f. *Schweiz*: Obergericht Zürich, 11.09.1948, SJZ 1948, 326, 329.

A. Eingriffsaufklärung

Unter Eingriffsaufklärung wird die Information des Patienten über die Bedeutung des geplanten ärztlichen Eingriffes verstanden, durch die dieser in die Lage versetzt wird zu entscheiden, ob er in den Eingriff in seine körperliche Integrität einwilligen will oder nicht.³⁶

Eine Aufklärungspflicht des Arztes besteht daher sowohl vor operativen und sonstigen ärztlichen Eingriffen³⁷ als auch vor medikamentöser Heilbehandlung,³⁸

³⁶ *Deutschland*: BGH 02.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630, 631; BGH 22.05.1981, 4 StR 225/81, DRiZ 1981, 310; BGH 07.07.1994, III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 390. *Österreich*: OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSlg 685 (S. 2046); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 121); OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 25.01.1990, 7 Ob 727/89, VersR 1991, 488; OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24). *Schweiz*: BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 365 f.); BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299); BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 956 f.); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 203.

³⁷ *Deutschland*: BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181. *Österreich*: OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSlg 685 (S. 2046); OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316; OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 91).

³⁸ *Österreich*: OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSlg 669 (S. 1967); OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316; OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 91). *Schweiz*: Eisner, Aufklärungspflicht, S. 177.

bei der in die normale Entwicklung des Körpers und die Funktion seiner Organe eingegriffen wird.³⁹

I. Deutschland

1. Rechtliche Begründung der ärztlichen Aufklärungspflicht

Die Pflicht des Arztes zur Aufklärung des Patienten besteht als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag zwischen Arzt bzw. Krankenhausträger und Patient.⁴⁰

Die Aufklärungspflicht des Arztes steht außerdem als Rechtspflicht neben der Pflicht des Arztes zu heilen.⁴¹ Sie ergibt sich aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten.⁴² Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten leitet die Rechtsprechung aus dem verfassungsrechtlich gewährten Schutz der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 GG,⁴³ und dem Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1⁴⁴ i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG,⁴⁵ ab.⁴⁶ Es beinhaltet das Recht, frei über die körperliche Integrität entscheiden zu können,⁴⁷ und soll den Patienten vor einer Bevormundung durch den Arzt schützen.⁴⁸ Zugleich soll gewährleistet werden, daß der Patient eine auf seinen Körper oder seine Gesundheit bezogene Entscheidung treffen kann, die aus ärztlicher Sicht unvernünftig oder gar verfehlt erscheint.⁴⁹

³⁹ *Deutschland*: BGH 27.10.1981, VI ZR 69/80, NJW 1982, 697, 698. *Österreich*: OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSlg 669 (S. 1967).

⁴⁰ BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1808.

⁴¹ BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181.

⁴² BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 56; BGH 22.12.1959, VI ZR 151/58, VersR 1960, 475, 478; BGH 12.02.1974, VI ZR 141/72, NJW 1974, 1422; BGH 27.09.1977, VI ZR 162/76, NJW 1978, 587, 589; BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23

⁴³ Art. 2. (2) ¹Jeder hat das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit. [...] ³In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

⁴⁴ Art. 1. (1) ¹Die Würde des Menschen ist unantastbar. ²Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

⁴⁵ Art. 2. (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

⁴⁶ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 49 und 54 f.; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181; BGH 29.06.1976, VI ZR 68/75, BGHZ 67, 48, 50; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 397.

⁴⁷ BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 397.

⁴⁸ BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558, 559; BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334.

⁴⁹ BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334; BGH 24.06.1980, VI ZR 7/79, NJW 1980, 2751, 2752 f.; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 105 f. und 111; BGH 09.11.1993, VI ZR 248/92, NJW 1994, 799, 800.

2. Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung

a) Anforderungen an die Aufklärung des Patienten

Die Rechtsprechung hat den Aufklärungsgegenstand, die Voraussetzungen des Wegfalls der Aufklärungspflicht sowie Form und Zeitpunkt der Aufklärung näher bestimmt.

(1) Gegenstand der Aufklärung

Im Rahmen der Aufklärung ist auf Risiken und Art des Eingriffs sowie auf seine Erfolgsaussichten und mögliche Behandlungsalternativen einzugehen.

Der Bundesgerichtshof differenziert hinsichtlich des Umfangs der Aufklärungspflicht zwischen der Aufklärung, die der Arzt ohne die Nachfrage des Patienten zu geben hat, und der auf die Nachfrage des Patienten hin. Ungefragt obliegt dem Arzt zunächst nur eine auf das Wesentliche beschränkte Aufklärung. Diese richte sich daran, was jeden, der sich in der Lage des Patienten befände, interessieren würde.⁵⁰ Maßgebend ist insofern die Sicht eines verständigen Patienten.⁵¹ Zu einer weitergehenden Aufklärung sei der Arzt verpflichtet, wenn der Patient ihm entsprechende, ins Einzelne gehende Fragen stelle.⁵² Der Anspruch auf diese weitergehende Aufklärung folgt aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten.⁵³ Auf diese Weise kann dem individuellen Informationsbedürfnis des Patienten nachgekommen werden.

Der Umfang der Aufklärung, die dem Arzt obliegt, ohne daß der Patient gezielte Fragen an ihn richtet, ist daher vorab zu klären.

(a) Risiken

Der Bundesgerichtshof hatte sich in seiner Rechtsprechung schon früh, bereits zu Beginn der 1950er Jahre, mit der Problematik der Aufklärung des Patienten vor ärztlichen Eingriffen auseinanderzusetzen.⁵⁴ Er nahm dabei auf die Rechtsprechung des Reichsgerichtes Bezug. Das Reichsgericht ist stets von der Notwendigkeit der Einwilligung des Patienten in die Vornahme eines ärztlichen Eingriffes in

⁵⁰ BGH 12.02.1974, VI ZR 141/72, NJW 1974, 1422.

⁵¹ BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334.

⁵² BGH 28.11.1972, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 557 f.; BGH 23.10.1979, VI ZR 197/78, NJW 1980, 633, 635; BGH 03.04.1984, VI ZR 195/82, NJW 1984, 2629, 2630; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515; bzgl. Aufklärung über Behandlungsalternativen: BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121, 2122; BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470, 471; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 27.

⁵³ BGH 28.11.1972, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 557.

⁵⁴ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106; BGH 11.04.1956, VI ZR 20/55, VersR 1956, 479; BGH 05.12.1958, VI ZR 266/57, VersR 1959, 308; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176.

seine körperliche Integrität ausgegangen.⁵⁵ Es ist aber nicht darauf eingegangen, daß die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten von der Aufklärung durch den Arzt abhängt. Das mag darin begründet sein, daß in den diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Fällen entweder ein Eingriff ohne⁵⁶ oder gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Patienten vorgenommen worden war,⁵⁷ so daß sich das Problem der ausreichenden Aufklärung nicht stellte, oder eine Aufklärungspflichtverletzung von vornherein verneint wurde, ohne die Aufklärung in Bezug zur Einwilligung zu setzen.⁵⁸ Erst in Entscheidungen aus den 1930er Jahren ist klar herausgearbeitet worden, daß die Wirksamkeit der Einwilligung die zutreffende Aufklärung des Patienten voraussetzt.⁵⁹ Die Bestimmung des Aufklärungsumfanges sah das Reichsgericht als eine durch Vernehmung von Sachverständigen zu ermittelnde Tatfrage an.⁶⁰ Infolgedessen finden sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes nur wenige Vorgaben zum Umfang der ärztlichen Aufklärung. Der Patient sei über diejenigen Gefahren aufzuklären, die mit der Vornahme des Eingriffes verbunden zu sein pflegten und mit deren Eintritt nach dem Stande ärztlicher Erfahrung und Wissenschaft als möglich gerechnet werden müsse.⁶¹ Eine Verpflichtung des Arztes, den Patienten auf alle nachteiligen Folgen des geplanten Eingriffes aufmerksam zu machen, bestünde jedoch nicht.⁶² Der Patient solle vielmehr nur in großen Zügen aufgeklärt werden.⁶³ Hinsichtlich des Umfanges der Aufklärung berücksichtigte das Reichsgericht insoweit aber auch den Bildungsstand des Patienten, als nach diesem die Kenntnis, daß der geplante Eingriff mit gewissen Gefahren verbunden sein werde, erwartet werden könne.⁶⁴

Der Bundesgerichtshof übernimmt die Kernaussagen der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, versteht aber anders als das Reichsgericht die Bestimmung des Umfanges der Aufklärungspflicht als eine Rechtsfrage.⁶⁵

⁵⁵ RG 31.05.1894, 1406/94, RGSt 25, 375, 382; RG 27.05.1908, VI 408/07, RGZ 68, 431, 433 f.; RG 13.10.1916, III 145/16, RGZ 88, 433, 436; RG 19.05.1931, III 202/30, JW 1932, 3328, 3329; RG 19.06.1936, III 298/35, RGZ 151, 349, 352; RG 03.02.1939, III 91/38, DR 1939, 1159; RG 08.03.1940, III 117/39, RGZ 163, 129, 137; RG 03.12.1941, III 68/41, RGZ 168, 206, 210.

⁵⁶ RG 27.05.1908, VI 484/07, RGZ 68, 431.

⁵⁷ RG 31.05.1894, 1406/94, RGSt 25, 375; RG 19.06.1936, III 298/35, RGZ 151, 349.

⁵⁸ RG 01.03.1912, III 231/11, RGZ 78, 432; RG 04.05.1920, III 416/19, WarnRspr 1920 Nr. 109; RG 27.10.1931, III 423/30, WarnRspr 1932 Nr. 71.

⁵⁹ RG 19.05.1931, III 202/30, JW 1932, 3328, 3329; RG 30.06.1939, III 189/38, DR 1939, 2161; RG 08.12.1939, III 34/39, DR 1940, 506; RG 03.12.1941, III 68/41, RGZ 168, 206, 213.

⁶⁰ RG 29.02.1932, 2 D 57/32, RGSt 66, 181, 183; RG 03.12.1941, III 68/41, RGZ 168, 206, 213; vgl. RG 19.03.1937, 1 D 19/37, HRR 1937 Nr. 1429.

⁶¹ RG 27.10.1931, III 423/30, WarnRspr 1932 Nr. 71; RG 24.11.1936, III 23/36, JW 1937, 927.

⁶² RG 01.03.1912, III 231/11, RGZ 78, 432, 433 f.; RG 04.05.1920, III 416/19, WarnRspr 1920 Nr. 109; RG 24.11.1936, III 23/36, JW 1937, 927; RG 22.12.1939, 1 D 708/39, DR 1940, 684.

⁶³ RG 22.12.1939, 1 D 708/39, DR 1940, 684.

⁶⁴ RG 01.03.1912, III 231/11, RGZ 78, 432, 434; RG 24.11.1936, III 23/36, JW 1937, 927.

⁶⁵ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 57; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 184.

Wie das Reichsgericht erachtet der Bundesgerichtshof die Einwilligung des Patienten in die Vornahme eines ärztlichen Eingriffes für notwendig,⁶⁶ was eine entsprechende Aufklärung des Patienten voraussetze.⁶⁷ Der Patient solle durch die Aufklärung eine allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffes und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken erhalten.⁶⁸ Im Rahmen der Aufklärung sei aber nicht auf alle möglichen nachteiligen Folgen des Eingriffes einzugehen.⁶⁹ Die Aufklärung solle vielmehr nur die im großen und ganzen bestehenden Risiken umfassen.⁷⁰ Gegenstand der Aufklärung könnten zudem nur solche Risiken sein, die nach dem medizinischen Erfahrungsstand im Zeitpunkt der Behandlung überhaupt bekannt gewesen seien.⁷¹ Dafür sei nicht entscheidend, ob in der medizinischen Fachliteratur auf das Risiko hingewiesen wurde. Es genüge, daß sein Auftreten nach der Erfahrung bei vergleichbaren Operationen nicht auszuschließen gewesen sei.⁷²

Darüber hinaus versucht der Bundesgerichtshof, den Umfang der aufklärungsbedürftigen Risiken näher zu präzisieren. Die dazu schwerpunktmäßig in den

⁶⁶ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1107; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 49; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 179 f.; BGH 16.10.1962, VI ZR 198/61, NJW 1963, 393 f.; BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 336; BGH 22.05.1981, 4 StR 225/81, DRiZ 1981, 310; BGH 26.02.1985, VI ZR 124/83, NJW 1985, 2192; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 397 f.; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

⁶⁷ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1107; BGH 05.12.1958, VI ZR 266/57, VersR 1959, 308, 309; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 54; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 180; BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558, 559; BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003; BGH 22.05.1981, 4 StR 225/81, DRiZ 1981, 310; BGH 26.02.1985, VI ZR 124/83, NJW 1985, 2192; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

⁶⁸ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 106; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1808; BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238, 240; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352.

⁶⁹ BGH 11.04.1956, VI ZR 20/55, VersR 1956, 479; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 58; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181; BGH 24.10.1961, VI ZR 106/61, VersR 1962, 46, 47; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780.

⁷⁰ BGH 28.11.1971, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 557; BGH 02.11.1976, VI ZR 134/75, NJW 1977, 337; BGH 26.02.1985, VI ZR 124/83, NJW 1985, 2192; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394 und 399; BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238, 240; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352.

⁷¹ BGH 12.12.1989, VI ZR 83/89, NJW 1990, 1528 f.; BGH 21.11.1995, VI ZR 329/94, NJW 1996, 776, 777.

⁷² BGH 09.07.1985, VI ZR 8/84, VersR 1985, 969, 970.

1950er und 1960er Jahren⁷³ entwickelten Grundsätze sind zur ständigen Rechtsprechung geworden.

Nach dieser Rechtsprechung ist über die mit dem Eingriff verbundenen typischen Risiken aufzuklären.⁷⁴ Synonym wird in der neueren Rechtsprechung der Begriff des spezifischen Risikos verwandt.⁷⁵ Das seien solche Gefahren, die eine zwar nicht beabsichtigte, zugleich aber auch nicht sicher zu vermeidende Folge des jeweiligen Eingriffs darstellten.⁷⁶ Über mögliche Gefahren, die auf vermeidbaren Behandlungsfehlern beruhen, müsse dagegen nicht aufgeklärt werden.⁷⁷ Aufzuklären sei über Risiken, mit deren Eintreten gerechnet werden müsse.⁷⁸ Über Risiken, die sich so selten verwirklichten, daß mit ihrem Eintritt nicht gerechnet zu werden brauche, müsse nicht aufgeklärt werden.⁷⁹

Der Bundesgerichtshof hat davon abgesehen, ein festes Zahlenverhältnis zwischen Aufklärungspflicht und Komplikationsrate aufzustellen.⁸⁰ Die Komplikationsrate allein wird vielmehr nur als Indiz für die Aufklärungsbedürftigkeit eines bestimmten Risikos verstanden. Je seltener ein Risiko auftritt, desto entscheidender kommt es für seine Aufklärungsbedürftigkeit auf die Auswirkungen für den Patienten bei Eintritt dieses Risikos an. Abgestellt wird insoweit auf Faktoren, die

⁷³ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106; BGH 11.04.1956, VI ZR 20/55, VersR 1956, 479; BGH 05.12.1958, VI ZR 266/57, VersR 1959, 308; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176; BGH 22.12.1959, VI ZR 151/58, VersR 1960, 475; BGH 07.02.1961, VI ZR 69/60, VersR 1961, 421; BGH 11.04.1961, VI ZR 135/60, VersR 1961, 725; BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036; BGH 26.09.1961, VI ZR 225/60, NJW 1961, 2203; BGH 24.10.1961, VI ZR 106/61, VersR 1962, 46; BGH 16.10.1962, VI ZR 198/61, NJW 1963, 393; BGH 18.05.1965, VI ZR 4/64, NJW 1965, 2005; BGH 04.01.1966, VI ZR 172/64, DMW 1966, 1424; BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558.

⁷⁴ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106; BGH 11.04.1956, VI ZR 20/55, VersR 1956, 479; BGH 05.12.1958, VI ZR 266/57, VersR 1959, 308, 309; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 182; BGH 22.12.1959, VI ZR 151/58, VersR 1960, 475, 478.

⁷⁵ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 106; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1808; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1534; BGH 08.01.1991, VI ZR 102/90, NJW 1991, 1541, 1542; BGH 16.04.1991, VI ZR 176/90, NJW 1991, 2344, 2345; BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238, 240; BGH 02.11.1993, VI ZR 245/92, VersR 1994, 104, 105; BGH 07.07.1994, III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 389; BGH 21.11.1995, VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 781; BGH 21.11.1995, VI ZR 329/94, NJW 1996, 776; BGH 09.07.1996, VI ZR 101/95, NJW 1996, 3073, 3074.

⁷⁶ BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887, 1888; BGH 26.02.1985, VI ZR 124/83, NJW 1985, 2192; vgl. auch BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 182.

⁷⁷ BGH 20.10.1961, VI ZR 39/61, VersR 1962, 155, 156; BGH 09.11.1982, VI ZR 23/81, MedR 1983, 67, 68; BGH 19.03.1985, VI ZR 227/83, NJW 1985, 2193; BGH 03.12.1991, VI ZR 48/91, NJW 1992, 1558, 1559.

⁷⁸ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 58; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181; BGH 12.12.1989, VI ZR 83/89, NJW 1990, 1528; BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346.

⁷⁹ BGH 18.05.1965, VI ZR 4/64, NJW 1965, 2005, 2006.

⁸⁰ BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 337.

bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluß, in die Behandlung einzuwilligen, ins Gewicht fallen:⁸¹

Die Rechtsprechung hat sich zunächst in den 1950er Jahren an dem Grad der Gefährlichkeit des Eingriffs in die körperliche Integrität orientiert.⁸² Dieser drücke sich in der Häufigkeit und Schwere auftretender Komplikationen aus.⁸³ Die Komplikationsrate wurde auf diese Weise in Bezug zu den Auswirkungen für den Patienten bei Eintreten der Komplikation gesetzt. Zugleich wurde die Komplikationsrate selbst auch nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls ermittelt: Entscheidend seien der Stand der ärztlichen Erfahrung und Wissenschaft im Zeitpunkt des Eingriffs⁸⁴ und die Bedingungen in der Klinik, in der der Eingriff vorgenommen werden soll.⁸⁵ Ebenso seien die Ausprägung der Erkrankung und mögliche Schwierigkeiten der Operation im Hinblick auf den jeweiligen Patienten zu berücksichtigen.⁸⁶

In späteren Entscheidungen stellt der Bundesgerichtshof nicht mehr ausdrücklich auf den Grad der Gefährlichkeit des Eingriffes ab. Zu berücksichtigen seien Art und Ausmaß möglicherweise eintretender Gesundheitsschäden⁸⁷ und

⁸¹ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 60; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 182; BGH 07.02.1961, VI ZR 69/60, VersR 1961, 421, 423; BGH 11.04.1961, VI ZR 135/60, VersR 1961, 725, 727; BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036, 1038; BGH 26.09.1961, VI ZR 225/60, NJW 1961, 2203, 2204; BGH 24.10.1961, VI ZR 106/61, VersR 1962, 46, 47; BGH 16.10.1962, VI ZR 198/61, NJW 1963, 393, 394; BGH 04.01.1966, VI ZR 172/64, DMW 1966, 1424, 1425; BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 337; BGH 02.11.1976, VI ZR 134/75, NJW 1977, 337; BGH 22.04.1980, VI ZR 37/79, NJW 1980, 1905, 1907; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 106 und 107; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1808; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780.

⁸² BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1107; BGH 11.04.1956, VI ZR 20/55, VersR 1956, 479; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181.

⁸³ BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181.

⁸⁴ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 59 f.; BGH 24.10.1961, VI ZR 106/61, VersR 1962, 46, 47; BGH 04.01.1966, VI ZR 172/64, DMW 1966, 1424, 1426.

⁸⁵ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 61; BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036, 1038; BGH 26.09.1961, VI ZR 225/60, NJW 1961, 2203, 2204; BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887, 1888; BGH 25.11.1975, VI ZR 122/73, NJW 1976, 365, 366; BGH 22.04.1980, VI ZR 37/79, NJW 1980, 1905, 1907.

⁸⁶ Vgl. BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036, 1038; vgl. BGH 26.09.1961, VI ZR 225/60, NJW 1961, 2203, 2204.

⁸⁷ BGH 24.10.1961, VI ZR 106/61, VersR 1962, 46, 47; BGH 16.10.1962, VI ZR 198/61, NJW 1963, 393, 394; BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, VersR 1984, 468, 469; BGH 22.04.1980, VI ZR 37/79, NJW 1980, 1905, 1907; BGH 26.02.1985, VI ZR 124/83, NJW 1985, 2192.

ihre Folgen im Hinblick auf die Lebensführung des Patienten.⁸⁸ Inhaltlich ist hier aber dasselbe gemeint, nur die Terminologie hat gewechselt.

Die mit dem Eingriff verbundenen Risiken seien außerdem mit dem zu erwartenden Gesundheitszustand des Patienten bei Unterbleiben des Eingriffs zu vergleichen.⁸⁹ In diesem Zusammenhang spielten Dringlichkeit⁹⁰ und Gebotenheit des Eingriffes⁹¹ eine Rolle. Dient der Eingriff nicht vorrangig der Heilung des Patienten,⁹² sei der Erfolg des Eingriffs unsicher,⁹³ könne insbesondere eine Verschlechterung des bisherigen Zustandes eintreten,⁹⁴ oder sei der Eingriff nicht vital indiziert,⁹⁵ habe eine intensivere Aufklärung zu erfolgen. Dann sei auch auf seltener auftretende Risiken des Eingriffs einzugehen.⁹⁶

Durch die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls sowohl hinsichtlich der Ermittlung der Komplikationsrate als auch hinsichtlich der Gewichtung der für die Entscheidung des Patienten bedeutenden Faktoren ist die Rechtsprechung unkalkulierbar geworden. Angesichts der von der Rechtsprechung entwickelten beliebig dehnbaren Kriterien sind allgemein gültige Aussagen bezüglich der Aufklärungsbedürftigkeit typischer Risiken kaum möglich. Da neben der Komplikationsrate im konkreten Fall auch die Auswirkungen für den Patienten bei Eintritt

⁸⁸ BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036, 1038; BGH 26.09.1961, VI ZR 225/60, NJW 1961, 2203, 2204; BGH 23.10.1979, VI ZR 197/78, NJW 1980, 633, 635; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 106; BGH 12.12.1989, VI ZR 83/89, NJW 1990, 1528; BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346 f.; BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 383; BGH 07.07.1992, VI ZR 211/91, VersR 1993, 228, 229; BGH 02.11.1993, VI ZR 245/92, VersR 1994, 104, 105; BGH 07.07.1994, III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 389; BGH 21.11.1995, VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 781; BGH 21.11.1995, VI ZR 329/94, NJW 1996, 776; BGH 09.07.1996, VI ZR 101/95, NJW 1996, 3073, 3074.

⁸⁹ BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036, 1038; BGH 26.09.1961, VI ZR 225/60, NJW 1961, 2203, 2204; BGH 24.10.1961, VI ZR 106/61, VersR 1962, 46, 47; BGH 16.10.1962, VI ZR 198/61, NJW 1963, 393, 394.

⁹⁰ BGH 28.11.1972, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 557; BGH 02.11.1993, VI ZR 245/92, VersR 1994, 104, 105.

⁹¹ BGH 28.11.1972, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 557.

⁹² BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887, 1888; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 337; BGH 02.11.1976, VI ZR 134/75, NJW 1977, 337; BGH 15.05.1979, VI ZR 70/77, NJW 1979, 1933, 1934; BGH 06.11.1990, VI ZR 8/90, NJW 1991, 2349.

⁹³ BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 559; BGH 23.09.1980, VI ZR 189/79, NJW 1981, 633; BGH 24.02.1981, VI ZR 168/79, NJW 1981, 1319, 1320; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515.

⁹⁴ BGH 24.02.1981, VI ZR 168/79, NJW 1981, 1319, 1320; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515.

⁹⁵ BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558 f.; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 337; BGH 02.11.1976, VI ZR 134/75, NJW 1977, 337; BGH 22.04.1980, VI ZR 37/79, NJW 1980, 1905, 1907; BGH 23.09.1980, VI ZR 189/79, NJW 1981, 633; BGH 24.02.1981, VI ZR 168/79, NJW 1981, 1319, 1320; BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, VersR 1984, 468, 469; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1534; vgl. BGH 06.03.1956, VI ZR 2/55, VersR 1956, 449, 450.

⁹⁶ BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558 f.; BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887, 1888; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 337; BGH 02.11.1976, VI ZR 134/75, NJW 1977, 337; BGH 24.02.1981, VI ZR 168/79, NJW 1981, 1319, 1320; BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, VersR 1984, 468, 469.

der Komplikation berücksichtigt werden, kann eine Aufklärungspflicht auch über solche Risiken bestehen, die generell gesehen nur zu einem geringen Prozentsatz auftreten. Der Bundesgerichtshof weitete daher mit seiner Rechtsprechung den Umfang der aufklärungsbedürftigen Risiken deutlich aus.

In einer Entscheidung vom 04.11.1975⁹⁷ hat der Bundesgerichtshof erstmals den Versuch einer deutlichen Begrenzung der Aufklärungspflicht⁹⁸ hinsichtlich des Umfangs der aufklärungsbedürftigen Risiken unternommen. Einen Hinweis auf diese Möglichkeit der Begrenzung der Aufklärungspflicht findet sich aber bereits in Entscheidungen vom 22.06.1971⁹⁹ und vom 16.11.1971.¹⁰⁰ Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung muß nicht über solche spezifische Risiken des geplanten Eingriffs aufgeklärt werden, die sich für den Patienten als medizinischen Laien bereits aus der Art des Eingriffs selbst ergeben.¹⁰¹ Für die Beurteilung, ob sich der Patient eines bestimmten Risikos bewußt sei, spielten Intelligenz und Bildungsstand¹⁰² sowie seine Erfahrungen aus der Krankenvorgeschichte¹⁰³ einschließlich eventueller Voraufklärung durch den in das Krankenhaus einweisenden niedergelassenen Facharzt¹⁰⁴ eine Rolle.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann auch besonderes berufliches Fachwissen zu einer Begrenzung der Aufklärungspflicht führen.¹⁰⁵ Dieses ist jedoch kein Kriterium dafür, ob sich der Patient als medizinischer Laie des Eingriffsrisikos bewußt ist, da er in diesem Fall schon nicht mehr als medizinischer Laie anzusehen ist.

Dieser Ansatz zu einer Begrenzung der Aufklärungspflicht entspringt Billigkeitserwägungen vor dem Hintergrund der Tatsache, daß Aufklärungspflichtverletzungen von Patienten teilweise zum Vorwand genommen würden, um das mit der Einwilligung in den Eingriff übernommene Risiko unvermeidlicher Fehlschläge nachträglich auf Arzt oder Krankenhausträger abzuwälzen.¹⁰⁶

⁹⁷ BGH 04.11.1975, VI ZR 226/73, NJW 1976, 363.

⁹⁸ BGH 04.11.1975, VI ZR 226/73, NJW 1976, 363, 364.

⁹⁹ BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887.

¹⁰⁰ BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335.

¹⁰¹ BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887, 1888; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 337; BGH 04.11.1975, VI ZR 226/73, NJW 1976, 363, 364; BGH 25.11.1975, VI ZR 122/73, NJW 1976, 365; BGH 15.05.1979, VI ZR 70/77, NJW 1979, 1933, 1934; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 106; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1808.

¹⁰² BGH 04.11.1975, VI ZR 226/73, NJW 1976, 363, 364; BGH 23.10.1979, VI ZR 197/78, NJW 1980, 633, 635.

¹⁰³ BGH 04.11.1975, VI ZR 226/73, NJW 1976, 363, 364.

¹⁰⁴ BGH 15.05.1979, VI ZR 70/77, NJW 1979, 1933, 1934.

¹⁰⁵ BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036, 1038; BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334.

¹⁰⁶ BGH 04.11.1975, VI ZR 226/73, NJW 1976, 363, 364; BGH 15.05.1979, VI ZR 70/77, NJW 1979, 1933, 1934.

In der neueren Rechtsprechung wird die Begrenzung dagegen als eine Voraussetzung für die Aufklärungspflicht formuliert: Aufzuklären sei über dem Patienten nicht erkennbare Risiken,¹⁰⁷ mit deren Eintritt er nicht rechne¹⁰⁸ und der somit für ihn als Laien überraschend sei.¹⁰⁹

Der Bundesgerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung zur Aufklärung über die Risiken ärztlicher Eingriffe stets an der Bedeutung der Aufklärung für die Einwilligungentscheidung des Patienten orientiert. Damit trägt er dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seinen Körper Rechnung. Dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten wird grundsätzlich Vorrang eingeräumt gegenüber der Aufgabe der ärztlichen Behandlung, die Gesundheit des Patienten wiederherzustellen und zu erhalten.¹¹⁰

Der Bundesgerichtshof erkennt auch an, daß aus therapeutischen Gründen in bestimmten Fällen die Pflicht des Arztes zur Heilung des Patienten der Aufklärungspflicht vorgehen könne. Um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht zu unterlaufen, werden an die therapeutische Unzumutbarkeit der Aufklärung jedoch strenge Anforderungen gestellt.¹¹¹

Bereits in einer grundlegenden Entscheidung zur Aufklärungspflicht vom 10.07.1954,¹¹² dem sogenannten ersten Elektroschockurteil, hatte sich der Bundesgerichtshof mit der Begrenzung der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen auseinandergesetzt. Dabei bezog er sich ausdrücklich auch auf eine Entscheidung des Reichsgerichtes vom 08.03.1940,¹¹³ in der dieses ein Herabdrücken der Stimmung des Patienten oder gar seines Allgemeinbefindens infolge der Aufklärung als unvermeidbare Nachteile ansah, die in Kauf genommen werden mußten.¹¹⁴ In dieser sowie in zwei früheren Entscheidungen¹¹⁵ hatte sich das Reichsgericht im Hinblick auf die Einwilligung des Patienten in die weitere ärztliche Behandlung mit der Aufklärung über die Diagnose einer lebensbedrohlichen Erkrankung auseinanderzusetzen und eine entsprechende Aufklärungspflicht grundsätz-

¹⁰⁷ BGH 22.04.1980, VI ZR 37/79, NJW 1980, 1905, 1907; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1516; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 399 und NJW 1989, 1533, 1534; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414.

¹⁰⁸ BGH 26.02.1985, VI ZR 124/83, NJW 1985, 2192; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1534; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414.

¹⁰⁹ BGH 23.10.1979, VI ZR 197/78, NJW 1980, 633, 635; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 383; BGH 07.07.1994, III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 389.

¹¹⁰ BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 114; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 53.

¹¹¹ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 109 f.

¹¹² BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1107.

¹¹³ RG 08.03.1940, III 117/39, RGZ 163, 129.

¹¹⁴ RG 08.03.1940, III 117/39, RGZ 163, 129, 138.

¹¹⁵ RG 29.02.1932, 2 D 57/32, RGSt 66, 181; RG 19.03.1937, 1 D 19/37, HRR 1937 Nr. 1429.

lich bejaht.¹¹⁶ Ausnahmen seien nur anzuerkennen, wenn durch die Aufklärung der Heilerfolg beeinträchtigt würde.¹¹⁷ In einer Entscheidung vom 01.03.1912¹¹⁸ hatte das Reichsgericht weitergehend berücksichtigt, daß der Patient durch die Aufklärung derart verängstigt werden könnte, daß er von der Vornahme des Eingriffes absehen würde.¹¹⁹ Diese Entscheidung steht nicht im Widerspruch zu den später ergangenen, da das Reichsgericht mit dieser Argumentation die Aufklärungspflicht nur insoweit begrenzte, als im Rahmen der Aufklärung nicht auf alle möglichen nachteiligen Folgen des Eingriffes eingegangen werden müsse.¹²⁰

Das erste Elektroschockurteil des Bundesgerichtshofes hatte starke Kritik vor allem im medizinischen Schrifttum hervorgerufen.¹²¹ Diese Kritik konzentrierte sich zunächst darauf, daß an einer Psychose erkrankte Patienten ihrer psychischen Verfassung nach nicht in der Lage seien, eine rechtsverbindliche Willenserklärung abzugeben.¹²² Daher sei eine Aufklärung dieser Patienten hinsichtlich der geplanten Elektroschockbehandlung nicht erforderlich.¹²³

In dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofes zugrundeliegenden Fall war der Patient jedoch trotz seines involutiv-endogenen Depressionszustandes weder in seiner Urteilsfähigkeit beeinträchtigt noch war seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen,¹²⁴ so daß er rechtswirksam in die Elektroschockbehandlung einwilligen konnte. Die Kritik im medizinischen Schrifttum an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist damit unbegründet, soweit sie sich ausschließlich auf die Behandlung des an einer Psychose erkrankten Patienten bezog.¹²⁵ Der Bundesgerichtshof sowie die Vorinstanz, das Oberlandesgericht Bremen, haben zudem durchaus anerkannt, daß die Persönlichkeit des Patienten bei der Aufklärung durch den Arzt zu berücksichtigen sei. Sie haben aber offen gelassen, inwieweit eine Aufklärung hätte erfolgen können, da in dem diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Fall die Aufklärung unberechtigterweise völlig unterblieben war.¹²⁶ Ein solches Verständnis des ersten Elektroschockurteils deckt

¹¹⁶ RG 29.02.1932, 2 D 57/32, RGSt 66, 181, 182; RG 19.03.1937, 1 D 19/37, HRR 1937 Nr. 1429; RG 08.03.1940, III 117/39, RGZ 163, 129, 137 f.

¹¹⁷ RG 29.02.1932, 2 D 57/32, RGSt 66, 181, 183; RG 03.12.1941, III 68/41, RGZ 168, 206, 213; vgl. RG 01.03.1912, III 231/11, RGZ 78, 432, 434.

¹¹⁸ RG 01.03.1912, III 231/11, RGZ 78, 432.

¹¹⁹ RG 01.03.1912, III 231/11, RGZ 78, 432, 434.

¹²⁰ RG 01.03.1912, III 231/11, RGZ 78, 432, 433 f.

¹²¹ Aus medizinischer Sicht: Baeyer, Med.Klin. 1955, S. 169; Neidhardt, NJW 1956, S. 1097; Ruffin, Med.Klin. 1955, S. 204; Stauder, Med.Klin. 1955, S. 168; Ziehen, Med.Klin. 1955, S. 169. Aus juristischer Sicht: Müller, NJW 1955, S. 1099.

¹²² Baeyer, Med.Klin. 1955, S. 169; Müller, NJW 1956, S. 1099; Ruffin, Med.Klin. 1955, S. 204; Ziehen, Med.Klin. 1955, S. 169, 170.

¹²³ Baeyer, Med.Klin. 1955, S. 169; Ruffin, Med.Klin. 1955, S. 204, 205; Ziehen, Med.Klin. 1955, S. 169, 170 f.

¹²⁴ OLG Bremen 21.10.1953, 3 U 287/53, VersR 1954, 63, 64.

¹²⁵ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 51; Friedrich, Med.Klin. 1955, S. 774, 775; vgl. Göppinger, Neurologie, S. 53, 70.

¹²⁶ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1107 f.; OLG Bremen 21.10.1953, 3 U 287/53,

sich zudem mit einer früheren Entscheidung des Bundesgerichtshofes,¹²⁷ mit der er ein Urteil des Oberlandesgerichtes Frankfurt am Main billigte,¹²⁸ das die Begrenzung des Umfanges der Aufklärung einer an einer endogenen Depression erkrankten Patientin aus therapeutischen Gründen zugelassen hatte.¹²⁹

In der Folge hatte der Bundesgerichtshof seine Auffassung zur Begrenzung der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gesichtspunkten in zwei weiteren Entscheidungen vom 10.02.1956¹³⁰ und vom 28.11.1957¹³¹ bekräftigt.

Die Kritik an dem ersten Elektroschockurteil reichte jedoch noch weiter: Angegriffen wurde der Ausgangspunkt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach das Selbstbestimmungsrecht des Patienten grundsätzlich Vorrang gegenüber seinem gesundheitlichen Wohl eingeräumt und sogar eine Beeinträchtigung des Allgemeinbefindens durch die Aufklärung in Kauf genommen werde.¹³² Hin gewiesen wurde dabei auf die nachteiligen Auswirkungen, die eine schockierende Mitteilung nicht nur auf die psychische, sondern auch auf die physische Verfassung des Patienten haben könne.¹³³ Durch eine Aufklärung, wie sie vom Bundesgerichtshof gefordert werde, könnte der Patient zudem derart verängstigt werden, daß er seine Einwilligung zu dem geplanten Eingriff verweigern und sich so ganz unnötigerweise seiner Heilungschancen berauben würde.¹³⁴ Der Umfang der Aufklärungspflicht sollte deshalb an der psychischen Belastbarkeit des einzelnen Patienten ausgerichtet werden.¹³⁵ Dabei sollte dem Arzt die Beurteilung überlassen bleiben, wieweit die Aufklärung im Einzelfall gehen könne.¹³⁶

Angesichts dieser Kritik hatte der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung¹³⁷ in dem zweiten Elektroschockurteil vom 09.12.1958¹³⁸ nochmals überdacht und im Ergebnis an ihr festgehalten. Sei bei der Aufklärung eines willensfähigen Patienten keine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes oder des

VersR 1954, 63, 64.

¹²⁷ BGH 03.10.1951, II ZA 16/51, zitiert nach: OLG Frankfurt am Main 07.03.1951, 2 U 225/49, VersR 1954, 180.

¹²⁸ Der BGH hatte das Armenrechtsgesuch (heute: Antrag auf Prozeßkostenhilfe) der Klägerin zurückgewiesen, weil die beabsichtigte Revision keine hinreichende Aussicht auf Erfolg geboten hätte.

¹²⁹ OLG Frankfurt am Main 07.03.1951, 2 U 225/49, VersR 1954, 180, 181.

¹³⁰ BGH 10.02.1956, VI ZR 189/54, VersR 1956, 406, 407.

¹³¹ BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 115 f.

¹³² Neidhardt, NJW 1956, S. 1097, 1098.

¹³³ Göppinger, Neurologie, S. 53, 74 und 84; Neidhardt, NJW 1956, S. 1097, 1099.

¹³⁴ Baeyer, Med.Klin. 1955, S. 169; Göppinger, Neurologie, S. 53, 73 f.; Müller, NJW 1956, S. 1099; vgl. Stauder, Med.Klin. 1955, S. 168, der darauf hinweist, daß der Arzt dann praktisch von dem geplanten Eingriff abraten würde.

¹³⁵ Göppinger, Neurologie, S. 53, 72; Neidhardt, NJW 1956, S. 1097, 1098.

¹³⁶ Göppinger, Neurologie, S. 53, 74; Müller, NJW 1956, S. 1099, 1100; Neidhardt, NJW 1956, S. 1097, 1098; Ruffin, Med.Klin. 1955, S. 204, 205; Stauder, Med.Klin. 1955, S. 168.

¹³⁷ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1107; BGH 10.02.1956, VI ZR 189/54, VersR 1956, 406, 407; BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 115 f.

¹³⁸ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46.

Heilerfolges zu befürchten, sondern nur mit der ernsthaften Möglichkeit zu rechnen, daß der Patient seinen eigentlichen Interessen zuwider die Einwilligung in die Behandlung verweigert, so enthebe das den Arzt nicht von seiner Aufklärungspflicht. Denn nur auf diese Weise sei es dem Patienten möglich, sein Selbstbestimmungsrecht auszuüben.¹³⁹

Diese Auffassung bestätigte der Bundesgerichtshof in nachfolgenden Entscheidungen.¹⁴⁰ Seine Rechtsprechung läßt sich dahingehend zusammenfassen, daß aus therapeutischen Gründen die Aufklärungspflicht nur dann entfalle, wenn der Heilerfolg beeinträchtigt¹⁴¹ oder die Gefahr ernsthafter und nicht behebbarer Gesundheitsschäden bestehen würde.¹⁴² Es genüge aber nicht, daß die Aufklärung ein Herabdrücken der Stimmung oder des Allgemeinbefindens zur Folge habe,¹⁴³ oder daß der Patient aus Angst seine Einwilligung verweigern¹⁴⁴ oder sich während des Eingriffs verkrampfen und so die Durchführung des Eingriffs erschweren könnte.¹⁴⁵ Aus diesen Gründen wurde aber bisher in keiner der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes eine Begrenzung der Aufklärungspflicht zugelassen.

Die Haltung des Bundesgerichtshofes wird im juristischen Schrifttum überwiegend¹⁴⁶ nicht geteilt. In der Rechtsprechung der unteren Instanzen dagegen fällt nur eine abweichende Entscheidung des Oberlandesgerichtes Celle auf.¹⁴⁷

Die abweichenden Auffassungen unterscheiden sich von der des Bundesgerichtshofes zum einen in der Bewertung der Belastbarkeit des Patienten durch die Aufklärung. Die vom Bundesgerichtshof gezogene Grenze, wonach nur ernsthafte und nicht mehr behebbarer Gesundheitsschäden zu einer Begrenzung der Aufklärung führen könnten, nicht aber bereits das Herabdrücken der Stimmung oder des

¹³⁹ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 55 f.

¹⁴⁰ BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 185; BGH 28.06.1963, 4 StR 202/63, JZ 1964, 231, 232; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 337; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 109 f.; BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 99.

¹⁴¹ BGH 10.02.1956, VI ZR 189/54, VersR 1956, 406, 407; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 55.

¹⁴² BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 116; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 185; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 55 und 56; BGH 28.06.1963, 4 StR 202/63, JZ 1964, 231, 232.

¹⁴³ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1107; vgl. BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 115.

¹⁴⁴ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 55 f.; BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 99.

¹⁴⁵ BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 99.

¹⁴⁶ Wie der BGH nur Giesen, *Arzthaftungsrecht* (4. Auflage), Rn. 317 ff., S. 281 ff.; Giesen, FS-Skapski, S. 45, 68 ff.; Heilmann, NJW 1990, S. 1513, 1518; Schmid, NJW 1984, S. 2601, 2605.

¹⁴⁷ OLG Celle 15.06.1981, 1 U 34/80, VersR 1984, 1184 zu der der BGH die Annahme der Revision mit Beschluß vom 21.09.1982, VI ZR 192/81, VersR 1982, 1142 f. abgelehnt hatte. Der Bundesgerichtshof hat zwar eine Aufklärungspflichtverletzung angenommen, ist aber auf die Problematik der Begrenzung der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen nicht eingegangen.

Allgemeinbefindens, wird für zu eng gehalten.¹⁴⁸ Auch rein psychische Beeinträchtigungen könnten eine Begrenzung der Aufklärung rechtfertigen.¹⁴⁹

Es erscheint jedoch fraglich, ob der Bundesgerichtshof überhaupt psychische Gefährdungen, die nicht unmittelbar auch den körperlichen Zustand beeinträchtigen, von vornherein ausschließen wollte. Der Bundesgerichtshof nimmt vielmehr eine rein qualitative Bewertung vor und reduziert danach die Gründe, die in therapeutischer Hinsicht eine Beschränkung der Aufklärung rechtfertigen können. Insoweit treffender ist die Kritik, die diese vom Bundesgerichtshof angesetzte Schwelle für zu hoch ansieht. Bereits eine erhebliche Störung¹⁵⁰ bzw. jede schwerwiegende Beeinträchtigung des Befindens¹⁵¹ oder jede gesundheitliche Beeinträchtigung, die eine Körperverletzung i. S. d. § 223 StGB darstelle,¹⁵² lasse eine Begrenzung der Aufklärung zu.

Vereinzelte wird eine entsprechende Begrenzung der Aufklärung auch mit der Gefahr der Selbstverwirklichung des Risikos infolge der Aufklärung begründet.¹⁵³

Zum anderen wird die Gefahr, daß der Patient durch die Aufklärung eine medizinisch notwendige Behandlung aus Angst verweigern könnte, für beachtlich gehalten.¹⁵⁴ Weitergehend wird darauf hingewiesen, daß der Patient durch die Aufklärung psychisch nicht derart belastet werden dürfe, daß er nicht mehr einwilligungsfähig wäre.¹⁵⁵

Zu Beweis Zwecken wird dem Arzt zum Teil empfohlen, in der Krankenakte zu vermerken, daß die Aufklärung aus therapeutischen Gründen beschränkt wurde.¹⁵⁶ Ein entsprechender Vermerk diene zugleich dem Arzt zur Objektivierung seines Entschlusses, den Patienten nicht vollständig aufzuklären.¹⁵⁷

¹⁴⁸ OLG Celle 15.06.1981, 1 U 34/80, VersR 1984, 1184, 1185; Bockelmann, NJW 1961, S. 945, 950 f.; Deutsch, NJW 1980, S. 1305, 1306; Geilen, Einwilligung, S. 183; Grünwald, ZStW 1961, S. 5, 41; Hollmann, NJW 1973, S. 1393, 1395; Kamps, Ärztliche Arbeitsteilung, S. 111 f.; Laufs, Arzt und Patient, S. 71, 78; Schreiber, Der Internist 1983, S. 185, 188; Tempel, NJW 1980, S. 609, 614.

¹⁴⁹ OLG Celle 15.06.1981, 1 U 34/80, VersR 1984, 1184, 1185; Hollmann, NJW 1973, S. 1393, 1395 und 1398; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 203, S. 107; Laufs, Arzt und Patient, S. 71, 78; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 438, (3. Auflage), § 823 Rn. 436; Tempel, NJW 1980, S. 609, 614.

¹⁵⁰ Deutsch, NJW 1980, S. 1305, 1306.

¹⁵¹ Schreiber, Ärztliche Aufklärungspflicht, S. 71, 78; Schreiber, Der Internist 1983, S. 185, 188.

¹⁵² Bockelmann, NJW 1961, S. 945, 951.

¹⁵³ Deutsch, NJW 1980, S. 1305, 1306.

¹⁵⁴ OLG Celle 15.06.1981, 1 U 34/80, VersR 1981, 1184, 1185; Grünwald, ZStW 1961, S. 5, 41; Deutsch, NJW 1980, S. 1305, 1308, der eine entsprechende Beschränkung der Aufklärung aber nur zulassen will, wenn die Gefahr einer psychotisch-unverständlichen Ablehnung der Behandlung bestehe. Das setze voraus, daß der Patient krankhaft ängstlich sei, so daß ihm ein ruhiges Abwägen zwischen dem normalen Krankheitsverlauf und den möglichen Nebenwirkungen nicht mehr möglich sei. Die geplante Behandlung müsse zudem unmittelbar und dringend erforderlich sein. Für mögliche Zwischenfälle oder Nebenwirkungen bestehe nur eine entfernte Gefahr.

¹⁵⁵ Bodenburg, NJW 1981, S. 601, 603.

¹⁵⁶ Deutsch, NJW 1980, S. 1305, 1308; Schreiber, Der Internist 1983, S. 185, 188.

¹⁵⁷ Deutsch, NJW 1980, S. 1305, 1308; Schreiber, Ärztliche Aufklärungspflicht, S. 71, 78.

Trotz der abweichenden Haltung großer Teile des Schrifttums unterblieb eine erneute Auseinandersetzung mit der an der Rechtsprechung auch weiterhin geäußerten Kritik.

(b) Art des Eingriffs

Der Bundesgerichtshof ist in seiner Rechtsprechung stets davon ausgegangen, daß der Patient über die Art des geplanten Eingriffs aufzuklären sei.¹⁵⁸ Dazu gehöre auch der Hinweis, daß ein bestimmter Eingriff überhaupt vorgenommen werden solle.¹⁵⁹ Der Patient sei über den Behandlungsverlauf¹⁶⁰ bzw. die technische Durchführung des Eingriffes¹⁶¹ zu informieren. Seien während eines diagnostischen Eingriffes Schmerzen zu erwarten, müsse der Patient auch darauf hingewiesen werden.¹⁶² Generell genüge eine Aufklärung im großen und ganzen.¹⁶³ Eine in alle Einzelheiten gehende Aufklärung sei nicht erforderlich.¹⁶⁴

In nur wenigen Fällen wurde eine Verletzung der Pflicht zur Aufklärung über die Art des Eingriffes angenommen.¹⁶⁵ Überwiegend wurde vielmehr eine Aufklärungspflichtverletzung mit der Begründung verneint, daß der Behandlungsablauf nicht in allen Einzelheiten dargestellt werden müsse.¹⁶⁶

Insgesamt gesehen tritt die Aufklärung über die Art des Eingriffs gegenüber der über mögliche Eingriffsrisiken an Bedeutung zurück.

¹⁵⁸ BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036, 1037; BGH 18.05.1965, VI ZR 4/64, NJW 1965, 2005, 2006; BGH 04.01.1966, VI ZR 172/64, DMW 1966, 1424, 1425; BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 336; BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, NJW 1978, 2337; BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 106; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1808; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515.

¹⁵⁹ BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, NJW 1978, 2337.

¹⁶⁰ BGH 16.12.1953, VI ZR 143/52, LM Nr. 9 zu § 823 (Aa) BGB; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181; BGH 20.12.1960, VI ZR 45/60, NJW 1961, 261, 262; BGH 23.09.1980, VI ZR 189/79, NJW 1981, 633; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

¹⁶¹ BGH 24.02.1981, VI ZR 168/79, NJW 1981, 1319, 1320; BGH 08.05.1990, VI ZR 227/89, NJW 1990, 2929, 2930.

¹⁶² BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 99.

¹⁶³ BGH 16.12.1953, VI ZR 143/52, LM Nr. 9 zu § 823 (Aa) BGB; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181; BGH 18.05.1965, VI ZR 4/64, NJW 1965, 2005, 2006; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 336; BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, NJW 1978, 2337; BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394 und 399; BGH 08.05.1990, VI ZR 227/89, NJW 1990, 2929, 2930.

¹⁶⁴ BGH 16.12.1953, VI ZR 143/52, LM Nr. 9 zu § 823 (Aa) BGB; BGH 20.12.1960, VI ZR 45/60, NJW 1961, 261, 262; BGH 26.09.1961, VI ZR 124/60, VersR 1961, 1036, 1037; BGH 18.05.1965, VI ZR 4/64, NJW 1965, 2005, 2006; BGH 04.01.1966, VI ZR 172/64, DMW 1966, 1424, 1425.

¹⁶⁵ BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 336; BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, NJW 1978, 2337; BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333; BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 99.

¹⁶⁶ BGH 16.12.1953, VI ZR 143/52, LM Nr. 9 zu § 823 (Aa) BGB; BGH 20.12.1960, VI ZR 45/60, NJW 1961, 261, 262; BGH 18.05.1965, VI ZR 4/64, NJW 1965, 2005, 2006; BGH 04.01.1966, VI ZR 172/64, DMW 1966, 1424, 1425.

(c) Indikation des Eingriffs

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat die Aufklärung auch die Umstände, die einen Eingriff indizieren, zu erfassen.¹⁶⁷

Die Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit der Indikation des Eingriffes diene der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten,¹⁶⁸ indem ihm eine eigene Entscheidung über die Vornahme des geplanten Eingriffes ermöglicht werden solle.¹⁶⁹

Mit der Aufklärung über die Indikation des Eingriffes ist zunächst die medizinische Notwendigkeit des Eingriffes gemeint. Der Patient müsse darüber aufgeklärt werden, wenn der geplante Eingriff medizinisch nicht notwendig¹⁷⁰ oder sogar kontraindiziert¹⁷¹ sei. Bei einem Diagnoseeingriff genüge es, wenn dem Patienten gesagt werde, daß die Operation ohne diese Diagnosemaßnahme nicht durchgeführt werden könne.¹⁷²

Von der Rechtsprechung wurden bis zu Beginn der 1980er Jahre nur in Einzelfällen Aufklärungspflichtverletzungen wegen mangelnder Aufklärung über Umstände, die den Eingriff indizieren, angenommen.¹⁷³ Seit Beginn der 1980er Jahre dagegen wird die Aufklärungspflicht hinsichtlich der Indikation des Eingriffes stärker berücksichtigt, indem der Patient außer über die medizinische Notwendigkeit des Eingriffes¹⁷⁴ vor allem auch über die Dringlichkeit des geplanten Eingriffes¹⁷⁵ sowie über seine Erfolgsaussichten¹⁷⁶ aufzuklären sei. Die Intensität der Aufklärung über die Erfolgsaussichten hänge davon ab, inwieweit der Eingriff medizi-

¹⁶⁷ BGH 27.11.1973, VI ZR 167/72, NJW 1974, 604; BGH 10.11.1981, VI ZR 92/80, VersR 1982, 168, 169; BGH 08.05.1990, VI ZR 227/89, NJW 1990, 2929, 2930.

¹⁶⁸ BGH 22.12.1959, VI ZR 151/58, VersR 1960, 475, 478; BGH 23.09.1980, VI ZR 189/79, NJW 1981, 633; BGH 29.11.1988, VI ZR 140/88, VersR 1989, 478; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

¹⁶⁹ BGH 24.02.1981, VI ZR 168/79, NJW 1981, 1319, 1320; BGH 10.11.1981, VI ZR 92/80, VersR 1982, 168, 169; BGH 23.10.1984, VI ZR 24/83, NJW 1985, 676; BGH 13.01.1987, VI ZR 82/86, VersR 1987, 667, 668; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928 f.

¹⁷⁰ BGH 10.02.1959, 5 StR 533/58, BGHSt 12, 379, 383; BGH 22.12.1959, VI ZR 151/58, VersR 1960, 475, 478.

¹⁷¹ BGH 15.02.1990, III ZR 100/88, MedR 1990, 268, 269.

¹⁷² BGH 04.04.1995, VI ZR 95/94, NJW 1995, 2410, 2411.

¹⁷³ BGH 10.02.1959, 5 StR 533/58, BGHSt 12, 379, 383; BGH 22.12.1959, VI ZR 151/58, VersR 1960, 475, 478; BGH 27.11.1973, VI ZR 167/72, NJW 1974, 604.

¹⁷⁴ BGH 10.11.1981, VI ZR 92/80, VersR 1982, 168, 169; BGH 29.11.1988, VI ZR 140/88, VersR 1989, 478; BGH 15.02.1990, III ZR 100/88, MedR 1990, 268, 269; BGH 04.04.1995, VI ZR 95/94, NJW 1995, 2410, 2411.

¹⁷⁵ BGH 23.10.1984, VI ZR 24/83, NJW 1985, 676; BGH 08.05.1990, VI ZR 227/89, NJW 1990, 2929, 2930; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928 f.; BGH 07.04.1992, VI ZR 216/91, NJW 1992, 2354, 2355; BGH 14.01.1997, VI ZR 30/96, VersR 1997, 451; BGH 17.02.1998, VI ZR 42/97, NJW 1998, 1784, 1785.

¹⁷⁶ BGH 29.11.1988, VI ZR 231/87, VersR 1989, 189, 190; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394; BGH 08.05.1990, VI ZR 227/89, NJW 2929, 2930 und 2931; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

nisch geboten sei.¹⁷⁷ Daher habe eine Aufklärung über die Erfolgsaussichten der Behandlung bei zweifelhafter Operationsindikation mit hohem Mißerfolgsrisiko zu erfolgen.¹⁷⁸ Sie sei auch zu erwarten, wenn der geplante Eingriff zur Beseitigung von schmerzhaften Beschwerden vorgenommen werden solle, die im Falle eines Mißerfolges nicht beseitigt, sondern sogar größer werden könnten.¹⁷⁹

(d) Behandlungsalternativen

Eine Aufklärungspflicht über Behandlungsalternativen wurde bereits in Entscheidungen des Bundesgerichtshofes aus den Jahren 1956¹⁸⁰ und 1974¹⁸¹ statuiert. Der Schwerpunkt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hierzu liegt jedoch in den 1980er Jahren.¹⁸² Die nachfolgende Rechtsprechung hat die zu dieser Zeit ausgebildeten Grundsätze übernommen, ohne sie ihrerseits entscheidend weiterzuentwickeln.¹⁸³

Ziel der Aufklärung über alternativ bestehende Behandlungs- und Entbindungsmethoden sei, dem Patienten die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes zu sichern.¹⁸⁴

Die Aufklärungspflicht des Arztes erstreckte sich danach im allgemeinen nicht auf die theoretisch in Betracht kommenden Methoden zur Behandlung einer Krankheit und deren Vor- und Nachteile.¹⁸⁵ Das folge daraus, daß die Wahl der Behandlungsmethode grundsätzlich Sache des Arztes sei.¹⁸⁶

¹⁷⁷ BGH 06.11.1990, VI ZR 8/90, NJW 1991, 2349.

¹⁷⁸ BGH 23.09.1980, VI ZR 189/79, NJW 1981, 633; BGH 24.02.1981, VI ZR 168/79, NJW 1981, 1319, 1320; BGH 23.10.1984, VI ZR 24/83, NJW 1985, 676; BGH 13.12.1988, VI ZR 22/88, NJW 1989, 1541, 1542; BGH 03.12.1991, VI ZR 48/91, NJW 1992, 1558, 1560.

¹⁷⁹ BGH 13.01.1987, VI ZR 82/86, VersR 1987, 667, 668; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515; BGH 03.12.1991, VI ZR 48/91, NJW 1992, 1558, 1560.

¹⁸⁰ BGH 06.03.1956, VI ZR 2/55, VersR 1956, 450.

¹⁸¹ BGH 12.02.1974, VI ZR 141/72, NJW 1974, 1422.

¹⁸² BGH 18.03.1980, VI ZR 65/78, MedR 1983, 25; BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121; BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630; BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 10.03.1987, VI ZR 88/86, NJW 1987, 2291; zusammenfassend: BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17; nachfolgend: BGH 24.11.1987, VI ZR 65/87, NJW 1988, 765; BGH 23.02.1988, VI ZR 56/87, NJW 1988, 1516; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391.

¹⁸³ BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238; BGH 07.04.1992, VI ZR 224/91, NJW 1992, 2353.

¹⁸⁴ BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 22; BGH 12.11.1991, VI ZR 369/90, NJW 1992, 741, 742.

¹⁸⁵ BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121, 2122; BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 22; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

¹⁸⁶ BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121, 2122; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 22; BGH 24.11.1987, VI ZR 65/87, NJW 1988, 765, 766; BGH 22.12.1987, VI ZR 32/87, NJW 1988, 1514, 1515; BGH 23.02.1988, VI ZR 56/87, NJW 1988, 1516; BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238, 239; BGH 07.04.1992, VI ZR 224/91, NJW 1992, 2353, 2354; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

Im Rahmen der Aufklärung sei aber dann auf alternativ zur Verfügung stehende Behandlungsmethoden einzugehen, wenn diese medizinisch gleichermaßen indiziert seien,¹⁸⁷ aber zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen¹⁸⁸ oder unterschiedliche Risiken¹⁸⁹ und Erfolgschancen¹⁹⁰ bieten würden. Begrenzend wird vorausgesetzt, daß eine echte Wahlmöglichkeit für den Patienten bestehe.¹⁹¹ Die Kenntnis möglicher Behandlungsalternativen müsse für den Patienten in seiner konkreten Situation entscheidungserheblich sein.¹⁹² Das sei zu verneinen, wenn die verschiedenen Behandlungsmethoden keine besonders ins Gewicht fallenden Vorteile hinsichtlich der Heilungschancen und möglicher Komplikationen derselben Risikogruppe hätten und nach medizinischer Erfahrung nicht besser indiziert seien.¹⁹³ Gleiches gelte, wenn - wie bei Notfallpatienten - die ärztliche Versorgung mit den vorhandenen personellen und operativen Möglichkeiten im Vordergrund stehe.¹⁹⁴

Diese vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze zur Aufklärung über Behandlungsalternativen¹⁹⁵ wurden von der Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte in den 1980er Jahren auf die Aufklärung über alternativ in Betracht kommende Entbindungsmethoden übertragen.¹⁹⁶ Danach bestehe eine Aufklä-

¹⁸⁷ BGH 24.11.1987, VI ZR 65/87, NJW 1988, 765, 766; BGH 07.04.1992, VI ZR 224/91, NJW 1992, 2353, 2354.

¹⁸⁸ BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 22; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23; vgl. BGH 12.02.1974, VI ZR 141/72, NJW 1974, 1422, 1423.

¹⁸⁹ BGH 12.02.1974, VI ZR 141/72, NJW 1974, 1422, 1423; BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121, 2122; BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 22; BGH 24.11.1987, VI ZR 65/87, NJW 1988, 765, 766; BGH 07.04.1992, VI ZR 224/91, NJW 1992, 2353, 2354; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

¹⁹⁰ BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121, 2122; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 22; BGH 24.11.1987, VI ZR 65/87, NJW 1988, 765, 766; BGH 07.04.1992, VI ZR 224/91, NJW 1992, 2353, 2354; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

¹⁹¹ BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121, 2122; BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 23; BGH 24.11.1987, VI ZR 65/87, NJW 1988, 765, 766; BGH 07.04.1992, VI ZR 224/91, NJW 1992, 2353, 2354; vgl. BGH 18.03.1980, VI ZR 65/78, MedR 1983, 25, 27; vgl. BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; vgl. BGH 10.03.1987, VI ZR 88/86, NJW 1987, 2291, 2293; vgl. BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394.

¹⁹² BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 23.

¹⁹³ BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 23; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23; vgl. BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; vgl. BGH 23.02.1988, VI ZR 56/87, NJW 1988, 1516.

¹⁹⁴ BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121, 2123; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 23.

¹⁹⁵ BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121; BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17; BGH 24.11.1987, VI ZR 65/87, NJW 1988, 765; BGH 23.02.1988, VI ZR 56/87, NJW 1988, 1516.

¹⁹⁶ OLG Braunschweig 19.12.1986, 2 U 102/86, VersR 1988, 382, 383 und OLG Stuttgart 19.05.1988, 14 U 34/87, VersR 1989, 519, 520 f. gehen jedoch in diesem Zusammenhang fälschlicherweise von einer Sicherungsaufklärung bzw. Beratungspflicht des Arztes aus. Wie hier BGH 06.12.1988, VI ZR 132/88, BGHZ 106, 153, 157; BGH 13.12.1988, VI ZR 179/88, VersR 1989,

rungspflicht über die Alternativen der vaginalen und der Kaiserschnittentbindung, wenn diese gleichermaßen indiziert seien, aber unterschiedliche Risiken für Mutter und Kind mit sich bringen würden.¹⁹⁷ Diese Rechtsprechung der Oberlandesgerichte wurde vom Bundesgerichtshof zunächst gebilligt,¹⁹⁸ indem die Annahme der Revision nach § 554b ZPO¹⁹⁹ abgelehnt wurde, und dann übernommen.²⁰⁰

In einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17.12.1991 sind die Grundsätze zur Aufklärung über Behandlungsalternativen auch auf die Aufklärung über Transfusionsmethoden übertragen worden.²⁰¹ Da die Eigenblutspende als sicherste und risikoärmste Form der Blutübertragung gelte, sei über die Möglichkeit einer Transfusion von Eigenblut als Alternative zur Transfusion von Spenderblut aufzuklären.²⁰²

Sei die vom Arzt vorgeschlagene Behandlungsmethode ernsthaft umstritten, müsse sich die Aufklärung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch darauf erstrecken.²⁰³ In diesem Fall seien zugleich alternativ in Betracht kommende Behandlungsmethoden darzustellen.

Eine Aufklärung über Behandlungsalternativen sei ebenfalls erforderlich, wenn die vom Arzt vorgeschlagene Behandlungsmethode nicht dem medizinischen Standard entspreche.²⁰⁴ Eine Behandlungsmethode entspreche nicht dem medizinischen Standard, sobald es neue Methoden gebe, die risikoärmer oder für den Patienten weniger belastend seien und/oder bessere Heilungschancen versprechen

519, 520.

¹⁹⁷ OLG Hamm 04.11.1981, 3 U 104/81, VersR 1983, 565, 566; OLG Braunschweig 19.12.1986, 2 U 71/86, MedR 1989, 147, 148; OLG Braunschweig 19.12.1986, 2 U 102/86, VersR 1988, 382, 383; OLG Köln 19.05.1988, 7 U 139/87, VersR 1988, 1185, 1186; OLG Stuttgart 19.05.1988, 14 U 34/87, VersR 1989, 519, 521.

¹⁹⁸ Nichtannahmebeschluß des BGH 01.12.1987, VI ZR 33/87 zu OLG Braunschweig 19.12.1986, 2 U 71/86, MedR 1989, 147; Nichtannahmebeschluß des BGH 01.12.1987, VI ZR 34/87 zu OLG Braunschweig 19.12.1986, 2 U 102/86, VersR 1988, 382; Nichtannahmebeschluß des BGH 13.12.1988, VI ZR 179/88, VersR 1989, 519 f. zu OLG Stuttgart 19.05.1988, 14 U 34/87, VersR 1989, 519.

¹⁹⁹ § 554b. (1) In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, bei denen der Wert der Beschwer sechzigtausend Deutsche Mark übersteigt, kann das Revisionsgericht die Annahme der Revision ablehnen, wenn die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat.

(2) Für die Ablehnung der Annahme der Revision ist eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich.

(3) Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß ergehen.

²⁰⁰ BGH 06.12.1988, VI ZR 132/88, BGHZ 106, 153, 157; BGH 12.11.1991, VI ZR 369/90, NJW 1992, 741, 742; BGH 19.01.1993, VI ZR 60/92, NJW 1993, 1524, 1525; BGH 16.02.1993, VI ZR 300/91, NJW 1993, 2372, 2373.

²⁰¹ BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 385.

²⁰² BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 384 f.

²⁰³ BGH 27.09.1977, VI ZR 162/76, NJW 1978, 587, 588 f.; BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121, 2122; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 22; BGH 21.11.1995, VI ZR 329/94, NJW 1996, 776, 777; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

²⁰⁴ BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 22; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

und in der medizinischen Wissenschaft im wesentlichen unumstritten seien.²⁰⁵ Es sei aber eine Übergangsphase zuzubilligen, so daß der zu fordernde medizinische Standard nach den personellen und sachlichen Möglichkeiten in Grenzen verschieden sein könne.²⁰⁶ Soweit die dem Patienten gebotene Behandlung dem danach jeweils zu fordernden medizinischen Standard genüge, müsse über neue, risikoärmere, noch nicht zum allgemeinen medizinischen Standard gehörende Diagnose- und Behandlungsmethoden, die erst in wenigen Spezialkliniken erprobt und durchgeführt würden, nicht aufgeklärt werden.²⁰⁷ Eine Aufklärungspflicht sei aber anzunehmen, sobald sich neue Verfahren weitgehend durchgesetzt hätten, ohne jedoch schon zum allgemeinen medizinischen Standard zu gehören, und dem Patienten entscheidende Vorteile bieten würden.²⁰⁸

Entsprechend könne über die alternativ bestehende Möglichkeit der Verlegung des Patienten in eine Spezialklinik aufzuklären sein, wenn im Einweisungskrankenhaus keine ausreichende medizinische Versorgung und Behandlung gewährleistet sei.²⁰⁹

Diese Aufklärung ist im Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht über Umstände, die das Risiko der Behandlung aus besonderen Gründen erhöhen,²¹⁰ zu sehen. Zu diesen Umständen gehört der in einem Krankenhaus im Vergleich zu anderen Krankenhäusern niedrigere Standard in der apparativen Ausstattung und in der Ausbildung und Erfahrung der behandelnden Ärzte.²¹¹ Nicht dazu gerechnet wird die Durchführung einer Operation durch einen noch in der Facharzt Ausbildung stehenden, unerfahrenen Assistenzarzt.²¹²

Eine Neuerung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des sechsten Zivilsenates des Bundesgerichtshofes bringt eine strafrechtliche Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.06.1995,²¹³ in der die Aufklärung über die Verwendung eines zulassungspflichtigen, aber nicht zugelassenen Interponats der Aufklärung über Behandlungsalternativen bei Wahl einer ernsthaft umstrittenen oder nicht mehr dem medizinischen Standard entsprechenden Behandlungsmethode gleichgestellt wird. Einer Aufklärung über Behandlungsalternativen bedürfe es

²⁰⁵ BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 24; BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238, 239.

²⁰⁶ BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 24.

²⁰⁷ BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470, 471; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 23 und 25; vgl. BGH 23.02.1988, VI ZR 56/87, NJW 1988, 1516.

²⁰⁸ BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 26; vgl. BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470, 471.

²⁰⁹ BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121, 2123; BGH 10.03.1987, VI ZR 88/86, NJW 1987, 2291, 2293; vgl. BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2343.

²¹⁰ BGH 27.09.1983, VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248, 251.

²¹¹ BGH 10.11.1970, VI ZR 83/69, NJW 1971, 241, 242; BGH 27.09.1983, VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248, 252; BGH 30.05.1989, VI ZR 200/88, NJW 1989, 2321, 2322.

²¹² BGH 27.09.1983, VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248, 252; BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470.

²¹³ BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22.

auch dann, wenn bei unterschiedlichen Methoden verschiedene Interponate verwandt würden, von denen eines ein zulassungspflichtiges, aber nicht zugelassenes Arzneimittel darstelle. Die Zulassung zum Arzneimittel verleihe dem Interponat eine Art Gütesiegel, dessen Kenntnis für die Entscheidung des Patienten wesentlich sein könne.²¹⁴

(2) Wegfall der Aufklärungspflicht

(a) Therapeutische Gründe

Die Möglichkeit des Wegfalls der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes seit Beginn anerkannt.²¹⁵ Um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht zu unterlaufen, müsse sie aber auf Ausnahmefälle begrenzt bleiben.²¹⁶ Letztlich wurde in noch keinem Fall aus therapeutischen Gründen ein Wegfall der Aufklärungspflicht angenommen.

(b) Aufklärungsverzicht

Die Möglichkeit des Wegfalls der Aufklärungspflicht bei Aufklärungsverzicht wurde bisher nur in zwei obiter dicta des Bundesgerichtshofes bejaht.²¹⁷ An die Feststellung eines besonders weitgehenden Aufklärungsverzichts seien jedoch strenge Anforderungen zu stellen.²¹⁸

(c) Allgemein bekannte Risiken

Große praktische Relevanz besitzt der Wegfall der Aufklärungspflicht bei allgemein bekannten Risiken.

Der Gedanke, daß über allgemein Bekanntes nicht aufgeklärt werden muß, findet sich schon in Entscheidungen aus den 1950er Jahren. Mit dieser Begründung wurde eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der generellen Gefährlichkeit jedes operativen Eingriffes,²¹⁹ hinsichtlich unvorhersehbarer Komplikationen, deren Eintritt unter ungünstigen Verhältnissen auch bei Beachtung aller Vorichtsmaßnahmen immer möglich ist,²²⁰ und hinsichtlich der Gefahren, deren

²¹⁴ BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

²¹⁵ BGH 10.02.1956, VI ZR 189/54, VersR 1956, 406, 407; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 185; BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 116; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 337.

²¹⁶ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 109.

²¹⁷ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 54; BGH 28.11.1972, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 558.

²¹⁸ BGH 28.11.1972, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 558.

²¹⁹ BGH 22.12.1959, VI ZR 151/58, VersR 1960, 475, 478.

²²⁰ BGH 11.04.1956, VI ZR 20/55, VersR 1956, 479; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 58; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181.

Abwendung nach dem Stand der Operationstechnik im Zeitpunkt des Eingriffs ohne nennenswerte Schwierigkeiten möglich ist,²²¹ abgelehnt.

Dieser Grundgedanke wurde im folgenden auf konkret bezeichnete Risiken bezogen und deren Aufklärungsbedürftigkeit verneint: So brauche der Patient über Risiken, die bei jedem Eingriff auftreten können, wie die Möglichkeit der Infektion der Operationswunde,²²² das Auftreten eines Narbenbruches²²³ oder die Gefahr einer (Fett-) Embolie²²⁴ nicht aufgeklärt zu werden. Gleiches gelte für Art und Risiken bei alltäglichen Eingriffen, wie der Appendektomie.²²⁵ Deren Kenntnis sei bei dem Patienten aufgrund seines Allgemeinwissens vorauszusetzen.²²⁶

Dagegen konnte die Kenntnis des Risikos einer AIDS- oder Hepatitis-Infektion bei einer Bluttransfusion mit Fremdblut im Jahre 1988 noch nicht vorausgesetzt werden. Dieses Infektionsrisiko unterlag daher der Aufklärungspflicht.²²⁷ Fraglich ist, ob aber angesichts der allgemeinen AIDS-Aufklärung im Rahmen der AIDS-Prävention heute noch eine entsprechende Aufklärungspflicht anzunehmen ist.

(3) Form der Aufklärung

Die Aufklärung soll nach Ansicht des Bundesgerichtshofes in Form eines Gespräches zwischen Arzt und Patient erfolgen.²²⁸ Dieses solle vertrauensvoll und nicht in festgelegten rechtsgeschäftlichen Formen geführt werden.²²⁹ Das Aufklärungsgespräch könne daher nicht dadurch ersetzt werden, daß dem Patienten Formulare und Merkblätter ausgehändigt und von diesem unterschrieben werden.²³⁰

Die Aufklärung solle in einer dem Verständnisvermögen des Patienten angepaßten Weise erfolgen,²³¹ wobei Wesen und Bildungsgrad des jeweiligen Patienten

²²¹ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 58.

²²² BGH 20.12.1960, VI ZR 45/60, NJW 1961, 261, 262; BGH 10.07.1979, VI ZR 196/78, VersR 1979, 1012; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1534; BGH 08.01.1991, VI ZR 102/90, NJW 1991, 1541, 1542; BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 383; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414.

²²³ BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 383.

²²⁴ BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 383.

²²⁵ BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, NJW 1978, 2337; BGH 23.10.1979, VI ZR 197/78, NJW 1980, 633, 635.

²²⁶ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 58; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 181; BGH 20.12.1960, VI ZR 45/60, NJW 1961, 261, 262; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 382 f.

²²⁷ BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 383 f.

²²⁸ BGH 28.11.1972, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 558.

²²⁹ BGH 28.11.1972, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 558; BGH 29.06.1976, VI ZR 68/75, BGHZ 67, 48, 56; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399.

²³⁰ BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399.

²³¹ BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887.

zu berücksichtigen seien.²³² Da dem Patienten ein zutreffender Eindruck von dem Behandlungsrisiko vermittelt werden solle,²³³ dürften Risiken weder verharmlost²³⁴ noch in ihrer Bedeutung heraufgespielt werden.²³⁵ Innerhalb dieses Rahmens stehe es dem Arzt aber offen, eine den Patienten weniger abschreckende Darstellung möglicher Risiken des Eingriffs zu wählen.²³⁶

Insgesamt gesehen beschäftigen sich nur wenige Entscheidungen mit der Form der ärztlichen Aufklärung. In diesen lehnt es der Bundesgerichtshof stets ab, dem Arzt Vorschriften über die Führung des Aufklärungsgesprächs im Einzelfall zu erteilen,²³⁷ und betont stattdessen immer wieder den weiten Ermessensspielraum des Arztes.²³⁸

Der bestehende Spielraum bei der Führung des Aufklärungsgesprächs wird von der Rechtsprechung bei der Prüfung, ob eine Verletzung der Aufklärungspflicht vorliegt, berücksichtigt. Unter diesem Gesichtspunkt könnte eine vom Patienten gerügte Aufklärungspflichtverletzung zu verneinen sein, wenn die vom Arzt gewählte Darstellung der Eingriffsrisiken noch im Bereich seines Ermessensspielraumes liege und somit keine Unterlassung der Aufklärung darstelle.²³⁹

(4) Zeitpunkt der Aufklärung

Der Zeitpunkt der Aufklärung hat in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erst seit Beginn der 1990er Jahre mit dem dazu grundlegenden Urteil vom 07.04.1992²⁴⁰ an Bedeutung gewonnen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt eine ordnungsgemäße Aufklärung nur dann vor, wenn sie auch rechtzeitig erfolge.²⁴¹ Entscheidendes Kriterium für die Bestimmung des Aufklärungszeitpunktes sei die Wahrung der Entscheidungsfreiheit des Patienten. Um die Entscheidungsfreiheit und damit das

²³² BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 183 f.

²³³ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 108; BGH 03.04.1984, VI ZR 195/82, NJW 1984, 2629, 2630; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352; BGH 14.11.1995, VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779.

²³⁴ BGH 03.04.1984, VI ZR 195/82, NJW 1984, 2629, 2630; BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238, 240; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352; vgl. BGH 11.02.1964, VI ZR 183/62, VersR 1964, 614; vgl. 02.11.1993, VI ZR 245/92, VersR 1994, 104, 105.

²³⁵ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 108; vgl. BGH 21.06.1983, VI ZR 108/82, VersR 1983, 957, 958.

²³⁶ BGH 21.06.1983, VI ZR 108/82, VersR 1983, 957, 958; BGH 03.04.1984, VI ZR 195/82, NJW 1984, 2629, 2630; BGH 30.09.1986, VI ZR 172/85, VersR 1987, 200; vgl. BGH 10.02.1956, VI ZR 189/54, VersR 1956, 406, 407.

²³⁷ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 108; BGH 03.04.1984, VI ZR 195/82, NJW 1984, 2629, 2630.

²³⁸ BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 184; BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887, 1888; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928, 2929.

²³⁹ BGH 03.04.1984, VI ZR 195/82, NJW 1984, 2629, 2630; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928, 2929.

²⁴⁰ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351.

²⁴¹ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351.

Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren, müsse die Aufklärung so rechtzeitig vor dem geplanten Eingriff erfolgen, daß dem Patienten genügend Zeit zur Entscheidung darüber bleibe, ob er den Eingriff durchführen lassen wolle oder nicht.²⁴²

Daß dem Patienten eine angemessene Überlegungsfrist zugestanden werden müsse, war auch in der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes²⁴³ und in der der Oberlandesgerichte²⁴⁴ sowie in der Literatur²⁴⁵ allgemein anerkannt. Der Patient müsse ausreichend Zeit haben, seine Entscheidung zu überdenken und sich gegebenenfalls mit Angehörigen oder anderen ihm nahestehenden Personen zu besprechen.²⁴⁶

Auseinander gingen die Meinungen jedoch über die genaue Festlegung des Aufklärungszeitpunktes. Einigkeit bestand zwar darüber, daß eine Aufklärung unmittelbar vor dem Eingriff²⁴⁷ oder erst dann, wenn der Patient bereits auf die Operation vorbereitet worden und seine Erkenntnis- und Entscheidungsfähigkeit unter dem Einfluß von Schmerz- oder Beruhigungsmitteln beeinträchtigt sei, nicht mehr als rechtzeitig angesehen werden könne.²⁴⁸

Der richtige Aufklärungszeitpunkt wurde aber verschieden definiert. Am weitesten dem Eingriff vorgelagert wurde dieser in einer Entscheidung des Oberlan-

²⁴² BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351 f.; BGH 14.06.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3010; BGH 04.04.1995, VI ZR 95/94, NJW 1995, 2410, 2411; BGH 14.11.1995, VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

²⁴³ BGH 10.02.1959, 5 StR 533/58, BGHSt 12, 379, 383; Nichtannahmebeschluß des BGH 10.07.1979, VI ZR 11/78 zu OLG Stuttgart 07.12.1977, 1 U 46/77, NJW 1979, 2355; Nichtannahmebeschluß des BGH 28.04.1981, VI ZR 74/80 zu OLG Hamm 19.12.1979, 13 U 268/78, AHRS 5400/5.

²⁴⁴ OLG Düsseldorf 20.12.1962, 8 U 9/62, NJW 1963, 1679, 1680; OLG Stuttgart 07.12.1977, 1 U 46/77, NJW 1979, 2355, 2356; OLG Celle 10.07.1978, 1 U 40/77, NJW 1979, 1251, 1253; OLG Hamm 19.12.1979, 13 U 268/78, AHRS 5400/5; OLG München 28.07.1983, 1 U 1459/83, NJW 1984, 1412, 1413.

²⁴⁵ Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.27; Brüggemeier, Deliktsrecht, S. 436; Franzki, Verhandlungen 52. DJT II, I 120, 123 f.; Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 120; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41; Laufs, Arztrecht (4. Auflage), Rn. 146, S. 72; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 442; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 100.

²⁴⁶ OLG Celle 10.07.1978, 1 U 40/77, NJW 1979, 1251, 1253; Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.27; Brüggemeier, Deliktsrecht, S. 436; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 442; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 100.

²⁴⁷ OLG München 28.07.1983, 1 U 1459/83, NJW 1984, 1412, 1413; Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.27; Brüggemeier, Deliktsrecht, S. 435; Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 120.

²⁴⁸ BGH 12.02.1974, VI ZR 141/72, NJW 1974, 1422, 1423; Nichtannahmebeschluß des BGH 21.06.1983, VI ZR 108/82, VersR 1983, 957, 958 zu OLG Hamm 08.03.1982, 3 U 130/81; BGH 10.03.1987, VI ZR 88/86, NJW 1987, 2291, 2293 zur intraoperativen Verlaufs- und Risikoaufklärung; OLG Düsseldorf 20.12.1962, 8 U 9/62, NJW 1963, 1679, 1680; OLG Stuttgart 07.12.1977, 1 U 46/77, NJW 1979, 2355, 2356 mit Nichtannahmebeschluß des BGH 10.07.1979, VI ZR 11/78; OLG Hamm 19.12.1979, 13 U 268/78, AHRS 5400/5 mit Nichtannahmebeschluß des BGH 28.04.1981, VI ZR 74/80; Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.21 a cc, 4.27; Franzki, Verhandlungen 52. DJT II, I 120, 123; Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 120; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41; Laufs, Arztrecht (4. Auflage), Rn. 146, S. 71 f.; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 100.

desgerichtes Celle. Dieses hatte in einem obiter dictum eine Aufklärung schon vor der stationären Krankenhausaufnahme für geboten gehalten.²⁴⁹

Bei schwerwiegenden Eingriffen, die nicht vital indiziert sind, wurde in der Literatur eine Aufklärung drei Tage vor dem Eingriff verlangt.²⁵⁰

Eine Aufklärung erst am Vortag der Operation wurde dagegen in einer früheren Entscheidung des Bundesgerichtshofes²⁵¹ sowie in einer Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf²⁵² als rechtzeitig angesehen.

Hinsichtlich der Aufklärung erst am Vorabend der Operation bestand Uneinigkeit. Während Deutsch diese grundsätzlich für rechtzeitig hielt,²⁵³ wurde von anderer Seite die Rechtzeitigkeit einer Aufklärung erst am Vorabend der Operation angezweifelt²⁵⁴ oder ausdrücklich verneint.²⁵⁵ Unterschieden wurde jedoch zwischen der Aufklärung über die Hauptbehandlung und der über die Anästhesie.²⁵⁶ Hinsichtlich möglicher Anästhesierisiken könne die Aufklärung in der Regel später erfolgen. Es genüge daher, wenn diese erst am Vorabend der Operation erfolge.²⁵⁷

Überwiegend wurde jedoch vermieden, allgemein einen bestimmten Aufklärungszeitpunkt zu bestimmen. Ausgehend von der Kritik an dem Urteil des Oberlandesgerichtes Celle wurde die Aufklärung vom Vorliegen noch erforderlicher Untersuchungsergebnisse abhängig gemacht.²⁵⁸ Die Aufklärung könne daher nicht bereits bei der stationären Aufnahme erfolgen.²⁵⁹ Sie sollte aber stattfinden, sobald die Diagnose feststehe und die Behandlung erwogen werde. Spätere Veränderungen im Krankheitsbild und im Behandlungsplan sollten dem Patienten

²⁴⁹ OLG Celle 10.07.1978, 1 U 40/77, NJW 1979, 1251, 1253.

²⁵⁰ Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41; Tempel, NJW 1980, S. 609, 615.

²⁵¹ BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399, 1400.

²⁵² OLG Düsseldorf 20.12.1962, 8 U 9/62, NJW 1963, 1679, 1680.

²⁵³ Deutsch, NJW 1979, S. 1905, 1907; Deutsch/Matthies, Arzthaftungsrecht, S. 72.

²⁵⁴ Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 120; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 442, der generell dem Arzt einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Wahl des richtigen Zeitpunktes der Aufklärung zugestehen will; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 100.

²⁵⁵ OLG Celle 10.07.1978, 1 U 40/77, NJW 1979, 1251, 1253

²⁵⁶ So auch Deutsch, NJW 1979, S. 1905, 1907.

²⁵⁷ Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.21 a cc; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 43 f.; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 102.

²⁵⁸ OLG München 28.07.1983, 1 U 1459/83, NJW 1984, 1412, 1413; Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.27; Deutsch, NJW 1979, S. 1905, 1907; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41, 43; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 442; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 101; Wachsmuth, NJW 1979, S. 1253.

²⁵⁹ Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 101.

mitgeteilt werden.²⁶⁰ Daneben wird auf die Schwere²⁶¹ und die Dringlichkeit des Eingriffes²⁶² abgestellt.

Während sich bisher nur Deutsch dafür ausgesprochen hatte, den Zeitpunkt der Aufklärung möglichst eng zu dem Eingriff zu wählen, um dem Patienten längere Überlegungen wegen der großen Gefahr der Beunruhigung zu ersparen,²⁶³ wurde überwiegend dazu tendiert, den Patienten so früh wie möglich aufzuklären,²⁶⁴ um möglichen psychischen Druck auf ihn zu vermeiden.²⁶⁵ Nur dadurch würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gewährleistet.²⁶⁶

Diese in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Ansätze zur Bestimmung des Aufklärungszeitpunktes greift der Bundesgerichtshof in seiner neueren Rechtsprechung auf. Er lehnt sich zunächst an die Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes Celle²⁶⁷ an, indem er sich dafür ausspricht, daß die Aufklärung bei stationärem Krankenhausaufenthalt im Idealfall bereits dann erfolgen sollte, wenn der Arzt dem Patienten zur Operation rate und mit ihm einen festen Operationstermin vereinbare.²⁶⁸ Eine Aufklärung zu einem späteren Zeitpunkt ist aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht zwangsläufig mit Sanktionen verbunden.

Der Zeitpunkt, zu dem eine Aufklärung noch als rechtzeitig anzusehen sei, lasse sich nicht generell, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bestimmen.²⁶⁹ Der Patient müsse ausreichend Gelegenheit haben, sich innerlich frei zu entscheiden.²⁷⁰ Er gerate jedoch unter psychischen Druck, wenn er den Eindruck erhalte, sich aus einem bereits in Gang gesetzten Geschehensablauf nicht mehr lösen zu können.²⁷¹ Der Bundesgerichtshof sieht einen unzulässigen psychischen Druck aber noch nicht darin, daß der Patient sich angesichts der

²⁶⁰ Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.27; ähnlich Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41.

²⁶¹ Deutsch, *Arzt- und Arzneimittelrecht* (2. Auflage), S. 67; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 100; Tempel, NJW 1980, S. 609, 615.

²⁶² Brüggemeier, *Deliktsrecht*, S. 436; Deutsch, NJW 1979, S. 1905, 1907; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 100; Tempel, NJW 1980, S. 609, 615.

²⁶³ Deutsch, *Arztrecht* (2. Auflage), S. 66 f.; Deutsch, NJW 1979, S. 1905, 1907.

²⁶⁴ Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.21 a cc; Brüggemeier, *Deliktsrecht*, S. 436.

²⁶⁵ OLG Celle 10.07.1978, 1 U 40/77, NJW 1979, 1251, 1253; Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.21 a cc.

²⁶⁶ Brüggemeier, *Deliktsrecht*, S. 436; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 41.

²⁶⁷ OLG Celle 10.07.1978, 1 U 40/77, NJW 1979, 1251, 1253.

²⁶⁸ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352; BGH 16.02.1993, VI ZR 300/91, NJW 1993, 2372; BGH 16.04.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3011.

²⁶⁹ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351.

²⁷⁰ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352; vgl. BGH 17.02.1998, VI ZR 42/97, NJW 1998, 1784, 1785.

²⁷¹ BGH 16.04.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3010; BGH 04.04.1995, VI ZR 95/94, NJW 1995, 2410, 2411; BGH 14.11.1995, VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779.

in der Klinik bereits getroffenen Operationsvorbereitungen lediglich innerlich zu der Entscheidung gegen den Eingriff überwinden müsse.²⁷²

Der Bundesgerichtshof knüpft zunächst an seine bisherige Rechtsprechung an, indem er bei stationär durchgeführten Operationen eine rechtzeitige Aufklärung verneint, wenn sich der Patient bereits auf dem Operationstisch befinde, oder wenn der Patient schon auf die Operation vorbereitet werde und unter dem Einfluß von Medikamenten stehe.²⁷³

Hinsichtlich der Aufklärung am Vorabend einer Operation differenziert der Bundesgerichtshof nach der Schwere der mitgeteilten Risiken. Er übernimmt dabei die bereits in der Literatur vorgeschlagene Unterscheidung zwischen der Aufklärung über die Risiken der Hauptbehandlung und der über mögliche Narkoserisiken und tendiert dazu, die Aufklärung über Risiken der Hauptbehandlung nicht erst am Vorabend des Eingriffes zuzulassen: Die Aufklärung am Vorabend der Operation sei nicht mehr rechtzeitig, wenn der Patient aus dem Aufklärungsgespräch noch gravierende Risiken des Eingriffes erfahre, die seine persönliche zukünftige Lebensführung entscheidend beeinträchtigen können.²⁷⁴ Hinsichtlich normaler Narkoserisiken und der Risiken alternativ vorgeschlagener Narkoseverfahren sei dagegen die Aufklärung noch als rechtzeitig anzusehen.²⁷⁵

Ebenfalls zu differenzieren sei hinsichtlich der Aufklärung über die Eingriffsrisiken am Vortag der Operation. Diese Aufklärung sei rechtzeitig, soweit es sich um einfache Eingriffe oder um Eingriffe mit geringen oder weniger einschneidenden Risiken handle.²⁷⁶

Während in der früheren Rechtsprechung und in der Literatur die Bestimmung des Aufklärungszeitpunktes mehr im Hinblick auf stationäre Krankenhausbehandlungen diskutiert wurde, äußert sich der Bundesgerichtshof in neueren Entscheidungen darüber hinaus auch zur Aufklärung bei ambulant durchgeführten Operationen und diagnostischen Eingriffen.

Bei ambulanten Operationen sei ebenfalls nach der Schwere der zu erwartenden Risiken zu differenzieren: Eine Aufklärung am Tag des Eingriffes dürfe regelmäßig bei größeren ambulanten Operationen mit beträchtlichen Risiken nicht mehr als rechtzeitig anzusehen sein. Dagegen sei sie bei normalen ambulanten Eingriffen noch ausreichend.²⁷⁷

²⁷² BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352.

²⁷³ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352; BGH 17.02.1998, VI ZR 42/97, NJW 1998, 1784, 1785.

²⁷⁴ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

²⁷⁵ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352.

²⁷⁶ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352; BGH 16.04.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3011; vgl. BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399, 1400.

²⁷⁷ BGH 16.04.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3011.

Auch bei diagnostischen Eingriffen reiche es grundsätzlich aus, wenn die Aufklärung am Tag des Eingriffs erfolge.²⁷⁸

Sowohl bei diagnostischen Eingriffen als auch bei ambulanten Operationen genüge eine Aufklärung am Tag des Eingriffs aber nur dann, wenn dem Patienten durch eine deutliche Abgrenzung des Aufklärungsgesprächs von der operativen Phase Gelegenheit zur eigenständigen Entscheidungsfindung darüber, ob er den Eingriff durchführen lassen wolle, gegeben werde. Dies sei zu verneinen, wenn die Aufklärung so unmittelbar vor dem Eingriff in einer Art und Weise erfolge, daß der Patient schon während der Aufklärung mit der anschließenden Durchführung des Eingriffs rechnen müsse.²⁷⁹

Entsprechend hatte sich bereits das Oberlandesgericht München geäußert. Die Möglichkeit, daß ein Patient eine Heilmaßnahme aufgrund der ihm zuteil gewordenen Unterrichtung auch ablehnen könnte, müsse in den organisatorischen Ablauf des Arzt- oder Klinikbetriebes eingeplant werden. Der ärztliche Arbeitsplan müsse daher einen entsprechenden Spielraum offen lassen. Es dürfe nicht etwa sofort nach der Information mit der ärztlichen Maßnahme begonnen werden.²⁸⁰

Die oben dargestellten Kriterien werden auch für die Bestimmung des Aufklärungszeitpunktes bei Operationserweiterungen oder bei dem Wechsel in eine andere Operationsmethode zugrundegelegt.

Müsse der Arzt bei chirurgischen Eingriffen die Möglichkeit einer Operationserweiterung oder einer Änderung des Operationskonzeptes vor Operationsbeginn ernsthaft in Betracht ziehen, sei der Patient schon vor der Operation entsprechend aufzuklären.²⁸¹ Sei diese Aufklärung vor Operationsbeginn unterblieben und werde intraoperativ ein weiterer Eingriff notwendig, müsse der Arzt die Operation abbrechen, soweit dies nicht medizinisch kontraindiziert sei, und dann den Patienten entsprechend aufklären.²⁸²

Diese Grundsätze gelten entsprechend für die Aufklärung über alternativ in Betracht kommende Entbindungsmethoden: Die Aufklärung solle zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem die Patientin sich noch in einem Zustand befinde, in dem diese Problematik mit ihr besprochen werden könne.²⁸³ Das führe dazu, daß das

²⁷⁸ BGH 04.04.1995, VI ZR 95/94, NJW 1995, 2410, 2411; BGH 14.11.1995, VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779.

²⁷⁹ BGH 16.04.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3011; BGH 04.04.1995, VI ZR 95/94, NJW 1995, 2410, 2411; BGH 14.11.1995, VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779.

²⁸⁰ OLG München 28.07.1983, 1 U 1459/83, NJW 1984, 1412, 1413.

²⁸¹ BGH 17.09.1985, VI ZR 12/84, VersR 1985, 1187, 1188; BGH 16.02.1993, VI ZR 300/91, NJW 1993, 2372, 2373; vgl. BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 115; vgl. BGH 13.12.1988, VI ZR 22/88, NJW 1989, 1541, 1542; Aufklärung vor der Operation über das Risiko einer Infektion mit Hepatitis oder AIDS durch Transfusion von Fremdblut, wenn es für den Arzt ernsthaft in Betracht kommt, daß bei diesem Patienten intra- oder postoperativ eine Bluttransfusion erforderlich werden kann: BGH 17.12.1991, VI ZR 40/91, BGHZ 116, 379, 384.

²⁸² BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 114 f.; BGH 02.11.1976, VI ZR 134/75, NJW 1977, 337, 338; BGH 16.02.1993, VI ZR 300/91, NJW 1993, 2372, 2373 f.

²⁸³ BGH 16.02.1993, VI ZR 300/91, NJW 1993, 2372, 2374.

Aufklärungsgespräch nicht erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung über eine alternativ in Betracht kommende Kaiserschnittentbindung akut werde, erfolgen dürfe.²⁸⁴ Die Aufklärung werde vielmehr zeitlich vorverlagert sein. Sie könne daher bereits dann erforderlich sein, wenn deutliche Anzeichen für das Entstehen dieser Entscheidungssituation bestünden.²⁸⁵

Da der Abbruch des Entbindungsvorgangs anders als bei chirurgischen Eingriffen von vornherein nicht möglich sei, sei auf den mutmaßlichen Willen der Patientin abzustellen, wenn während des Geburtsvorgangs eine Schnittentbindung notwendig werde und die Patientin aufgrund ihres physischen und psychischen Zustandes nicht mehr entsprechend aufgeklärt werden könne.²⁸⁶

b) Haftung für Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht

Aufklärungsdefizite führen mangels wirksamer Einwilligung des Patienten zur Rechtswidrigkeit des ärztlichen Eingriffes insgesamt und begründen bei einem Verschulden des Arztes grundsätzlich eine Haftung für alle Schadensfolgen aus der Behandlung.²⁸⁷

(1) Materiell-rechtliche Grundlagen der Haftung

Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht sind vom Patienten gemäß § 13 GVG²⁸⁸ im Zivilrechtsweg zu verfolgen. Es handelt sich um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, da das Behandlungsverhältnis grundsätzlich privatrechtlicher Natur ist.²⁸⁹ Für die stationäre Krankenhausbehandlung gilt das unabhängig davon, ob der Krankenhausträger privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert ist.²⁹⁰

Nehmen Patienten ärztliche Leistungen als Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse in Anspruch, ist das Behandlungsverhältnis ebenfalls privatrechtlich.²⁹¹

²⁸⁴ BGH 16.02.1993, VI ZR 300/91, NJW 1993, 2372, 2373.

²⁸⁵ BGH 16.02.1993, VI ZR 300/91, NJW 1993, 2372, 2374.

²⁸⁶ BGH 16.02.1993, VI ZR 300/91, NJW 1993, 2372, 2374.

²⁸⁷ BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 398; BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347; BGH 14.11.1995, VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779.

²⁸⁸ § 13. Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt sind.

²⁸⁹ BGH 05.10.1972, III ZR 168/70, BGHZ 59, 310, 313; BGH 09.12.1974, III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 270; BGH 19.01.1984, III ZR 172/82, NJW 1985, 677, 678; BGH 06.07.1989, III ZR 79/88, BGHZ 108, 230, 233; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 25; Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), Rn. 6, S. 6; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 87, S. 50, Rn. 583, S. 331.

²⁹⁰ BGH 13.12.1951, III ZR 144/50, BGHZ 4, 138, 151 f.; BGH 26.03.1953, III 220/52, BGHZ 9, 145, 148 f.; OLG Koblenz 09.10.1990, 3 U 425/90, MedR 1991, 335, 336; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 25; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 156; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 566, S. 324; MüKo/Mertens (3. Auflage), § 823 Rn. 460.

²⁹¹ BGH 18.03.1980, VI ZR 247/78, NJW 1980, 1452, 1453; BGH 10.01.1984, VI ZR 297/81, BGHZ 89, 250, 255; BGH 25.03.1986, VI ZR 90/85, BGHZ 97, 273, 276; BGH 06.07.1989, III ZR 79/88, BGHZ 108, 230, 233; Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), Rn. 5, S. 5; Laufs,

Das folgt im Verhältnis zum niedergelassenen Arzt aus § 76 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 SGB V.²⁹² Im Verhältnis zum Krankenhausträger wird überwiegend davon ausgegangen, daß das Behandlungsverhältnis auf einem Vertrag beruht, den die Krankenkasse in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Pflichten aus dem Mitgliedschaftsverhältnis ihres Versicherten nach § 328 BGB²⁹³ im eigenen Namen, aber zugunsten des Patienten mit dem Krankenhausträger schließt.²⁹⁴

Ein öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis besteht, wenn der Arzt in Ausübung eines ihm unmittelbar übertragenen öffentlichen Amtes tätig wird, wie etwa der Amtsarzt im Rahmen des öffentlichen Gesundheitsdienstes²⁹⁵ oder der Vertrauensarzt bei Vollzug von Aufgaben der Sozialversicherungsträger.²⁹⁶ Ebenso liegt ein öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis bei der stationären Zwangsbehandlung der nach landesrechtlichen Vorschriften Untergebrachten²⁹⁷

Arztrecht (5. Auflage), Rn. 87, S. 51.

²⁹² § 76. *Freie Arztwahl.* (1) ¹Die Versicherten können unter den zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten, den ermächtigten Ärzten und ermächtigten ärztlich geleiteten Einrichtungen, den Zahnkliniken der Krankenkassen, den Eigeneinrichtungen der Krankenkassen nach § 140 Abs. 2 Satz 2, den nach § 72a Abs. 3 vertraglich zur ärztlichen Behandlung verpflichteten Ärzten und Zahnärzten, den zum ambulanten Operieren zugelassenen Krankenhäusern sowie den Einrichtungen nach § 75 Abs. 9 frei wählen. ²Andere Ärzte dürfen nur in Notfällen in Anspruch genommen werden. ³Die Inanspruchnahme der Eigeneinrichtungen der Krankenkassen nach § 140 Abs. 1 und 2 Satz 1 richtet sich nach den hierüber abgeschlossenen Verträgen. ⁴Zahl und Umfang der Eigeneinrichtungen dürfen auf Grund vertraglicher Vereinbarung vermehrt werden, wenn die Voraussetzungen des § 140 Abs. 2 Satz 1 erfüllt sind. [...]

(4) Die Übernahme der Behandlung verpflichtet die in Absatz 1 genannten Personen oder Einrichtungen dem Versicherten gegenüber zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts.

Vgl. auch § 368d Abs. 4 RVO, der bis zum Inkrafttreten der Regelung des § 76 SGB V am 01.01.1989 Geltung hatte: (4) Die Übernahme der Behandlung verpflichtet den an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmenden Arzt dem zu Behandelnden gegenüber zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts.

²⁹³ § 328. (1) Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.

(2) In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragsschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.

²⁹⁴ BGH 11.04.1951, II ZR 68/50, BGHZ 1, 383, 385 f.; BGH 17.12.1968, VI ZR 212/67, NJW 1969, 553, 554; BGH 21.05.1981, VI ZR 172/80, BGHZ 80, 366, 367 f.; BGH 10.01.1984, VI ZR 297/81, BGHZ 89, 250, 253; BGH 18.12.1990, VI ZR 169/90, NJW 1991, 1540; offen gelassen von BGH 25.03.1986, VI ZR 90/85, BGHZ 97, 273, 276; OLG Koblenz 09.10.1990, 3 U 425/90, MedR 1991, 335, 336; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 26; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 87, S. 51.

²⁹⁵ BGH 05.10.1972, III ZR 168/70, BGHZ 59, 310, 313; BGH 09.12.1974, III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 270; BGH 19.01.1984, III ZR 172/82, NJW 1985, 677, 678; BGH 06.07.1989, III ZR 79/88, BGHZ 108, 230, 233; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 56; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 582, S. 331.

²⁹⁶ BGH 09.12.1974, III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 269 f.; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 57; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 582, S. 331.

²⁹⁷ BGH 13.12.1951, III ZR 144/50, BGHZ 4, 138, 150 f.; BGH 05.10.1972, III ZR 168/70, BGHZ 59, 310, 313; BGH 09.12.1974, III ZR 131/72, BGHZ 63, 265, 270; BGH 19.01.1984,

sowie bei der truppenärztlichen Versorgung von wehrdienstbedingten Gesundheitsstörungen²⁹⁸ vor. In diesen Fällen übernimmt der Staat gemäß Art. 34 GG,²⁹⁹ § 839 BGB³⁰⁰ die Haftung. Wegen Art. 34 Satz 3 GG ist aber auch im Bereich der Staatshaftung der Zivilrechtsweg gegeben.

(a) Anspruchsgrundlagen

Als vertragliche Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche kommt eine positive Vertragsverletzung des Behandlungsvertrages in Betracht, da sich die Verpflichtung des Arztes zur Aufklärung des Patienten als Hauptpflicht aus dem Behandlungsvertrag ergibt.³⁰¹

Daneben sind die deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen § 823 Abs. 1 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB³⁰² i. V. m. §§ 223,³⁰³ 229 StGB³⁰⁴ heranzuziehen.

In delikts- und strafrechtlicher Hinsicht wird jeder ärztliche Eingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung bewertet,³⁰⁵ die zu ihrer Rechtfertigung der Ein-

III ZR 172/82, NJW 1985, 677, 678; BGH 06.07.1989, III ZR 79/88, BGHZ 108, 230, 233; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 57; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 87, S. 50 Fn. 5.

²⁹⁸ BGH 06.07.1989, III ZR 79/88, BGHZ 108, 230, 234; BGH 12.11.1992, III ZR 19/92, BGHZ 120, 176, 178; BGH 29.02.1996, VI ZR 238/94, VersR 1996, 976; OLG Koblenz 09.10.1990, 3 U 425/90, MedR 1991, 335, 336; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 57.

²⁹⁹ Art. 34. ¹Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. ²Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. ³Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.

³⁰⁰ § 839. (1) ¹Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. ²Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. [...]

(3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

³⁰¹ BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1808 f.; Heilmann, NJW 1990, S. 1513, 1516; Hollmann, NJW 1973, S. 1393, 1394; Jungnickel/Meinel, MDR 1988, S. 456, 458; Schmid, NJW 1984, S. 2601, 2606; dagegen nehmen Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 154 eine Nebenpflicht an.

³⁰² § 823. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) ¹Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. ²Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

³⁰³ § 223. *Körperverletzung.* (1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

³⁰⁴ § 229. *Fahrlässige Körperverletzung.* Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

³⁰⁵ BGH 28.11.1957, 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 112; BGH 28.06.1963, 4 StR 202/63, JZ 1964, 231; BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 336; BGH 29.06.1976, VI ZR 68/75, BGHZ 67, 48, 49; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

willigung des Patienten bedarf.³⁰⁶ Die Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff bedeutet einen entsprechenden Verzicht auf den absoluten Schutz des Körpers vor Verletzungen infolge des Eingriffs und das Aufsichnehmen von Gefahren, die sich aus Nebenwirkungen und möglichen Komplikationen der Behandlung ergeben können.³⁰⁷

Die Einwilligung in den geplanten ärztlichen Eingriff ist daher nur dann wirksam, wenn der Patient im Zeitpunkt der Abgabe der Einwilligungserklärung eine zutreffende Vorstellung von Art, Verlauf, Erfolgsaussichten und Risiken des Eingriffs sowie bestehenden Behandlungsalternativen hat.³⁰⁸ Der Patient muß im großen und ganzen wissen, worin er einwilligt.³⁰⁹ Sinn und Zweck der Aufklärung vor einem ärztlichen Eingriff ist daher, dem Patienten die für seine Entscheidung notwendigen Fakten in einer dem medizinischen Laien verständlichen Form mitzuteilen³¹⁰ und ihm so eine ausreichende Entscheidungsgrundlage zu liefern.³¹¹

Der Umfang der Ersatzpflicht richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Der Patient kann nach § 249 Satz 2 BGB³¹² die Kosten der Heilbehandlung und nach §§ 249 Satz 1,³¹³ 252 BGB³¹⁴ Verdienstausfall ersetzt verlangen. Ein Schmerzensgeldanspruch besteht wegen § 253 BGB³¹⁵ nur unter den Voraussetzungen des § 847 Abs. 1 BGB.³¹⁶

³⁰⁶ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1107; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 179 f.; BGH 16.10.1962, VI ZR 198/61, NJW 1963, 393 f.; BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 336; BGH 22.05.1981, 4 StR 225/81, DRiZ 1981, 310; BGH 26.02.1985, VI ZR 124/83, NJW 1985, 2192; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 397 f.; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

³⁰⁷ BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 397 f.

³⁰⁸ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1107; BGH 05.12.1958, VI ZR 266/57, VersR 1959, 308, 309; BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 54; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 180; BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558, 559; BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003; BGH 22.05.1981, 4 StR 225/81, DRiZ 1981, 310; BGH 26.02.1985, VI ZR 124/83, NJW 1985, 2192; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 394; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 23.

³⁰⁹ BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 54; BGH 16.10.1962, VI ZR 198/61, NJW 1963, 393, 394; BGH 22.06.1971, VI ZR 230/69, NJW 1971, 1887; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 106; BGH 08.05.1990, VI ZR 227/89, NJW 1990, 2929, 2930.

³¹⁰ BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780.

³¹¹ BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 398.

³¹² § 249. ¹Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

³¹³ § 249. ¹Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

³¹⁴ § 252. ¹Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. ²Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

³¹⁵ § 253. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

³¹⁶ § 847. (1) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheits-

(b) Anspruchsgegner

Der Anspruch des Patienten richtet sich bei Behandlungen durch einen niedergelassenen Arzt gegen diesen Arzt.³¹⁷

Bei ambulanter Krankenhausbehandlung ist Anspruchsgegner der jeweilige Betreiber der Krankenhausambulanz, da der Behandlungsvertrag dann mit diesem abgeschlossen wird. Das ist in der Regel ein Krankenhausarzt, der nach § 116 SGB V³¹⁸ zur vertragsärztlichen Versorgung ermächtigt ist.³¹⁹ Von der vertragsärztlichen Versorgung ausgenommen und der Krankenhausbehandlung zugerechnet werden jedoch bestimmte ambulant durchführbare Operationen, vgl. §§ 39 Abs. 1 Satz 1,³²⁰ 115b Abs. 2 Satz 1, 4 SGB V.³²¹ Insoweit sind Schadensersatzansprüche gegen den Krankenhausträger zu richten.

Bei stationärer Krankenhausbehandlung ist zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung zu unterscheiden. In vertraglicher Hinsicht bestehen Schadensersatzansprüche ausschließlich gegenüber dem Rechtsträger des Krankenhauses, wenn der Krankenhausaufnahmevertrag in Form des totalen Krankenhausaufnahmevertrages zwischen dem Krankenhausträger und dem Privatpatienten bzw. der Krankenkasse abgeschlossen wurde.³²² Der Kassenpatient erwirbt mit Abschluß des Vertrages zwischen Krankenkasse und Krankenhausträger nicht nur einen Leistungsanspruch gegen den Krankenhausträger. Im Falle der Leistungsstörung stehen ihm auch Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung zu.³²³

Der Krankenhausträger haftet für ein Verschulden der bei ihm tätigen Ärzte als Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB³²⁴ oder als verfassungsmäßig berufene

entziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

³¹⁷ Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 154 f.

³¹⁸ § 116. *Ambulante Behandlung durch Krankenhausärzte.* ¹Krankenhausärzte mit abgeschlossener Weiterbildung können mit Zustimmung des Krankenhausträgers vom Zulassungsausschuß (§ 96) zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten ermächtigt werden. ²Die Ermächtigung ist zu erteilen, soweit und solange eine ausreichende ärztliche Versorgung der Versicherten ohne die besonderen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden oder Kenntnisse von hierfür geeigneten Krankenhausärzten nicht sichergestellt wird.

³¹⁹ BGH 28.04.1987, VI ZR 171/86, BGHZ 100, 363, 367 f.; BGH 20.09.1988, VI ZR 296/87, BGHZ 105, 189, 194 f.; BGH 08.12.1992, VI ZR 349/91, BGHZ 120, 376, 382; BGH 16.11.1993, VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128, 132; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 23; Giesen, Arzthaftpflichtrecht (4. Auflage), Rn. 11, S. 9 f.; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 88, S. 51, Rn. 565, S. 323.

³²⁰ § 39. *Krankenhausbehandlung.* (1) ¹Die Krankenhausbehandlung wird vollstationär, teilstationär, vor- und nachstationär (§ 115a) sowie ambulant (§ 115b) erbracht.

³²¹ § 115. *Ambulantes Operieren im Krankenhaus.* (2) ¹Die Krankenhäuser sind zur ambulanten Durchführung der in dem Katalog genannten Operationen zugelassen. [...] ⁴Die Leistungen werden unmittelbar von den Krankenkassen vergütet.

³²² Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 27; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 559, S. 319.

³²³ Palandt/Heinrichs, § 328 Rn. 5.

³²⁴ § 278. ¹Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. ²Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

Vertreter nach §§ 31,³²⁵ 89 Abs. 1 BGB.³²⁶ Verfassungsmäßig berufener Vertreter ist der leitende Chefarzt, soweit er im medizinischen Bereich weisungsfrei tätig ist.³²⁷

Ein Anspruch des Patienten gegenüber dem Krankenhausarzt besteht allein auf deliktsrechtlicher Grundlage.³²⁸ Beamtete Ärzte können gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB einschränkend nur in Anspruch genommen werden, wenn der Patient nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Beim totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag kann der Patient Ansprüche sowohl gegen den Krankenhausträger als auch gegen den Arzt geltend machen.³²⁹

Beim gespaltenen Arztvertrag haftet nur der Belegarzt für Vertragsverletzungen in dem von ihm übernommenen ärztlichen Leistungsbereich.³³⁰

In deliktischer Hinsicht kann der Patient Schadensersatzansprüche sowohl gegenüber dem Krankenhausträger als auch gegenüber dem Arzt geltend machen. Zugunsten des Arztes kann unter Umständen das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB eingreifen, welches auch auf den selbst liquidierenden beamteten Klinikarzt anwendbar ist, sofern er im stationären Bereich oder in einer vom Krankenhaus getragenen Ambulanz tätig geworden ist.³³¹

Der Krankenhausträger haftet gemäß §§ 31, 89 Abs. 1 BGB unbedingd oder gemäß § 831 Abs. 1 BGB³³² mit Entlastungsmöglichkeit für das schädigende Verhalten der bei ihm tätigen Ärzte.

³²⁵ § 31. Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

³²⁶ § 89. (1) Die Vorschrift des § 31 findet auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts entsprechende Anwendung.

³²⁷ BGH 21.09.1971, VI ZR 122/70, NJW 1972, 334; BGH 22.04.1980, VI ZR 121/78, BGHZ 77, 74, 79; BGH 30.06.1987, VI ZR 257/86, NJW 1987, 2925; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 43; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 573, S. 327; MüKo/Mertens (3. Auflage), § 823 Rn. 463

³²⁸ BGH 11.04.1951, II ZR 68/50, BGHZ 1, 383, 386.

³²⁹ BGH 18.06.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63, 68; BGH 19.02.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 40 f.; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 564, S. 323.

³³⁰ BGH 18.06.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63, 68; BGH 16.04.1996, VI ZR 190/95, VersR 1996, 976, 977 f.; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 31; Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), Rn. 14, S. 12.

³³¹ BGH 30.11.1982, VI ZR 77/81, BGHZ 85, 393, 397 f.; BGH 10.01.1984, VI ZR 158/82, BGHZ 89, 263, 274; BGH 24.06.1986, VI ZR 202/85, NJW 1986, 2883; BGH 19.03.1991, VI ZR 199/90, VersR 1991, 779; BGH 08.12.1992, VI ZR 349/91, BGHZ 120, 376, 381 und 384.

³³² § 831. (1) ¹Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. ²Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

In Betracht kommt daneben eine Haftung des Krankenhausträgers nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Organisationsverschuldens. Den Krankenhausträger treffen Organisations- und Kontrollpflichten, um die Durchführung der Patientenaufklärung durch die bei ihm tätigen Ärzte zu ermöglichen und sicherzustellen.³³³

(2) Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung

Die Haftung des Arztes kann begrenzt sein, wenn die Zurechnung des Körper- oder Gesundheitsschadens zu dem rechtswidrigen ärztlichen Eingriff ausgeschlossen ist.

(a) Hypothetische Einwilligung

Die Schadenszurechnung ist nach der Rechtsprechung ausgeschlossen, wenn der Arzt einwenden kann, daß der Patient sich auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung zu dem Eingriff entschlossen haben würde.³³⁴ Dieser Einwand läßt die Haftung des Arztes entfallen.³³⁵ Begrifflich wird eine hypothetische Einwilligung des Patienten in den vorgenommenen ärztlichen Eingriff angenommen.³³⁶ Rechtlich handelt es sich hierbei um den Einwand eines rechtmäßigen Alternativverhaltens.³³⁷

Von der Rechtsprechung wurde zunächst offengelassen, ob der Einwand des Arztes, der Patient würde auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt haben, zulässig sei.³³⁸ In nachfolgenden Entscheidungen wurde dieser Einwand dann grundsätzlich für beachtlich gehalten,³³⁹ was mittlerweile als ständige Rechtsprechung anzusehen ist.³⁴⁰ Abweichend von dieser Rechtsprechung

³³³ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1108; BGH 16.10.1962, VI ZR 198/61, NJW 1963, 393, 395; BGH 15.05.1979, VI ZR 70/77, NJW 1979, 1933, 1934; OLG Bremen 21.10.1953, 3 U 287/53, VersR 1954, 63, 64; OLG Köln 31.05.1967, 13 U 27/66, MDR 1968, 240, 241; OLG Stuttgart 07.12.1977, 1 U 46/77, NJW 1979, 2355, 2356; OLG Celle 10.07.1978, 1 U 40/77, NJW 1979, 1251, 1252; Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung, A.II.4.22.

³³⁴ BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 111; BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2343; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 07.07.1992, VI ZR 211/91, VersR 1993, 228, 229; BGH 09.11.1993, VI ZR 248/92, NJW 1994, 799, 801. Aufklärungsmängel führen nur dann zur Strafbarkeit des Arztes wegen Körperverletzung, wenn der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht in den Eingriff eingewilligt hätte: BGH 25.09.1990, 5 StR 342/90, BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2; BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 24.

³³⁵ BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1534.

³³⁶ BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334; BGH 08.03.1988, VI ZR 161/87, AHRS 1050/36 b; BGH 11.12.1990, VI ZR 151/90, NJW 1991, 1543, 1544; BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2343; BGH 16.04.1991, VI ZR 176/90, NJW 1991, 2344, 2345; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415.

³³⁷ BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1534.

³³⁸ BGH 10.07.1954, VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106, 1108; BGH 10.02.1956, VI ZR 189/54, VersR 1956, 406, 408.

³³⁹ BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 187; BGH 04.11.1975, VI ZR 226/73, NJW 1976, 363; BGH 25.11.1975, VI ZR 122/73, NJW 1976, 365.

³⁴⁰ Siehe die Nachweise in Fußnote 334.

des sechsten Zivilsenates des Bundesgerichtshofes hat der dritte Zivilsenat in einem Urteil aus dem Jahre 1959³⁴¹ die Zulässigkeit dieses Einwandes ausdrücklich verneint. Widersprüchlich ist ein Urteil des siebten Zivilsenates.³⁴² In diesem wird zwar auf die Rechtsprechung des dritten Zivilsenates Bezug genommen, was gegen die Annahme der Zulässigkeit des Einwandes spricht. Im folgenden wird aber die Rechtsprechung des sechsten Zivilsenates zitiert, nach der die Beweislast für den Einwand dem Arzt obliegt.³⁴³ Das setzt aber voraus, daß der Einwand als solcher überhaupt zulässig ist. Letztlich kann die Bewertung durch den siebten Zivilsenat jedoch offen bleiben, da seine Rechtsprechung nicht das Arzthaftungsrecht betraf, sondern die Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht im anderen Zusammenhang wiedergegeben hat.

In der Literatur hat sich im Anschluß an die grundlegenden Ausführungen Caemmerers³⁴⁴ eine zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes konträre Ansicht herausgebildet. Die Frage der Zulässigkeit des rechtmäßigen Alternativverhaltens wird allgemein unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm diskutiert.³⁴⁵ Die ärztliche Aufklärung und das Erfordernis der Einwilligung des Patienten bezweckten den Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Diesem solle Gelegenheit zur ruhigen Überlegung und freien Entschließung gegeben werden.³⁴⁶ Die persönliche Entscheidung des Patienten könne aber nicht nachträglich das Gericht an seiner Stelle treffen.³⁴⁷ Das aber würde geschehen, wenn im Urteil Feststellungen darüber getroffen würden, wie der Patient sich entschieden haben würde.³⁴⁸ Vor dem Hintergrund des besonderen Gewichts des verletzten Rechtsgutes³⁴⁹ sei dem Arzt daher der Einwand, daß der Patient die Einwilligung erteilt haben würde, wenn er sachgerecht aufgeklärt worden wäre, nicht zuzugestehen.³⁵⁰

³⁴¹ BGH 26.01.1959, III ZR 213/57, VersR 1959, 355, 356.

³⁴² BGH 05.07.1973, VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118.

³⁴³ BGH 05.07.1973, VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 123.

³⁴⁴ Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 30 ff.

³⁴⁵ Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 32, 36; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 188, S. 124; Wissmann, NJW 1971, S. 549, 550.

³⁴⁶ Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 34 f.; Deutsch, Haftungsrecht I, § 12 IV 2, S. 175; Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), S. 203.

³⁴⁷ Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 35; Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), S. 203; Giesen, FS-Skapski, S. 45, 64; Hofmann, NJW 1974, S. 1641, 1643; Staudinger/Medicus, § 249 Rn. 114.

³⁴⁸ Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 35.

³⁴⁹ Hofmann, NJW 1974, S. 1641, 1643; ähnlich Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 188, S. 124.

³⁵⁰ Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 335; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 193, S. 127, jedoch in Rn. 192, S. 125 f. ohne Stellungnahme zur referierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes; Deutsch, Haftungsrecht I, § 12 IV 2, S. 175; Deutsch, NJW 1979, S. 1905, 1906; Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), S. 203; Hofmann, NJW 1974, S. 1641, 1643; Staudinger/Medicus, § 249 Rn. 114.

Vereinzelt wurde vom Oberlandesgericht Jena³⁵¹ sowie in der Literatur von Nüßgens³⁵² und Mertens³⁵³ der Einwand der hypothetischen Einwilligung dann als unerheblich behandelt, wenn der Patient Schmerzensgeld für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes geltend macht.

Das Oberlandesgericht Jena irrt, soweit es meint, seiner Auffassung stehe die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht entgegen. Der Bundesgerichtshof hat in der zitierten Entscheidung vom 03.02.1967³⁵⁴ dem klagenden Patienten einen Schmerzensgeldanspruch für den erweiterten, nicht durch seine Einwilligung gedeckten Eingriff zugestanden, auch wenn bei dem ursprünglich geplanten, rechtmäßigen Eingriff ähnliche oder gar höhere Schmerzen entstanden wären. Wegen der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes verbiete sich in diesem Fall eine Differenzrechnung, wie sie bei vermögensrechtlichen Schäden stattfinden könne.³⁵⁵

Diese Entscheidung bezog sich damit gerade nicht auf eine hypothetische Entscheidungssituation. Soweit man mit dem Bundesgerichtshof den Einwand der hypothetischen Einwilligung für zulässig erachtet,³⁵⁶ erstreckt sich diese Hypothese nicht nur auf die Verletzung der körperlichen Integrität, sondern auch auf die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes. Der Sanktionsgedanke muß daher nicht vor dem Hintergrund aufgegeben werden, daß sich die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes im wesentlichen in dem Eingriff in die körperliche Integrität manifestiere.³⁵⁷ Kann im Einzelfall eine hypothetische Einwilligung bejaht werden, liegt trotz unzureichender Aufklärung keine Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes vor.

Den Bedenken in der Literatur gegenüber der Zulässigkeit des Einwandes der hypothetischen Einwilligung trägt der Bundesgerichtshof insofern Rechnung,³⁵⁸ als er an den Nachweis der hypothetischen Einwilligung strengste Anforderungen stellt.³⁵⁹ Um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren,³⁶⁰ dürfe kein

³⁵¹ OLG Jena 03.12.1997, 4 U 687/97, VersR 1998, 586, 588.

³⁵² RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 154.

³⁵³ MüKo/Mertens (3. Auflage), § 823 Rn. 453, 457.

³⁵⁴ BGH 03.02.1967, VI ZR 111/65, VersR 1967, 495.

³⁵⁵ BGH 03.02.1967, VI ZR 111/65, VersR 1967, 495, 496; ihm folgend Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), Rn. 53 S. 40.

³⁵⁶ Das OLG Jena stützt sich außerdem auf BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415.

³⁵⁷ So Terbille, VersR 1999, S. 235, 236.

³⁵⁸ Vgl. Giesen, FS-Skapski, S. 45, 64 f.; vgl. Soergel/Zeuner, § 823 Rn. 216.

³⁵⁹ BGH 25.11.1975, VI ZR 122/73, NJW 1976, 365; BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334; BGH 10.11.1981, VI ZR 92/80, VersR 1982, 168, 169; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 111; BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2343; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

³⁶⁰ BGH 25.11.1975, VI ZR 122/73, NJW 1976, 365; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 111; BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2343; BGH 07.04.1992,

generalisierender Beurteilungsmaßstab angelegt werden:³⁶¹ Weder könne darauf abgestellt werden, wie sich ein „vernünftiger Patient“ in der hypothetischen Aufklärungssituation verhalten hätte,³⁶² noch sei die Sicht des Arztes³⁶³ oder die allgemeine Lebenserfahrung³⁶⁴ entscheidend. Vielmehr müsse die persönliche Entscheidungssituation des konkret betroffenen Patienten Berücksichtigung finden.³⁶⁵

(b) Schutzzweck der Norm

Ansätze, die Haftung des Arztes im Falle unzureichender oder unterlassener Aufklärung unter Wertungsgesichtspunkten zu begrenzen, sind zunächst in der Literatur Ende der 1970er/Anfang der 1980er Jahre entwickelt worden.

Steffen hatte in seinem Referat zum 52. Deutschen Juristentag 1978 erwogen, die Haftung des Arztes für Verletzungen der Aufklärungspflicht aus Schutzzweckerwägungen zu begrenzen. Es erscheine überzogen, eine Behandlung wegen jedes Aufklärungsmangels als Ganzes zu verurteilen. Das sei nur gerechtfertigt, wenn der Arzt die Aufklärung ganz unterlasse oder die Operation eigenmächtig erweitere, nicht dagegen, wenn er nur ein aufklärungspflichtiges Risiko übersehe. Da dieses nur wegen der möglichen Schädigung in die Aufklärung einbezogen sei, sollte der Arzt auch nur dann haften, wenn sich dieses Risiko verwirklicht habe.³⁶⁶

In Anlehnung an den Vorschlag von Steffen spricht sich Tempel dafür aus, daß die Haftung des Arztes nur dann eingreifen sollte, wenn sich das bei der Aufklärung von dem Arzt verschwiegene Risiko verwirklicht habe.³⁶⁷

Mertens will unter dem Gesichtspunkt der Relevanz eines rechtmäßigen Alternativverhaltens verschwiegene Risiken, die sich nicht realisiert hätten, als auch Schadensfolgen, über die der Patient aufgeklärt worden sei, von der Schadenersatzpflicht ausnehmen. Im allgemeinen könne davon ausgegangen werden, daß ein Patient, dem die Gefährlichkeit des Eingriffes durch die Aufklärung zumindest

VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

³⁶¹ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 112.

³⁶² BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 111 und 112; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928, 2929; BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2344; BGH 16.04.1991, VI ZR 176/90, NJW 1991, 2344, 2345; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH 09.11.1993, VI ZR 248/92, NJW 1994, 799, 801; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

³⁶³ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 112; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2828, 2829; BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2344; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

³⁶⁴ BGH 08.03.1988, VI ZR 161/87, AHRS 1050/36 b.

³⁶⁵ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 112; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2828, 2829; BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2344; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH 09.11.1993, VI ZR 248/92, NJW 1994, 799, 801; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

³⁶⁶ Steffen, Verhandlungen 52. DJT II, I 8, 15, 26.

³⁶⁷ Tempel, NJW 1980, S. 609, 616.

weitgehend verdeutlicht worden sei, auch bei vollständiger Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte.³⁶⁸

Kern und Laufs lassen eine Haftung des Arztes nur unter der Voraussetzung zu, daß sich ein Risiko verwirklicht habe, über das der Arzt pflichtwidrig nicht aufgeklärt hatte. Dogmatisch begründen sie dies anhand der Einwilligung als einer Rechtfertigungsschranke. Die medizinische Indikation des Eingriffes bilde den Rechtfertigungsgrund für das Vorgehen des Arztes. Dieser werde in seiner Reichweite durch die Einwilligung des Patienten beschränkt. Die Einwilligung wirke jedoch nur soweit, als der Patient wisse, worin er einwillige.³⁶⁹

In der Rechtsprechung hatte sich zuerst das Oberlandesgericht Karlsruhe in einer Entscheidung vom 16.03.1983³⁷⁰ mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Obwohl der Patient in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall gar nicht über mögliche Risiken des Eingriffes aufgeklärt worden war, verneinte das Oberlandesgericht die Haftung des Arztes, da sich ein nicht aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hatte. Dieses Risiko läge außerhalb des durch den Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm gezogenen Rahmens. Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm, § 823 Abs. 1 BGB, sei die Sicherung der freien Selbstbestimmung des Patienten über die Duldung eines ärztlichen Eingriffes in seine körperliche Integrität durch seine Aufklärung über Wesen, Bedeutung und Tragweite des geplanten Eingriffes. Da über die schadensstiftende Folge des Eingriffes in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall jedoch nicht aufzuklären war, komme es insofern darauf an, ob sich gerade das Risiko verwirklicht habe, über das der Patient schuldhaft nicht aufgeklärt worden sei.³⁷¹ Das Oberlandesgericht³⁷² bezog sich dabei auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes,³⁷³ in dem dieser die Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler aus Schutzzweckerwägungen auf typische Folgen des Behandlungsfehlers begrenzt hatte.³⁷⁴ Nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm sind allgemein nur solche Schadensfolgen zurechenbar, die die vom Schädiger verletzte Norm zu verhindern bezweckt.³⁷⁵

Mit der Anwendung der Lehre vom Schutzzweck der Norm hatte sich der Bundesgerichtshof erstmals in einer Entscheidung vom 07.02.1984³⁷⁶ befaßt. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall war der Patient nicht darüber aufgeklärt worden, daß er während einer Rektoskopie unter Umständen erhebliche Schmerzen erleiden könnte. Der Patient machte Ansprüche aber nicht wegen

³⁶⁸ MüKo/Mertens (1. Auflage), § 823 Rn. 423.

³⁶⁹ Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 151 f.

³⁷⁰ OLG Karlsruhe 16.03.1983, 7 U 136/82, MedR 1983, 190.

³⁷¹ OLG Karlsruhe 16.03.1983, 7 U 136/82, MedR 1983, 190, 191.

³⁷² OLG Karlsruhe 16.03.1983, 7 U 136/82, MedR 1983, 190, 192.

³⁷³ BGH 16.06.1981, VI ZR 38/80, NJW 1981, 2513, 2514.

³⁷⁴ Giesen, JZ 1982, S. 448, 454.

³⁷⁵ Larenz, Schuldrecht I (14. Auflage), § 27 III b 2, S. 440.

³⁷⁶ BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96.

erlittener Schmerzen geltend, sondern wegen einer durch die Rektoskopie verursachten Darmperforation. Über das Risiko einer Darmperforation war der Patient aber nicht aufzuklären. Andere Eingriffsrisiken, über die der Patient hätte aufgeklärt werden müssen, bestanden nicht. Der Bundesgerichtshof hatte die Haftung unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm verneint. Die Aufklärung über mögliche Schmerzen während der Rektoskopie ist Teil der Aufklärung über die Art des Eingriffs.³⁷⁷ Zweck dieser Aufklärung sei es, das Recht des Patienten zu wahren, frei entscheiden zu können, ob er unter Abwägung der Vorteile einer diagnostischen Abklärung seines Gesundheitszustandes und der körperlichen Unannehmlichkeiten, denen er sich bei Duldung des Eingriffes unterziehen müsse, dem ärztlichen Eingriff zustimmen wolle.³⁷⁸ Davon unterscheidet sich aber der Schutzzweck der Aufklärung über die Risiken des Eingriffes. Diese solle dem Patienten die Entscheidung darüber ermöglichen, ob er etwaige Gefahren für seine Gesundheit auf sich nehmen wolle.³⁷⁹ Da der Eintritt einer Darmperforation aber ein Risiko des Eingriffes darstellt, ist dieses der unterlassenen Aufklärung über die Art des Eingriffes, seiner Schmerzhaftigkeit, haftungsrechtlich nicht zuzurechnen.

Der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall betraf somit eine andere Konstellation als der vom Oberlandesgericht Karlsruhe entschiedene. Der Bundesgerichtshof hatte daher die Frage offen lassen können, ob der Arzt auch für die Schäden, die nicht aufklärungsbedürftige Risiken betreffen, hafte, wenn nicht oder nur unzureichend über die dem Eingriff anhaftenden Grundrisiken aufgeklärt wurde. In einem obiter dictum hatte der Bundesgerichtshof insoweit Bedenken geäußert.³⁸⁰ Offen gelassen wurde diese Frage auch in einer anderen Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 01.10.1985.³⁸¹ In einer weiteren Entscheidung vom 14.02.1989³⁸² hätte der Bundesgerichtshof diese Frage eigentlich nicht entscheiden müssen. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war die Aufklärung über das bei einer intraartikulären Schultergelenksinjektion bestehende Infektionsrisiko einschließlich des daraus folgenden Risikos einer Schultergelenksversteifung nicht aufgeklärt worden. Aufgetreten war jedoch nicht die Schultergelenksversteifung, sondern eine tödlich verlaufende Sepsis. Über diese hätte der Patient zwar nicht aufgeklärt werden müssen. Die Sepsis ist aber wie die Gelenksversteifung Folge des aufklärungspflichtigen Infektionsrisikos. Da das nicht aufklärungspflichtige Risiko hier also lediglich eine schwerere Folge des aufklärungspflichtigen Risikos darstellte, war die Schadenszurechnung nicht zu verneinen.

³⁷⁷ Deutlich herausgearbeitet von Deutsch, NJW 1984, S. 1802.

³⁷⁸ BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 102.

³⁷⁹ BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 102.

³⁸⁰ BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 101.

³⁸¹ BGH 01.10.1985, VI ZR 19/84, NJW 1986, 1541, 1542.

³⁸² BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391.

Der Bundesgerichtshof hatte sich jedoch über den zu entscheidenden Fall hinaus mit der Haftung für nicht aufklärungspflichtige Eingriffsrisiken auseinandergesetzt und damit in der durch die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Karlsruhe ausgelösten Diskussion Stellung bezogen. Die Begrenzung der Schadenersatzpflicht unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofes auf Ausnahmefälle zu beschränken.³⁸³ Die Schadenszurechnung bei Verwirklichung eines nicht aufklärungspflichtigen Eingriffsrisikos sei daher nur dann auszuschließen, wenn dem Patienten zumindest eine sogenannte Grundaufklärung zuteil geworden sei. Der Patient solle einen zutreffenden Eindruck von der Schwere des geplanten Eingriffs und von der Art der Belastungen, die für seine Integrität und Lebensführung auf ihn zukommen können, erhalten. Dazu sei nicht erforderlich, ihm alle denkbaren Risiken detailliert und in medizinisch exakter Weise zu beschreiben.³⁸⁴ Das vom Patienten geltend gemachte Aufklärungsversäumnis bestehe dann nur im Unterlassen der genaueren Beschreibung von Einzelheiten oder Details von Risiken, die sich aber nicht verwirklicht hätten.³⁸⁵

Nachfolgend hatte der Bundesgerichtshof seine Auffassung in zwei weiteren Entscheidungen bestätigt. Weitergehend verlangt er außerdem, daß der Patient zumindest auf das schwerste möglicherweise in Betracht kommende Risiko hingewiesen werde.³⁸⁶ Darin läßt sich entgegen der Ansicht von Deutsch³⁸⁷ jedoch kein haftungserweiternder Aspekt erkennen. Vielmehr versucht der Bundesgerichtshof, den Umfang der Grundaufklärung inhaltlich abzustecken, ohne den Umfang der Aufklärung an sich zu erweitern. In einer weiteren Entscheidung des vierten Strafsenates des Bundesgerichtshofes wurde die bisherige Rechtsprechung des sechsten Zivilsenates auf die Aufklärung über Behandlungsalternativen erstreckt. Der Aufklärungsmangel könne sich danach bereits aus dem unterlassenen Hinweis auf Behandlungsalternativen ergeben.³⁸⁸

In dogmatischer Hinsicht unterscheidet der Bundesgerichtshof zwischen der Wirksamkeit der Einwilligung und der Zurechnung der Aufklärungspflichtverletzung zu dem eingetretenen Gesundheitsschaden. Entgegen der in der Literatur von Laufs und von Kern vertretenen Ansicht³⁸⁹ sei die Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff unteilbar. Aufklärungsdefizite würden daher stets zur Unwirk-

³⁸³ BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 400; BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347.

³⁸⁴ BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 399; BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347; BGH 14.11.1995, VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779.

³⁸⁵ BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 399; BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347.

³⁸⁶ BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347; BGH 14.11.1995, VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779.

³⁸⁷ Deutsch, LM § 823 (Ac) BGB Nr. 60.

³⁸⁸ BGH 29.06.1995, 4 StR 760/94, MedR 1996, 22, 25.

³⁸⁹ Kern, MedR 1983, S. 190, 191; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 151.

samkeit der Einwilligung des Patienten führen.³⁹⁰ Eine Begrenzung der Zurechnung der Aufklärungspflichtverletzung läßt der Bundesgerichtshof wie die Oberlandesgerichte und der Großteil der Literatur unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm zu. Der Bundesgerichtshof wandte sich damit gegen die in dogmatischer Hinsicht abweichenden Auffassungen von Mertens und von Giesen und Langkeit. Beide gelangen zwar inhaltlich wie der Bundesgerichtshof zu einer differenzierten Begrenzung der Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen. Mertens will diese jedoch unter dem Gesichtspunkt der Relevanz eines rechtmäßigen Alternativverhaltens vornehmen.³⁹¹ Giesen und Langkeit wenden den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB an: Es erscheine als treuwidrig, wenn der Patient einen Aufklärungsmangel, der nur eine vorübergehende, eher geringfügige Beeinträchtigung betrifft, zum Anlaß nehme, um eine Haftung für Schäden zu begründen, die allein nicht aufklärungsbedürftig seien und mit dem Aufklärungsmangel in keinem Zusammenhang stünden.³⁹²

Der Bundesgerichtshof definiert den Schutzzweck der Aufklärungspflicht enger als das Oberlandesgericht Karlsruhe und verschiedene andere Oberlandesgerichte³⁹³ sowie Teile der Literatur.³⁹⁴ Nach Auffassung dieser besteht der Zweck der Aufklärung darin, dem Patienten eine Abwägung im Hinblick auf die Inkaufnahme bestimmter Folgen des ärztlichen Eingriffes zu ermöglichen. Der Arzt hatte daher nur bei Verwirklichung eines aufklärungspflichtigen Risikos, über das er den Patienten nicht aufgeklärt hatte.

Diese Bestimmung des Schutzzwecks der Aufklärungspflicht läßt sich mit dem Verständnis des Bundesgerichtshofes von der Unteilbarkeit der Einwilligung jedoch nicht vereinbaren, nach der das Selbstbestimmungsrecht des Patienten stets die Entscheidungsfreiheit für oder gegen einen Eingriff in seinen Körper insgesamt umfasse.³⁹⁵ Aufklärungsdefizite haben danach zunächst nur Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Einwilligung. Da eine ausreichende Aufklärung des Patienten die Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist, läßt sich anhand der Einwilligung jedoch darüber hinaus auch der Schutzzweck der Aufklärung definieren. Der Patient soll daher über den Eingriff in seiner Gesamtheit entscheiden.

³⁹⁰ BGH 07.02.1984, VI ZR 188/92, BGHZ 90, 96, 101 und 102; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 398; BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347.

³⁹¹ MüKo/Mertens, (1. Auflage) § 823 Rn. 423; MüKo/Mertens, (2. Auflage) § 823 Rn. 423d ff.

³⁹² Giesen, *Arzthaftungsrecht* (1. Auflage), S. 158 f.; Giesen/Langkeit, *JR* 1989, S. 290, 292.

³⁹³ OLG Hamm 17.01.1983, 3 U 244/82 - unveröffentlicht, zitiert nach BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 396; OLG Düsseldorf 15.03.1984, 8 U 95/83, MDR 1984, 666 f.; OLG München 15.10.1987, 1 U 1532/86 - unveröffentlicht, zitiert nach BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 396.

³⁹⁴ Deutsch, *NJW* 1989, S. 2313, 2314; Deutsch/Matthies, *Arzthaftungsrecht*, S. 83, die ihre Auffassung jedoch fälschlicherweise noch auf BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96 stützen, in diesem Sinne auch Deutsch, *NJW* 1984, S. 1802; Hauß, *VersR* 1989, S. 517 f.; Jungnickel/Meinel, *MDR* 1988, S. 456, 458; Soergel/Zeuner, § 823 Rn. 203.

³⁹⁵ BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 101.

Während von einem Teil der Literatur eine umfassende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe im Sinne einer einheitlichen Bilanzentscheidung als Zweck der Aufklärung angesehen wird,³⁹⁶ bestimmt der Bundesgerichtshof den Schutzzweck enger. Er hält es für ausreichend, daß der Patient einen zutreffenden Eindruck von der Schwere des geplanten Eingriffes bekomme. Im Ergebnis nimmt der Bundesgerichtshof somit eine vermittelnde Position ein, wie diese teilweise auch schon in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte³⁹⁷ und in der Literatur³⁹⁸ vertreten wurde.

Bisher ist eine entsprechende Begrenzung der Haftung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur in einem Fall, der Entscheidung vom 07.02.1984,³⁹⁹ zugelassen worden.

(c) Hypothetische Kausalität

Der Schaden kann ebenfalls dann nicht dem rechtswidrigen Eingriff zugerechnet werden, wenn mit Sicherheit feststeht, daß dieser früher oder später auch ohne den Eingriff eingetreten wäre.⁴⁰⁰ Die Schadensersatzpflicht wird von der Rechtsprechung in diesen Fällen auf die Nachteile beschränkt, die durch den früheren Schadenseintritt bedingt sind.⁴⁰¹

Möglich sind dabei zwei Fallgestaltungen. In beiden hätte der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht in den geplanten Eingriff eingewilligt. Er hätte dann entweder den Eingriff gar nicht mehr⁴⁰² oder zu einem späteren Zeitpunkt und/oder unter anderen Bedingungen durchführen lassen.⁴⁰³ In beiden Fällen wären jedoch dieselben Beschwerden wie bei dem durchgeführten rechts-

³⁹⁶ Giesen, JR 1984, S. 372, 373 f.; Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 158; Giesen/Langkeit, JR 1989, S. 290, 292; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 423c; Schlosshauer-Selbach, NJW 1985, S. 660, 662 f.; Schmid, NJW 1984, S. 2601, 2604 Fn. 37.

³⁹⁷ OLG Oldenburg 16.01.1987, 6 U 3/86, VersR 1988, 408, 409 mit Nichtannahmebeschluß des BGH 01.12.1987, VI ZR 72/87; OLG Köln 26.03.1987, 7 U 320/86, VersR 1988, 744, 745; OLG Köln 28.09.1988, 27 U 41/88, VersR 1990, 489, 490.

³⁹⁸ Ankermann, LM § 823 (Aa) BGB Nr. 67; Dunz, MedR 1984, S. 184 und 185 f.; Dunz, FS-Narr, S. 144, 145, 149; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 170; mit anderer dogmatischer Begründung: Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 159; Giesen/Langkeit, JR 1989, S. 290, 292; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 423d ff.

³⁹⁹ Ausführlicher zu der Entscheidung des BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 103, oben auf Seite 57.

⁴⁰⁰ BGH 10.07.1959, VI ZR 87/58, NJW 1959, 2299, 2300; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 186; BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558, 559; BGH 14.04.1981, VI ZR 39/80, VersR 1981, 677, 678.

⁴⁰¹ BGH 23.10.1984, VI ZR 24/83, NJW 1985, 676, 677.

⁴⁰² BGH 10.07.1959, VI ZR 87/58, NJW 1959, 2299, 2300; BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558, 559; BGH 23.10.1984, VI ZR 24/83, NJW 1985, 676, 677; BGH 13.01.1987, VI ZR 82/86, VersR 1987, 667, 668.

⁴⁰³ BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 186; BGH 14.04.1981, VI ZR 39/80, VersR 1981, 677, 678; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 23.10.1984, VI ZR 24/83, NJW 1985, 676, 677; BGH 13.12.1988, VI ZR 22/88, NJW 1989, 1541, 1542.

widrigen Eingriff aufgetreten, da sich das Grundleiden in ähnlicher Weise ausgewirkt haben würde⁴⁰⁴ bzw. der andere Eingriff den gleichen Verlauf genommen hätte.⁴⁰⁵ Rechtlich handelt es sich bei beiden Fallgestaltungen um die Annahme eines hypothetischen Kausalverlaufs im Falle eines rechtmäßigen Alternativverhaltens.⁴⁰⁶

Die Möglichkeit einer Einschränkung der Schadenszurechnung bei Annahme eines hypothetischen Kausalverlaufs wird nur vereinzelt in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen zur ärztlichen Aufklärung angesprochen.⁴⁰⁷ Sie ist nicht im Hinblick auf die Problematik der ärztlichen Aufklärungspflicht entwickelt oder modifiziert worden, sondern folgt der allgemeinen haftungsrechtlichen Dogmatik.⁴⁰⁸

c) Prozessuale Durchsetzbarkeit von Aufklärungsmängeln

Die Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht wird von den Erfolgsaussichten im Prozeß bestimmt, welche maßgeblich von der Beweissituation abhängen.

(1) Beweisregelung

Nachfolgend soll nur die Beweisregelung im Hinblick auf die Erfüllung der Aufklärungspflicht behandelt werden.

(a) Beweislast

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes obliegt dem Arzt bzw. dem beklagten Krankenträger die Behauptungs- und Beweislast für die rechtzeitige,⁴⁰⁹ zutreffende und vollständige Aufklärung des Patienten.⁴¹⁰ Er müsse nachweisen, daß er die von ihm geschuldete Aufklärung selbst erbracht habe, oder aber, daß der Patient bereits von anderer Seite aufgeklärt worden sei und daher einer Aufklärung durch ihn nicht bedurfte.⁴¹¹

⁴⁰⁴ BGH 13.01.1987, VI ZR 82/86, VersR 1987, 667, 668.

⁴⁰⁵ BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 13.12.1988, VI ZR 22/88, NJW 1989, 1541, 1542.

⁴⁰⁶ BGH 13.12.1988, VI ZR 22/88, NJW 1989, 1541, 1542.

⁴⁰⁷ BGH 10.07.1959, VI ZR 87/58, NJW 1959, 2299, 2300; BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 186; BGH 02.02.1968, VI ZR 115/67, VersR 1968, 558, 559; BGH 14.04.1981, VI ZR 39/80, VersR 1981, 677, 678; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 23.10.1984, VI ZR 24/83, NJW 1985, 676, 677; BGH 13.01.1987, VI ZR 82/86, VersR 1987, 667, 668; BGH 13.12.1988, VI ZR 22/88, NJW 1989, 1541, 1542.

⁴⁰⁸ Berücksichtigung des hypothetischen Kausalverlaufs bei grundsätzlich subjektiver Schadensbemessung: Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 13, 14 ff., 34.

⁴⁰⁹ BGH 07.04.1992, VI ZR 216/91, NJW 1992, 2353, 2356.

⁴¹⁰ BGH 01.10.1985, VI ZR 19/84, NJW 1986, 1541, 1542; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928, 2929.

⁴¹¹ BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1808.

Die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast entspricht damit der gesetzlichen Beweislastverteilung des Deliktsrechts. Sie hat allgemeine Bedeutung für die ärztliche Aufklärung. Der Arzt ist daher auch hinsichtlich vertraglicher Schadensersatzansprüche beweispflichtig dafür, daß die Eingriffsaufklärung erfolgt ist.

Begründet wird dies mit dem engen Zusammenhang der Aufklärungspflicht mit der Behandlungspflicht: Ebenso wie der Arzt die Vornahme des Eingriffes beweisen müsse, müsse er auch die Erfüllung der Aufklärungspflicht nachweisen. Diese Verteilung der Behauptungs- und Beweislast sei auch interessengerecht, da der Arzt sich am ehesten die Beweise für die erfolgte Aufklärung sichern könne.⁴¹²

Ansprüche wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht werden überwiegend auf deliktsrechtlicher Grundlage geltend gemacht. Die Verjährungsfrist deliktischer Ansprüche ist mit drei Jahren, § 852 Abs. 1 BGB,⁴¹³ zwar kürzer als die regelmäßige Verjährungspflicht von dreißig Jahren, § 195 BGB⁴¹⁴ für vertragliche Ansprüche. Ausschlaggebend ist aber, daß Schmerzensgeld nur deliktsrechtlich nach § 847 Abs. 1 BGB⁴¹⁵ beansprucht werden kann.

An der vom Bundesgerichtshof vorgenommenen Beweislastverteilung ist in der Literatur vereinzelt Kritik geübt worden. Baumgärtel und ihm folgend Wittmann halten den Ansatz des Bundesgerichtshofes, daß der ärztliche Eingriff als Körperverletzung die Rechtswidrigkeit indiziere, für verfehlt. Da Ärzte Patienten erfahrungsgemäß nicht gegen deren Willen zu behandeln pflegten, würde der ärztliche Eingriff in der Regel mit Einwilligung des Patienten vorgenommen und sei daher rechtmäßig. Der ärztliche Eingriff als solcher würde die Rechtswidrigkeit nicht indizieren. Die Rechtswidrigkeit sei vielmehr vom Anspruchsteller zu beweisen. Der Patient trage die Beweislast für die fehlende Einwilligung und damit auch für das Fehlen der Aufklärung.⁴¹⁶ Während der Bundesgerichtshof die Auffassung Baumgärtels und Wittmanns ohne Begründung zurückgewiesen hatte,⁴¹⁷ setzte sich die Literatur näher mit ihr auseinander. Deutsch vergleicht die ärztliche Behandlung mit anderen berechtigten Handlungen, die regelmäßig nur kraft Zustimmung, behördlichen Auftrags oder gerichtlichen Entscheids vorgenommen würden. Auch in diesen Fällen sei die Autorisation stets nachzuweisen.⁴¹⁸ Während Deutsch damit allein im Hinblick auf das Vorliegen der Einwilligung argu-

⁴¹² BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809.

⁴¹³ § 852. (1) Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an.

⁴¹⁴ § 195. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt dreißig Jahre.

⁴¹⁵ § 847. (1) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

⁴¹⁶ Baumgärtel, GS-Bruns, S. 93, 105 f.; Baumgärtel/Wittmann, Beweislast I (1. Auflage), § 823 I Rn. 47.

⁴¹⁷ BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1808.

⁴¹⁸ Deutsch, Arztrecht (2. Auflage), S. 157.

mentiert, grenzen Franzki und Schmid zwischen Einwilligung und Aufklärung ab. Richtig sei zwar, daß Ärzte in den meisten Fällen vor der Operation eine Einwilligung des Patienten einholen würden. Diese Erfahrung lasse sich aber nicht in gleicher Weise auf die Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht erstrecken, von der die Wirksamkeit der Einwilligung abhängt.⁴¹⁹ Franzki zufolge lege die Praxis in dieser Hinsicht vielmehr die gegenteilige Vermutung nahe.⁴²⁰ Schmid dagegen will eine unzureichende und damit nicht wirksame Entscheidungsbildung des Patienten nicht als überwiegend häufig unterstellen. Er gelangt daher für deliktsrechtliche Ansprüche zu einer gespaltenen Verteilung der Beweislast. Die Einwilligung des Patienten sei vom Arzt zu beweisen. Der Patient habe aber nachzuweisen, daß bei seiner Einwilligung Willensmängel vorlagen. Dazu sei zu beweisen, daß Umstände mangels Aufklärung durch den Arzt nicht bekannt waren. In vertraglicher Hinsicht habe der Arzt nachzuweisen, daß er der Aufklärungspflicht als einer Verpflichtung aus dem Behandlungsvertrag nachgekommen sei.⁴²¹

Baumgärtel selbst hat inzwischen seine frühere Auffassung revidiert. Die Kritik an der Beweislastverteilung durch den Bundesgerichtshof sei aus der Beobachtung entstanden, daß die Rechtsprechung der Beweisnot des Patienten im Behandlungsfehlerbereich ein zu großes Gewicht beigemessen hätte und dabei die Beweisschwierigkeiten des Arztes in den Hintergrund treten ließ.⁴²² Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung in den letzten Jahren habe aber gezeigt, daß bei der Beweislastverteilung sowohl die Beweisschwierigkeiten des Arztes als auch die des Patienten in gleicher Weise berücksichtigt würden. Von daher könne dem Arzt die Beweislast für die wirksame Einwilligung des Patienten in die ärztliche Maßnahme auferlegt werden.⁴²³

(b) Beweiswürdigung

Beweiswürdigung ist allgemein Sache des Tatrichters. Revisionsrechtlich ist durch den Bundesgerichtshof nur nachprüfbar, ob sich der Tatrichter gemäß § 286 ZPO⁴²⁴ mit dem Prozeßstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig ist und nicht gegen Denk- und Erfahrungssätze verstößt.⁴²⁵ Der Bundesgerichtshof ist

⁴¹⁹ Franzki, Beweislastregeln, S. 124; Schmid, NJW 1984, S. 2601, 2606 Fn. 56.

⁴²⁰ Franzki, Beweislastregeln, S. 124.

⁴²¹ Schmid, NJW 1984, S. 2601, 2606 f.

⁴²² Vgl. Baumgärtel, GS-Bruns, S. 93, 104: „Die Haftung des Arztes auch für diesen Fall stellt m. E. eine mit den Aufgaben des Arztes unvereinbare Risikoerschwerung dar.“

⁴²³ Baumgärtel/Baumgärtel, Beweislast I (2. Auflage), § 823 Anhang C II Rn. 50.

⁴²⁴ § 286. (1) ¹Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme aufgrund freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. ²In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

⁴²⁵ BGH 28.11.1972, VI ZR 133/71, NJW 1973, 556, 558; BGH 12.11.1991, VI ZR 7/91,

daher darauf beschränkt, Anhaltspunkte für die Beweiswürdigung durch den Tatrichter zu geben.

Schwierigkeiten des Arztes, den ihm obliegenden Beweis für die Durchführung und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs zu erbringen, finden erstmals in Entscheidungen des Bundesgerichtshofes aus den 1980er Jahren⁴²⁶ Berücksichtigung. Bei der Beweiswürdigung seien die Besonderheiten der Behandlungssituation zu berücksichtigen.⁴²⁷ Daneben soll aber auch der mögliche Mißbrauch der Beweislage zu haftungsrechtlichen Zwecken durch den Patienten verhindert werden.⁴²⁸ An den Nachweis der Aufklärung durch den Arzt dürften daher keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden.⁴²⁹ Indiz für die Erfüllung der Aufklärungspflicht könne die ständige Übung und Handhabung der Aufklärung von Patienten in einem Krankenhaus sein.⁴³⁰

Dem Arzt, der einigen Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht habe, sollte auch hinsichtlich des angemessenen Inhalts dieses Gesprächs geglaubt werden.⁴³¹ Um letzte Zweifel auszuräumen, kann das Gericht die Parteivernehmung des Arztes nach § 448 ZPO⁴³² anordnen.⁴³³

Zugleich soll einer Formalisierung des Aufklärungsgesprächs entgegengewirkt werden.⁴³⁴ Der Unterzeichnung formularmäßiger Einverständniserklärungen durch den Patienten komme daher allein keine Beweiswirkung zu.⁴³⁵ Auch der Arzt, der entsprechende Formulare nicht benutze, müsse die Chance haben, den ihm obliegenden Beweis für die Durchführung und den Inhalt des Aufklärungsges-

BGHZ 116, 60, 76; BGH 01.10.1996, VI ZR 10/96, NJW 1997, 796, 797.

⁴²⁶ Zuerst: BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003; BGH 21.06.1983, VI ZR 108/82, VersR 1983, 957; weiterführend: BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399; BGH 13.05.1986, VI ZR 142/85, NJW 1986, 2885.

⁴²⁷ BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399.

⁴²⁸ BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399.

⁴²⁹ BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399; BGH 13.05.1986, VI ZR 142/85, NJW 1986, 2885; BGH 12.11.1991, VI ZR 369/90, NJW 1992, 741, 742.

⁴³⁰ BGH 13.05.1986, VI ZR 142/85, NJW 1986, 2885; BGH 14.06.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3010; vgl. BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2343.

⁴³¹ BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003; BGH 21.06.1983, VI ZR 108/82, VersR 1983, 957, 958; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399.

⁴³² § 448. Auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast kann das Gericht, wenn das Ergebnis einer Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen.

⁴³³ BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399.

⁴³⁴ BGH 21.06.1983, VI ZR 108/82, VersR 1983, 957, 958; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399.

⁴³⁵ BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399.

spraches zu führen.⁴³⁶ Eine vom Patienten unterschriebene formularmäßige Einverständniserklärung könne somit nur Indizwirkung haben.⁴³⁷ Ebenso dürfe das Fehlen schriftlicher Aufzeichnungen im Krankenblatt über die Durchführung der Aufklärung und ihren wesentlichen Inhalt nicht dazu führen, daß der Arzt regelmäßig beweisfällig für die behauptete Aufklärung bleibe.⁴³⁸

(2) Einwände des Arztes

Ist es dem Arzt nicht möglich, eine ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten nachzuweisen, kann er den Einwand der hypothetischen Einwilligung oder der hypothetischen Kausalität erheben.

(a) Hypothetische Einwilligung

Der Arzt trägt für diesen Einwand die Behauptungs-,⁴³⁹ sowie die Beweisführungs-⁴⁴⁰ und Beweislast.⁴⁴¹

Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens wurde von der Rechtsprechung bis zu Beginn der 1980er Jahre nur in Sonderfällen anerkannt.⁴⁴² Das resultierte aus der für den Arzt nahezu aussichtslosen Beweislage, die um der Selbstbestimmung des Patienten willen in Kauf genommen wurde.⁴⁴³

Eine Beweiserleichterung ist für den Arzt aber mit Beginn der 1980er Jahre eingetreten, seitdem der Bundesgerichtshof dem Patienten Substantiierungspflichten auferlegt.⁴⁴⁴ Gegenüber dem Einwand des Arztes, der Patient hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt, genügt ein einfaches Bestreiten nicht. Der Patient muß vielmehr substantiiert bestreiten, indem er plausibel darlegt, daß er aus seiner Sicht bei ordnungsgemäßer Aufklärung

⁴³⁶ BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399 f.

⁴³⁷ BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399; BGH 14.06.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3010; BGH 29.09.1998, VI ZR 268/97, NJW 1999, 863, 864.

⁴³⁸ BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399.

⁴³⁹ BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415.

⁴⁴⁰ BGH 04.11.1975, VI ZR 226/73, NJW 1976, 363; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 111; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353.

⁴⁴¹ BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 187; BGH 14.04.1981, VI ZR 39/80, VersR 1981, 677, 678; BGH 27.10.1981, VI ZR 69/80, NJW 1982, 697, 698; BGH 27.10.1981, VI ZR 63/81, VersR 1982, 74, 75; BGH 10.11.1981, VI ZR 92/80, VersR 1982, 168, 169; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928, 2929; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415.

⁴⁴² BGH 18.05.1965, VI ZR 4/64, NJW 1965, 2005, 2007; BGH 10.07.1979, VI ZR 196/78, VersR 1979, 1012, 1013.

⁴⁴³ BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334.

⁴⁴⁴ Zuerst: BGH 27.10.1981, VI ZR 69/80, NJW 1982, 697, 698; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 111; ausführlicher: BGH 14.06.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3011; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415.

im damaligen Zeitpunkt vor einem Entscheidungskonflikt gestanden hätte.⁴⁴⁵ Er soll einsichtig machen, daß ihn die vollständige Aufklärung über das Für und Wider des geplanten Eingriffs ernsthaft vor die Frage gestellt hätte, ob er seine Einwilligung erteilen solle oder nicht.⁴⁴⁶ Die Überzeugung des Tatrichters hinsichtlich der hypothetischen Einwilligung könne sich in der Regel nur auf Umstände stützen, die die persönliche Willenslage des Patienten im Einzelfall betreffen,⁴⁴⁷ und dieses seien Tatsachen, die nur dem Patienten selbst bekannt sind und daher sinnvollerweise nur von ihm vorgetragen werden könnten.⁴⁴⁸ Der Patient brauche jedoch nicht darlegen, wie er sich tatsächlich entschieden hätte.⁴⁴⁹

Erst wenn der Patient diesen Entscheidungskonflikt plausibel machen kann, muß der Arzt den Beweis der hypothetischen Einwilligung erbringen.⁴⁵⁰

Der Umfang der Substantierungspflicht des Patienten hängt davon ab, inwieweit die Gründe für eine Ablehnung Dritten ohne weiteres ersichtlich sind. Sei der geplante Eingriff medizinisch geboten, so genüge die pauschale Behauptung des Patienten, daß er bei ordnungsgemäßer Aufklärung seine Einwilligung unvernünftiger Weise verweigert hätte, nicht, um den Entscheidungskonflikt plausibel zu machen.⁴⁵¹ Zweifel darüber, ob der Patient sich in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, gingen zu Gunsten des Patienten.⁴⁵²

Die Würdigung der von dem Patienten vorgetragene(n) Tatsachen durch den Tatrichter sei in der Regel nur möglich, wenn dieser den Patienten gemäß § 141

⁴⁴⁵ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 112; BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 01.10.1985, VI ZR 19/84, NJW 1986, 1541, 1542; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928, 2929; BGH 11.12.1990, VI ZR 151/90, NJW 1991, 1543, 1544; BGH 16.04.1991, VI ZR 176/90, NJW 1991, 2344, 2345; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415; vgl. BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2343 f.; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

⁴⁴⁶ BGH 11.12.1990, VI ZR 151/90, NJW 1991, 1543, 1544; BGH 16.04.1991, VI ZR 176/90, NJW 1991, 2344, 2345; BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379.

⁴⁴⁷ BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2828, 2829; BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2344; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH 09.11.1993, VI ZR 248/92, NJW 1994, 799, 801.

⁴⁴⁸ Vgl. BGH 14.06.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3011.

⁴⁴⁹ BGH 11.12.1990, VI ZR 151/90, NJW 1991, 1543, 1544; BGH 16.04.1991, VI ZR 176/90, NJW 1991, 2344, 2345; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415.

⁴⁵⁰ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415.

⁴⁵¹ BGH 27.10.1981, VI ZR 63/81, VersR 1982, 74, 76; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 112; BGH 01.10.1985, VI ZR 19/84, NJW 1986, 1541, 1542; vgl. BGH 21.09.1982, VI ZR 192/81, VersR 1982, 1142, 1143; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767; vgl. BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, 100.

⁴⁵² BGH 05.02.1991, VI ZR 108/90, NJW 1991, 2342, 2344.

Abs. 1 Satz 1 ZPO⁴⁵³ persönlich anhöre,⁴⁵⁴ sofern nicht die unstreitigen äußeren Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation erlauben.⁴⁵⁵

Hintergrund dieser Rechtsprechung ist das Bemühen, dagegen vorzubeugen, daß das Aufklärungsrecht von dem Patienten allein zu Haftungszwecken mißbraucht wird.⁴⁵⁶

Diese Grundsätze gelten hinsichtlich des Zeitpunkts der ärztlichen Aufklärung entsprechend. Erfolgte die Risikoaufklärung erst am Tag vor der geplanten Operation und damit grundsätzlich noch rechtzeitig, müsse der Patient substantiiert darlegen, daß seine Entscheidungsfreiheit zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gewahrt war. Dem Arzt obliege die Beweislast dafür, daß sich der Patient trotz der späten Aufklärung frei für den Eingriff entschieden habe.⁴⁵⁷

(b) Hypothetische Kausalität

Für den Einwand, daß der Schaden früher oder später auch ohne den ärztlichen Eingriff eingetreten wäre, trägt der Arzt die Darlegungs-,⁴⁵⁸ Beweisführungs-⁴⁵⁹ und Beweislast.⁴⁶⁰

d) Zusammenfassung

Die Rechtsprechung der 1950er und 1960er Jahre beschäftigte sich hauptsächlich mit der Aufklärung über die Risiken eines ärztlichen Eingriffs. Die dabei von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien führten zu einer Ausdehnung der Aufklärungspflicht.⁴⁶¹

Zu Beginn der 1970er Jahre wurde versucht, die Aufklärungspflicht zu begrenzen. Es wurde eine Aufklärungspflicht über solche Eingriffsrisiken, die sich für

⁴⁵³ § 141. (1) ¹Das Gericht soll das persönliche Erscheinen beider Parteien anordnen, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhaltes geboten erscheint.

⁴⁵⁴ BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928, 2929; BGH 11.12.1990, VI ZR 151/90, NJW 1991, 1543, 1544; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415; BGH 04.04.1995, VI ZR 95/94, NJW 1995, 2410, 2411; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

⁴⁵⁵ BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928, 2929; BGH 02.03.1993, VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH 17.03.1998, VI ZR 74/97, VersR 1998, 766, 767.

⁴⁵⁶ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 112 f.; BGH 11.12.1990, VI ZR 151/90, NJW 1991, 1543, 1544; BGH 16.04.1991, VI ZR 176/90, NJW 1991, 2344, 2345.

⁴⁵⁷ BGH 07.04.1992, VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2352; BGH 14.06.1994, VI ZR 178/93, NJW 1994, 3009, 3011.

⁴⁵⁸ BGH 14.04.1981, VI ZR 39/80, VersR 1981, 677, 678; BGH 13.12.1988, VI ZR 22/88, NJW 1989, 1541, 1542.

⁴⁵⁹ BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 13.01.1987, VI ZR 82/86, VersR 1987, 667, 668.

⁴⁶⁰ BGH 10.07.1959, VI ZR 87/58, NJW 1959, 2299, 2300; BGH 14.04.1981, VI ZR 39/80, VersR 1981, 677, 678; BGH 13.12.1988, VI ZR 22/88, NJW 1989, 1541, 1542.

⁴⁶¹ Siehe oben, Seite 27.

den Patienten als medizinischen Laien aus der Art des Eingriffs selbst ergeben, verneint.⁴⁶² Zugleich wurde die Möglichkeit eines Mitverschuldens des Patienten gemäß § 254 BGB⁴⁶³ in Betracht gezogen, wenn er durch sein Verhalten beim Arzt ein falsches Bild über seinen Aufklärungswunsch oder seine Aufklärungsbedürftigkeit hervorruft und dieser ihn deshalb nicht gründlich aufklärt.⁴⁶⁴ In diesem Zusammenhang ist auch der Hinweis auf die Möglichkeit für den Patienten zu weiterreichenden Fragen an den Arzt zu sehen.⁴⁶⁵

Dieser Ansatz führte jedoch im Ergebnis nicht zu einer Begrenzung der Aufklärungspflicht. Es kam vielmehr im folgenden zu einer Verlagerung hinsichtlich des Gegenstandes der Aufklärungspflicht. Seit Beginn der 1980er Jahre werden Aufklärungspflichtverletzungen auch auf Mängel hinsichtlich der Aufklärung über Dringlichkeit und Erfolgsaussichten des Eingriffs⁴⁶⁶ sowie über bestehende Behandlungsalternativen⁴⁶⁷ gestützt. Seit Beginn der 1990er Jahre findet die Rechtzeitigkeit der Aufklärung als Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Pflichtverletzung Beachtung.⁴⁶⁸

Von der Rechtsprechung wurden damit im Laufe der Zeit immer differenziertere Anforderungen an den Gegenstand der ärztlichen Aufklärung gestellt und auch die Notwendigkeit einer rechtzeitigen Aufklärung herausgearbeitet. Dagegen wurde es abgelehnt, dem Arzt Vorschriften über die Form des Aufklärungsgesprächs im Einzelfall zu machen, und dieses in das Ermessen des Arztes gestellt.⁴⁶⁹ Ansätze für einen Wegfall der Aufklärungspflicht haben sich kaum praktisch niedergeschlagen.⁴⁷⁰

Grund für die hohen Anforderungen an die Aufklärung des Patienten ist das Bestreben, das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren.⁴⁷¹

Den hohen Anforderungen an die Aufklärung des Patienten steht ein Entgegenkommen gegenüber dem Arzt in prozessualer Hinsicht gegenüber. Seit Beginn

⁴⁶² Siehe oben, Seite 27.

⁴⁶³ § 254. (1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

(2) ¹Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. ²Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

⁴⁶⁴ BGH 04.11.1975, VI ZR 226/73, NJW 1976, 363, 364.

⁴⁶⁵ Siehe oben, Seite 21.

⁴⁶⁶ Siehe oben, Seite 34.

⁴⁶⁷ Siehe oben, Seite 35.

⁴⁶⁸ Siehe oben, Seite 41.

⁴⁶⁹ Siehe oben, Seite 41.

⁴⁷⁰ Siehe oben, Seite 39.

⁴⁷¹ Siehe oben, Seite 21, 34, 35, 42 und 66.

der 1980er Jahre finden Beweisschwierigkeiten des Arztes im Zivilprozeß Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung.⁴⁷² Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens ist dem Arzt praktisch erst seit Beginn der 1980er Jahre⁴⁷³ eröffnet, seitdem dem Patienten Substantiierungspflichten auferlegt werden. Grund für diese Entwicklung in der Rechtsprechung ist das Bemühen, einem Mißbrauch der Aufklärungspflicht zu Haftungszwecken entgegenzuwirken.⁴⁷⁴

Die Rechtsprechung versucht somit, dem Patienten die Geltendmachung von Aufklärungsmängeln zu erschweren und damit die hohen Anforderungen an die Aufklärung des Patienten durch den Arzt in prozessualer Hinsicht zu kompensieren.

3. Einflüsse durch die Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsfehler?

Die Haftung wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht wird angesichts der für den Patienten oftmals günstigeren Beweislage vielfach als Auffangtatbestand⁴⁷⁵ verstanden, wenn dem Arzt ein Behandlungsfehler nicht nachgewiesen werden kann. Im folgenden soll daher untersucht werden, ob die Rechtsprechung zur Haftung für Behandlungsfehler die Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung beeinflußt haben könnte.

a) Anspruchsgrundlagen

Der Patient kann Ansprüche wegen Behandlungsfehlern auf vertraglicher Grundlage aus positiver Vertragsverletzung des Behandlungsvertrages oder auf deliktsrechtlicher Grundlage geltend machen. Die Anspruchsvoraussetzungen entsprechen im wesentlichen denen bei Ansprüchen aus Aufklärungspflichtverletzungen.

Der Behandlungsvertrag zwischen Arzt bzw. Krankenhausträger und Patienten ist ein Dienstvertrag i. S. d. § 611 BGB^{476, 477}. Ausnahmsweise findet Werkvertragsrecht Anwendung, wenn die Herbeiführung eines bestimmten Arbeitserfolges geschuldet ist, wie bei der Herstellung und Lieferung von Einlagen durch den

⁴⁷² Siehe oben, Seite 65.

⁴⁷³ Siehe oben, Seite 66.

⁴⁷⁴ Siehe oben, Seite 65 und 68, siehe auch Seite 27 zum Versuch der inhaltlichen Begrenzung der Aufklärungspflicht.

⁴⁷⁵ Baumgärtel, GS-Bruns, S. 93, 103; Baumgärtel/Baumgärtel, Beweislast I (2. Auflage), § 823 Anhang C II Rn. 37, 47, 88; Bodenburg, NJW 1981, S. 601; Franzki, Beweislastregeln, S. 122; Giesen, FS-Skapski, S. 45, 57 f.; Laufs, Arzt und Patient, S. 71, 77; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 424; Schlosshauer-Selbach, DRiZ 1982, S. 361 Fn. 7; Schreiber, Internist 1983, S. 185, 186; Baumgärtel/Wittmann, Beweislast I (1. Auflage), § 823 I Rn. 41, 45.

⁴⁷⁶ § 611. (1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein.

⁴⁷⁷ BGH 18.03.1980, VI ZR 247/78, BGHZ 76, 259, 261; BGH 25.03.1986, VI ZR 90/85, BGHZ 97, 273, 276; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 16; Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), Rn. 7, S. 7; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 154, Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 100, S. 57.

Facharzt für Orthopädie.⁴⁷⁸ Werkvertragsrecht ist nach einem Teil der Rechtsprechung auch auf die zahnprothetische Behandlung anzuwenden, soweit Mängel gerügt werden, die allein die Herstellung der Prothese betreffen,⁴⁷⁹ während nach anderer Auffassung Dienstvertragsrecht Anwendung finden soll.⁴⁸⁰

Deliktisch wie vertraglich schuldet der Arzt nach § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB⁴⁸¹ die Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Diese bestimmt sich weitgehend nach dem medizinischen Standard des jeweiligen Fachgebietes. Der Arzt muß diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereiches vorausgesetzt und erwartet werden.⁴⁸² Ob ein Arzt seine berufsspezifische Sorgfaltspflicht verletzt hat, ist deshalb in erster Linie eine Frage, die sich nach medizinischen Maßstäben richtet.⁴⁸³

Verfügt der Arzt über medizinische, für die Behandlung bedeutsame Spezialkenntnisse, so hat er diese zugunsten des Patienten einzusetzen.⁴⁸⁴

Geschuldet ist stets eine Behandlung, die dem Standard eines erfahrenen Facharztes entspricht.⁴⁸⁵ Sorgfaltswidrig ist daher die selbstständige Durchführung einer Operation bzw. Anästhesie von einem nicht ausreichend qualifizierten Arzt, insbesondere einem noch in der Facharztausbildung stehenden, unerfahrenen Assistenzarzt.⁴⁸⁶

b) Prozessuale Geltendmachung von Behandlungsfehlern

Der Patient hat die anspruchsbegründenden Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen. Insbesondere muß er den ärztlichen Behandlungsfehler⁴⁸⁷ sowie den

⁴⁷⁸ AG Krefeld 25.04.1967, 1d C 1057/66, NJW 1967, 1512.

⁴⁷⁹ BGH 09.12.1974, VII ZR 182/73, NJW 1975, 305, 306; LG Wuppertal 29.10.1964, 7 S 185/64, NJW 1965, 349 f.; OLG Karlsruhe 03.05.1967, 1 U 144/66, NJW 1967, 1512, das weitergehend den auf eine zahnprothetische Behandlung gerichteten Vertrag insgesamt dem Werkvertragsrecht unterstellen will; OLG Köln 15.11.1984, 7 U 47/84, VersR 1986, 300.

⁴⁸⁰ LG Bremen 07.01.1965, 4 S 496/64, NJW 1965, 2015; OLG Zweibrücken 10.03.1983, 4 U 76/82, NJW 1983, 2094.

⁴⁸¹ § 276. (1) 2Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt.

⁴⁸² BGH 20.09.1988, VI ZR 37/88, VersR 1988, 1273; BGH 29.11.1994, VI ZR 189/93, NJW 1995, 776, 777; BGH 21.11.1995, VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 780; BGH 24.06.1997, VI ZR 94/96, VersR 1997, 1357; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 16; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 110, S. 62.

⁴⁸³ BGH 29.11.1994, VI ZR 189/93, NJW 1995, 776, 777; BGH 21.11.1995, VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 780.

⁴⁸⁴ BGH 10.02.1987, VI ZR 68/86, NJW 1987, 1479, 1480; BGH 24.06.1997, VI ZR 95/96, VersR 1997, 1357.

⁴⁸⁵ BGH 27.09.1983, VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248, 254; BGH 10.02.1987, VI ZR 68/86, NJW 1987, 1479, 1480; BGH 26.04.1988, VI ZR 246/86, NJW 1988, 2298, 2300; BGH 10.03.1992, VI ZR 64/91, NJW 1992, 1560, 1561; BGH 15.06.1993, VI ZR 175/92, NJW 1993, 2989, 2991.

⁴⁸⁶ BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333; BGH 24.06.1980, VI ZR 7/79, NJW 1980, 2751, 2752; BGH 27.09.1983, VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248, 252; BGH 07.05.1985, VI ZR 224/83, NJW 1985, 2193; BGH 15.06.1993, VI ZR 175/92, NJW 1993, 2989, 2990.

⁴⁸⁷ BGH 04.04.1967, VI ZR 175/65, VersR 1967, 663, 664; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83,

Kausalzusammenhang zwischen diesem Fehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden beweisen.⁴⁸⁸

In Arzthaftungsprozessen stellt der Bundesgerichtshof allerdings an die Substantiierungspflicht des Patienten keine allzu großen Anforderungen,⁴⁸⁹ da von dem Patienten keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden könne.⁴⁹⁰ Das Gericht habe gegebenenfalls durch geeignete Hinweise und Fragen eine Ergänzung des Parteivortrages anzuregen. Der richterlichen Hinweispflicht nach § 139 ZPO⁴⁹¹ komme im Arzthaftungsprozeß daher gesteigerte Bedeutung zu.⁴⁹²

Im Bereich der Arzthaftung ist hinsichtlich des Nachweises der Pflichtverletzung bei vertraglichen Ansprüchen eine Beweislastumkehr analog § 282 BGB⁴⁹³ nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht zulässig.⁴⁹⁴ In diesem Bereich treffe die § 282 BGB zugrundeliegende Vermutung, daß der Schuldner die Leistungsstörung zu vertreten habe, in der Regel nicht zu. Einerseits könnte trotz aller Fähigkeit und Sorgfalt des Arztes ein ärztlicher Eingriff mißlingen.⁴⁹⁵ Andererseits könnten Zwischenfälle, die in der Regel auf ein ärztliches Fehlverhalten hindeute-

NJW 1985, 1399, 1400; BGH 10.01.1984, VI ZR 158/82, BGHZ 89, 263, 269; BGH 03.02.1987, VI ZR 56/86, BGHZ 99, 391, 398; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949; BGH 24.01.1989, VI ZR 170/88, NJW 1989, 2330, 2331; BGH 24.01.1995, VI ZR 60/94, VersR 1995, 539, 540; BGH 14.02.1995, VI ZR 272/93, BGHZ 129, 6, 10; BGH 29.09.1998, VI ZR 268/97, NJW 1999, 863, 864.

⁴⁸⁸ BGH 04.04.1967, VI ZR 175/65, VersR 1967, 663, 664; BGH 10.01.1984, VI ZR 158/82, BGHZ 89, 263, 269; BGH 24.06.1986, VI ZR 21/85, NJW 1987, 705; BGH 03.02.1987, VI ZR 56/86, BGHZ 99, 391, 398; BGH 10.02.1987, VI ZR 68/86, NJW 1987, 1479, 1480; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949; BGH 24.01.1995, VI ZR 60/94, VersR 1995, 539, 540.

⁴⁸⁹ BGH 02.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630, 631; BGH 19.05.1981, VI ZR 220/79, VersR 1981, 752; BGH 10.11.1981, VI ZR 92/80, VersR 1982, 168, 169; BGH 09.11.1982, VI ZR 23/81, MedR 1983, 67, 68.

⁴⁹⁰ BGH 02.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630, 631; BGH 19.05.1981, VI ZR 220/79, VersR 1981, 752; BGH 10.11.1981, VI ZR 92/80, VersR 1982, 168, 169.

⁴⁹¹ § 139. (1) ¹Der Vorsitzende hat dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. ²Er hat zu diesem Zwecke, soweit erforderlich, das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien nach der tatsächlichen und der rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen.

(2) Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die in Ansehung der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

(3) Er hat jedem Mitglied des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

⁴⁹² BGH 15.05.1979, VI ZR 70/77, NJW 1979, 1933, 1934.

⁴⁹³ § 282. Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.

⁴⁹⁴ BGH 04.04.1967, VI ZR 175/65, VersR 1967, 663, 664; BGH 17.12.1968, VI ZR 213/67, NJW 1969, 553, 554; BGH 14.03.1978, VI ZR 231/76, NJW 1978, 1681; BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333; BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2004; BGH 06.10.1998, VI ZR 239/97, VersR 1999, 60; vgl. BGH 21.12.1955, VI ZR 127/55, VersR 1956, 499, 500.

⁴⁹⁵ BGH 21.12.1955, VI ZR 127/55, VersR 1956, 499.

ten, ausnahmsweise auch infolge der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus schicksalhaft eintreten.⁴⁹⁶

Verwirklichten sich dagegen Risiken, die nicht vorrangig aus den Eigenheiten des menschlichen Organismus erwachsen, sondern durch den Krankenhausbetrieb gesetzt würden und vom Krankenhausträger und dem Krankenhauspersonal beherrscht werden könnten, sei § 282 BGB anwendbar. Der Bundesgerichtshof hat daher analog § 282 BGB dem Krankenhaus und den Ärzten die Beweislast für die Durchführung von Maßnahmen, die deren Risikobereich zuzuordnen seien, auferlegt, wenn sich der Gesundheitsschaden des Patienten in einem Bereich ereignet habe, dessen Gefahren vom Klinikpersonal voll beherrscht werden könnten und müßten,⁴⁹⁷ wie hinsichtlich der ordnungsgemäßen Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch und deren Überprüfung während der Operation zur Vermeidung sogenannter Lagerungsschäden,⁴⁹⁸ hinsichtlich der Durchführung von Bewegungs- und Transportmaßnahmen⁴⁹⁹ oder hinsichtlich der Beachtung der Hygieneerfordernisse.⁵⁰⁰ Eine Beweislastumkehr analog § 282 BGB komme auch dann in Betracht, wenn der Arzt technische Mittel einsetzen würde, für deren Tauglichkeit und Wirksamkeit er wie jeder andere Schuldner einzustehen habe.⁵⁰¹

Für den Nachweis der Pflichtverletzung⁵⁰² ebenso wie für den Nachweis der Kausalität⁵⁰³ ist der Anscheinsbeweis möglich. Diesen habe der Patient erbracht, wenn der Schaden nach der allgemeinen Lebenserfahrung oder nach der Erfahrung der medizinischen Wissenschaft typischerweise auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen sei,⁵⁰⁴ bzw. wenn der konkrete Behandlungsfehler nach medizini-

⁴⁹⁶ BGH 21.12.1955, VI ZR 127/55, VersR 1956, 499; BGH 14.03.1978, VI ZR 231/76, NJW 1978, 1681, 1682; BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333; BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2004; BGH 18.12.1990, VI ZR 169/90, NJW 1991, 1540, 1541; BGH 08.01.1991, VI ZR 102/90, NJW 1991, 1541, 1542.

⁴⁹⁷ BGH 24.01.1984, VI ZR 203/82, NJW 1984, 1403, 1404; BGH 18.12.1990, VI ZR 169/90, NJW 1991, 1540, 1541; BGH 08.01.1991, VI ZR 102/90, NJW 1991, 1541, 1542; BGH 01.02.1994, VI ZR 65/93, VersR 1994, 562, 563; BGH 24.01.1995, VI ZR 60/94, VersR 1995, 539, 540.

⁴⁹⁸ BGH 24.01.1984, VI ZR 203/82, NJW 1984, 1403, 1404; BGH 24.01.1995, VI ZR 60/94, VersR 1995, 539, 540.

⁴⁹⁹ BGH 18.12.1990, VI ZR 169/90, NJW 1991, 1540, 1541.

⁵⁰⁰ BGH 09.05.1978, VI ZR 81/77, NJW 1978, 1683; BGH 03.11.1981, VI ZR 119/80, NJW 1982, 699; BGH 08.01.1991, VI ZR 102/90, NJW 1991, 1541, 1542.

⁵⁰¹ BGH 11.10.1977, VI ZR 110/75, NJW 1978, 584, 585; BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2004.

⁵⁰² BGH 10.07.1956, VI ZR 199/55, VersR 1956, 577; BGH 17.10.1961, VI ZR 253/60, VersR 1961, 1118, 1119; BGH 06.03.1962, VI ZR 31/61, DMW 1962, 1751; BGH 11.06.1965, VI ZR 64/64, JZ 1965, 540; BGH 04.04.1967, VI ZR 175/65, VersR 1967, 663, 664; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399, 1400.

⁵⁰³ BGH 21.12.1955, VI ZR 127/55, VersR 1956, 499, 500; BGH 28.04.1959, VI ZR 51/58, NJW 1959, 1583, 1584; BGH 11.06.1965, VI ZR 64/64, JZ 1965, 540.

⁵⁰⁴ BGH 21.12.1955, VI ZR 127/55, VersR 1956, 499, 500; BGH 11.06.1965, VI ZR 64/64, JZ 1965, 540; BGH 04.04.1967, VI ZR 175/65, VersR 1967, 663, 664; BGH 08.01.1985, VI ZR 15/83, NJW 1985, 1399, 1400; vgl. BGH 07.07.1988, VI ZR 277/87, NJW 1989, 771, 772.

scher Erfahrung typischerweise die eingetretene Schädigung zur Folge habe.⁵⁰⁵ Der Arzt könne den gegen ihn sprechenden Anscheinsbeweis durch den Nachweis von Umständen entkräften, aus denen sich die ernstliche Möglichkeit eines anderen als des Geschehensablaufes ergeben würde, von dem nach den Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft in der Regel auszugehen sei.⁵⁰⁶ Der Beweis des ersten Anscheins für den von dem Patienten behaupteten Kausalverlauf scheidet aber aus, wenn für den eingetretenen Gesundheitsschaden mehrere Ursachen in gleicher Weise in Betracht kommen würden.⁵⁰⁷

Darüber hinaus versucht der Bundesgerichtshof der Beweisnot des Patienten in Arzthaftungsprozessen, die daraus entsteht, daß ihm ein Einblick in das Tun des Arztes nur begrenzt, oder häufig, etwa infolge Narkotisierung, gar nicht möglich sei, dadurch abzuwenden, daß er ein beweisrechtliches Gleichgewicht zwischen Arzt und Patient schafft.⁵⁰⁸

Bereits in Entscheidungen aus den 1950er Jahren hatte der Bundesgerichtshof bei einem schweren⁵⁰⁹ bzw. groben Behandlungsfehler⁵¹⁰ für den Kausalitätsnachweis Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast zugunsten des Patienten zugelassen.

Dabei lehnte er sich an die Rechtsprechung des Reichsgerichtes an, nach der eine gerechte Interessenabwägung im Einzelfall eine Beweislastumkehr erfordern könne.⁵¹¹ Als besonderes Beispiel dieser Fallgestaltung hatte das Reichsgericht eine

⁵⁰⁵ BGH 28.04.1959, VI ZR 51/58, NJW 1959, 1583, 1584; BGH 11.06.1965, VI ZR 64/64, JZ 1965, 540.

⁵⁰⁶ BGH 17.10.1961, VI ZR 253/60, VersR 1961, 1118, 1119.

⁵⁰⁷ BGH 11.04.1961, VI ZR 135/60, VersR 1961, 725, 726; BGH 13.10.1964, VI ZR 169/63, NJW 1965, 345, 346.

⁵⁰⁸ BGH 14.03.1978, VI ZR 231/76, NJW 1978, 1681, 1682; BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333.

⁵⁰⁹ BGH 13.11.1962, VI ZR 214/61, VersR 1963, 67, 69; BGH 15.05.1979, VI ZR 70/77, NJW 1979, 1933, 1935; BGH 10.05.1983, VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080, 2081; BGH 10.02.1987, VI ZR 68/86, NJW 1987, 1479, 1480; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950; BGH 25.04.1989, VI ZR 175/88, BGHZ 107, 222, 228; BGH 30.05.1989, VI ZR 200/88, NJW 1989, 2321, 2323.

⁵¹⁰ BGH 21.12.1955, VI ZR 127/55, VersR 1956, 499, 500; BGH 28.04.1959, VI ZR 51/58, NJW 1959, 1583, 1584; BGH 06.03.1962, VI ZR 31/61, DMW 1962, 1751; BGH 26.06.1962, VI ZR 113/61, VersR 1962, 960, 961; BGH 26.03.1963, VI ZR 122/62, VersR 1963, 659, 660; BGH 04.04.1967, VI ZR 175/65, VersR 1967, 663, 664; BGH 11.04.1967, VI ZR 61/66, NJW 1967, 1508; BGH 12.03.1968, VI ZR 85/66, VersR 1968, 498, 499; BGH 11.06.1968, VI ZR 116/67, NJW 1968, 2291, 2293; BGH 17.12.1968, VI ZR 213/67, NJW 1969, 553, 554; BGH 21.10.1969, VI ZR 82/68, NJW 1970, 1230, 1231; BGH 03.03.1970, VI ZR 171/68, VersR 1970, 544, 545; BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132, 133 f.; BGH 27.01.1981, VI ZR 138/79, VersR 1981, 2962, 2963; BGH 16.06.1981, VI ZR 38/80, NJW 1981, 2513, 2514; BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333, 334; BGH 03.12.1985, VI ZR 106/84, NJW 1986, 1540, 1541; BGH 10.11.1987, VI ZR 39/87, NJW 1988, 1513, 1514; BGH 29.03.1988, VI ZR 185/87, NJW 1988, 2303, 2304; BGH 18.04.1989, VI ZR 221/88, NJW 1989, 2332; BGH 14.07.1992, VI ZR 214/91, NJW 1992, 2962, 2963; BGH 19.01.1993, VI ZR 60/92, NJW 1993, 1524, 1525; BGH 26.10.1993, VI ZR 155/92, NJW 1994, 801, 802; BGH 14.12.1993, VI ZR 67/93, VersR 1994, 480, 481; BGH 01.10.1996, VI ZR 10/96, NJW 1997, 796, 797; BGH 19.11.1996, VI ZR 350/95, NJW 1997, 798, 799.

⁵¹¹ RG 17.05.1943, III 81/42, RGZ 171, 168, 171.

bewußte oder leichtfertige Gefährdung des Kranken durch unsachgemäße Behandlung hervorgehoben.⁵¹² Dieses Beispiel hatte der Bundesgerichtshof vereinzelt aufgegriffen, indem er eine Beweislastumkehr nicht nur bei einem groben Behandlungsfehler, sondern auch, wenn der Arzt vorsätzlich oder grob fahrlässig eine Gefahr für den Patienten herbeigeführt habe, zulassen wollte.⁵¹³

Anders als das Reichsgericht nimmt der Bundesgerichtshof die im Einzelfall zu treffende Interessenabwägung durch die Ausprägung des Begriffs des groben Behandlungsfehlers vorweg.

Die Beurteilung des Behandlungsfehlers als grob stellt demzufolge eine juristische Wertung dar, die im Einzelfall der Tatrichter aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte, die sich in der Regel aus der medizinischen Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen ergeben, zu treffen habe.⁵¹⁴

Für die tatrichterliche Beurteilung des ärztlichen Verhaltens als groben Fehler müsse ein Fehlverhalten vorliegen, das zwar nicht notwendig aus subjektiven, in der Person des Arztes liegenden Gründen, aber aus objektiver ärztlicher Sicht bei Anlegung des für einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheine, weil ein solcher Fehler dem behandelnden Arzt aus dieser Sicht „schlechterdings nicht unterlaufen darf“.⁵¹⁵ Ein Versagen, wie es einem hinreichend befähigten und allgemein verantwortungsbewußten Arzt zwar zum Verschulden gereiche, aber doch „passieren“ könne, genüge nicht.⁵¹⁶ Es komme vielmehr nur darauf an, ob das Verhalten des Arztes eindeutig gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstoßen würde.⁵¹⁷ Das könne etwa der Fall sein, wenn auf eindeutige

⁵¹² RG 21.06.1940, III 134/39, WarnRspr 1941 Nr. 14 (S. 33); RG 17.05.1943, III 81/42, RGZ 171, 168, 171; RG 13.08.1943, III 36/43, DR 1944, 182, 184.

⁵¹³ BGH 26.03.1963, VI ZR 122/62, VersR 1963, 659, 660; BGH 04.04.1967, VI ZR 175/65, VersR 1967, 663, 664.

⁵¹⁴ BGH 10.05.1983, VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080, 2081; BGH 24.06.1986, VI ZR 21/85, NJW 1987, 705, 706; BGH 10.11.1987, VI ZR 39/87, NJW 1988, 1513, 1514; BGH 23.03.1993, VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375, 2377; BGH 13.02.1996, VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47, 53; BGH 11.06.1996, VI ZR 172/95, NJW 1996, 2428; BGH 19.11.1996, VI ZR 350/95, NJW 1997, 798; BGH 13.01.1998, VI ZR 242/96, VersR 1998, 457, 459; BGH 27.01.1998, VI ZR 339/96, NJW 1998, 1782, 1783; BGH 06.10.1998, VI ZR 239/97, VersR 1999, 60; BGH 03.11.1998, VI ZR 253/97, NJW 1999, 862, 863.

⁵¹⁵ BGH 10.05.1983, VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080, 2081; BGH 24.06.1986, VI ZR 21/85, NJW 1987, 705, 706; BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238, 239; BGH 14.07.1992, VI ZR 214/91, NJW 1992, 2962, 2963; BGH 04.10.1994, VI ZR 205/93, NJW 1995, 778, 779; BGH 11.06.1996, VI ZR 172/95, NJW 1996, 2428; BGH 19.11.1996, VI ZR 350/95, NJW 1997, 798; BGH 13.01.1998, VI ZR 242/96, VersR 1998, 457, 458; BGH 27.01.1998, VI ZR 339/96, NJW 1998, 1782, 1783; BGH 03.11.1998, VI ZR 253/97, NJW 1999, 862.

⁵¹⁶ BGH 10.05.1983, VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080, 2081; BGH 14.07.1992, VI ZR 214/91, NJW 1992, 2962, 2963.

⁵¹⁷ BGH 03.12.1985, VI ZR 106/84, NJW 1986, 1540, 1541; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950; BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238, 239; BGH 23.03.1993, VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375, 2377; BGH 04.10.1994, VI ZR 205/93, NJW 1995, 778, 779; BGH 11.06.1996, VI ZR 172/95, NJW 1996, 2428; BGH 19.11.1996, VI ZR 350/95, NJW 1997, 798; BGH 13.01.1998, VI ZR 242/96, VersR 1998, 457, 458; BGH 27.01.1998, VI ZR 339/96,

Befunde nicht nach gefestigten Regeln der ärztlichen Kunst reagiert werde, oder wenn grundlos Standardmethoden zur Bekämpfung möglicher, bekannter Risiken nicht angewandt würden, und in beiden Fällen besondere Umstände fehlen würden, die den Vorwurf des Behandlungsfehlers mildern könnten.⁵¹⁸

Ein grober Behandlungsfehler könne sich auch nur aus dem Gesamtbild des Behandlungsgeschehens ergeben, während die Versäumnisse des Arztes isoliert betrachtet nicht als grobe Behandlungsfehler zu bewerten wären.⁵¹⁹

Ein Diagnoseirrtum, d. h. die Fehlinterpretation von Befunden,⁵²⁰ dürfe nur dann als grob bezeichnet werden, wenn es sich um einen fundamentalen Diagnoseirrtum handeln würde.⁵²¹ Insoweit sei zu berücksichtigen, daß Diagnosen wegen der Vielschichtigkeit der Krankheitssymptome stets mit Unsicherheiten belastet wären, so daß Diagnoseirrtümer nicht unbedingt Folge eines vorwerfbaren Verhaltens des Arztes sein müßten.⁵²²

Beweiserleichterungen kommen dem Patienten nach den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen nur dann zugute, wenn der grobe Behandlungsfehler geeignet sei, den konkreten Gesundheitsschaden hervorzurufen.⁵²³ Wahrscheinlich brauche der Eintritt eines solchen Erfolges nicht zu sein.⁵²⁴ Die Wahrscheinlichkeit, daß der Fehler zum Mißerfolg der Behandlung beigetragen habe, sei aber für den Umfang der Beweiserleichterung maßgebend.⁵²⁵ Dabei genüge die Mitursächlichkeit des groben Behandlungsfehlers, d. h. daß die eingetretene Schädigung nur zusammen mit einer anderen, der Behandlungsseite nicht anzulastenden Ursache herbeizuführen geeignet sei.⁵²⁶ Eine Beweiserleichterung scheidet erst

NJW 1998, 1782, 1783; BGH 03.11.1998, VI ZR 253/97, NJW 1999, 862.

⁵¹⁸ BGH 10.05.1983, VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080, 2081.

⁵¹⁹ BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333, 335.

⁵²⁰ BGH 10.11.1987, VI ZR 39/87, NJW 1988, 1513, 1514; BGH 23.03.1993, VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375, 2376; BGH 04.10.1994, VI ZR 205/93, NJW 1995, 778.

⁵²¹ BGH 14.07.1981, VI ZR 35/79, VersR 1981, 1033, 1034; BGH 10.11.1987, VI ZR 39/87, NJW 1988, 1513, 1514; BGH 14.07.1992, VI ZR 214/91, NJW 1992, 2962, 2963; BGH 23.03.1993, VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375, 2376; BGH 04.10.1994, VI ZR 205/93, NJW 1995, 778; BGH 13.02.1996, VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47, 51.

⁵²² BGH 14.07.1981, VI ZR 35/79, VersR 1981, 1033, 1034.

⁵²³ BGH 28.04.1959, VI ZR 51/58, NJW 1959, 1583, 1584; BGH 06.03.1962, VI ZR 31/61, DMW 1962, 1751; BGH 13.11.1962, VI ZR 214/61, VersR 1963, 67, 69; BGH 26.03.1963, VI ZR 122/62, VersR 1963, 659, 660; BGH 11.04.1967, VI ZR 61/66, NJW 1967, 1508; BGH 12.03.1968, VI ZR 86/66, VersR 1968, 498, 499; BGH 11.06.1968, VI ZR 116/67, NJW 1968, 2291, 2293; BGH 17.12.1968, VI ZR 213/67, NJW 1969, 553, 554; BGH 21.10.1969, VI ZR 82/68, NJW 1970, 1230, 1231; BGH 03.03.1970, VI ZR 171/68, VersR 1970, 544, 545; BGH 16.06.1981, VI ZR 38/80, NJW 1981, 2513, 2514; BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333, 334; BGH 03.12.1985, VI ZR 106/84, NJW 1986, 1540, 1541; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950; BGH 19.11.1996, VI ZR 350/95, NJW 1997, 798, 799.

⁵²⁴ BGH 03.12.1985, VI ZR 106/84, NJW 1986, 1540, 1541; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950.

⁵²⁵ BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333, 334; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950; BGH 26.10.1993, VI ZR 155/92, NJW 1994, 801, 802 f.; BGH 04.10.1994, VI ZR 205/93, NJW 1995, 778, 779.

⁵²⁶ BGH 01.10.1996, VI ZR 10/96, NJW 1997, 796, 797.

dann aus, wenn jeglicher Kausalzusammenhang zwischen grobem Behandlungsfehler und eingetretenem Gesundheitsschaden gänzlich unwahrscheinlich sei.⁵²⁷ Zu berücksichtigen sei das Gewicht der Schadensneigung ärztlichen Fehlverhaltens, da Beweiserleichterungen für den Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und eingetretenem Gesundheitsschaden daran anknüpften, daß die Aufklärung des Behandlungsgeschehens gerade wegen des Behandlungsfehlers erschwert worden sei, so daß dem Patienten aus Billigkeitserwägungen der volle Kausalitätsbeweis nicht zugemutet werden könne.⁵²⁸ Der Arzt habe nämlich durch sein Verhalten eine Lage herbeigeführt, die nicht mehr erkennen lasse, ob sein Versagen oder eine andere Ursache den schädigenden Erfolg herbeigeführt habe.⁵²⁹ Je unwahrscheinlicher ein solcher ursächlicher Zusammenhang sei, desto geringer wirkten sich im Ergebnis die durch den Behandlungsfehler verursachten Aufklärungserschwernisse aus.⁵³⁰ Danach richte sich, in welchem Umfang im Einzelfall die gerechte Rollenverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis eine Beweiserleichterung erfordere.⁵³¹

Beweiserleichterungen wegen eines groben Behandlungsfehlers scheiden aus, wenn die Unklarheiten im Kausalverlauf wesentlich durch die Mißachtung ärztlicher Anordnungen seitens des Patienten mitbestimmt worden seien.⁵³²

Die Beweislastumkehr trete in der Regel nur hinsichtlich der unmittelbaren Gesundheitsschäden des Patienten ein, als deren geeignete und naheliegende Ursache der Behandlungsfehler in Frage komme. Hinsichtlich weiterer Folgen der haftungsbegründenden Primärverletzung tritt eine Beweislastumkehr nur ein, wenn diese typischerweise mit der Primärverletzung verbunden seien.⁵³³

⁵²⁷ BGH 14.02.1995, VI ZR 272/93, BGHZ 129, 6, 12; BGH 24.09.1996, VI ZR 303/95, NJW 1997, 794, 795; BGH 01.10.1996, VI ZR 10/96, NJW 1997, 796, 797; BGH 13.01.1998, VI ZR 242/96, VersR 1998, 457, 459.

⁵²⁸ BGH 26.11.1991, VI ZR 389/90, VersR 1992, 238, 239; BGH 04.10.1994, VI ZR 205/93, NJW 1995, 778, 779; BGH 24.09.1996, VI ZR 303/95, NJW 1997, 794, 795; BGH 01.10.1996, VI ZR 10/96, NJW 1997, 796, 797.

⁵²⁹ BGH 21.12.1955, VI ZR 127/55, VersR 1956, 499, 500; BGH 11.04.1967, VI ZR 61/66, NJW 1967, 1508 f.; BGH 12.03.1968, VI ZR 85/86, VersR 1968, 498, 499; BGH 27.01.1981, VI ZR 138/79, VersR 1981, 462; BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333, 334; BGH 29.03.1988, VI ZR 185/87, NJW 1988, 2303, 2304; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950; BGH 12.11.1991, VI ZR 7/91, BGHZ 116, 60, 76; BGH 09.06.1994, IX ZR 125/93, BGHZ 126, 217, 223; BGH 04.10.1994, VI ZR 205/93, NJW 1995, 778, 779; BGH 01.10.1996, VI ZR 10/96, NJW 1997, 796, 797.

⁵³⁰ BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950.

⁵³¹ BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950 f.

⁵³² Nichtannahmebeschluß des BGH 19.02.1991, VI ZR 224/90, VersR 1991, 928 zu KG Berlin 30.04.1990, 20 U 1833/89, VersR 1991, 928 f.; ebenso OLG Braunschweig 10.04.1997, 1 U 21/96, VersR 1998, 459, 461 mit Nichtannahmebeschluß des BGH 20.01.1998, VI ZR 161/97.

⁵³³ BGH 21.10.1969, VI ZR 82/68, NJW 1970, 1230, 1231; BGH 09.05.1978, VI ZR 81/77, NJW 1978, 1683 f.; BGH 28.06.1988, VI ZR 210/87, NJW 1988, 2948; BGH 26.10.1993, VI ZR 155/92, NJW 1994, 801, 803.

Bei groben Verstößen des Krankenhausträgers gegen die ihm obliegenden Organisationspflichten können wie bei groben Behandlungsfehlern Beweiserleichterungen für den Kausalitätsbeweis in Betracht kommen.⁵³⁴

Teil der Organisationspflichten ist u. a. die Kontrolle und Überwachung des Einsatzes ärztlicher Berufsanfänger im Krankenhaus. Entsprechend dem Grundsatz des § 831 BGB hat der Bundesgerichtshof dem Krankenhausträger die Beweislast dafür zugewiesen, daß der eingetretene Gesundheitsschaden nicht auf der mangelnden Qualifikation des von ihm eingesetzten, in der Facharztausbildung stehenden Arztes beruht.⁵³⁵ Zum einen sei die Prozeßsituation des Patienten unzumutbar verschlechtert. Ihm sei der Nachweis, daß sich das erhöhte Risiko der Anfängeroperation verwirklicht habe, angesichts der Schwierigkeiten bei der Aufklärung des Kausalverlaufes in Arzthaftungsprozessen oft unmöglich. Diese Schwierigkeiten würden noch dadurch verschärft, daß der Arzt aufgetretene Komplikationen infolge seiner mangelnden Qualifikation erst gar nicht bemerke und deshalb auch nicht dokumentiere.⁵³⁶ Zum anderen sei das Risiko der Anfängeroperation, das Krankenhausträger und die für die Einteilung zur Operation verantwortlichen Ärzte gesetzt hätten, für diese voll beherrschbar. Daher müßten auch sie die Gefahr der Unaufklärbarkeit der Kausalität der vorwerfbar geschaffenen Risikoerhöhung für den eingetretenen Schaden tragen.⁵³⁷

Bei unzulänglicher ärztlicher Dokumentation der Behandlung können Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast eintreten.⁵³⁸

Derartige Beweiserleichterungen sollen dem Patienten zum Ausgleich der durch den Dokumentationsmangel eingetretenen Erschweris, einen ärztlichen Behandlungsfehler nachzuweisen, zugute kommen, um auf diese Weise für die Prozeßführung eine gerechte Rollenverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis zu schaffen.⁵³⁹

⁵³⁴ BGH 10.11.1970, VI ZR 83/69, NJW 1971, 241, 242 f.; BGH 01.02.1994, VI ZR 65/93, VersR 1994, 562, 563; BGH 16.04.1996, VI ZR 190/95, VersR 1996, 976, 979.

⁵³⁵ BGH 27.09.1983, VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248, 256; BGH 10.03.1992, VI ZR 64/91, NJW 1992, 1560, 1561; BGH 15.06.1993, VI ZR 175/92, NJW 1993, 2989, 2991.

⁵³⁶ BGH 27.09.1983, VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248, 256 f.; vgl. BGH 07.05.1985, VI ZR 224/83, NJW 1985, 2193, 2194, der Beweiserleichterungen annimmt, weil kein Operationsbericht erstellt wurde.

⁵³⁷ BGH 27.09.1983, VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248, 257.

⁵³⁸ BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132, 139; BGH 09.11.1982, VI ZR 23/81, MedR 1983, 67; BGH 07.06.1983, VI ZR 284/81, VersR 1983, 983; BGH 10.01.1984, VI ZR 122/82, NJW 1984, 1408; BGH 24.01.1984, VI ZR 203/82, NJW 1984, 1403; BGH 07.05.1985, VI ZR 224/83, NJW 1985, 2193, 2194; BGH 18.03.1986, VI ZR 215/84, NJW 1986, 2365, 2366; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949; BGH 24.01.1989, VI ZR 170/88, NJW 1989, 2330, 2331; BGH 23.03.1993, VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375, 2376; BGH 09.11.1993, VI ZR 248/92, NJW 1994, 799, 800; BGH 14.02.1995, VI ZR 272/93, BGHZ 129, 6, 10; BGH 24.06.1997, VI ZR 94/96, VersR 1997, 1357.

⁵³⁹ BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949; BGH 14.02.1995, VI ZR 272/93, BGHZ 129, 6, 10.

Der Dokumentationsmangel begründet die Vermutung, daß eine nicht dokumentierte Maßnahme vom Arzt auch nicht getroffen worden ist.⁵⁴⁰ Sie wirkt sich dadurch zugunsten des Patienten auf den Nachweis eines Behandlungsfehlers aus.⁵⁴¹ Der Dokumentationsmangel kann mittelbar auch für den Nachweis des Kausalzusammenhanges Bedeutung gewinnen, wenn die Dokumentationslücke einen groben Behandlungsfehler indiziert, der dann die Grundlage für eine Beweislastumkehr bildet.⁵⁴²

Zunächst hatte der Bundesgerichtshof nur unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung analog § 444 ZPO⁵⁴³ erwogen, daß das Gericht in freier Beweiswürdigung auf die Wahrheit des Vorbringens des Patienten schließen könnte, wenn der Arzt im Prozeß Krankenblätter oder Röntgenaufnahmen, deren Vorlage der Patient zu Beweis Zwecken nach § 421 ZPO⁵⁴⁴ verlangen könnte, nicht vorlege.⁵⁴⁵

Die lückenhafte Führung des Krankenblattes an sich hatte der Bundesgerichtshof bereits 1956 in einer Entscheidung bei der Beweiswürdigung berücksichtigt.⁵⁴⁶ Entsprechende Beweiserleichterungen hatte er in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1961 nur deshalb abgelehnt, weil das Krankenblatt in dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall nur in nebensächlichen Punkten nachlässig geführt worden sei.⁵⁴⁷ In einer Entscheidung aus dem Jahre 1972 wurde dann eine Beweislastumkehr angenommen, da im Krankenblatt eine nach ärztlicher Auffassung an sich gebotene Eintragung fehlte.⁵⁴⁸

Seit Ende der 1970er Jahre⁵⁴⁹ sind Beweiserleichterungen bei unzureichender ärztlicher Dokumentation verstärkt zugelassen worden, da seitdem der Führung ordnungsgemäßer Krankenunterlagen von der Rechtsprechung eine qualitativ andere Bedeutung beigelegt wird.

⁵⁴⁰ BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949; BGH 24.01.1989, VI ZR 170/88, NJW 1989, 2330, 2331; BGH 23.03.1993, VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375, 2376; BGH 14.02.1995, VI ZR 272/93, BGHZ 129, 6, 10; BGH 29.09.1998, VI ZR 268/97, NJW 1999, 863, 864.

⁵⁴¹ BGH 24.01.1989, VI ZR 170/88, NJW 1989, 2330, 2331.

⁵⁴² BGH 24.01.1989, VI ZR 170/88, NJW 1989, 2330, 2331; BGH 23.03.1993, VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375, 2376.

⁵⁴³ § 444. Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, ihre Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.

⁵⁴⁴ § 421. Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners, so wird der Beweis durch den Antrag angetreten, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben.

⁵⁴⁵ BGH 06.11.1962, VI ZR 29/62, NJW 1963, 389, 390; BGH 04.12.1962, VI ZR 101/62, VersR 1963, 168, 169.

⁵⁴⁶ BGH 10.07.1956, VI ZR 199/55, VersR 1956, 577.

⁵⁴⁷ BGH 07.02.1961, VI ZR 69/60, VersR 1961, 421, 422.

⁵⁴⁸ BGH 16.05.1972, VI ZR 7/71, NJW 1972, 1520.

⁵⁴⁹ Grundlegend: BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132.

Zunächst hatte der Bundesgerichtshof in einem früheren Urteil aus dem Jahre 1962⁵⁵⁰ das Krankenblatt als eine interne Gedächtnisstütze für den Arzt angesehen. Die Aufzeichnungen in dem Krankenblatt seien nur ein Hilfsmittel, das dem Arzt den jederzeitigen und raschen Überblick über den Verlauf der Krankheit und ihrer Behandlung ermöglichen und ihn damit vor allem bei der Durchführung der Therapie entlasten soll. Der Arzt sei aber nicht gegenüber dem Patienten zur sorgfältigen und vollständigen Führung der Krankengeschichte verpflichtet. In einem Urteil aus dem Jahre 1978 hob der Bundesgerichtshof die Bedeutung der ärztlichen Dokumentation für den Haftpflichtprozeß hervor. Der Arzt habe dem klagenden Patienten Aufschluß über sein Vorgehen in dem Umfang zu geben, in dem ihm dieses ohne weiteres möglich sei. Insoweit habe er auch zumutbare Beweise zu erbringen. Dieser Beweispflicht genüge der Arzt durch Vorlage einer ordnungsgemäßen Dokumentation in Operationsbericht, Krankenblatt oder Operationskarte.⁵⁵¹ In einem weiteren Urteil desselben Jahres hatte der Bundesgerichtshof dann erstmals klar ausgesprochen, daß die Führung ordnungsmäßiger Krankenunterlagen eine dem Arzt dem Patienten gegenüber obliegende Pflicht darstelle.⁵⁵² Sie sei therapeutisch notwendig für die weitere Behandlung des Patienten durch denselben oder einen anderen Arzt.⁵⁵³

Inhalt und Umfang der ärztlichen Dokumentation richte sich nach therapeutischen Belangen, nicht aber nach den Anforderungen an die Beweissicherung im Hinblick auf einen späteren Arzthaftungsprozeß.⁵⁵⁴ Ein beweisrechtliches Gleichgewicht zwischen Arzt und Patient lasse sich nur dann schaffen, wenn an die Dokumentationspflicht des Arztes keine zu geringen Anforderungen gestellt würden.⁵⁵⁵ Aufzuzeichnen seien die für die ärztliche Diagnose und Therapie wesentlichen medizinischen Fakten in einer für den Fachmann hinreichend klaren Form.⁵⁵⁶ Keiner Dokumentation bedürften Routinemaßnahmen.⁵⁵⁷ Erforderlich seien aber Aufzeichnungen über Maßnahmen der Krankenpflege, die nicht die normale Grundpflege betreffen würden, sondern wegen eines aus dem Krankheitszustand des Patienten folgenden spezifischen Pflegebedürfnisses Gegenstand ärztlicher Beurteilung und Anordnung seien. Ebenso wie die vom Arzt angeordnete Medikation in das Krankenblatt aufzunehmen sei, seien auch ein derartiges besonderes Pflegebedürfnis und die aus diesem Anlaß erforderlichen Maßnahmen zu dokumentieren. Von einer Dokumentation könne nur dann abgesehen werden,

⁵⁵⁰ BGH 04.12.1962, VI ZR 101/62, VersR 1962, 168, 169.

⁵⁵¹ BGH 14.03.1978, VI ZR 231/76, NJW 1978, 1681, 1682.

⁵⁵² BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132, 137.

⁵⁵³ BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132, 138 f.

⁵⁵⁴ BGH 24.01.1989, VI ZR 170/88, NJW 1989, 2330, 2331; BGH 23.03.1993, VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375, 2376.

⁵⁵⁵ BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333.

⁵⁵⁶ BGH 24.01.1989, VI ZR 170/88, NJW 1989, 2330, 2331.

⁵⁵⁷ BGH 24.01.1984, VI ZR 203/82, NJW 1984, 1403; BGH 24.01.1995, VI ZR 60/94, VersR 1995, 539, 540.

wenn schriftliche Anweisungen über die Durchführung dieser besonderen pflegerischen Maßnahmen im Krankenhaus bestehen würden.⁵⁵⁸

Seit Beginn der 1980er Jahre hat der Bundesgerichtshof die Grundsätze der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler auch auf Verstöße gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde sowie zur Aufbewahrung der Befundträger erstreckt.⁵⁵⁹

Es gehöre zu den Organisationsaufgaben des Krankenhausträgers⁵⁶⁰ wie auch des niedergelassenen Arztes,⁵⁶¹ Krankenunterlagen so zu sichern, daß sie für das weitere Behandlungsgeschehen zur Verfügung stünden und auch Klarheit über das Ergebnis der Befunderhebung verschaffen könnten.⁵⁶² Würden diese Unterlagen im Rahmen der weiteren Behandlung an eine andere Stelle herausgegeben, dann sei es Aufgabe des Krankenhausträgers zu dokumentieren, wann er an welche Stelle für welchen Zweck die Unterlagen weitergegeben habe. Erhalte der Krankenhausträger die Unterlagen zurück, dann habe er auch dies zu vermerken. Erhalte er sie in angemessener Zeit nicht zurück, dann müsse er für ihre Rücksendung sorgen. Auch diese Bemühungen und ihr Erfolg seien zu dokumentieren.⁵⁶³ In jedem Fall habe der Krankenhausträger dafür zu sorgen, daß über den Verbleib der Krankenhausunterlagen jederzeit Klarheit bestehe.⁵⁶⁴

Ähnlich wie bei der Verletzung der ärztlich geschuldeten Dokumentation von Befunden erschwere bzw. vereitele der Verstoß gegen ärztliche Berufspflichten bei der Befunderhebung und -sicherung dem Patienten die Beweisführung hinsichtlich des Kausalverlaufes zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden wegen des Fehlens des sonst als Beweismittel zur Verfügung stehenden Untersuchungsergebnisses.⁵⁶⁵

Für den Kausalitätsnachweis könnten dem Patienten Beweiserleichterungen zugute kommen, wenn das Unterlassen der Befunderhebung und -sicherung für sich genommen als grober ärztlicher Fehler anzusehen⁵⁶⁶ und ein haftungsbegrün-

⁵⁵⁸ BGH 18.03.1986, VI ZR 215/84, NJW 1986, 2365, 2366; BGH 02.06.1987, VI ZR 174/86, NJW 1988, 762, 763; BGH 29.09.1998, VI ZR 268/97, NJW 1999, 863, 864.

⁵⁵⁹ BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333, 334; BGH 03.02.1987, VI ZR 56/86, BGHZ 99, 391, 396 f.; BGH 19.05.1987, VI ZR 167/86, NJW 1987, 2293, 2294; BGH 10.11.1987, VI ZR 39/87, NJW 1988, 1513, 1514; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950; BGH 07.04.1992, VI ZR 216/91, NJW 1992, 2354, 2356; BGH 14.12.1993, VI ZR 67/93, VersR 1994, 480, 482; BGH 21.11.1995, VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 780 f.; BGH 13.02.1996, VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47, 50 ff.; BGH 13.01.1998, VI ZR 242/96, VersR 1998, 457, 458; BGH 27.01.1998, VI ZR 339/96, NJW 1998, 1782, 1784; BGH 06.10.1998, VI ZR 239/97, VersR 1999, 60, 61; BGH 03.11.1998, VI ZR 253/97, NJW 1999, 862, 863.

⁵⁶⁰ BGH 21.11.1995, VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 780.

⁵⁶¹ BGH 13.02.1996, VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47, 50.

⁵⁶² BGH 13.02.1996, VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47, 50.

⁵⁶³ BGH 21.11.1995, VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 780 f.

⁵⁶⁴ BGH 21.11.1995, VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 781.

⁵⁶⁵ BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333, 334; BGH 03.02.1987, VI ZR 56/86, BGHZ 99, 391, 396 f.; BGH 13.02.1996, VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47, 52.

⁵⁶⁶ BGH 21.09.1982, VI ZR 302/80, NJW 1983, 333, 334; BGH 03.02.1987, VI ZR 56/86,

dender Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden nicht äußerst unwahrscheinlich sei.⁵⁶⁷ Der Befundstatus müßte wahrscheinlich den vom Patienten behaupteten Ursachenverlauf geklärt haben, weil die Statussicherung gerade wegen des erhöhten Risikos eines solchen Verlaufs geschuldet gewesen wäre.⁵⁶⁸ Der Umfang der Beweiserleichterungen richte sich nach dem schuldhaft bei der ärztlichen Behandlung gesetzten Maß an Unaufklärbarkeit. Der Tatrichter könne je nach den Umständen des Einzelfalles die Wahrscheinlichkeit des Ursachenzusammenhanges zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden ausreichen lassen, um die Haftung des Arztes zu begründen, oder auch eine Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes annehmen, wenn es um grobe Versäumnisse ganz einfacher, naheliegender Befunderhebungen gehe.⁵⁶⁹

Stellt das Unterlassen der Befunderhebung und -sicherung keinen groben Behandlungsfehler dar, kommen dem Patienten nur insofern Beweiserleichterungen zugute, als dann auf ein reaktionspflichtiges, positives Befundergebnis zu schließen sei, sofern dieses hinreichend wahrscheinlich sei.⁵⁷⁰ Der Patient soll so gestellt werden, wie er stünde, wenn der Befund erhoben bzw. ordnungsgemäß gesichert worden wäre.⁵⁷¹

Weitergehend können Beweiserleichterungen auch hinsichtlich der Kausalität der unterlassenen Befundauswertung für einen vom Patienten erlittenen Gesundheitsschaden eintreten, wenn aufgrund des angenommenen positiven Beweisergebnisses auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen ist.⁵⁷² Auf einen groben Behandlungsfehler ist zu schließen, wenn sich bei Durchführung der versäumten Untersuchung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, daß sich die Verkennung dieses Befundes

BGHZ 99, 391, 398; BGH 19.05.1987, VI ZR 167/86, NJW 1987, 2293, 2294; BGH 10.11.1987, VI ZR 39/87, NJW 1988, 1513, 1514; BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949, 2950; BGH 07.04.1992, VI ZR 216/91, NJW 1992, 2354, 2356; BGH 14.12.1993, VI ZR 67/93, VersR 1994, 480, 482; BGH 13.01.1998, VI ZR 242/96, VersR 1998, 457, 458; BGH 27.01.1988, VI ZR 339/96, NJW 1998, 1782, 1784.

⁵⁶⁷ BGH 03.02.1987, VI ZR 56/86, BGHZ 99, 391, 398; BGH 19.05.1987, VI ZR 167/86, NJW 1987, 2293, 2294; BGH 27.01.1998, VI ZR 339/96, NJW 1998, 1782, 1784.

⁵⁶⁸ BGH 03.02.1987, VI ZR 56/86, BGHZ 99, 391, 398 f.; BGH 19.05.1987, VI ZR 167/86, NJW 1987, 2293, 2294.

⁵⁶⁹ BGH 03.02.1987, VI ZR 56/86, BGHZ 99, 391, 399.

⁵⁷⁰ BGH 21.11.1995, VI ZR 341/94, NJW 1996, 779, 781; BGH 13.02.1996, VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47, 53; BGH 13.01.1998, VI ZR 242/96, VersR 1998, 457, 458; BGH 27.01.1998, VI ZR 339/96, NJW 1998, 1782, 1784; BGH 06.10.1998, VI ZR 239/97, VersR 1999, 60, 61; BGH 03.11.1998, VI ZR 253/97, NJW 1999, 862, 863.

⁵⁷¹ BGH 03.11.1998, VI ZR 253/97, NJW 1999, 862, 863.

⁵⁷² BGH 13.02.1996, VI ZR 402/94, BGHZ 132, 47, 52 f.; BGH 13.01.1998, VI ZR 242/96, VersR 1998, 457, 458; BGH 06.10.1998, VI ZR 239/97, VersR 1999, 60, 61; BGH 03.11.1998, VI ZR 253/97, NJW 1999, 862, 863.

als fundamental⁵⁷³ oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen müßte.⁵⁷⁴

c) Vergleich mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung

Die gesetzliche Beweislastverteilung ist für den Patienten im Arzthaftungsprozeß wegen ärztlicher Behandlungsfehler ungünstig. Zugunsten des Patienten ist nach allgemeinen Grundsätzen der Anscheinsbeweis für den Nachweis des Behandlungsfehlers und des Kausalzusammenhanges zwischen Behandlungsfehler und eingetretenem Gesundheitsschaden möglich. Die Beweislastregel des § 282 BGB findet dagegen nur in Sonderfällen im Arzthaftungsprozeß Anwendung.

Um eine gerechte Rollenverteilung zwischen Arzt und Patient im Prozeß zu schaffen, räumt der Bundesgerichtshof dem Patienten weitere Beweiserleichterungen ein, die spezifisch für den Arzthaftungsprozeß herausgebildet worden sind.

Beweiserleichterungen bis zur Umkehr der Beweislast sind für den Kausalitätsnachweis bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers möglich. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes seit den 1950er Jahren, die an die des Reichsgerichtes anknüpft. Insofern sind Einflüsse auf die Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung nicht denkbar.

Mit Beginn der 1980er Jahre hatte der Bundesgerichtshof die Grundsätze seiner Rechtsprechung zur Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler auf die Befunderhebung und -sicherung ausgedehnt.

Beweiserleichterungen für den Nachweis des Behandlungsfehlers bestehen bei unzulänglicher ärztlicher Dokumentation der Behandlung. Bis zu der dafür grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27.06.1978⁵⁷⁵ wurden derartige beweisrechtliche Konsequenzen nur vereinzelt gezogen. Dieser Rechtsprechung liegt ein geändertes Verständnis von der Bedeutung der Führung der Krankenunterlagen zugrunde.

Damit hat sich seit Ende der 1970er und Anfang der 1980er Jahre die Beweisposition des Patienten im Prozeß wegen ärztlicher Behandlungsfehler verbessert.

Diese für den Patienten günstige Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich des Behandlungsfehlers entspricht der Tendenz zur Ausdehnung der Anforderungen an die ärztliche Aufklärung. Die Rechtsprechung verfolgt in beiden Bereichen mit der Stärkung der Stellung des Patienten die gleiche Zielsetzung. Daher hat die für den Patienten günstige Entwicklung der Rechtsprechung zur Haftung für Behandlungsfehler nicht zu einer Rücknahme der von der Rechtsprechung an den Aufklärungsumfang gestellten Anforderungen geführt.

⁵⁷³ BGH 13.01.1998, VI ZR 242/96, VersR 1998, 457, 458; BGH 06.10.1998, VI ZR 239/97, VersR 1999, 60, 61; BGH 03.11.1998, VI ZR 253/97, NJW 1999, 862, 863.

⁵⁷⁴ BGH 03.11.1998, VI ZR 253/97, NJW 1999, 862, 863.

⁵⁷⁵ BGH 27.06.1978, VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132.

Ebenfalls günstig für den Patienten ist die Beweislastumkehr bei Durchführung einer Operation oder Anästhesie von einem dafür nicht ausreichend qualifizierten Arzt. Einflüsse auf die Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung bestehen in dieser Hinsicht nicht, da vom Bundesgerichtshof zugleich eine Aufklärungspflicht des Arztes über seine unzureichende Qualifikation verneint wurde.⁵⁷⁶

In der Entwicklung der Rechtsprechung zur Haftung für Behandlungsfehler und der zur Eingriffsaufklärung lassen sich aber in anderer Hinsicht Parallelen aufzeigen. Jeweils eine der Parteien ist in beiden Bereichen durch die gesetzliche Beweislastverteilung benachteiligt. Diese Benachteiligung versucht der Bundesgerichtshof auszugleichen, indem er jeweils auf beweisrechtlicher Ebene korrigierend eingreift: im Bereich der Haftung für Behandlungsfehler durch Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten, im Bereich der Aufklärungspflichtverletzung durch Berücksichtigung der Beweisschwierigkeiten des Arztes bei der Beweiswürdigung. Im Bereich der Aufklärungspflichtverletzung hätte aber auch die Möglichkeit bestanden, die Anforderungen an die ärztliche Aufklärung herabzusetzen, wodurch es in geringerem Umfang zum Prozeß kommen würde.

II. Österreich

1. Rechtliche Begründung der ärztlichen Aufklärungspflicht

Die ärztliche Aufklärungspflicht folgt zunächst aus dem Behandlungsvertrag mit dem Patienten.⁵⁷⁷ Daneben wird sie von der Rechtsprechung aus dem Recht auf den eigenen Körper abgeleitet. Dieses Persönlichkeitsrecht beinhaltet das Recht jedes Menschen, über die Zulassung von Eingriffen in seine körperliche Integrität frei zu entscheiden.⁵⁷⁸ Dadurch wird gewährleistet, daß der Patient nicht stets bereit zu sein braucht, eine aus ärztlicher Sicht angezeigte Behandlung mit ihren Folgen und Risiken auf sich zu nehmen.⁵⁷⁹

Privatrechtlich sind Persönlichkeitsrechte in § 16 ABGB⁵⁸⁰ normiert. Diese sind dort jedoch nicht näher definiert, sondern müssen aus der Rechtsordnung auf einfachgesetzlicher sowie auf verfassungsrechtlicher Ebene abgeleitet werden.⁵⁸¹

⁵⁷⁶ BGH 27.09.1983, VI ZR 230/81, BGHZ 88, 248, 252.

⁵⁷⁷ OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; OGH 23.05.1984, 1 Ob 550/84, SZ 57/98 (S. 475); OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 25.01.1990, 7 Ob 727/89, VersR 1991, 488; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 91).

⁵⁷⁸ OGH 11.09.1984, 9 Os 121/84, JBl 1985, 304, 306.

⁵⁷⁹ OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316.

⁵⁸⁰ § 16. ¹Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. ²Sklaverei oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet.

⁵⁸¹ Koziol/Welser, Grundriß I, S. 73; Schwimann/Posch, § 16 Rn. 11.

Auf der Ebene einfachen Rechts ergibt sich aus § 1325 ABGB,⁵⁸² §§ 75 ff. StGB (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben) das Recht auf Wahrung der körperlichen Integrität⁵⁸³ und aus § 110 StGB,⁵⁸⁴ § 8 Abs. 3 KAG⁵⁸⁵ das Recht des Patienten auf Willensbildungsfreiheit im Sonderfall der eigenmächtigen Heilbehandlung.⁵⁸⁶

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten wird auf der Ebene des Verfassungsrechts durch das in Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK⁵⁸⁷ geschützte Recht auf Leben⁵⁸⁸ gewährleistet. Die einzelnen in der EMRK garantierten Rechte kommen im österreichischen Verfassungsrecht ergänzend zur Anwendung, wenn der Grundrechtskatalog des österreichischen Staatsgrundgesetzes einzelne Grundrechte, wie das Recht auf Leben, nicht beinhaltet.⁵⁸⁹

2. Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung

a) Anforderungen an die Aufklärung des Patienten

Die Rechtsprechung hat den Aufklärungsgegenstand, die Voraussetzungen des Wegfalls der Aufklärungspflicht sowie Form und Zeitpunkt der Aufklärung näher bestimmt.

⁵⁸² § 1325. Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst, und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.

⁵⁸³ Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 7 und 113; Koziol/Welser, Grundriß I, S. 74; Schwimann/Posch, § 16 Rn. 14.

⁵⁸⁴ § 110. *Eigenmächtige Heilbehandlung*. (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Anwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können.

(3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

⁵⁸⁵ § 8. (3) ¹Besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe dürfen an einem Pflingling nur mit dessen Zustimmung, wenn aber der Pflingling das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat oder er mangels geistiger Reife oder Gesundheit die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Behandlung nicht beurteilen kann, nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters durchgeführt werden. ²Die Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, daß der mit der Einholung der Zustimmung des Pflinglings oder seines gesetzlichen Vertreters oder mit der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters verbundene Aufschub das Leben gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre. ³Über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Behandlung entscheidet der ärztliche Leiter der Krankenanstalt oder der für die Leitung der betreffenden Anstaltsabteilung verantwortliche Arzt.

⁵⁸⁶ Schwimann/Posch, § 16 Rn. 16.

⁵⁸⁷ Art. 2. (1)¹Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt.

⁵⁸⁸ Schwimann/Posch, § 16 Rn. 14.

⁵⁸⁹ Hofer-Zeni, Einführung, S. 1, 43, 45.

(1) Gegenstand der Aufklärung

Im Rahmen der Aufklärung ist auf Risiken und Art des Eingriffs sowie auf seine Erfolgsaussichten und mögliche Behandlungsalternativen einzugehen.

(a) Risiken

Grundlegende Bedeutung für die Entwicklung der österreichischen Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung kommt einem Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 23.06.1982⁵⁹⁰ zu, mit dem dieser seine bisherige Rechtsprechung zur richterlichen Kontrolle der ärztlichen Aufklärung änderte.

Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung⁵⁹¹ wird die Bestimmung des Umfangs der Aufklärung vom Obersten Gerichtshof als eine Rechtsfrage angesehen, die anhand der zu den konkreten Umständen des Einzelfalles getroffenen Feststellungen vom Richter zu beurteilen sei.⁵⁹² Ohne nähere Begründung schloß sich der Oberste Gerichtshof mit dieser Rechtsprechung der von der Literatur⁵⁹³ vertretenen Auffassung an, nach der die Beurteilung der ausreichenden Aufklärung des einzelnen Patienten Teil der ausschließlich nach juristischen Kriterien zu entscheidenden Frage sei, ob eine wirksame Einwilligung des Patienten in den ärztlichen Eingriff vorliege.⁵⁹⁴

Zuvor hatte der Oberste Gerichtshof die Bestimmung des Umfangs der ärztlichen Aufklärung als feststellungsfähige Tatsache verstanden.⁵⁹⁵ Diese sei von einem Sachverständigen im Einzelfall zu beurteilen und als Teil der Beweiswürdigung der Untergerichte in der Revisionsinstanz nicht überprüfbar.⁵⁹⁶

Als Folge dieser Rechtsauffassung unterblieb die Ausbildung normativer Kriterien für die Bestimmung des Aufklärungsumfanges durch die Rechtsprechung. Hinsichtlich des Umfangs der ärztlichen Aufklärung wurden deshalb nur geringe allgemeine Vorgaben gemacht:

⁵⁹⁰ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114.

⁵⁹¹ OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2327); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2368); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 16.01.1996, 4 Ob 1690/95, RdM 1996/12 (S. 90); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 92).

⁵⁹² OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 16.01.1996, 4 Ob 1690/95, RdM 1996/12 (S. 90); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24).

⁵⁹³ WK/Bertel, § 110 Rn. 13; Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 431; Piegler, VersR 1962, S. 921, 926.

⁵⁹⁴ Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 431. Vgl. auch BGH 09.12.1958, VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 57, der von Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 428, jedoch in anderem Zusammenhang zitiert wird.

⁵⁹⁵ OGH 16.02.1955, 2 Ob 84/55, KRSIlg 612 (S. 1912); OGH 15.02.1956, 2 Ob 91/56, KRSIlg 617 (S. 1917); OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 43); OGH 15.03.1960, 4 Ob 508/60, KRSIlg 633 (S. 1934); OGH 11.11.1969, 8 Ob 212/69, KRSIlg 650 (S. 1950).

⁵⁹⁶ OGH 16.02.1955, 2 Ob 84/55, KRSIlg 612 (S. 1912); OGH 11.11.1969, 8 Ob 212/69, KRSIlg 650 (S. 1950); vgl. OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 124).

In einigen früheren Entscheidungen wurde eine Aufklärung des Patienten durch den Arzt nur dann erwartet, wenn der geplante Eingriff mit besonderen Gefahren für die Gesundheit des Patienten verbunden war.⁵⁹⁷ Im folgenden wurde dann die Aufklärung des Patienten grundsätzlich immer für erforderlich gehalten.⁵⁹⁸

Wie weit die Aufklärungspflicht gehe, lasse sich jedoch nicht einheitlich beantworten.⁵⁹⁹ Da dem Patienten regelmäßig die Kenntnisse fehlen würden, um die Mitteilungen des Arztes richtig einschätzen zu können,⁶⁰⁰ und eine zu weit gehende Aufklärung nachteilige Folgen für den Patienten haben könne,⁶⁰¹ sei die Frage der Aufklärung nach den Grundsätzen gewissenhafter ärztlicher Übung und Erfahrung⁶⁰² den Umständen des Einzelfalles entsprechend⁶⁰³ und unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des Krankbildes⁶⁰⁴ zu beurteilen. Allgemein könne nur gesagt werden, daß die Aufklärung nicht vollständig zu erfolgen brauche.⁶⁰⁵ Der Arzt sei nicht verpflichtet, den Patienten auf alle nur denkbaren nachteiligen Folgen des geplanten Eingriffs hinzuweisen, wenn mit diesen bei Würdigung des Falles und nach dem Stand der ärztlichen Erfahrung nicht zu rechnen sei.⁶⁰⁶ Eine Aufklärungspflicht bestehe nicht hinsichtlich solcher nachteiliger Folgen des geplanten Eingriffs, deren Kenntnis an dem Entschluß des Patienten, in die Behandlung einzuwilligen, nichts ändern würde.⁶⁰⁷

Seitdem aber die ärztliche Aufklärung des Patienten in der Revisionsinstanz überprüft werden kann, hat der Oberste Gerichtshof detaillierte Richtlinien für die

⁵⁹⁷ OGH 16.02.1955, 2 Ob 84/55, KRSIlg 612 (S. 1912); OGH 15.02.1956, 2 Ob 91/56, KRSIlg 617 (S. 1917); OGH 23.06.1964, 8 Ob 145/64, KRSIlg 693 (S. 2090); OGH 15.12.1964, 8 Ob 342/64, EvBl 1965/217 (S. 325).

⁵⁹⁸ OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1967) und KRSIlg 662 (S. 1956).

⁵⁹⁹ OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1967); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494.

⁶⁰⁰ OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 43); OGH 09.01.1957, 3 Ob 1/57, KRSIlg 621 (S. 1920); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1967 f); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494.

⁶⁰¹ OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 43); OGH 09.01.1957, 3 Ob 1/57, KRSIlg 621 (S. 1920); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1968).

⁶⁰² OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 43); OGH 09.01.1957, 3 Ob 1/57, KRSIlg 621 (S. 1920); OGH 15.03.1960, 4 Ob 508/60, KRSIlg 633 (S. 1934); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1968); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; vgl. OGH 16.07.1969, 7 Ob 106/69, KRSIlg 648 (S. 1946).

⁶⁰³ OGH 23.06.1964, 8 Ob 145/64, KRSIlg 693 (S. 2090); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1968); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494.

⁶⁰⁴ OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1968); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494.

⁶⁰⁵ OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 43); OGH 09.01.1957, 3 Ob 1/57, KRSIlg 621 (S. 1920); OGH 24.06.1959, 6 Ob 212/59, KRSIlg 630 (S. 1932); OGH 15.03.1960, 4 Ob 508/60, KRSIlg 633 (S. 1934); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 662 (S. 1956).

⁶⁰⁶ OGH 16.07.1969, 7 Ob 106/69, KRSIlg 648 (S. 1946); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1968); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494.

⁶⁰⁷ OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1968).

rechtliche Festlegung des Umfanges der Aufklärungspflicht vorgegeben und sich dabei stark an der Rechtsprechung⁶⁰⁸ und Lehre⁶⁰⁹ in Deutschland orientiert.

Der Oberste Gerichtshof unterscheidet zunächst zwischen der Aufklärungspflicht über typische Risiken des jeweiligen Eingriffs und der über allgemein mit jedem ärztlichen Eingriff verbundenen Risiken.⁶¹⁰

Allgemein mit einem Eingriff verbundene Risiken seien beispielsweise das Infektionsrisiko⁶¹¹ sowie das Thrombose- und das Embolierisiko.⁶¹² Über diese Risiken ist der Patient nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes grundsätzlich aufzuklären, soweit Schäden nicht nur in äußerst seltenen Fällen auftreten würden⁶¹³ und anzunehmen sei, daß sie bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluß, in die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen würden.⁶¹⁴

Typische Risiken seien dagegen solche Risiken, die speziell dem geplanten Eingriff anhaften und auch bei Anwendung allergrößter Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung nicht sicher zu vermeiden seien.⁶¹⁵ Da diese Risiken den nicht in-

⁶⁰⁸ Intensivere Aufklärung bei nicht vordringlichem oder gebotenen Eingriff: BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335; BGH 15.05.1979, VI ZR 70/77, NJW 1979, 1933; BGH 24.02.1981, VI ZR 168/79, NJW 1981, 1319; BGH 07.02.1984, VI ZR 188/82, VersR 1984, 468; verschärfte Aufklärungspflicht bei typischen Risiken: BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 633; BGH 14.06.1994, VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414; OLG Köln 31.05.1967, 13 U 27/66, MDR 1968, 240.

⁶⁰⁹ Umfang der Aufklärung hängt von der zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit des Eingriffes ab: Ehlers, Ärztliche Aufklärung, S. 79 ff.; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (1. Auflage), S. 95; Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 144 ff., auf S. 144 jedoch kritisch zur Begrenzung der Aufklärung bei vitaler Indikation; Giesen, Wandlungen, S. 63 ff., auf S. 64 ebenfalls kritisch zur Begrenzung der Aufklärung bei vitaler Indikation; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 68 f.; Laufs/Kern, JZ 1984, 631 zu diagnostischen Eingriffen; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 426, 428; Schwab/Gramer/Kriegelstein, Ärztliche Aufklärungspflicht, S. 51; Soergel/Zeuner, § 823 Rn. 205; Staudinger/Schäfer, § 823 Rn. 480; keine einseitige Betonung der rein statistischen Risikodichte: Geiß, Arzthaftpflichtrecht (1. Auflage), S. 96; Giesen Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 136 f.; verschärfte Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht bei typischen Risiken: Ehlers, Ärztliche Aufklärungspflicht, S. 83.

⁶¹⁰ OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369).

⁶¹¹ OGH 12.11.1992, 8 Ob 646/92, KRSIlg 772 (S. 2341); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369 f.).

⁶¹² OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122).

⁶¹³ OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/153 (S. 122); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 25.10.1996, 1 Ob 2318/96f, RdM 1997/17 (S. 90); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 92).

⁶¹⁴ OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/153 (S. 122); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 25.10.1996, 1 Ob 2318/96f, RdM 1997/17 (S. 90); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 92).

⁶¹⁵ OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 18.10.1991, 8 Ob 620/91, KRSIlg 754 (S. 2268); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/95, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 16.01.1996, 4 Ob 1690/95, RdM 1996/12 (S. 90); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24); OGH 24.10.1996, 6 Ob 2211/96g, RdM 1997/28 (S. 154); vgl. OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1039); vgl. OGH 01.04.1987, 3 Ob 645/86, KRSIlg 705 (S. 2133); vgl. OGH 12.11.1987, 7 Ob 708/87, KRSIlg 707 (S. 2144).

formierten Patienten überraschen würden, weil er mit diesen Folgen der Behandlung überhaupt nicht rechne, sei über typische Risiken eines ärztlichen Eingriffs immer⁶¹⁶ und unabhängig von ihrer Komplikationshäufigkeit aufzuklären. Eine Aufklärungspflicht bestehe daher auch dann, wenn der Eintritt des Risikos äußerst selten sei.⁶¹⁷ Insofern sei die Aufklärungspflicht bei typischen Risiken verschärft.⁶¹⁸ Das typische Risiko müsse jedoch von einiger Erheblichkeit⁶¹⁹ und dadurch geeignet sein, die Entscheidung des Patienten, ob er in den geplanten ärztlichen Eingriff einwilligen wolle oder nicht, zu beeinflussen.⁶²⁰

Die Aufklärungspflicht über typische Risiken des jeweiligen Eingriffs unterscheidet sich von der über allgemeine Eingriffsrisiken durch ein anderes Regel-Ausnahme-Verhältnis bezüglich der äußerst selten auftretenden Komplikationen: Während hinsichtlich der allgemeinen Eingriffsrisiken eine Aufklärungspflicht grundsätzlich verneint und nur bei Erheblichkeit des Risikos für die Entscheidung des Patienten bejaht wird, besteht hinsichtlich der typischen Risiken grundsätzlich eine Aufklärungspflicht, die aber mangels Erheblichkeit entfallen kann.⁶²¹ In beiden Fällen ist daher für die Aufklärungsbedürftigkeit nicht allein die Komplikationsrate eines bestimmten Risikos entscheidend.⁶²²

Der Versuch in der österreichischen Literatur, die aufklärungsbedürftigen Risiken allein anhand der Komplikationsrate einzugrenzen,⁶²³ wurde vom Obersten

⁶¹⁶ OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 16.01.1996, 4 Ob 1690/95, RdM 1996/12 (S. 90); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24); OGH 24.10.1996, 6 Ob 2211/96g, RdM 1997/28 (S. 154).

⁶¹⁷ OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 18.10.1991, 8 Ob 620/91, KRSIlg 754 (S. 2267); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/95, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 16.01.1996, 4 Ob 1690/95, RdM 1996/12 (S. 90); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 92).

⁶¹⁸ OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 18.10.1991, 8 Ob 620/91, KRSIlg 754 (S. 2268); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/95, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24).

⁶¹⁹ OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 18.10.1991, 8 Ob 620/91, KRSIlg 754 (S. 2268); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/95, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 16.01.1996, 4 Ob 1690/95, RdM 1996/12 (S. 90); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24).

⁶²⁰ OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 18.10.1991, 8 Ob 620/91, KRSIlg 754 (S. 2268); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/95, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 16.01.1996, 4 Ob 1690/95, RdM 1996/12 (S. 90); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24).

⁶²¹ Vgl. OGH 24.10.1996, 6 Ob 2211/96g, RdM 1997/28 (S. 154).

⁶²² OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586); OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2015); OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1039); OGH 23.01.1986, 6 Ob 672/85, SZ 59/18 (S. 76); OGH 12.11.1992, 8 Ob 646/92, KRSIlg 772 (S. 2341); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369); OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/86, RdM 1996/11 (S. 89).

⁶²³ Lotheissen, ÖRZ 1975, S. 2, 4.

Gerichtshof⁶²⁴ wie auch anderen Teilen der Literatur⁶²⁵ klar abgelehnt. Für den Umfang der Aufklärungspflicht komme es vielmehr auch auf das Gewicht an, das ein Risiko aus der Sicht eines vernünftigen Patienten für den Entschluß, in den Eingriff einzuwilligen, haben könne.⁶²⁶

Als Faktoren, die bei einem vernünftigen Patienten für seinen Entschluß, in den Eingriff einzuwilligen, ins Gewicht fallen können, sei die Schwere der möglichen Risiken des geplanten Eingriffs⁶²⁷ oder der Nebenwirkungen bei medikamentöser Behandlung⁶²⁸ zu berücksichtigen. Auf objektiv unbedeutende Risiken oder Nebenwirkungen sei nur dann hinzuweisen, wenn diese aus besonderen Gründen für den Patienten wichtig seien und dies für den Arzt erkennbar sei.⁶²⁹

Zu vergleichen seien weiterhin die möglicherweise eintretenden Risiken mit der Fortdauer der bisherigen Krankheitsfolgen bei Unterlassen der Behandlung.⁶³⁰ Dabei spiele eine Rolle, ob der Eingriff von vitaler Bedeutung für den Patienten sei.⁶³¹ Je weniger der Eingriff vordringlich oder geboten sei, desto eingehender habe die Aufklärung zu erfolgen.⁶³² Es könne dann auch sein, daß der Patient über äußerst selten auftretende Risiken aufzuklären sei.⁶³³ Dies treffe insbesondere auf

⁶²⁴ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586).

⁶²⁵ Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 433; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 33; Rummel/Reischauer, § 1299 Rn. 26; Schramm/Stempkowski, RdM 1997, S. 136, 140; Speiser, ÖJZ 1988, S. 744, 747 f.

⁶²⁶ OGH 23.01.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/18 (S. 76).

⁶²⁷ OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2015); OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316, 317; OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369); OGH 26.01.1995, 6 Ob 502/95, RdM 1995/11 (S. 70).

⁶²⁸ OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316, 317; OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369).

⁶²⁹ OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2015); OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316, 317; OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 92).

⁶³⁰ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586); OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2015); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2328); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369); OGH 26.01.1995, 6 Ob 502/95, RdM 1995/11 (S. 70); OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89).

⁶³¹ OGH 23.01.1986, 6 Ob 672/85, SZ 59/18 (S. 76); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369).

⁶³² OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2015); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 132); OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; OGH 18.10.1991, 8 Ob 620/91, KRSIlg 754 (S. 2268); OGH 12.11.1992, 8 Ob 646/92, KRSIlg 772 (S. 2340); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369); OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 25); OGH 24.10.1996, 6 Ob 2211/96g, RdM 1997/28 (S. 154); OGH 25.10.1996, 1 Ob 2318/96f, RdM 1997/17 (S. 90).

⁶³³ OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58 f.).

kosmetische Operationen⁶³⁴ sowie auf Diagnoseeingriffe zu, soweit diese nicht unmittelbar der Heilung oder der Rettung des Patienten dienen.⁶³⁵

Eine Begrenzung des Umfanges der Aufklärung könne bei dem Arzt bekannter medizinische Schulung und Kenntnisse des Patienten, etwa bei entsprechenden Erfahrungen des Patienten aus seiner Krankenvorgeschichte⁶³⁶ oder bei besonderem beruflichen Fachwissen, wie bei einer Stationschwester,⁶³⁷ anzunehmen sein. Der Arzt dürfe sich aber nicht auf die Kenntnisse der medizinisch nicht geschulten Bevölkerung verlassen.⁶³⁸

Der Oberste Gerichtshof erteilte damit seiner bisherigen, von der Literatur kritisierten⁶³⁹ Rechtsprechung ausdrücklich eine Absage. Von dieser wurde die Aufklärungspflicht mit der Überlegung verneint, daß die Gefährlichkeit der Behandlung im allgemeinen in der Bevölkerung weithin bekannt sei.⁶⁴⁰ Entsprechende Kenntnisse könnten zudem bei einer Patientin, die Gattin eines Arztes sei, vorausgesetzt werden.⁶⁴¹

Während der Umfang der ärztlichen Aufklärung nach den bisher dargestellten Rechtsprechungsgrundsätzen unter Bedacht auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten abgegrenzt wurde, ist nach der Rechtsprechung aber auch das vom Arzt gemäß § 22 Abs. 1 ÄG⁶⁴² zu wahrende Wohl des Patienten bei der Bestimmung des Aufklärungsumfanges zu berücksichtigen.⁶⁴³

Unter dem Gesichtspunkt des Wohls des Patienten sei der Umfang der Aufklärungspflicht in Abhängigkeit von der Persönlichkeitsstruktur des Patienten zu begrenzen.⁶⁴⁴ Dabei sei abzuwägen, ob der Patient durch eine zu umfangreiche Aufklärung derart verunsichert würde, daß die Gefahr bestehe, daß er von der Vornahme eines an sich gebotenen Eingriffs Abstand nehmen könnte.⁶⁴⁵ Das

⁶³⁴ OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2329).

⁶³⁵ OGH 23.01.1986, 6 Ob 672/85, SZ 59/18 (S. 76); OGH 18.10.1991, 8 Ob 620/91, KRSIlg 754 (S. 2268).

⁶³⁶ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 588); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2328 f); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 92).

⁶³⁷ OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2329).

⁶³⁸ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586).

⁶³⁹ Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 429 Fn. 117, 120; Stellamor, Berufsordnung, S. 49; im nachhinein auch Aigner/Emberger/Fössl-Emberger, Haftung, S. 186.

⁶⁴⁰ OGH 04.02.1959, 1 Ob 474/58, JBl 1959, 416.

⁶⁴¹ OGH 11.02.1959, 1 Ob 39/59, KRSIlg 628 (S. 1928).

⁶⁴² § 22. (1) ¹Der Arzt ist verpflichtet, jeden von ihm in ärztliche Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken ohne Unterschied der Person gewissenhaft zu betreuen. ²Er hat hiebei nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung, sowie unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren.

⁶⁴³ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585); OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1040); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2327).

⁶⁴⁴ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585); OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2327).

⁶⁴⁵ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769

würde bedeuten, daß der Patient zwar den Risiken der Operation entgehen würde, er dann aber die unter Umständen ungleich größeren Risiken einer Unterlassung des Eingriffs auf sich nehmen müßte. Je notwendiger der geplante Eingriff für die Gesundheit des Patienten sei, desto weniger umfassend brauche die Aufklärung zu sein.⁶⁴⁶ Bei einem besonders ängstlichen Patienten könne die Aufklärung auf ein Minimum beschränkt werden.⁶⁴⁷ Der Arzt solle durch ein Gespräch mit dem Patienten herausfinden, inwieweit eine Aufklärung über die Risiken des geplanten Eingriffs menschlich verkraftet werden könne.⁶⁴⁸ In dieser Hinsicht sei dem Arzt ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen.⁶⁴⁹

Die Gefahr einer Verweigerung der Einwilligung aus Angst könnte sich aber nur bei dringend gebotenen Behandlungen zum Nachteil des Patienten auswirken. Bei nicht dringenden Heilbehandlungen fehle dieser Gesichtspunkt. Hier trete das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in den Vordergrund.⁶⁵⁰

Diese Differenzierung zwischen dringend gebotenen und nicht dringlichen Heilbehandlungen hat der Oberste Gerichtshof zwar erst in einer späteren Entscheidung vom 24.10.1996⁶⁵¹ vorgenommen. Der Oberste Gerichtshof ist aber bereits seit seinem Grundsatzurteil vom 23.06.1982 davon ausgegangen, daß das Wohl des Patienten grundsätzlich Vorrang vor seinem Selbstbestimmungsrecht habe.⁶⁵² Erst in zweiter Linie sei auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten Bedacht zu nehmen.⁶⁵³ Außerdem wurden von der Rechtsprechung stets die Grundsätze der ärztlichen Ethik, nach denen das Wohl des Patienten im Vordergrund steht, berücksichtigt, indem hinsichtlich der Bestimmung des Aufklärungsumfanges auf die ärztliche Übung und Erfahrung abgestellt wurde:⁶⁵⁴ Da der Umfang der ärztlichen Aufklärung des Patienten über die Risiken des geplanten Eingriffs nicht einheitlich bestimmt werden könne,⁶⁵⁵ sondern sich an den Umstän-

(S. 2327 f., vgl. auch S. 2329).

⁶⁴⁶ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2328).

⁶⁴⁷ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585).

⁶⁴⁸ OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1040).

⁶⁴⁹ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2328).

⁶⁵⁰ OGH 24.10.1996, 6 Ob 2211/96g, RdM 1997/28 (S. 154).

⁶⁵¹ OGH 24.10.1996, 6 Ob 2211/96g, RdM 1997/28.

⁶⁵² OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585); OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2014); OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2327); OGH 26.01.1995, 6 Ob 502/95, RdM 1995/11 (S. 69).

⁶⁵³ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585); OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2014); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2327); OGH 26.01.1995, 6 Ob 502/95, RdM 1995/11 (S. 69 f.).

⁶⁵⁴ Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 431.

⁶⁵⁵ OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1967); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBI 1982, 491, 494; OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 23.01.1986, 6 Ob 672/85, SZ 59/18 (S. 76); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); OGH 12.07.1990,

den des Einzelfalles⁶⁵⁶ und den Besonderheiten des Krankheitsbildes⁶⁵⁷ ausrichte, sei jeweils maßgebend, ob aufgrund gewissenhafter ärztlicher Übung und Erfahrung eine entsprechende Aufklärung geboten sei.⁶⁵⁸

Der Oberste Gerichtshof hat die Beschränkung der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen vorwiegend mit der Gefahr der Verweigerung der Einwilligung aus Angst begründet. Nur beiläufig findet sich die Erwägung, daß der Patient durch die Aufklärung und die damit verbundene Einwilligungsentscheidung psychisch zu stark belastet werden könnte.⁶⁵⁹

In dem auch für diesen Fragenkomplex grundlegenden Urteil vom 23.06.1982 hat der Oberste Gerichtshof auf Ansichten, die in der deutschen Literatur vertreten worden sind,⁶⁶⁰ Bezug genommen. Er befand sich zugleich im Einklang mit der österreichischen Literatur, von der ebenfalls stets betont wurde, daß der Gedanke des Heilzwecks bei der Bestimmung des Aufklärungsumfanges Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten habe. Der Patient sei nicht primär an Aufklärung interessiert, sondern wolle in erster Linie geheilt werden.⁶⁶¹ Die Auf-

7 Ob 593/90, JBl 1991, 316, 317; OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2368); OGH 24.10.1996, 6 Ob 2211/96g, RdM 1997/28 (S. 154).

⁶⁵⁶ OGH 23.06.1964, 8 Ob 145/64, KRSIlg 693 (S. 2090); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1968); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586); OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 23.01.1986, 6 Ob 672/85, SZ 59/18 (S. 76); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316, 317; OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130); OGH 14.01.1992, 5 Ob 1573/91, JBl 1992, 391; OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2328); OGH 07.10.1993, 1 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2369); OGH 24.10.1996, 6 Ob 2211/96g, RdM 1997/28 (S. 154); OGH 25.10.1996, 1 Ob 2318/96f, RdM 1997/17 (S. 90); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 92).

⁶⁵⁷ OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1968); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 23.01.1986, 6 Ob 672/85, SZ 59/18 (S. 76); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316, 317; OGH 26.01.1995, 6 Ob 502/95, RdM 1995/11 (S. 70); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 92).

⁶⁵⁸ OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 43); OGH 09.01.1957, 3 Ob 1/57, KRSIlg 621 (S. 1920); OGH 15.03.1960, 4 Ob 508/60, KRSIlg 633 (S. 1934); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1968); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; vgl. OGH 16.07.1969, 7 Ob 106/69, KRSIlg 648 (S. 1946); OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 23.01.1986, 6 Ob 672/85, SZ 59/18 (S. 76); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316, 317; OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 92).

⁶⁵⁹ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585); OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1040).

⁶⁶⁰ Geilen, Einwilligung, S. 190; Kamps, Ärztliche Arbeitsteilung, S. 111, die dem Arzt einen Ermessensspielraum hinsichtlich des Umfanges der Aufklärung zugestehen wollen. Weitergehend als der Bundesgerichtshof lassen beide, Geilen, Einwilligung, S. 182 f. und Kamps, Ärztliche Arbeitsteilung, S. 111 f., unter Hinweis auf mögliche psychosomatische Auswirkungen der Aufklärung eine Begrenzung der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gesichtspunkten zu. Bodenburg, NJW 1981, 601, 604, der einen anderen Aspekt aufgreift. Er hält eine Begrenzung der Aufklärungspflicht schon dann für erforderlich, wenn der Patient durch die Aufklärung psychisch derart belastet würde, daß er nicht mehr einwilligungsfähig wäre.

⁶⁶¹ Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 431 und 433; Steiner, JBl 1982, S. 169; Stellamor, Berufsordnung,

klärung sei zu begrenzen, wenn sie für die Gesundheit des Patienten von Nachteil wäre⁶⁶² und dadurch der Heilzweck gefährdet würde.⁶⁶³ Die Aufklärungspflicht werde daher bei notwendigen Eingriffen weniger weiter gehen als bei nicht unbedingt notwendigen.⁶⁶⁴ Von der österreichischen Literatur wurde auch nach Erlaß des Urteils vom 23.06.1982 diese neue Grundposition der Rechtsprechung überwiegend geteilt.⁶⁶⁵ Nach abweichender Auffassung können therapeutische Gründe zwar zu einer Begrenzung des Umfanges der Aufklärung führen.⁶⁶⁶ Die Aufklärung könne aber aus therapeutischen Gründen nicht völlig entfallen,⁶⁶⁷ da es andernfalls bald im freien Ermessen des Arztes liegen würde, ob er den Patienten überhaupt aufklärt oder nicht. Der Arzt könnte sich dann immer darauf berufen, daß eine Aufklärung seiner Meinung nach den Patienten so sehr erschreckt hätte, daß er in einen wichtigen Eingriff nicht eingewilligt hätte.⁶⁶⁸ Mit gleicher Begründung ist nach anderer Auffassung das Unterlassen der Aufklärung auf Ausnahmefälle zu beschränken.⁶⁶⁹ Nach einer weiteren Ansicht ist dagegen auch die Begrenzung des Umfanges der Aufklärung auf Ausnahmefälle beschränkt. Therapeutische Gründe führen nach dieser Auffassung nur dann zu einer Begrenzung der Aufklärungspflicht, wenn massive, unter Umständen körperliche oder seelische Störungen zu erwarten sind, etwa weil der Patient in tiefe Hoffnungslosigkeit gestürzt und gänzlich seiner Widerstandskraft beraubt würde oder die begründete Gefahr schwerster reaktiver Depressionen bis hin zum Suizid besteht.⁶⁷⁰

Stark kritisiert worden ist die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes vor allem von Holzer. Holzer bezweifelt angesichts der krassen Beispiele sogenannter Überbehandlung oft todgeweihter Patienten und dem damit laut gewordenen Ruf, dem Patienten ein Sterben in Würde zu ermöglichen, ob in der Praxis medizinische Behandlungsvorgänge stets das Wohl des Patienten im Auge behalten. Zudem könne kaum eine andere Person als der betroffene Patient selbst darüber befinden, was sein „Wohl“ sei.⁶⁷¹ Die Aussage, daß das Wohl des Patienten Vorrang vor seinem Selbstbestimmungsrecht habe, sei rein juristisch gesehen unhaltbar, weil sie einer Entmündigung des kranken Menschen gleichkomme, die in der

S. 47.

⁶⁶² Loebenstein, ÖJZ 1978, S. 309, 311; Stellamor, Berufsordnung, S. 49.

⁶⁶³ Steiner, JBl 1982, S. 169, 173; Stellamor, Berufsordnung, S. 49 und 63.

⁶⁶⁴ Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 433 und 437; Stellamor, Berufsordnung, S. 49.

⁶⁶⁵ Haslinger, AnwBl 1994, S. 866, 867; Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 121; Rummel/Reischauer, § 1299 Rn. 26, 31; Schramm/Stempkowski, RdM 1997, S. 136, 139; Steiner, Medical Responsibility, A 49; Steiner, JBl 1986, 472, 473.

⁶⁶⁶ Aigner/Emberger/Fössl-Emberger, Haftung, S. 186, 191.

⁶⁶⁷ Aigner/Emberger/Fössl-Emberger, Haftung, S. 189, 191.

⁶⁶⁸ Aigner/Emberger/Fössl-Emberger, Haftung, S. 191.

⁶⁶⁹ Speiser, ÖJZ 1988, S. 744, 748.

⁶⁷⁰ Engljählinger, Aufklärungspflicht, S. 217 f.

⁶⁷¹ Holzer, JBl 1983, S. 376, 377; Holzer, Haftung des Arztes, S. 63, 90; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 27.

Rechtsordnung keine Begründung fände.⁶⁷² Holzer lehnt es daher ab, therapeutische Gründe bei der Bestimmung des Aufklärungsumfanges zu berücksichtigen. Er hält dies zudem für entbehrlich, da durch die Möglichkeit eines ausdrücklichen oder konkludenten Aufklärungsverzichts seitens des Patienten eine Begrenzung der Aufklärung erreicht werden könnte.⁶⁷³ Einmal könne der Patient von sich aus auf eine Aufklärung durch den Arzt verzichten.⁶⁷⁴ Zum anderen könne der behandelnde Arzt bei einem labilen Patienten durch geschickte Gesprächsführung einen Aufklärungsverzicht erreichen, ohne den Patienten in diesem Gespräch unnötig zu beunruhigen.⁶⁷⁵

Die Auffassung Holzers ist in der Literatur wiederum als zu formalistisch kritisiert worden.⁶⁷⁶ Der Oberste Gerichtshof hat sich dagegen weder mit der Kritik Holzers an seiner Rechtsprechung noch mit seinem überdenkenswerten Vorschlag, daß der Arzt in Fällen, in denen eine Aufklärung dem Wohl des Patienten zuwider laufen würde, auf einen Aufklärungsverzicht hinwirken sollte, auseinandergesetzt.

Die Akzentverschiebung durch das Urteil vom 24.10.1996 entspricht jedoch besser der geringen praktischen Bedeutung, die die Möglichkeit der Begrenzung des Umfangs der Aufklärung aus therapeutischen Gründen bisher in der Rechtsprechung hatte. Von 27 Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in der Zeit von 1982 bis 1996, die die Bestimmung des Umfangs der ärztlichen Aufklärung betreffen,⁶⁷⁷ befassen sich nur sechs überhaupt mit der Möglichkeit der Begrenzung der ärztlichen Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen. Davon wurde in einem Fall die Begrenzung der Aufklärung wegen der psychischen Belastung der Patientin bejaht.⁶⁷⁸ In einem weiteren Fall wurde sogar ein völliger Wegfall der

⁶⁷² Holzer, JBl 1983, S. 376, 377; Holzer, Haftung des Arztes, S. 63, 90; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 27; ebenso Bernat, RdM 1995, S. 70.

⁶⁷³ Holzer, JBl 1983, S. 376, 377 Fn. 11; Holzer, Haftung des Arztes, S. 63, 99 Fn. 140.

⁶⁷⁴ Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 26.

⁶⁷⁵ Holzer, JBl 1983, S. 376, 377; Holzer, Haftung des Arztes, S. 63, 91; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 28.

⁶⁷⁶ Haslinger, AnwBl 1994, S. 866, 867; Steiner, JBl 1986, S. 472, 473.

⁶⁷⁷ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114; OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679; OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685; OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207; OGH 23.01.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/18; OGH 01.04.1987, 3 Ob 645/86, KRSIlg 705; OGH 12.11.1987, 7 Ob 708/87, KRSIlg 707; OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18; OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154; OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152; OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520; OGH 18.10.1991, 8 Ob 620/91, KRSIlg 754; OGH 14.01.1992, 5 Ob 1573/91, JBl 1992, 391; OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 336; OGH 12.11.1992, 8 Ob 646/92, KRSIlg 772; OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769; OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776; OGH 27.10.1993, 6 Ob 1641/93, KRSIlg 777; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9; OGH 23.06.1994, 6 Ob 555/94, RdM 1995/1; OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11; OGH 16.01.1996, 4 Ob 1690/95, RdM 1996/12; OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4; OGH 24.10.1996, 6 Ob 2211/96g, RdM 1997/28; OGH 25.10.1991, 1 Ob 2318/96f, RdM 1997/17; OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18.

⁶⁷⁸ OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2329): Psychische Belastung wegen der eingeschränkten bis unmöglichen Früherkennung maligner Veränderungen bei langjähriger makrozysti-

Aufklärungspflicht aufgrund einer mäßigen psycho-vegetabilen Labilität der Patientin zugelassen.⁶⁷⁹ In beiden Fällen war die ärztliche Behandlung medizinisch indiziert.⁶⁸⁰ In den übrigen vier Fällen wurde eine Begrenzung bzw. ein Wegfall der Aufklärungspflicht ausgeschlossen.⁶⁸¹ Dieses teilweise auch deshalb, weil der Arzt im Prozeß Gründe für eine Begrenzung der Aufklärung mit Rücksicht auf das Wohl des Patienten nicht behauptet hatte.⁶⁸²

Nicht geteilt werden kann jedoch die Bewertung Engljähringers, wonach die These vom Primat rein medizinischer Kriterien zur Bestimmung von Aufklärungsumfang und -grenzen in der Rechtsprechung der Obersten Gerichtshofes zu Beginn der 1980er Jahre in der Folgezeit zunächst überwunden und auf diese erst in zwei Entscheidungen zu Beginn der 1990er Jahre zurückgegriffen wurde.⁶⁸³ Therapeutische Gründe wurden vielmehr auch in zwei Entscheidungen Ende der 1980er Jahre bei der Bestimmung der Grenzen der Aufklärung in Betracht gezogen.⁶⁸⁴ Die Analyse der Entscheidungen aus den Jahren 1982 bis 1996 deutet daher eher auf eine Kontinuität in der Entwicklung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes als auf einen Bruch hin.

(b) Art des Eingriffs

Eine Aufklärungspflicht über die Art des Eingriffs⁶⁸⁵ wurde von der Rechtsprechung nur am Rande behandelt. Da sie bisher weder zur Begründung noch zur Verneinung einer Aufklärungspflichtverletzung herangezogen wurde, kommt ihr nur untergeordnete Bedeutung zu.

scher Mastopathie.

⁶⁷⁹ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 587): Bei der Patientin bestand eine mäßige psycho-vegetabile Labilität, die sich vor allem als eine von Stimmungsschwankungen abhängige Fehlfunktion des Gefäßsystems äußerte. Vor der geplanten Operation traten allgemeine Angstanfälle, Besorgnisse und Alteriertheit auf. Die Patientin war aufgeregt.

⁶⁸⁰ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 587): Strumektomie; OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2328): Subkutane Mastektomie bei erhöhtem Krebsrisiko angesichts einer über mehrere Jahre bestehenden makrozystischen Mastopathie.

⁶⁸¹ OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1039); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 123); OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 123).

⁶⁸² OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 123); OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 123).

⁶⁸³ Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 180, 210 unter Hinweis auf Rummel/Reischauer, § 1299 Rn. 26.

⁶⁸⁴ OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18; OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154.

⁶⁸⁵ OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2015); OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 121); OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2368); OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24); OLG Linz 20.11.1991, 1 R 186/91, ÖRZ 1994/22 (S. 66).

(c) Indikation des Eingriffs

Eine Pflicht des Arztes, den Patienten darüber aufzuklären, daß das gewünschte Ergebnis des Eingriffs zweifelhaft ist, wurde bisher nur in einer Entscheidung zur Aufklärungspflicht bei kosmetischen Operationen⁶⁸⁶ angenommen. Wenn der Eingriff medizinisch nicht unmittelbar notwendig sei, wie etwa bei kosmetischen Operationen, sei im Rahmen der Aufklärung auch auf die Erfolgsaussichten des geplanten Eingriffs einzugehen.⁶⁸⁷ Dadurch solle es dem Patienten ermöglicht werden, frei zu entscheiden, ob er sich dem geplanten Eingriff unterziehen wolle.⁶⁸⁸

Ob der Patient darüber hinaus über weitere Umstände, die den geplanten Eingriff indizieren, aufzuklären sei, wurde dagegen von der Rechtsprechung noch nicht entschieden.

(d) Behandlungsalternativen

Eine Aufklärungspflicht über bestehende Behandlungsalternativen wurde vom Obersten Gerichtshof zuerst in einer Entscheidung aus dem Jahre 1983⁶⁸⁹ und dann in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1989⁶⁹⁰ angesprochen. Grundlegende Ausführungen zur Aufklärung über Behandlungsalternativen finden sich aber in einer späteren Entscheidung aus dem Jahre 1990.⁶⁹¹

Die Aufklärung über alternativ bestehende Behandlungsmethoden soll dazu dienen, dem Patienten eine selbstbestimmte Entscheidung über die Vornahme eines Eingriffs zu ermöglichen.⁶⁹²

Der Oberste Gerichtshof nimmt in seiner Rechtsprechung Bezug auf die Ausführungen der deutschen Rechtsprechung⁶⁹³ sowie auf entsprechende Darlegungen in der deutschen Literatur:⁶⁹⁴

Grundsätzlich brauche der Arzt nicht von sich aus dem Patienten alle theoretisch in Betracht kommenden Behandlungs- oder Operationsmöglichkeiten darlegen.⁶⁹⁵ Er müsse aber dann im Rahmen der Aufklärung auf andere zur Wahl ste-

⁶⁸⁶ OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520.

⁶⁸⁷ OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521.

⁶⁸⁸ OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521.

⁶⁸⁹ OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685.

⁶⁹⁰ OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18.

⁶⁹¹ OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152.

⁶⁹² OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130).

⁶⁹³ BGH 11.05.1982, VI ZR 171/80, NJW 1982, 2121; BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470; BGH 19.11.1985, VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; OLG Stuttgart 10.05.1990, 14 U 56/89, AHRS 5000/38.

⁶⁹⁴ Ehlers, *Ärztliche Aufklärung*, S. 85 ff.; Geiß, *Arzthaftpflichtrecht* (1. Auflage), S. 92; Kern/Laufs, *Aufklärungspflicht*, S. 64; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 426; Staudinger/Schäfer, § 823 Rn. 472, 476, 478; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 139; Soergel/Zeuner, § 823 Rn. 206.

⁶⁹⁵ OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130).

hende diagnostisch oder therapeutisch adäquate Behandlungsmethoden eingehen, wenn diese zu jeweils unterschiedlichen Risiken führen,⁶⁹⁶ mit unterschiedlich starker Schmerzbelastung verbunden seien oder unterschiedliche Erfolgschancen aufweisen würden.⁶⁹⁷ Gleiches gelte, wenn bei einer alternativen Operationsmethode ein besseres Ergebnis im kosmetischen Bereich in einer für den Patienten bedeutsamen Weise erzielt werden könne.⁶⁹⁸ Daneben wird für das Bestehen einer Aufklärungspflicht vorausgesetzt, daß eine echte Wahlmöglichkeit für den Patienten bestehe.⁶⁹⁹

Der Oberste Gerichtshof orientierte sich außerdem aber auch an der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes⁷⁰⁰ sowie den entsprechenden Ausführungen in der deutschen Literatur⁷⁰¹ zur Aufklärung über solche Behandlungsmethoden, die noch nicht dem allgemeinen medizinischen Standard entsprechen:

Eine Aufklärungspflicht über Behandlungsalternativen bestehe nicht, wenn neben der vom Arzt vorgeschlagenen Methode in der medizinischen Wissenschaft bessere Methoden beständen, die zwar schon in wenigen Spezialkliniken erprobt und angewendet würden, deren Entwicklung aber noch nicht abgeschlossen sei.⁷⁰²

Ist eine Spezialbehandlung, die sich weitgehend durchgesetzt habe, im Einweisungskrankenhaus aber nicht durchgeführt werden könne, angezeigt, müsse der Patient über die Möglichkeit der Durchführung dieser Behandlung an anderen Kliniken aufgeklärt werden.⁷⁰³

Da sich der Arzt laufend über die Weiterentwicklung der ärztlichen Wissenschaft zu unterrichten habe, sei der jeweils zumutbare Erkenntnisstand der Ärzte maßgebend dafür, ob über eine neu entwickelte Behandlungsmethode aufzuklären sei.⁷⁰⁴

⁶⁹⁶ OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 121); OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130 f.); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2370).

⁶⁹⁷ OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130 f.); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2370).

⁶⁹⁸ OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 131).

⁶⁹⁹ OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130); OGH 07.10.1993, 10 Ob 503/93, KRSIlg 776 (S. 2370).

⁷⁰⁰ BGH 28.02.1984, VI ZR 106/82, VersR 1984, 470; BGH 22.09.1987, VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17.

⁷⁰¹ MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 430; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 139; Soegel/Zeuener, § 823 Rn. 206.

⁷⁰² OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 130).

⁷⁰³ OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 131).

⁷⁰⁴ OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 132).

(2) Wegfall der Aufklärungspflicht

(a) Therapeutische Gründe

Der Gesichtspunkt des vom Arzt zu wahren Wohls des Patienten, der bei besonders ängstlichen Menschen zu einer Begrenzung des Umfangs der Aufklärung führe,⁷⁰⁵ könne in Grenzfällen auch einen völligen Wegfall der Aufklärungspflicht bewirken.⁷⁰⁶

Diese Möglichkeit des Wegfalls der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen wurde bereits in dem Grundsatzurteil des OGH vom 23.06.1982⁷⁰⁷ aufgezeigt. Zugleich ist dieses Urteil die einzige Entscheidung, in der ein völliger Wegfall der Aufklärungspflicht aufgrund einer mäßigen psycho-vegetabilen Labilität zugelassen wurde.⁷⁰⁸

(b) Aufklärungsverzicht

Die Möglichkeit des Wegfalls der Aufklärungspflicht bei Aufklärungsverzicht wird nur in wenigen Entscheidungen angesprochen.⁷⁰⁹ Die Aufklärung solle nicht gegen den Willen des Patienten erfolgen.⁷¹⁰ Der Arzt müsse in dem Gespräch mit dem Patienten herausfinden, inwieweit eine Aufklärung über mögliche Risiken der Operation gewünscht werde.⁷¹¹ Von den Umständen des Einzelfalles hänge ab, inwieweit allein aus dem Verhalten des Patienten geschlossen werden könne, daß er an einer Aufklärung nicht interessiert sei.⁷¹² Nur aus der fehlenden Frage des Patienten könne jedoch nicht auf einen Aufklärungsverzicht geschlossen werden.⁷¹³ Ein konkludenter Aufklärungsverzicht könne darin gesehen werden,⁷¹⁴ daß der Patient dem Arzt gegenüber sein Vertrauen bekunde und ihm die Entscheidung über die Vornahme des Eingriffs überlasse.⁷¹⁵

In der Grundsatzentscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 23.06.1982 wurde die Aufklärungspflicht des Arztes unter anderem auch wegen des konkludenten Aufklärungsverzichtes der Patientin verneint. Die Patientin habe sich auf-

⁷⁰⁵ Siehe oben Seite 92.

⁷⁰⁶ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586); vgl. OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 123).

⁷⁰⁷ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114.

⁷⁰⁸ Siehe oben Seite 96.

⁷⁰⁹ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114; OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207; OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154.

⁷¹⁰ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585).

⁷¹¹ OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1040).

⁷¹² OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 585 f.); vgl. OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122 f.).

⁷¹³ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586).

⁷¹⁴ Holzer, JBl 1983, S. 376, 377; Holzer, Haftung des Arztes, S. 63, 91.

⁷¹⁵ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586).

grund des zwischen ihr und dem Arzt bestehenden Vertrauensverhältnisses in die Behandlung begeben, ohne an einer besonderen Aufklärung über die spezifischen Operationsrisiken interessiert gewesen zu sein.⁷¹⁶ In weiteren zwei Entscheidungen wurde dagegen ein Verzicht des Patienten auf die Aufklärung durch den Arzt verneint.⁷¹⁷

(c) Allgemein bekannte Risiken

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist auch über die allgemein mit einem ärztlichen Eingriff verbundenen Risiken wie das Infektions-, Thrombose- oder Embolierisiko aufzuklären.⁷¹⁸

(3) Form der Aufklärung

Bisher beschäftigten sich nur wenige Entscheidungen mit der Form der ärztlichen Aufklärung. In ihnen wird zwar herausgestellt, daß die Aufklärung in einem persönlichen Gespräch zwischen Arzt und Patient zu erfolgen habe. Dieses Gespräch könne auch nicht durch schriftlich eingeholte Zustimmungserklärungen ersetzt werden.⁷¹⁹ Über die Art und Weise der Führung des Aufklärungsgespräches lassen sich diesen Entscheidungen kaum Vorgaben entnehmen. Da die Forderung, daß das Aufklärungsgespräch nicht beunruhigend wirken solle,⁷²⁰ im Zusammenhang mit dem bei der Bestimmung des Umfangs der Aufklärung vorrangig zu beachtenden Wohl des Patienten zu sehen ist, läßt dies darauf schließen, daß dem Arzt auch bei der Gestaltung des Aufklärungsgespräches von der Rechtsprechung ein gewisser Spielraum zugestanden wird.

(4) Zeitpunkt der Aufklärung

Allgemeine Kriterien dafür, bis zu welchem Zeitpunkt die Aufklärung noch rechtzeitig erfolgt, so daß dem Patienten eine ausreichende Überlegungsfrist verbleibt, wurden von der Rechtsprechung nicht entwickelt. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1994 hatte der Oberste Gerichtshof die Aufklärung am Vorabend einer stationär durchgeführten Operation als rechtzeitig angesehen, da der Patient durch die Aufklärung zu diesem Zeitpunkt nicht in eine psychische Zwangslage gebracht worden sei.⁷²¹

⁷¹⁶ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 587 f.).

⁷¹⁷ OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1040); OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122 f.).

⁷¹⁸ Siehe oben Seite 88.

⁷¹⁹ OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1040); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 455.

⁷²⁰ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 586); OGH 28.04.1993, 6 Ob 542/93, KRSIlg 769 (S. 2328).

⁷²¹ OGH 23.06.1994, 6 Ob 555/94, RdM 1995/1 (S. 16 f.).

Obwohl der Oberste Gerichtshof in dieser Entscheidung nicht ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Bezug nimmt, lehnt er sich inhaltlich doch deutlich an diese an.

Eine Aufklärungspflicht im Hinblick auf eine möglich werdene Operationserweiterung wurde dagegen schon früher von der Rechtsprechung behandelt. In das Aufklärungsgespräch vor einem operativen Eingriff sei die Möglichkeit, daß der Eingriff während des Verlaufs der Operation gegenüber dem ursprünglich geplanten Eingriff erweitert werden müsse, sowie die sich daraus ergebenden Risiken einzubeziehen.⁷²²

Beide Entscheidungen aus den Jahren 1964⁷²³ und 1994⁷²⁴ stehen in Abkehr zu einer früheren, von der Literatur kritisierten⁷²⁵ Entscheidung. In dieser wurde eine Aufklärungspflicht über alle sich möglicherweise als notwendig erweisenden operativen Maßnahmen vor Operationsbeginn noch verneint. Ebenso sei es dem Arzt im Sinne einer verantwortungsbewußten ärztlichen Behandlung nicht zuzumuten, die Operation abzubrechen, um die Einwilligung des Patienten einzuholen.⁷²⁶

b) Haftung für Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht

Der Arzt haftet für nachteilige Folgen der eigenmächtigen Behandlung, auch wenn der Eingriff kunstgerecht erfolgte.⁷²⁷

(1) Materiell-rechtliche Grundlagen der Haftung

Ansprüche wegen Aufklärungspflichtverletzungen sind vom Patienten gemäß § 1 JN⁷²⁸ vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen, da es sich um bürgerliche Rechtssachen handelt.

Das Behandlungsverhältnis zum Patienten ist grundsätzlich zivilrechtlicher Natur, ganz gleich, ob der Patient sich zu einem niedergelassenen Arzt in dessen

⁷²² OGH 15.12.1964, 8 Ob 342/64, EvBl 1965/217 (S. 325); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 59).

⁷²³ OGH 15.12.1964, 8 Ob 342/64, EvBl 1965/217.

⁷²⁴ OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9.

⁷²⁵ Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421, 435.

⁷²⁶ OGH 24.06.1959, 6 Ob 212/59, KRSIlg 630 (S. 1932).

⁷²⁷ OGH 25.03.1955, 7 Ob 111/55, SZ 28/83 (S. 205); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669 (S. 1967); OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 584); OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2014); OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2045); OGH 01.04.1987, 3 Ob 645/86, KRSIlg 705 (S. 2133); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 121); OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 336, 337; OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 03.09.1996, 2 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24); OLG Linz 20.11.1991, 1 R 186/91, ÖRZ 1994/22 (S. 66).

⁷²⁸ § 1. Die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen wird, soweit dieselben nicht durch besondere Gesetze vor andere Behörden oder Organe verwiesen sind, durch Bezirksgerichte, Bezirksgerichte für Handelssachen, Landesgerichte, Handelsgerichte, durch Oberlandesgerichte und durch den Obersten Gerichtshof (ordentliche Gerichte) ausgeübt.

Ordination oder in eine private oder öffentliche Krankenanstalt in Behandlung begibt.

Für private Krankenanstalten folgt dies aus § 39 Abs. 2 KAG.⁷²⁹ Da sich die in einer öffentlichen Krankenanstalt erbrachten medizinischen Leistungen in keiner Weise von denen in einer privaten Krankenanstalt unterscheiden, wird die Behandlung des Patienten in einer öffentlichen Krankenanstalt der Privatwirtschaftsverwaltung und nicht der Hoheitsverwaltung zugerechnet.⁷³⁰ Ansprüche aus dem Behandlungsverhältnis können daher nicht aufgrund des Amtshaftungsgesetzes geltend gemacht werden, sondern nur aufgrund der allgemeinen zivilrechtlichen Schadensersatzregeln.⁷³¹

Erbringt der Arzt bzw. Krankenhausträger Leistungen im Rahmen der Sozialversicherung, werden die Rechtsbeziehungen zwischen Patient und Arzt bzw. Patient und Krankenhausträger durch die Institution der sozialen Krankenversicherung nicht berührt.⁷³²

Das Behandlungsverhältnis kann aber ausnahmsweise öffentlich-rechtlichen Charakter haben, wenn der Arzt als Organ eines Rechtsträgers im Zuge der Hoheitsverwaltung tätig wird. Das ist beispielsweise anzunehmen, wenn ein Amtsarzt eine im Gesetz vorgesehene Impfung vornimmt oder ein Militärarzt in einem Heeresspital tätig wird. In diesen Fällen können die Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes Anwendung finden.⁷³³ Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AHG⁷³⁴ richtet sich die Haftung der Rechtsträger für ihre Organe nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, so daß auch insoweit die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründet ist, vgl. § 9 Abs. 1 AHG.⁷³⁵

⁷²⁹ § 39. (2) Die Rechte und Pflichten, die sich aus der Aufnahme in eine private Krankenanstalt ergeben, sind nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen.

⁷³⁰ OGH 17.02.1966, 1 Ob 2/66, EvBl 1966/257 (S. 321); OGH 11.12.1969, 1 Ob 237/69, SZ 42/188 (S. 613); Bydlinski, Kralik-FS, S. 345, 359 erwägt aber auf S. 360 das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages; Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 52; Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 117.

⁷³¹ OGH 17.02.1966, 1 Ob 2/66, EvBl 1966/257 (S. 321); Bydlinski, Kralik-FS, S. 345, 360; Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 52; Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 117; Rummel/Reischauer, § 1299 Rn. 28; Steiner, Medical Responsibility, A 92, Stellamor, Berufsordnung, S. 27.

⁷³² Bydlinski, Kralik-FS, S. 345, 350 und 352 f.; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 18; Steiner, Medical Responsibility, A 107; Stellamor, Berufsordnung, S. 28; Völk-Torggler, JBl 1984, S. 72, 73 f.

⁷³³ Steiner, Medical Responsibility, A 12, A 92; Stellamor, Berufsordnung, S. 43.

⁷³⁴ § 1. (1) ¹Der Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung - im folgenden Rechtsträger genannt - haften nach den Bestimmungen des öffentlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben; dem Geschädigten haftet das Organ nicht.

⁷³⁵ § 9. (1) Zur Entscheidung über die Klage des Geschädigten gegen den Rechtsträger auf Ersatz ist in erster Instanz das mit der Ausübung der Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Landgericht, in dessen Sprengel die Rechtsverletzung begangen wurde, ausschließlich zuständig.

(a) Anspruchsgrundlagen

Anspruchsgrundlage zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche ist § 1295 Abs. 1 ABGB.⁷³⁶ § 1295 Abs. 1 ABGB findet sowohl bei Übertretung einer Vertragspflicht als auch bei deliktischer Schädigung außerhalb von Vertragsverhältnissen Anwendung.⁷³⁷

Zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung ist aber bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit, § 1294 Satz 1 ABGB,⁷³⁸ zu unterscheiden.

In vertraglicher Hinsicht liegt Rechtswidrigkeit dann vor, wenn das Verhalten gegen eine Vertragspflicht verstößt.⁷³⁹ Bei Aufklärungspflichtverletzungen kann die Rechtswidrigkeit aus der Verletzung des zwischen Arzt bzw. Krankenhausträger und Patient geschlossenen Behandlungsvertrages resultieren. Aus dem Behandlungsvertrag ergibt sich die Pflicht des Arztes zur Aufklärung des Patienten.⁷⁴⁰ Diese Pflicht wird teils als Nebenleistungspflicht,⁷⁴¹ teils als Hauptleistungspflicht⁷⁴² verstanden.

In deliktsrechtlicher Hinsicht muß die Rechtswidrigkeit aus objektiven Normen und Prinzipien der Rechtsordnung, die das Verhältnis beliebiger Rechtssubjekte zueinander regeln, hergeleitet werden.⁷⁴³ Grundlage dafür ist die Einräumung absoluten Rechtsschutzes für bestimmte Rechtsgüter.⁷⁴⁴ Aus diesen absoluten Rechtsgütern ergeben sich bestimmte Verhaltensgebote.⁷⁴⁵ Verhaltenspflichten sind aber auch in Schutzgesetzen i. S. d. § 1311 Satz 2 ABGB⁷⁴⁶ normiert. Bei einem zivilrechtlichen Delikt kann die Rechtswidrigkeit daher in einem Eingriff in

⁷³⁶ § 1295. (1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

⁷³⁷ Bydlinski, JBl 1992, S. 341, 342.

⁷³⁸ § 1294. ¹Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines anderen; oder aus einem Zufalle.

⁷³⁹ Koziol, Haftpflichtrecht I, S. 93; Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 4.

⁷⁴⁰ OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; OGH 23.05.1984, 1 Ob 550/84, SZ 57/98 (S. 475); OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 25.01.1990, 7 Ob 727/89, VersR 1991, 488; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 58); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24); OGH 29.01.1997, 7 Ob 12/97h, RdM 1997/18 (S. 91).

⁷⁴¹ OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316, 317; Bernat, JAP 1990/91, S. 232, 234; Pitzl/Huber, RdM 1996, S. 113; Schramm/Stempkowski, RdM 1997, S. 136.

⁷⁴² Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 59; Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Schuldrecht BT, 75.A.V.4d, S. 492.

⁷⁴³ Bydlinski, JBl 1992, S. 341, 342.

⁷⁴⁴ Bydlinski, JBl 1992, S. 341, 342; Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 4.

⁷⁴⁵ Koziol, Haftpflichtrecht I, S. 93, 155.

⁷⁴⁶ § 1311. ²Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; hat er ein Gesetz; das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.

ein absolut geschütztes Rechtsgut oder in dem Verstoß gegen ein Schutzgesetz i. S. d. § 1311 Satz 2 ABGB bestehen.⁷⁴⁷

Bei der Eingriffsaufklärung wurde die Rechtswidrigkeit der Aufklärungspflichtverletzung in deliktsrechtlicher Hinsicht bisher mit dem Verstoß gegen die Verhaltensnorm des § 110 StGB⁷⁴⁸ als ein Schutzgesetz i. S. d. § 1311 Satz 2 ABGB begründet.⁷⁴⁹ § 110 StGB fordert eine Einwilligung des Patienten in geplante ärztliche Behandlungsmaßnahmen. Da die Wirksamkeit der Einwilligung eine ausreichende Aufklärung des Patienten voraussetzt,⁷⁵⁰ ergibt sich aus § 110 StGB die Verpflichtung des Arztes zur Aufklärung des Patienten vor ärztlichen Eingriffen. Teilweise wurde die Aufklärungspflicht des Arztes auch aus § 8 Abs. 3 KAG⁷⁵¹ abgeleitet.⁷⁵² Nach neuerer Rechtsprechung wird die

⁷⁴⁷ Steiner, Medical Responsibility, A 41.

⁷⁴⁸ § 110. *Eigenmächtige Heilbehandlung.* (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Anwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können.

(3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

Siehe auch § 499a StG, der bis zum Inkrafttreten des StGB am 01.01.1975 Geltung hatte: (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, macht sich einer Übertretung schuldig und wird mit Geldstrafe bis zu 25.000 S oder mit Arrest von drei Tagen bis zu drei Monaten, bei besonders erschwerenden Umständen aber mit strengem Arrest von einem bis zu sechs Monaten bestraft.

(2) Konnte der Täter die Einwilligung des Behandelten nicht rechtzeitig einholen, ohne dessen Leben oder Gesundheit ernsthaft zu gefährden, so ist die Eigenmacht nicht strafbar.

⁷⁴⁹ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 584); OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2014); OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 23.01.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/18 (S. 76); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 125); OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 133); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 59); bzgl. § 499a StG: OGH 20.01.1954, 1 Ob 5/54, KRSIlg 608 (S. 1906); OGH 16.02.1955, 2 Ob 84/55, KRSIlg 612 (S. 1912); OGH 15.12.1964, 8 Ob 342/64, EvBl 1965/217 (S. 325); OLG Linz 20.11.1991, 1 R 186/91, ÖRZ 1994/22 (S. 66).

⁷⁵⁰ OGH 15.12.1964, 8 Ob 342/64, EvBl 1965, 217 (S. 325); OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2045 f.); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 122); OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; vgl. OGH 25.03.1955, 7 Ob 111/55, SZ 28/83 (S. 205); vgl. OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 125); vgl. OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 132 f.); OLG Linz 20.11.1991, 1 R 186/91, ÖRZ 1994/22 (S. 66).

⁷⁵¹ § 8. (3) ¹Besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe dürfen an einem Pflege-ling nur mit dessen Zustimmung, wenn aber der Pflegling das 18. Lebensjahr noch nicht zurückge-legt hat oder er mangels geistiger Reife oder Gesundheit die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Behandlung nicht beurteilen kann, nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters durchge-führt werden. ²Die Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, daß der mit der Einholung der Zustimmung des Pfleglings oder seines gesetzlichen Vertreters oder mit der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters verbundene Aufschub das Leben gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre. ³Über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Behandlung entscheidet der ärztliche Leiter der Kranken-an-stalt oder der für die Leitung der betreffenden Anstaltsabteilung verantwortliche Arzt.

⁷⁵² OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 583); OGH 11.09.1984, 9 Os 121/84, JBl 1985, 304, 306.

Rechtswidrigkeit dagegen in der Verletzung der körperlichen Integrität als absolut geschütztes Rechtsgutes gesehen. Die Aufklärungspflicht des Arztes ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten als Rechtfertigungsgrund.⁷⁵³

Der Umfang der Ersatzpflicht bestimmt sich bei Körperverletzungen nach § 1325 ABGB.⁷⁵⁴ Danach sind sowohl die Heilungskosten und der entgangene und künftig entgehende Gewinn zu ersetzen als auch ein Schmerzensgeld zu zahlen.

(b) Anspruchsgegner

Der Anspruch des Patienten richtet sich bei Behandlungen durch einen niedergelassenen Arzt gegen den Arzt selbst.

Bei Krankenhausbehandlung ist er in vertraglicher Hinsicht gegen den Rechtsträger des Krankenhauses gerichtet, da der Patient üblicherweise mit diesem einen totalen Krankenaufnahmevertrag abschließt.⁷⁵⁵ Der Rechtsträger des Krankenhauses haftet dabei gemäß § 1313a ABGB⁷⁵⁶ für ein Verschulden der bei ihm tätigen Ärzte.⁷⁵⁷ Da zwischen dem Patienten und dem Krankenhausarzt keine Vertragsbeziehungen bestehen,⁷⁵⁸ ergibt sich ein Anspruch des Patienten gegen den Krankenhausarzt nur aus dem Deliktsrecht.⁷⁵⁹

Im Falle eines totalen Krankenaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag besteht neben dem Anspruch gegen den Krankenhausträger ein Anspruch des Patienten gegen den Krankenhausarzt selbst.⁷⁶⁰

⁷⁵³ OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 336, 337; OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24).

⁷⁵⁴ § 1325. Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst, und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.

⁷⁵⁵ Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 51.

⁷⁵⁶ § 1313a. Wer einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.

⁷⁵⁷ OGH 11.06.1952, 1 Ob 592/51, JBl 1953, 18, 19; OGH 06.10.1954, 3 Ob 508/54, KRSIlg 609 (S. 1907); OGH 17.02.1966, 1 Ob 2/66, EvBl 1966/257 (S. 321); OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 584); OGH 13.07.1982, 5 Ob 521/82, KRSIlg 679 (S. 2015); OGH 02.01.1985, 3 Ob 560/84, KRSIlg 696 (S. 2111); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; Bydlinski, Kralik-FS, S. 345, 358; Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 52 f.; Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 117; Steiner, Medical Responsibility, A 93; Voppichler, ÖJZ 1997, S. 93, 96.

⁷⁵⁸ Bydlinski, Kralik-FS, S. 345, 350; Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 51; Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Schuldrecht BT, 75.A.V.1, S. 487; Steiner, Medical Responsibility, A 93; Stel-lamor, Berufsordnung, S. 25; Voppichler, ÖJZ 1997, S. 93, 95 und 96.

⁷⁵⁹ Bydlinski, Kralik-FS, S. 345, 359; Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Schuldrecht BT, 75.A.V.1, S. 487; Rummel/Reischauer, § 1299 Rn. 24; Steiner, Medical Responsibility, A 12, A 42; Voppichler, ÖJZ 1997, S. 93, 95 und 96.

⁷⁶⁰ Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 54 f.

Bei einem gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag wie bei stationärer Behandlung durch Belegärzte haftet dagegen nur der Krankenhausarzt im Hinblick auf die persönlich vereinbarten medizinischen Leistungen.⁷⁶¹

In deliktsrechtlicher Hinsicht kann der Patient Ansprüche sowohl gegen den Arzt als auch gegen den Krankenhausträger geltend machen. Der Krankenhausträger haftet dabei gemäß § 1315 ABGB⁷⁶² für das schädigende Verhalten der bei ihm tätigen Ärzte.⁷⁶³ In diesem Fall treffen den Krankenhausträger entsprechende Organisations- und Kontrollpflichten, vgl. § 5a Nr. 2, 3 KAG⁷⁶⁴, um die Durchführung der Patientenaufklärung zu ermöglichen und sicherzustellen.⁷⁶⁵

(2) Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung

Die Haftung kann begrenzt sein, wenn die Zurechnung des Körper- oder Gesundheitsschadens zu dem rechtswidrigen ärztlichen Eingriff ausgeschlossen ist.

(a) Hypothetische Einwilligung

Die Haftung für den vom Arzt verursachten Schaden ist ausgeschlossen, wenn der Arzt einwenden kann, daß der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte.⁷⁶⁶ Begrifflich wird in diesem Zusammenhang teilweise von einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten gesprochen.⁷⁶⁷ Rechtlich handele es sich hierbei um den Einwand eines rechtmäßigen Alternativverhaltens.⁷⁶⁸

Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens wurde bereits in der Grundsatzentscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 23.06.1982⁷⁶⁹ für be-

⁷⁶¹ OGH 15.02.1983, 5 Ob 652/81, KRSIlg 686 (S. 2054); Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 55; Steiner, Medical Responsibility, A 95; Stellamor, Berufsordnung, S. 25 f.

⁷⁶² § 1315. Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.

⁷⁶³ OGH 11.06.1952, 1 Ob 592/51, JBl 1953, 18, 19; vgl. Bydlinski, JBl 1992, S. 341, 343.

⁷⁶⁴ § 5a. *Patientenrechte*. Durch die Landesgesetzgebung sind die Träger von Krankenanstalten unter Beachtung des Anstaltszwecks und des Leistungsangebotes zu verpflichten, daß [...]

2. Pfleglinge ihr Recht auf Aufklärung und Information über die Behandlungsmöglichkeiten samt Risiken ausüben können;

3. auf Wunsch des Pfleglings ihm oder Vertrauenspersonen medizinische Informationen durch einen zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt in möglichst verständlicher und schonungsvoller Art gegeben werden; [...].

⁷⁶⁵ Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 135, die jedoch von einer Erfüllungsgehilfenhaftung ausgeht.

⁷⁶⁶ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 584); OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521.

⁷⁶⁷ OGH 14.01.1992, 5 Ob 1573/91, JBl 1992, 391.

⁷⁶⁸ OGH 14.01.1992, 5 Ob 1573/91, JBl 1992, 391.

⁷⁶⁹ OGH 23.06.1982, 3 Ob 545/82, SZ 55/114 (S. 584).

achtlich gehalten. Auch in den nachfolgenden Entscheidungen wurde die Möglichkeit dieses Einwandes immer in Betracht gezogen.⁷⁷⁰

Der Oberste Gerichtshof⁷⁷¹ wendet sich damit klar gegen die in der österreichischen Literatur nur⁷⁷² von Koziol vertretene Ansicht, daß der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei unterlassener ärztlicher Aufklärung nicht beachtlich sei.⁷⁷³ Koziol⁷⁷⁴ stützt sich dabei auf die in der deutschen Literatur von Caemmerer⁷⁷⁵ ausgehende Auffassung, nach der die Entscheidungsfreiheit des Patienten unterlaufen würde, wenn der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens im Falle von Aufklärungspflichten beachtlich wäre.

Auch wenn der Oberste Gerichtshof die ablehnende Ansicht Koziols nicht teilt, berücksichtigte er in einer neueren Entscheidung die von diesem⁷⁷⁶ und in der deutschen Literatur von Giesen⁷⁷⁷ gegen den Einwand der hypothetischen Einwilligung geltend gemachten Bedenken insoweit, als er es als problematisch ansieht, die höchstpersönliche Entscheidung des Patienten nachzuvollziehen.⁷⁷⁸ An den Nachweis, daß der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte, sei daher ein strenger Maßstab anzulegen.⁷⁷⁹ Auf diesem Weg solle nicht das Aufklärungsrecht des Patienten unterlaufen werden können.⁷⁸⁰

(b) Schutzzweck der Norm

Nach diesem Kriterium besteht eine Haftung nur für solche durch ein rechtswidriges Verhalten verursachten Schäden, die die übertretene Verhaltensnorm ihrem Schutzzweck nach gerade verhindern sollte.⁷⁸¹ Von der Rechtsprechung wurde bisher im Zusammenhang mit Aufklärungspflichtverletzungen noch keine Haftungsbegrenzung unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm vorgenommen.

⁷⁷⁰ OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1038); OGH 23.01.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/18 (S. 77); OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 69/154 (S. 122); OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 132); OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; OGH 14.01.1992, 5 Ob 1573/91, JBl 1992, 391; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 59); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454 f.; OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24).

⁷⁷¹ OGH 14.01.1992, 5 Ob 1573/91, JBl 1992, 391.

⁷⁷² Dem OGH folgen Schwimann/Harrer, §§ 1301 f. Rn. 47, 49; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 8; Rummel/Reischauer, § 1299 Rn. 23b.

⁷⁷³ Koziol, Haftpflichtrecht I, S. 165 f. und Haftpflichtrecht II, S. 120.

⁷⁷⁴ Koziol, Haftpflichtrecht I, S. 167.

⁷⁷⁵ Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 34 ff.

⁷⁷⁶ Koziol, Haftpflichtrecht I, S. 165 f.

⁷⁷⁷ Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 117 f. Fn. 104.

⁷⁷⁸ OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 59).

⁷⁷⁹ OGH 23.01.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/18 (S. 77); OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 59); OLG Linz 20.11.1991, 1 R 186/91, ÖRZ 1994/22 (S. 66).

⁷⁸⁰ OLG Linz 20.11.1991, 1 R 186/91, ÖRZ 1994/22 (S. 66).

⁷⁸¹ Koziol/Welser, Grundriß I, S. 453.

Gemeint sind Fälle, in denen über aufklärungspflichtige Risiken einer Behandlung nicht aufgeklärt worden ist, sich dann aber ein nicht aufklärungspflichtiges Risiko derselben Behandlung realisiert hat. Die von Engljähringer⁷⁸² dargestellte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs betrifft nicht diese Fallkonstellation. Die Entscheidungen sind vielmehr überwiegend dem Problemkreis der Aufklärung über Behandlungsalternativen zuzuordnen.⁷⁸³ Engljähringer⁷⁸⁴ ist zwar darin zuzustimmen, daß Verletzungen der Aufklärungspflicht wegen mangelnder Aufklärung über Behandlungsalternativen im Ergebnis zu einer Haftung für nicht aufklärungsbedürftige Risiken der durchgeführten Behandlung führen können. Andererseits verwirklicht sich aber in diesem Fall gerade das aufklärungspflichtige Risiko „Behandlungsalternative“, denn eine entsprechende Aufklärung hätte dazu führen können, daß die schädigende Behandlung gar nicht durchgeführt worden wäre, sondern eine andere Form der Behandlung gewählt worden wäre.

(c) Hypothetische Kausalität

Der Einwand der hypothetischen bzw. überholenden Kausalität wurde im Zusammenhang mit der Haftung für Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht bisher nur in einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes aus dem Jahre 1996⁷⁸⁵ berücksichtigt. Danach sei die Schadenszurechnung zu begrenzen, wenn der Schaden auch bei Unterbleiben des ärztlichen Eingriffs als weitere Folge der Erkrankung des Patienten eingetreten wäre. Die Ersatzpflicht sei in diesen Fällen auf die Nachteile beschränkt, die durch die zeitliche Vorverlagerung des Schadens entstanden seien. Damit dem Schädiger die Folgen nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Erkrankung auch sonst eingetreten wäre, zugerechnet würden, müsse der Zeitpunkt des hypothetischen Schadenseintritts mit einiger Sicherheit bestimmt werden können. Es müsse feststehen, daß der Schaden auch ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre. Nicht ausreichend sei, daß der Schaden nur möglicherweise eingetreten wäre.⁷⁸⁶

Auch in zwei früheren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes wurde der Einwand der hypothetischen Kausalität behandelt. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1986⁷⁸⁷ wurde der Einwand zwar für möglich gehalten, aber nicht berücksichtigt, da der Beweis dafür nicht angetreten wurde.⁷⁸⁸ In der anderen Entscheidung aus dem Jahre 1983⁷⁸⁹ wurde die Aufhebung der Schadensersatzpflicht we-

⁷⁸² Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 120-123.

⁷⁸³ Vgl. auch Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 183 Fn. 26.

⁷⁸⁴ Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 122.

⁷⁸⁵ OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4.

⁷⁸⁶ OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 25).

⁷⁸⁷ OGH 23.01.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/19.

⁷⁸⁸ OGH 23.01.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/19 (S. 77).

⁷⁸⁹ OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685.

gen dieses Einwandes abgelehnt.⁷⁹⁰ Der Hinweis auf eine andere Entscheidung des Obersten Gerichtshofes⁷⁹¹ macht dabei deutlich, daß der Oberste Gerichtshof diesen Einwand generell nicht anerkennen wollte⁷⁹² und nicht nur dessen Voraussetzungen in diesem Fall als nicht gegeben ansah. Diese vom Obersten Gerichtshof zitierte Entscheidung betraf jedoch nicht die der Entscheidung zugrundeliegende Konstellation des Vorliegens einer krankhaften Schadensanlage beim Geschädigten. Der Oberste Gerichtshof befand sich daher im Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung, wonach er in anderen Fällen des Vorliegens einer Schadensanlage den Einwand der hypothetischen Kausalität stets anerkannt hatte.⁷⁹³ Das belegt ebenfalls die vom Obersten Gerichtshof neben der Entscheidung zitierte Literaturstelle.⁷⁹⁴

c) Prozessuale Durchsetzbarkeit von Aufklärungsmängeln

(1) Beweisregelung

(a) Beweislast

Die Beweislast für das Unterlassen der gebotenen Aufklärung durch den Arzt wurde in früheren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes⁷⁹⁵ dem Patienten auferlegt, ohne eine nähere Begründung für diese Beweislastverteilung zu geben.⁷⁹⁶ Mit der Beweislastverteilung hinsichtlich der gebotenen Aufklärung befaßte sich der Oberste Gerichtshof erst wieder in einer Entscheidung aus dem Jahre 1992,⁷⁹⁷ in der er mit der früheren Rechtsprechung brach und dem Arzt bzw. dem Krankenhausträger die Beweislast für die gebotene Aufklärung des Patienten auferlegte. Begründet wurde dies damit, daß die Unterlassung der Aufklärung des Patienten durch den Arzt keine Anspruchsvoraussetzung darstelle. Die Aufklärung sei vielmehr Voraussetzung für das Vorliegen eines die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die körperliche Integrität des Patienten ausschließenden Rechtfertigungsgrundes

⁷⁹⁰ OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2047).

⁷⁹¹ OGH 16.11.1955, 1 Ob 350/55, JBl 1956, 258: „Im übrigen vermag der Umstand, daß ein Schaden mehr oder weniger wahrscheinlich auch ohne die schadenbringende Handlung eingetreten wäre, [...] die Schadenersatzpflicht des Beschädigten nicht aufzuheben.“

⁷⁹² So auch die Interpretation von Holzer, *Arzt- und Arzneimittelhaftung*, S. 1, 13 f.

⁷⁹³ OGH 02.03.1962, 2 Ob 65/62, ZVR 1962/256 (S. 278); OGH 12.06.1979, 2 Ob 73/79, ZVR 1980/151 (S. 153 f.); vgl. Rummel/Reischauer, § 1302 Rn. 15; vgl. Schwimann/Harrer, § 1301 Rn. 36.

⁷⁹⁴ Koziol/Welser, *Grundriß I* (5. Auflage), S. 364.

⁷⁹⁵ OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 43); OGH 09.01.1957, 3 Ob 1/57, KRSIlg 621 (S. 1920); vgl. OGH 15.12.1964, 8 Ob 342/64, EvBl 1965/217 (S. 325).

⁷⁹⁶ OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 336, 337.

⁷⁹⁷ OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 336.

der Einwilligung des Patienten.⁷⁹⁸ Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes habe aber ganz allgemein der Schädiger zu beweisen.⁷⁹⁹

Mit dieser Entscheidung greift der Oberste Gerichtshof die gleichlautende unterinstanzliche Rechtsprechung auf.⁸⁰⁰ Er übernimmt damit ausdrücklich die in der österreichischen Literatur bisher nur von Holzer⁸⁰¹ vertretene Ansicht und stützt sich daneben auch auf die deutsche Literatur.⁸⁰² In der übrigen österreichischen Literatur wurde dagegen unter Hinweis auf die ältere Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof überwiegend von einer Beweislast des Patienten für die Unterlassung der gebotenen Aufklärung durch den Arzt ausgegangen.⁸⁰³ Vereinzelt wurde eine differenzierende Lösung vertreten. Danach trage der behandelnde Arzt nur bei schwierigeren oder gefährlicheren Eingriffen und Behandlungen die Beweislast für die erfolgte Aufklärung des Patienten.⁸⁰⁴

Holzer begründete seine Auffassung dogmatisch und kritisierte damit den Ansatz der früheren Rechtsprechung als unrichtig.⁸⁰⁵ Nach diesem Ansatz hat die Einwilligung des Patienten nicht die Funktion eines Rechtfertigungsgrundes, sondern ihr Fehlen ist Voraussetzung für die Begründung des Verstoßes gegen § 110 StGB als Schutzgesetz i. S. d. § 1311 Satz 2 ABGB. Indem der Oberste Gerichtshof mit dem Verstoß gegen §§ 110 StGB, 8 Abs. 3 KAG die Haftung des Arztes für nachteilige Folgen aus der Behandlung begründet, setzt er sich darüber hinweg, daß Körperverletzungen von dem Normzweck der §§ 110 StGB, 8 Abs. 3 KAG nicht erfaßt werden.⁸⁰⁶ Geschütztes Rechtsgut des § 110 StGB ist ausschließlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Sinne einer freien Entscheidung über die Durchführung der ärztlichen Behandlung.⁸⁰⁷ Die körperliche Integrität als solche wird nicht von § 110 StGB geschützt.⁸⁰⁸ Schlägt eine ohne

⁷⁹⁸ OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 336, 337; vgl. OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 455.

⁷⁹⁹ OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 336, 337.

⁸⁰⁰ OLG Linz 2 R 128/84, in: OGH 23.01.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/18 (S. 74); OLG Wien 30.06.1992, 13 R 197/91, in: OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 336, 337.

⁸⁰¹ Holzer, Haftung des Arztes, S. 63, 71 und 93; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 23.

⁸⁰² Baumgärtel/Baumgärtel, Beweislast I (2. Auflage), § 823 BGB Anhang C II Rn. 44, 50; Deutsch, Arztrecht (2. Auflage), S. 157; Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 192.

⁸⁰³ Schwimann/Harrer, § 1300 Rn. 38; Haslinger, AnwBl 1994, S. 866, 871; Rummel/Reischauer, § 1299 Rn. 26 im Widerspruch zu Rn. 23b, wo Reischauer von einem Eingriff in das absolute Rechtsgut der körperlichen Integrität, in das ohne Rechtfertigungsgrund nicht eingegriffen werden darf, ausgeht. Daher sei die Einwilligung zu beweisen bzw. daß sie erteilt worden wäre.

⁸⁰⁴ Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Schuldrecht BT, 75.A.V.4d, S. 491 f.

⁸⁰⁵ Holzer, JBl 1983, S. 376; Holzer, Haftung des Arztes, S. 63, 87; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 4.

⁸⁰⁶ Holzer, JBl 1983, S. 376; Holzer, Haftung des Arztes, S. 63, 64 f.; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 4; Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 79.

⁸⁰⁷ Aigner/Emberger/Fössl-Emberger, Haftung, S. 180; Bertel/Schwaighofer, Strafrecht BT I, § 110 Rn. 1, S. 111; Kienapfel, Strafrecht BT I, § 110 Rn. 3, S. 312; Leukauf/Steininger, § 110 Rn. 1; Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 90, 121.

⁸⁰⁸ Aigner/Emberger/Fössl-Emberger, Haftung, S. 180; Kienapfel, Strafrecht BT I, § 110 Rn. 3, S. 312; Leukauf/Steininger, § 110 Rn. 1; Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 90.

wirksame Einwilligung des Patienten vorgenommene ärztliche Behandlung fehl, kann dem Arzt daher der Erfolg in Form einer Körperverletzung mangels Rechtswidrigkeitszusammenhang nicht nach § 110 StGB zugerechnet werden.⁸⁰⁹ Die Änderung der Rechtsprechung zur Beweislastverteilung bei Aufklärungspflichtverletzungen ist daher im Zusammenhang mit der geänderten Rechtsprechung zur Begründung der Rechtswidrigkeit des ärztlichen Eingriffs bei fehlender Einwilligung des Patienten⁸¹⁰ zu sehen. In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes hat sich dieser dogmatische Ansatz des achten Senates nach der Entscheidung vom 12.11.1992 noch nicht voll durchgesetzt. Diese Rechtsprechung wurde in einigen nachfolgenden Entscheidungen bestätigt.⁸¹¹ Der erste Senat ging jedoch in einer späteren Entscheidung, die zwar nicht die Frage der Beweislastverteilung hinsichtlich der ärztlichen Aufklärung berührt, noch von einem Verstoß gegen § 110 StGB als Schutzgesetz i. S. d. § 1311 Satz 2 ABGB als Voraussetzung für eine Haftung des Arztes bzw. des Krankenhausträgers aus.⁸¹²

Dogmatisch überzeugender ist der Ansatz der neueren Rechtsprechung, wonach die Aufklärung eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung des Patienten darstellt. Dieser Ansatz kann jedoch nur für das Deliktsrecht Gültigkeit haben, da nach den allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechtes der Patient die Verletzung der Aufklärungspflicht als einer Verpflichtung aus dem Behandlungsvertrag zu beweisen hätte. Der Oberste Gerichtshof läßt ungeklärt, inwiefern seine neue Rechtsprechung auch auf die Verletzung vertraglicher Pflichten zu beziehen ist. Da auf der Grundlage vertraglicher Haftung nach § 1325 ABGB neben Schadensersatzansprüchen auch Schmerzensgeld beansprucht werden kann, werden wegen der im Vertragsrecht, § 1313a ABGB, gegenüber dem Deliktsrecht, § 1315 ABGB, verschärften Gehilfenhaftung Ansprüche aus Aufklärungspflichtverletzung eher auf vertraglicher Grundlage geltend gemacht.

(b) Beweiswürdigung

Da bis zu der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 12.11.1992⁸¹³ der Nachweis der Aufklärung nicht dem Arzt oblag, finden sich in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bisher keine Hinweise darauf, inwieweit möglichen Beweisschwierigkeiten des Arztes bei der Beweiswürdigung Rechnung getragen werden kann.

⁸⁰⁹ Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 91.

⁸¹⁰ Siehe oben Seite 105.

⁸¹¹ OGH 27.10.1993, 6 Ob 1641/93, KRSlg 777 (S. 2371); OGH 11.01.1996, 2 Ob 505/96, RdM 1996/11 (S. 89).

⁸¹² OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 59).

⁸¹³ OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 336.

Eine Niederschrift über die erfolgte Aufklärung ist gemäß § 24 Abs. 3 KAG erforderlich. Zweck dieser Niederschrift ist es unter anderem, Art und Umfang der Aufklärung außer Zweifel zu stellen.⁸¹⁴

(2) Einwände des Arztes

(a) Hypothetische Einwilligung

Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens wurde von der Rechtsprechung zwar stets als möglich angesprochen, bisher aber in noch keinem Fall anerkannt.

Die Beweislast für diesen Einwand obliege dem Arzt bzw. dem beklagten Krankenhausträger.⁸¹⁵

Beweiserleichterungen für den Arzt durch die Auferlegung von Substantiierungspflichten für den Patienten wurden bisher nur in zwei oberlandesgerichtlichen Entscheidungen⁸¹⁶ begründet. Danach habe der Patient plausible Gründe darzulegen, daß er bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Behandlung abgelehnt hätte. Nicht ausreichend sei dafür die bloße Behauptung des Patienten, daß er den Eingriff bei richtiger und vollständiger Aufklärung abgelehnt hätte, sofern dies nicht selbstverständlich sei. Der Patient müsse vielmehr in nachvollziehbarer Weise darlegen, daß er bei entsprechender Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, aus dem heraus eine Ablehnung der Einwilligung in die Behandlung zum damaligen Zeitpunkt verständlich erscheine. Zweck dieser Substantiierungspflicht sei es, einem Mißbrauch des Aufklärungsrechtes allein für Haftungszwecke entgegen zu wirken.⁸¹⁷ Das Oberlandesgericht Linz stützt sich insoweit auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.⁸¹⁸ Diese Rechtsprechung wurde vom Obersten Gerichtshof aber bisher nicht übernommen.

(b) Hypothetische Kausalität

Die Behauptungs- und Beweislast für diesen Einwand obliegt dem Arzt.⁸¹⁹

⁸¹⁴ OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494.

⁸¹⁵ OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 (S. 1038); OGH 23.01.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/18 (S. 77); OGH 21.09.1989, 8 Ob 535/89, SZ 62/154 (S. 122); OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 132); OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 59); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454 f.; OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24); OLG Linz 20.11.1991, 1 R 186/91, ÖRZ 1994/22 (S. 66).

⁸¹⁶ OLG Linz 20.11.1991, 1 R 186/91, ÖRZ 1994/22 (S. 66); OLG Graz 08.11.1994, 5 R 129/94, wiedergegeben in: OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454.

⁸¹⁷ OLG Linz 20.11.1991, 1 R 186/91, ÖRZ 1994/22 (S. 66).

⁸¹⁸ BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103.

⁸¹⁹ OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 25).

d) Zusammenfassung

Eine Entwicklung der Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung setzte erst in dem Moment ein, als die Bestimmung des Umfangs der erforderlichen Aufklärung des Patienten durch den Arzt als eine in der Revision überprüfbare Rechtsfrage angesehen wurde.⁸²⁰ Die sich anschließende Rechtsprechung beschäftigte sich schwerpunktmäßig mit der Aufklärung über die Risiken eines ärztlichen Eingriffs.⁸²¹ Eine Verlagerung hinsichtlich des Gegenstandes der Aufklärungspflicht deutete sich mit Beginn der 1990er Jahre an. Mit der Aufklärungspflicht über bestehende Behandlungsalternativen beschäftigt sich der Oberste Gerichtshof grundlegend in einer Entscheidung aus dem Jahre 1990.⁸²² Eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes aus dem Jahre 1994⁸²³ befaßt sich erstmals mit Fragen des Zeitpunkts der Aufklärung. Mängel hinsichtlich der Aufklärung über Umstände, die die Behandlung indizieren, finden dagegen bisher nur am Rande Berücksichtigung.⁸²⁴

Die Rechtsprechung in Österreich übernimmt Vorgaben der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes. Wegen der erst mit dem Urteil des Obersten Gerichtshofes aus dem Jahre 1982 geänderten Rahmenbedingungen setzt die Entwicklung in Österreich zeitversetzt zu der in Deutschland ein. Es ist daher auch in der österreichischen Rechtsprechung eine zunehmende Ausdifferenzierung der Anforderungen an den Gegenstand der ärztlichen Aufklärung zu erwarten. Hintergrund dieser Tendenz in der Rechtsprechung ist das Bestreben, dem Patienten durch die Aufklärung eine selbstbestimmte Entscheidung über die Vornahme ärztlicher Eingriffe zu ermöglichen.

Ein Entgegenkommen gegenüber dem Arzt in prozessualer Hinsicht war bis zur Änderung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Beweislastverteilung im Jahre 1992⁸²⁵ hinsichtlich der erbrachten Aufklärung nicht geboten.

Diese Entwicklung steht im Widerspruch zu der eigentlichen Grundhaltung der österreichischen Rechtsprechung, wonach das Wohl des Patienten Vorrang vor seinem Selbstbestimmungsrecht habe.⁸²⁶ Eine Begrenzung des Umfangs der Aufklärung bis hin zu einem völligen Wegfall der Aufklärungspflicht wird unter dem Gesichtspunkt des Wohls des Patienten im Einzelfall zwar immer für möglich gehalten, war aber bisher nur von geringer praktischer Bedeutung.⁸²⁷

⁸²⁰ Siehe oben Seite 86-87.

⁸²¹ Siehe oben Seite 88.

⁸²² OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152.

⁸²³ OGH 23.06.1994, 6 Ob 555/94, RdM 1995/1 (S. 16).

⁸²⁴ Siehe oben Seite 97.

⁸²⁵ Siehe oben Seite 109.

⁸²⁶ Siehe oben Seite 92.

⁸²⁷ Siehe oben Seite 95.

3. Einflüsse durch die Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsfehler?⁸²⁸

a) *Anspruchsgrundlagen*

Anspruchsgrundlage für Ansprüche aus Behandlungsfehlern ist § 1295 Abs. 1⁸²⁹ i. V. m. § 1325 ABGB.⁸³⁰ Die Anspruchsvoraussetzungen entsprechen im wesentlichen denen bei Ansprüchen aus Aufklärungspflichtverletzungen.

Bei ärztlichen Behandlungsfehlern kann sich die Rechtswidrigkeit aus dem Behandlungsvertrag oder einem zivilrechtlichen Delikt ergeben.

Die Rechtsnatur des Behandlungsvertrages war lange Zeit umstritten,⁸³¹ da weder die Regeln des Dienstvertrages, §§ 1153 ff. ABGB, noch die des Werkvertrages, §§ 1165 ff. ABGB, als im ABGB typisierte Verträge als passend empfunden wurden.⁸³² Heute differenzieren der Oberste Gerichtshof und die überwiegende Meinung in der Literatur nach dem Inhalt des Behandlungsvertrages. Da der Arzt eine fachgerechte, dem objektiven und typischen Standard des jeweiligen Faches entsprechende Behandlung, nicht aber einen bestimmten Erfolg schuldet,⁸³³ wird bei ärztlichen Behandlungen einschließlich kosmetischer Operationen, bei denen der Behandlungserfolg nicht vorhersehbar und steuerbar ist, ein freier Dienstvertrag angenommen.⁸³⁴ Der freie Dienstvertrag ist nicht im ABGB geregelt. Es handelt sich um einen gemischten Vertrag, der Elemente des Dienst- und des Werkvertrages enthält.⁸³⁵ Wie bei einem Dienstvertrag schuldet der Dienstnehmer nur die sorgfältige Ausführung der vereinbarten Tätigkeit, nicht aber ei-

⁸²⁸ Zur Problemstellung siehe oben, Seite 70 (*Deutschland*). Die Problematik des „Auffangtatbestandes“ wird auch von der *österreichischen Literatur* behandelt: Gaisbauer, JBl 1994, S. 352, 353 f.; Pitzl/Huber, RdM 1996, S. 113; Prose, Haftung des Arztes, S. 101, 102.

⁸²⁹ § 1295. (1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

⁸³⁰ § 1325. Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst, und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.

⁸³¹ Der OGH ging früher meist von einem Werkvertrag aus: OGH 11.06.1952, 1 Ob 592/51, JBl 1953, 18; OGH 10.02.1964, 1 Ob 15/64, JBl 1964, 515, 516. Ebenso WK/Bertel, § 110 Rn. 23; Völk-Torggler, JBl 1984, S. 72, 82 f.

⁸³² Vgl. Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 39-42 und Völk-Torggler, JBl 1984, S. 72, 75-82.

⁸³³ OGH 23.05.1984, 1 Ob 550/84, SZ 57/98 (S. 474); OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Schuldrecht BT, 75.A.V.2, S. 488; Pitzl/Huber, RdM 1996, S. 113; Rummel/Reischauer, § 1298 Rn. 26; Stellamor, Berufsordnung, S. 24; Voppichler, ÖJZ 1997, S. 93, 95.

⁸³⁴ OGH 23.05.1984, 1 Ob 550/84, SZ 57/98 (S. 474); OGH 26.04.1988, 4 Ob 531/88, JBl 1989, 110, 111; OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; Bydlinski, Kralik-FS, S. 345, 354 f.; Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 43, 45; Rummel/Krejci, §§ 1165, 1166 Rn. 15; Speiser, ÖJZ 1988, S. 744, 745; Stellamor, Berufsordnung, S. 23 f.; Voppichler, ÖJZ 1997, S. 93, 94 und 95.

⁸³⁵ Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 36.

nen von dieser unterscheidbaren, vertraglich umschriebenen konkreten Erfolg. Diese Dienstleistung erbringt der Verpflichtete aber wie bei einem Werkvertrag persönlich selbständig und ungebunden.⁸³⁶

Liegt der Schwerpunkt der medizinischen Behandlung auf den technischen und handwerklichen Fähigkeiten des Arztes, ist ein Werkvertrag anzunehmen.⁸³⁷ Der Arzt schuldet einen bestimmten Arbeitserfolg, etwa die Herstellung eines körperlichen Werkes wie bei einem Teil der Zahnbehandlung oder bei der Erstellung von Befunden.⁸³⁸

Deliktsrechtlich kommt ein Verstoß gegen § 22 Abs. 1 ÄG⁸³⁹ und § 8 Abs. 2 KAG⁸⁴⁰ als Schutzgesetze i. S. d. § 1311 Satz 2 ABGB⁸⁴¹ in Betracht.⁸⁴² Auch danach schuldet der Arzt eine fachgerechte Behandlung.

b) Prozessuale Geltendmachung von Behandlungsfehlern

Der Patient hat neben dem Vorliegen des Gesundheitsschadens, vgl. § 1293 ABGB,⁸⁴³ den Kausalzusammenhang zwischen dem Gesundheitsschaden und dem Verhalten des Arztes zu beweisen.⁸⁴⁴ Nach den allgemeinen Regeln des Beweisrechtes muß der klagende Patient außerdem bei vertraglicher Haftung die Vertragsverletzung durch den Arzt, bei deliktsrechtlicher Haftung die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Verhaltens beweisen. Während der Patient bei der deliktsrechtlichen Haftung zudem noch das Verschulden des Arztes nachzuweisen hat,

⁸³⁶ Bydlinski, Kralik-FS, S. 345, 349; Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 37; Rummel/Krejci, § 1151 Rn. 83, §§ 1165, 1166 Rn. 15; Schwimann/Grillberger, § 1151 Rn. 27.

⁸³⁷ Bydlinski, Kralik-FS, S. 345, 354; Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 43; Voppichler, ÖJZ 1997, S. 93, 94.

⁸³⁸ OGH 23.05.1984, 1 Ob 550/84, SZ 57/98 (S. 474); OGH 12.03.1991, 5 Ob 514/91, eolex 1991, 453; Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 45; Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Schuldrecht BT, 75.Ä.V.2, S. 488; Speiser, ÖJZ 1988, S. 744, 745; Stellamor, Berufsordnung, S. 24; Voppichler, ÖJZ 1997, S. 93, 94.

⁸³⁹ § 22. (1) ¹Der Arzt ist verpflichtet, jeden von ihm in ärztliche Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken ohne Unterschied der Person gewissenhaft zu betreuen. ²Er hat hiebei nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung, sowie unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren.

⁸⁴⁰ § 8. (2) Pflege von Krankenanstalten dürfen nur nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft ärztlich behandelt werden.

⁸⁴¹ § 1311. ²Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; hat er ein Gesetz; das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.

⁸⁴² Voppichler, ÖJZ 1997, S. 93, 95.

⁸⁴³ § 1293. ¹Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. ²Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.

⁸⁴⁴ OGH 07.04.1981, 5 Ob 550/81, KRSIlg 674 (S. 1991); OGH 07.05.1985, 2 Ob 544/85, JBl 1986, 576, 577; OGH 12.11.1987, 7 Ob 708/87, KRSIlg 707 (S. 2144); OGH 16.03.1989, 8 Ob 525, 526/88, SZ 62/53 (S. 311); OGH 17.06.1992, 2 Ob 538/92, JBl 1993, 316, 319; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 55); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 07.11.1995, 4 Ob 554/95, SZ 68/207 (S. 630); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24).

kommt ihm bei vertraglicher Haftung die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB⁸⁴⁵ zugute.

Nach dem Behandlungsvertrag schuldet der Arzt eine sorgfältige Behandlung. Der Inhalt der dem Arzt obliegenden Sorgfaltspflichten kann aber letztlich erst unter Anwendung des bei Ärzten verschärften Fahrlässigkeitsmaßstabes des § 1299 ABGB⁸⁴⁶ auf die konkrete Situation bestimmt werden.⁸⁴⁷ § 1299 ABGB begründet hinsichtlich der Fähigkeiten und Kenntnisse des Arztes einen objektiven Maßstab.⁸⁴⁸ Eine Trennung zwischen objektivem Sorgfaltsverstoß als Teil der Rechtswidrigkeit und subjektiver Vorwerfbarkeit als Verschulden ist daher im Bereich der Berufshaftung i. d. R. nicht möglich.⁸⁴⁹ Steht eine Vertragsverletzung fest, ist zugleich auch das Verschulden nach § 1296 ABGB⁸⁵⁰ erwiesen. Für eine Beweislastverteilung nach § 1298 ABGB bleibt dann kein Raum mehr.⁸⁵¹

Der Oberste Gerichtshof ist daher auch stets davon ausgegangen, daß der Patient den Behandlungsfehler nachzuweisen habe.⁸⁵² Ein Behandlungsfehler läge dann vor, wenn die Behandlung des Arztes den anerkannten Regeln der Medizin zuwider laufe.⁸⁵³ Der Behandlungsfehler entspricht damit aber inhaltlich der Sorgfaltspflichtverletzung. Der Beweis des Behandlungsfehlers ist Nichterfüllungsbe-

⁸⁴⁵ § 1298. Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob.

⁸⁴⁶ § 1299. ¹Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten. ²Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt, oder, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können; so fällt zugleich dem letzteren ein Versehen zur Last.

⁸⁴⁷ Bydlinski, JBl 1992, S. 341, 348.

⁸⁴⁸ OGH 15.02.1983, 5 Ob 652/81, KRSIlg 686 (S. 2055); OGH 09.09.1986, 2 Ob 599/85, JBl 1987, 104, 106; Bydlinski, JBl 1992, S. 341, 344; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 9; Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 182 f.

⁸⁴⁹ Bydlinski, JBl 1992, S. 341, 348; Kleewein, ÖJZ 1993, S. 161, 162; vgl. OGH 09.09.1986, 2 Ob 599/85, JBl 1987, 104, 106.

⁸⁵⁰ § 1296. Im Zweifel gilt die Vermutung, daß ein Schade ohne Verschulden eines anderen entstanden sei.

⁸⁵¹ Rummel/Reischauer, § 1298 Rn. 3, 26; abweichend, aber ohne Einfluß auf das Ergebnis OGH 15.02.1983, 5 Ob 652/81, KRSIlg 686 (S. 2054).

⁸⁵² OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 44); OGH 30.03.1981, 6 Ob 582/81, KRSIlg 673 (S. 1985); OGH 07.04.1981, 5 Ob 550/81, KRSIlg 674 (S. 1991); OGH 15.02.1983, 5 Ob 652/81, KRSIlg 686 (S. 2053 f.); OGH 16.03.1989, 8 Ob 525, 526/88, SZ 62/53 (S. 311); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 55); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 07.11.1995, 4 Ob 554/95, SZ 68/207 (S. 630); OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b, RdM 1997/4 (S. 24).

⁸⁵³ OGH 10.02.1976, 5 Ob 509/76, KRSIlg 666 (S. 1964); OGH 30.01.1981, 6 Ob 582/81, KRSIlg 673 (S. 1985); OGH 07.04.1981, 5 Ob 550/81, KRSIlg 674 (S. 1991); OGH 15.02.1983, 5 Ob 652/81, KRSIlg 686 (S. 2053); OGH 16.03.1989, 8 Ob 525, 526/88, SZ 62/53 (S. 310 f.); OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520, 521; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 54 f.); OGH 31.01.1995, 4 Ob 509/95, JBl 1995, 453, 454; OGH 07.11.1995, 4 Ob 554/95, SZ 68/207 (S. 629); Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 119; Rummel/Reischauer, § 1299 Rn. 25.

weis im Sinne eines Sorgfaltsverletzungsbeweises.⁸⁵⁴ Der sich anschließende Hinweis in Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes auf § 1298 ABGB geht in die Irre.

Für den Kausalitäts-⁸⁵⁵ und den Verschuldensbeweis⁸⁵⁶ läßt der Oberste Gerichtshof den Anscheinsbeweis zu.⁸⁵⁷

Neuerdings hat der Oberste Gerichtshof eine weitere Beweiserleichterung bei Verletzung der Dokumentationspflicht des Arztes angenommen.⁸⁵⁸ Weil die ärztliche Dokumentation im Rahmen der ordnungsgemäßen Erfüllung des Behandlungsvertrages geschuldet werde,⁸⁵⁹ stelle die unvollständige ärztliche Dokumentation eine Sorgfaltspflichtverletzung dar. Da diese im Bereich des Arztes liege, trete eine Beweiserleichterung zugunsten des Patienten ein. Sie begründe die Vermutung, daß eine nicht dokumentierte Maßnahme vom Arzt auch nicht getroffen worden sei.⁸⁶⁰ Dadurch sollen die dem Patienten durch die Verletzung der Dokumentationspflicht eingetretenen größeren Schwierigkeiten, einen ärztlichen Behandlungsfehler nachzuweisen, ausgeglichen werden, um auch für die Prozeßführung eine gerechte Rollenverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis zu schaffen.⁸⁶¹

Die Beweiserleichterung bei Verletzung der ärztlichen Dokumentationspflicht wurde erstmals in einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 25.01.1994⁸⁶² anerkannt. Der Oberste Gerichtshof nimmt mit dieser Rechtsprechung Bezug auf die des Bundesgerichtshofes⁸⁶³ sowie auf die deutsche Literatur.⁸⁶⁴

⁸⁵⁴ Rummel/Reischauer, § 1298 Rn. 26.

⁸⁵⁵ OGH 11.06.1952, 1 Ob 592/51, JBl 1953, 18; OGH 29.06.1955, 1 Ob 312/55, KRSIlg 615 (S. 1916); OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 44); OGH 04.02.1959, 1 Ob 504/58, JBl 1960, 188, 191; OGH 15.03.1960, 4 Ob 508/60, KRSIlg 633 (S. 1933); OGH 07.04.1981, 5 Ob 550/81, KRSIlg 674 (S. 1991); OGH 02.10.1984, 3 Ob 560/84, KRSIlg 712 (S. 2146); OGH 02.01.1985, 3 Ob 560/84, KRSIlg 696 (S. 2114); OGH 16.03.1989, 8 Ob 525, 526/88, SZ 62/53 (S. 311); OGH 08.07.1993, 2 Ob 590/92, JBl 1994, 540, 542; OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 55); OGH 07.11.1995, 4 Ob 554/95, SZ 68/207 (S. 630).

⁸⁵⁶ OGH 13.02.1962, 8 Ob 40/62, EvBl 1962/309 (S. 393).

⁸⁵⁷ Voraussetzungen und Wirkungen entsprechen dem deutschen Zivilprozeßrecht, siehe dazu oben, Seite 73 (*Deutschland*) sowie OGH 11.11.1987, 3 Ob 623/86, JBl 1988, 244, 245; OGH 31.05.1990, 6 Ob 702/89, SZ 63/90 (S. 451); OGH 10.10.1991, 6 Ob 604/91, JBl 1992, 522, 523; Ballon, Zivilprozeßrecht, S. 141 f.; Fasching, Zivilprozeßrecht, Rn. 893 ff., S. 468 f.; Gschnitzer, JBl 1953, S. 18; Rechberger/Simotta, Zivilprozeßrecht, Rn. 595 ff., S. 309 f.

⁸⁵⁸ OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 57); OGH 07.11.1995, 4 Ob 554/95, SZ 68/207 (S. 630).

⁸⁵⁹ OGH 23.05.1984, 1 Ob 550/84, SZ 57/98 (S. 475 f.); OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 57); OLG Linz 03.06.1982, 5 R 90/82, ÖKZ 1982, 524, 525.

⁸⁶⁰ OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 57).

⁸⁶¹ OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9 (S. 57); OGH 07.11.1995, 4 Ob 554/95, SZ 68/207 (S. 630).

⁸⁶² OGH 25.01.1994, 1 Ob 532/94, SZ 67/9.

⁸⁶³ BGH 28.06.1988, VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949; BGH 24.01.1989, VI ZR 170/88, NJW 1988, 2330, 2331.

⁸⁶⁴ Giesen, Arzthaftungsrecht (1. Auflage), S. 229; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 611, S. 347.

c) Vergleich mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung

Die Rechtsprechung zur Haftung für Behandlungsfehler hat sich hinsichtlich der damit zusammenhängenden Beweisfragen kaum bewegt. Eine deutliche Beweiserleichterung für den Patienten hinsichtlich des Beweises des Kausalzusammenhanges ist mit dem Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 25.01.1994 eingetreten. Da eine für den Patienten günstige Beweislage hinsichtlich der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht erst mit einem Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 12.11.1992 geschaffen wurde, sind Feststellungen über Zusammenhänge zwischen der Entwicklung der Rechtsprechung zur Beweisführung bei Behandlungsfehlern und der Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung aufgrund des geringen Fallmaterials spekulativ. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung in Österreich hat zeitversetzt zu der in Deutschland eingesetzt, so daß in Zukunft mit einer weiteren Ausdifferenzierung der Anforderungen an die Durchführung der Aufklärung zu rechnen ist. Dem würde die Tendenz in der Rechtsprechung zu einer Erleichterung der Beweisführung bei Verletzung der Dokumentationspflicht entgegenlaufen. Sie entspricht andererseits der schon in Deutschland zu beobachtenden Zielsetzung, die Position des Patienten zu stärken.

III. Schweiz

1. Rechtliche Begründung der ärztlichen Aufklärungspflicht

Die ärztliche Aufklärungspflicht besteht als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag zwischen Arzt bzw. Spitalträger und Patient.⁸⁶⁵

Deliktsrechtlich wird die Pflicht des Arztes zur Aufklärung des Patienten aus dem Recht des Patienten auf Selbstbestimmung⁸⁶⁶ und auf Wahrung der körperlichen Integrität⁸⁶⁷ abgeleitet, welche in dem ungeschriebenen verfassungsmäßigen Recht auf persönliche Freiheit begründet sind.⁸⁶⁸ Privatrechtlich wird dieses Persönlichkeitsrecht durch Art. 28 Abs. 1 ZGB⁸⁶⁹ gewährleistet.⁸⁷⁰

⁸⁶⁵ BG 23.10.1990, BGE 116 II 519, 521; BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 235); Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 88 Nr. 27 (S. 89, 92); Ott, Haftung des Arztes, S. 30, 34; abweichend Mainardi-Speziali, Ärztliche Aufklärungspflichten, S. 96, 97 ff., die eine Hauptpflicht annimmt.

⁸⁶⁶ BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 956); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 200; vgl. BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898).

⁸⁶⁷ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 300); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 955); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 200.

⁸⁶⁸ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 300); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 956); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 200; BG 26.11.1992, BGE 118 Ia 427, 434.

⁸⁶⁹ Art. 28. (1) Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen.

⁸⁷⁰ Tuor/Schnyder/Schmid, ZGB, § 11 I S. 88, § 11 III b, S. 93.

2. Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung

a) Anforderungen an die Aufklärung des Patienten

Die Rechtsprechung hat den Aufklärungsgegenstand, die Voraussetzungen des Wegfalls der Aufklärungspflicht sowie Form und Zeitpunkt der Aufklärung näher bestimmt.

(1) Gegenstand der Aufklärung

Im Rahmen der Aufklärung ist auf Risiken und Art des Eingriffs sowie auf seine Erfolgsaussichten und mögliche Behandlungsalternativen einzugehen.

(a) Risiken

Das Bundesgericht beschäftigte sich erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahre 1940⁸⁷¹ mit Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht. Erst 1979⁸⁷² hatte es sich dann wieder mit Fragen der Eingriffsaufklärung auseinanderzusetzen. In dieser Entscheidung befaßte sich das Bundesgericht vorrangig mit den Grenzen der dem Arzt obliegenden Aufklärungspflicht,⁸⁷³ bestimmte aber den notwendigen Umfang der Aufklärung nicht näher. Vorgaben zum Aufklärungsumfang finden sich erst in den nachfolgenden Entscheidungen, wobei jedoch in der Folge lediglich noch sechs weitere Entscheidungen des Bundesgerichtes zur Eingriffsaufklärung⁸⁷⁴ veröffentlicht worden sind.

Von kantonalen Gerichten liegen zur Eingriffsaufklärung bisher nur zwei ältere Entscheidungen aus den Jahren 1948⁸⁷⁵ und 1961⁸⁷⁶ vor. Eine neuere Entscheidung des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich aufgrund einer Nichtigkeitsbeschwerde⁸⁷⁷ ist wegen des auf die Verletzung klaren materiellen Rechts begrenzten Prüfungsumfanges⁸⁷⁸ nur von geringer Aussagekraft und wurde im vorliegenden Zusammenhang nicht berücksichtigt.

Der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte kommt im Bereich des Arzthafungsrechtes wegen der Rechtszersplitterung und der damit verbundenen Anwendung von Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichen Recht auf Schadensersatzansprüche aus Aufklärungspflichtverletzungen eine stärkere, gegenüber der

⁸⁷¹ BG 20.02.1940, BGE 66 II 34

⁸⁷² BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 362).

⁸⁷³ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 365 f.).

⁸⁷⁴ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299); BG 03.11.1987, BGE 113 II 429; BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1039); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 951); BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 895); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197.

⁸⁷⁵ Bezirksgericht Zürich 29.04.1948, SJZ 1948, 326.

⁸⁷⁶ Cour de Justice (Genève) 03.02.1961, SemJud 1962, 214.

⁸⁷⁷ Kassationsgericht (Zürich) 06.02.1995, BIZR 95 Nr 67 (S. 201).

⁸⁷⁸ Vgl. Habscheid, Zivilprozessrecht, § 62 I Rn. 761, S. 464; vgl. Vogel, Zivilprozessrecht, 13. Kapitel Rn. 95, S. 352.

Rechtsprechung des Bundesgerichtes eigenständige Bedeutung zu. Das Bundesgericht hat zwar die Aufgabe, als höchste Rechtsmittelinstanz die Einheitlichkeit der Auslegung und Anwendung des Rechts zu garantieren.⁸⁷⁹ Da die Prüfungskompetenz des Bundesgerichtes aber gemäß Art. 43 OG⁸⁸⁰ auf Bundesrecht beschränkt ist, ist eine Überprüfung der Entscheide der oberen kantonalen Gerichte im Rahmen der sogenannten eidgenössischen Berufung nach Art. 46,⁸⁸¹ 48 Abs. 1 OG⁸⁸² nur möglich, soweit diese aufgrund von Bundeszivilrecht ergangen sind, nicht aber, wenn sie sich auf kantonales öffentliches Recht stützen. In diesen Fällen können daher keine rechtsvereinheitlichenden Berufungsentscheide des Bundesgerichtes ergehen. Die Zuständigkeit des Bundesgerichtes als einzige Zivilinstanz kann in sogenannten Direktprozessen auf Verlangen einer Partei gemäß Art. 42 Abs. 1 OG,⁸⁸³ 110 Abs. 1 Nr. 4 BV⁸⁸⁴ begründet werden. In diesem Fall kann das Bundesgericht auch kantonales Recht anwenden.⁸⁸⁵ Diese Möglichkeit der alleinigen Zuständigkeit des Bundesgerichtes besteht ebenso auf der Grundlage des Bundeszivilrechtes bei Klagen gegen einen Kanton, Art. 42 Abs. 1 OG, sowie im Wege der Prorogation nach Art. 41 Abs. 1 Buchst. c, 2. Alt. OG.⁸⁸⁶

⁸⁷⁹ Habscheid, Zivilprozessrecht, § 4 II 1 Rn. 45, S. 20.

⁸⁸⁰ Art. 43. (1) ¹Mit Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung des Bundesrechts mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge. ²Wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger ist die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten.

(2) Das Bundesrecht ist verletzt, wenn ein in einer eidgenössischen Vorschrift ausdrücklich oder daraus sich ergebender Rechtssatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

(3) Das Bundesrecht ist durch Feststellungen über tatsächliche Verhältnisse nicht verletzt, es wäre denn, dass sie unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen sind.

(4) Jede unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache ist als Rechtsverletzung anzusehen.

⁸⁸¹ Art. 46. In Zivilrechtsstreitigkeiten über andere vermögensrechtliche Ansprüche ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert nach Massgabe der Rechtsbegehren, wie sie vor der letzten Instanz noch streitig waren, wenigstens 8.000 Franken beträgt.

⁸⁸² Art. 48. (1) Die Berufung ist in der Regel erst gegen die Endentscheide der obern kantonalen Gerichte oder sonstigen Spruchbehörden zulässig, die nicht durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden können.

⁸⁸³ Art. 42. (1) Das Bundesgericht beurteilt als einzige Instanz zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen einem Kanton einerseits und Privaten oder Korporationen andererseits, wenn eine Partei es rechtzeitig verlangt und der Streitwert wenigstens 8.000 Franken beträgt, ohne Unterschied, ob die Streitigkeiten nach der kantonalen Gesetzgebung im ordentlichen Prozessverfahren oder in einem besonderen Verfahren vor besonderen Behörden auszutragen wären (Art. 110 Ziff. 4 BV).

⁸⁸⁴ Art. 110. (1) Das Bundesgericht beurteilt zivilrechtliche Streitigkeiten: 4. zwischen Kantonen einerseits und Korporationen oder Privaten andererseits, wenn der Streitgegenstand von einer durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Bedeutung ist und eine Partei es verlangt.

⁸⁸⁵ BG 26.03.1985, Pr 74 Nr. 208 (S. 620); BG 11.11.1986, Pr 76 Nr. 59 (S. 205); Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/1, § 20 I E Rn. 50, S. 296.

⁸⁸⁶ Art. 41. (1) Das Bundesgericht beurteilt als einzige Instanz

c) andere zivilrechtliche Streitigkeiten,

[...]

wenn das Bundesgericht von beiden Parteien anstelle der kantonalen Gerichte angerufen wird und der Streitwert wenigstens 20.000 Franken beträgt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist der Patient grundsätzlich über die Risiken der geplanten ärztlichen Behandlung aufzuklären.⁸⁸⁷ Die Rechtsprechung beschränkte sich aber bisher auf allgemein gehaltene Vorgaben und verzichtete auf die Ausbildung differenzierter Kriterien zur Bestimmung der aufklärungspflichtigen Risiken.

Aufzuklären ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nur über solche Risiken, die selbst bei ordnungsgemäßer Durchführung des Eingriffs nicht zu vermeiden sind.⁸⁸⁸ Maßgeblich dafür sei der Stand der medizinischen Wissenschaft im Zeitpunkt der Vornahme des Eingriffs.⁸⁸⁹ Nicht aufzuklären sei dagegen über solche Risiken, die auf Behandlungsfehler zurückzuführen wären.⁸⁹⁰

Allgemein gelte, daß bei gewöhnlich mit großen Risiken verbundenen Operationen, die schwerwiegende Folgen haben können, die Aufklärung ausführlicher zu erfolgen habe als bei im allgemeinen unproblematischen Eingriffen.⁸⁹¹ Bei alltäglichen Maßnahmen, die keine besondere Gefahr oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit sich bringen, bestehe keine Aufklärungspflicht.⁸⁹²

Das Bundesgericht bestimmte damit den Umfang der Aufklärung ausschließlich nach der Schwere des Eingriffs. Es berücksichtigte damit einen Faktor, der bei einem verständigen Patienten für die Entscheidung, in die ärztliche Behandlung einzuwilligen, von Bedeutung ist.

Von der kantonalen Rechtsprechung wird weitergehend in Betracht gezogen, inwieweit mögliche Komplikationen auf verhältnismäßig einfache Weise wirksam und dauernd bekämpft werden können. Berücksichtigt wird außerdem die Indikation des Eingriffs.⁸⁹³

In diesem Punkt unterscheidet sich die kantonale Rechtsprechung von der Entscheidung des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1940.⁸⁹⁴ Der der bundesgerichtlichen Entscheidung zugrundeliegende Fall betraf einen kosmetischen Eingriff, die Entfernung von Warzen an der Hand durch Diathermokoagulation. Das Bundesgericht verneinte das Bestehen einer Aufklärungspflicht mit der Begründung, daß

⁸⁸⁷ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 365 f.); BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299); BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 957); BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898); BG 23.10.1990, BGE 116 II 519, 521 f.; BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 203; BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 235).

⁸⁸⁸ BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042); BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898).

⁸⁸⁹ BG 28.05.1991, Pr 82 Nr. 31 (S. 107).

⁸⁹⁰ BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042); BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898).

⁸⁹¹ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 204.

⁸⁹² BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 203; BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 235).

⁸⁹³ Bezirksgericht Zürich 29.04.1948, SJZ 1948, 326, 328; Cour de Justice (Genève) 03.02.1961, Semjud 1962, 214, 215.

⁸⁹⁴ Siehe oben Seite 119.

sich der Patient angesichts der geringen Komplikationsrate von einem Prozent auch nach entsprechender Aufklärung nicht gegen den Eingriff entschieden hätte.⁸⁹⁵

Das Bundesgericht arbeitet insoweit mit einer Unterstellung, deren Richtigkeit zweifelhaft ist. Es ist ebenso denkbar, daß der Patient bei Kenntnis des Risikos einer Sehnenverletzung auf die Vornahme des Eingriffes verzichtet haben würde, da der Eingriff nicht vital indiziert war. Die Entscheidung des Patienten hätte nicht durch das Bundesgericht vorweggenommen werden dürfen. Trotz der geringen Komplikationsrate hätte dem Patienten vielmehr durch eine entsprechende Aufklärung eine eigene Entscheidung ermöglicht werden müssen.

Mit ihren Vorgaben zur Bestimmung des Umfangs der ärztlichen Aufklärungspflicht hat sich die Rechtsprechung an der Entscheidungssituation des Patienten orientiert. Sie berücksichtigt damit weitergehend das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.

Unter diesem Gesichtspunkt kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes eine Begrenzung des Umfangs der Aufklärung anzunehmen sein, wenn der Patient bereits über die entsprechenden Kenntnisse verfügt, etwa weil er selbst Arzt ist,⁸⁹⁶ oder bei entsprechenden Erfahrungen aus der Krankengeschichte.⁸⁹⁷

Die Rechtsprechung stellt andererseits aber auch auf therapeutische Gesichtspunkte zur Begrenzung der Aufklärungspflicht ab.

Der Umfang der Aufklärungspflicht werde begrenzt durch die Aufgabe der medizinischen Wissenschaft, die Gesundheit zu erhalten und wiederherzustellen.⁸⁹⁸ Die ärztliche Aufklärung dürfe bei dem Patienten daher keinen für seine Gesundheit schädlichen Angstzustand auslösen⁸⁹⁹ und sich dadurch nachteilig auf dessen physischen oder psychischen Zustand auswirken oder den Erfolg der Behandlung beeinträchtigen.⁹⁰⁰ Die Aufklärung des Patienten sei vielmehr auf das mit dem physischen und psychischen Zustand des einzelnen Patienten vereinbare Maß zu beschränken.⁹⁰¹ Dabei wird dem Arzt die Beurteilung überlassen, wie weit die Aufklärung im Einzelfall gehen könne.⁹⁰²

Therapeutische Gesichtspunkte wurden zunächst hilfswise in einer Entscheidung des Bezirksgerichtes Zürich zur Verneinung der Aufklärungspflicht herange-

⁸⁹⁵ BG 20.02.1940, BGE 66 II 34, 36.

⁸⁹⁶ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 366).

⁸⁹⁷ BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 896, 899 f); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 204.

⁸⁹⁸ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 365).

⁸⁹⁹ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 366); BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 203.

⁹⁰⁰ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 366).

⁹⁰¹ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 366); vgl. BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042); vgl. Bezirksgericht Zürich 29.04.1948, SJZ 1948, 326, 328.

⁹⁰² BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 366).

zogen.⁹⁰³ In der Folge hatte auch das Bundesgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1979 einen Wegfall der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen angenommen.⁹⁰⁴ Es stützte seine Rechtsprechung dabei auf die in der schweizerischen Literatur vorherrschende Rechtsmeinung. Die Literatur hatte sich zunächst in den 1950er und 1960er Jahren, zum Teil als Reaktion auf die gegenläufige Entwicklung der Rechtsprechung in Deutschland, mit dieser Problematik auseinandergesetzt.⁹⁰⁵ Fragen der ärztlichen Aufklärung wurden in der Literatur dann erst wieder gegen Ende der 1970er Jahre diskutiert.⁹⁰⁶ Von der neueren Literatur wird die Haltung der Rechtsprechung ebenfalls mehrheitlich geteilt.⁹⁰⁷ Teilweise werden aber die Voraussetzungen für eine Begrenzung der Aufklärung enger gefaßt. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte für eine ernste bzw. mehr als unerhebliche gesundheitliche Schädigung oder Beeinträchtigung des Heilerfolges beständen, könne die Aufklärung begrenzt werden.⁹⁰⁸ Um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht seines Inhaltes zu entleeren, müsse eine gewisse Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes durch die Aufklärung in Kauf genommen werden.⁹⁰⁹ Die Begrenzung der Aufklärung aus therapeutischen Gesichtspunkten sollte deshalb nur mit großer Zurückhaltung gehandhabt werden.⁹¹⁰

Daneben wurde aber auch massive Kritik geäußert.⁹¹¹ Ausgangspunkt der Kritik ist dabei die Überlegung der Rechtsprechung, daß die Aufklärung sich nicht nachteilig auf den physischen oder psychischen Zustand des Patienten auswirken oder den Erfolg der Behandlung beeinträchtigen dürfe. Unter dem Hinweis auf verschiedene empirische Studien über die Auswirkungen der Aufklärung über negative Aspekte der Behandlung auf den Patienten gelangt Guillod zu dem Schluß, daß derartige negative Auswirkungen nicht zwingend seien.⁹¹² In die gleiche Richtung argumentieren Ileri und Meisel, die sich auf die Erfahrung zahlreicher Praktiker stützen.⁹¹³ Meisel erscheint zudem die medizinische Voraussetzung,

⁹⁰³ Bezirksgericht Zürich 29.04.1948, SJZ 1948, 326, 328.

⁹⁰⁴ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 365 f.).

⁹⁰⁵ In zeitlicher Reihenfolge: Bucher, Persönlichkeitsrechte, S. 195, wurde vom BG jedoch nicht zitiert; Hinderling, Aufklärungspflicht, S. 62 ff., 67 f.; Lotz, BJM 1968, S. 107, 111.

⁹⁰⁶ In zeitlicher Reihenfolge: Ott, Haftung des Arztes, S. 35; Gross, Persönliche Freiheit, S. 134, 135 f., 138 f., wurde vom BG jedoch nicht zitiert; Ney, Responsabilité des médecins, S. 78 f., 81 f.

⁹⁰⁷ Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 58; Oftringer/Stark, Haftpflichtrecht II/1, § 16 IV B 2 c Rn. 248, S. 78; Ott, Medicine and Law 1989, S. 439, 441.

⁹⁰⁸ Bussmann, Strafrechtliche Beurteilung, S. 69 f.; Walder, Schweiz.med.Wschr. 1983, S. 590, 592; Wiegand/Abegglen, recht 1993, S. 189, 201.

⁹⁰⁹ Wiegand/Abegglen, recht 1993, S. 189, 201.

⁹¹⁰ Walder, Schweiz.med.Wschr. 1983, S. 590, 592; Wiegand, recht 1993, S. 149, 157; Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 143.

⁹¹¹ Eisner, Aufklärungspflicht, S. 185, 192; Guillod, Responsabilità del medico, S. 55, 77; Guillod, Consentement éclairé, S. 197; Ileri, Arzt und Patient im Konflikt, S. 60, 65; Meisel, Patient - Patientenrecht, S. 157, 162 ff.

⁹¹² Guillod, Consentement éclairé, S. 194.

⁹¹³ Ileri, Arzt und Patient im Konflikt, S. 61; Meisel, Patient - Patientenrecht, S. 157, 164.

daß bei vollständiger Aufklärung unter Umständen Aufklärungsschäden entstehen würden, nicht als zutreffend. Vielmehr sei bei lebensbedrohenden Erkrankungen die Lebensweise des Patienten für die Entstehung der Krankheit mitentscheidend. Eine wirksame Therapie erfordere dann aber auch eine Auseinandersetzung des Patienten mit diesen psychischen Faktoren. Eine solche könne aber nicht ohne eine entsprechende Aufklärung erfolgen.⁹¹⁴ Guillod verweist auch in diesem Zusammenhang auf verschiedene Studien, die gezeigt hätten, daß eine vollständige Aufklärung und die dadurch möglicherweise beim Patienten ausgelöste Angst oft auch positive Folgen für diesen haben könnten. Der Patient fühle sich psychisch gefestigt und sei ruhiger, die Abwehrkräfte würden gestärkt, der Krankenhausaufenthalt könne verringert werden, auch seien nach dem Eingriff weniger Schmerzmittel nötig.⁹¹⁵ Auf entsprechende Erfahrungen aus dem klinischen Alltag weist ebenfalls Eisner hin.⁹¹⁶

Kritik an der Rechtsprechung ist schwerpunktmäßig in der ersten Hälfte der 1980er Jahre, nach einem weiteren Urteil des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1982,⁹¹⁷ geäußert worden. Mit dieser Kritik hat sich das Bundesgericht in der Folge nicht auseinandergesetzt. Es bestätigte seine Auffassung vielmehr in einer weiteren Entscheidung.⁹¹⁸

(b) Art des Eingriffs

Die Pflicht des Arztes zur Aufklärung des Patienten über die Art des geplanten ärztlichen Eingriffs⁹¹⁹ wird nachrangig gegenüber der Aufklärungspflicht über die Risiken des Eingriffs behandelt. Sie wurde bisher nicht zur Begründung oder Verneinung einer Aufklärungspflichtverletzung im Einzelfall herangezogen.

(c) Indikation des Eingriffs

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist im Rahmen der Aufklärung auch auf die Erfolgsaussichten des geplanten ärztlichen Eingriffes einzugehen.⁹²⁰

Eine Aufklärungspflichtverletzung aufgrund der fehlenden Aufklärung über die Erfolgsaussichten des geplanten ärztlichen Eingriffes wurde bisher in zwei Entscheidungen des Bundesgerichtes aus den Jahren 1987 und 1991 angenommen. Die eine Entscheidung betraf die Folgen einer kosmetischen Nasenoperation.⁹²¹ Wegen des Vorliegens eines Kunstfehlers ist das Bundesgericht in dieser

⁹¹⁴ Meisel, Patient - Patientenrecht, S. 157, 163.

⁹¹⁵ Guillod, Consentement éclairé, S. 195.

⁹¹⁶ Eisner, Aufklärungspflicht, S. 185, 192.

⁹¹⁷ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299).

⁹¹⁸ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197.

⁹¹⁹ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 365); BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 956); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 203; BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 235).

⁹²⁰ BG 03.11.1987, BGE 113 II 429, 433 und 434; BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 957); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 206.

⁹²¹ BG 03.11.1987, BGE 113 II 429, 433 und 434.

Entscheidung jedoch nur am Rande auf die Verletzung der Aufklärungspflicht eingegangen. Der der anderen Entscheidung zugrundeliegende Fall betraf die Entfernung einer thorakalen Diskushernie.⁹²² Die Indikation dieses Eingriffs war angesichts der hohen Quote der Fälle, in denen eine Laminektomie im thorakalen Bereich zu keiner Verbesserung des Zustandes des Patienten führt, zweifelhaft.

Eine Aufklärungspflicht über weitere Umstände, die den geplanten ärztlichen Eingriff indizieren, wurde von der Rechtsprechung nicht behandelt.

(d) Behandlungsalternativen

Das Bundesgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1988, die aufgrund einer staatsrechtlichen Beschwerde in Form der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 84 Abs. 1 Buchst. a OG⁹²³ ergangen ist, nur knapp bemerkt, daß der Patient auch über Behandlungsalternativen aufzuklären sei.⁹²⁴

(2) Wegfall der Aufklärungspflicht

(a) Therapeutische Gründe

In vier von sechs Entscheidungen zur Eingriffsaufklärung seit 1979 befaßte sich das Bundesgericht mit der Möglichkeit der Begrenzung der ärztlichen Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen. Zwar wurde in zwei der Entscheidungen diese Möglichkeit der Begrenzung der Aufklärungspflicht nicht auf den konkreten Fall angewandt.⁹²⁵ In den beiden anderen Entscheidungen wurde aber sogar ein Wegfall der Aufklärungspflicht aufgrund der psychischen Verfassung des Patienten zugelassen.⁹²⁶ Wie das Bundesgericht zieht auch das Bezirksgericht Zürich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1948 therapeutische Gründe neben anderen Erwägungen zur Verneinung der Aufklärungspflicht heran.⁹²⁷ Vom Kassationsgericht des Kantons Zürich wurde in einer Entscheidung aus dem Jahre 1995 zu einer Nichtigkeitsbeschwerde die Annahme eines Wegfalls der Aufklä-

⁹²² BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 206.

⁹²³ Art. 84. (1) Gegen kantonale Erlasse oder Verfügungen (Entscheide) kann beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden: a) wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger.

⁹²⁴ BG 26.10.1988, BGE 114 Ia 350, 358: „[...] les patients [...] doivent [...] obtenir toute information pertinente sur [...] les possibilités de traitement“, in Pr 78 Nr. 266 (S. 956 f.) fälschlicherweise mit „Behlungsaussichten“ übersetzt. Wie hier Eisner, Aufklärungspflicht, S. 166, mit falscher Angabe der Fundstelle in Fn. 112; Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 140 Fn. 76.

⁹²⁵ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 203.

⁹²⁶ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 366): Patient war nach Auskunft seines Hausarztes und seiner Ehefrau nicht in der seelischen Verfassung, über das Ausmaß der vorgesehenen Darmresektion aufgrund des möglicherweise malignen Tumores aufgeklärt zu werden; BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042): ängstlicher Patient.

⁹²⁷ Bezirksgericht Zürich 19.04.1948, SJZ 1948, 326, 328: Basedow-Patient, der als solcher erfahrungsgemäß in seinen Nerven besonders geschwächt ist.

rungspflicht aus therapeutischen Gründen durch das Obergericht für vertretbar gehalten.⁹²⁸

Im Ergebnis wurde daher von der Rechtsprechung nicht nur eine Begrenzung des Umfanges der Aufklärungspflicht, sondern weitergehend ein völliger Wegfall der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen angenommen.⁹²⁹

(b) Aufklärungsverzicht

Das Bundesgericht hatte bisher nur in einem obiter dictum die Möglichkeit des Wegfalls der Aufklärungspflicht bei Aufklärungsverzicht aufgezeigt. Der Patient könne ausdrücklich oder durch sein unmißverständliches Verhalten auf die Aufklärung durch den Arzt verzichten.⁹³⁰ Das Bestehen einer Aufklärungspflicht hat das Bundesgericht in dieser Entscheidung dann aber bereits aus anderem Grund verneint.

(c) Allgemein bekannte Risiken

Der Wegfall der Aufklärungspflicht bei allgemein bekannten Risiken wurde zunächst in einer Entscheidung des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1991 angesprochen, ohne daß eine Verletzung der Aufklärungspflicht in dieser Hinsicht gerügt wurde.⁹³¹ Auf diese Entscheidung des Bundesgerichtes stützt sich das Kassationsgericht des Kantons Zürich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1995, in der es in der Verneinung der Aufklärungspflicht über die Folgen einer Embolie bei einer Bypass-Operation keine Verletzung klaren Rechts durch das Obergericht gesehen hat.⁹³²

Nach beiden Entscheidungen besteht keine Aufklärungspflicht hinsichtlich der allgemein bekannten Risiken, die mit einem größeren Eingriff regelmäßig verbunden sind oder ihm folgen können, wie beispielsweise Blutungen, Infektionen, Thrombosen oder Embolien.⁹³³ Im allgemeinen sei davon auszugehen, daß ein verständiger Patient im Rahmen seiner Lebenserfahrung um die allgemein bekannten Gefahren der in Frage stehenden Operation weiß.⁹³⁴

⁹²⁸ Kassationsgericht (Zürich) 06.02.1995, BIZR 95 Nr. 67 (S. 206); Patient war durch die in Aussicht stehende Bypass-Operation am Herzen geängstigt.

⁹²⁹ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 366); BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042); Bezirksgericht Zürich 29.04.1948, SJZ 1948, 326, 328; vgl. Kassationsgericht (Zürich) 06.02.1995, BIZR 95 Nr. 67 (S. 206).

⁹³⁰ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 366).

⁹³¹ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197.

⁹³² Kassationsgericht (Zürich) 06.02.1995, BIZR 95 Nr. 67.

⁹³³ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 204; Kassationsgericht (Zürich) 06.02.1995, BIZR 95 Nr. 67 (S. 206).

⁹³⁴ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 203 f.

(3) Form der Aufklärung

Bisher beschäftigte sich die Rechtsprechung in keiner Entscheidung mit Fragen der Form der Aufklärung.

(4) Zeitpunkt der Aufklärung

Das Bundesgericht hatte sich nur in einer Entscheidung aus dem Jahre 1982⁹³⁵ mit der Aufklärung bei möglicher Operationserweiterung befaßt und eine entsprechende Aufklärungspflicht angenommen. Die Aufklärung vor einem operativen Eingriff habe auch Art und Risiken eines weiterreichenden, anderen Eingriffes zu umfassen, wenn die Durchführung dieses Eingriffes während der Operation nötig werden könnte.⁹³⁶ In einer weiteren Entscheidung des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen wurde diese Rechtsprechung fortgesetzt und eine entsprechende Aufklärungspflicht verneint, wenn mit der Notwendigkeit einer Änderung oder einer Erweiterung des ursprünglich mit dem Patienten besprochenen Operationsplanes vor dem Eingriff nicht zu rechnen war.⁹³⁷ Ergibt sich erst bei der Durchführung der Operation die Notwendigkeit eines weiteren Eingriffes, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes⁹³⁸ die Operation abbrechen, um die Einwilligung des Patienten einzuholen, soweit der Abbruch der Operation nicht medizinisch kontraindiziert, d. h. mit erhöhten Gefahren verbunden sei.⁹³⁹

Über die Rechtzeitigkeit der Aufklärung im allgemeinen hatte die Rechtsprechung bisher nicht entschieden.

b) Haftung für Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht

Der Arzt haftet grundsätzlich für alle Schadensfolgen aus der eigenmächtigen Behandlung, auch wenn der Eingriff kunstgerecht erfolgte.⁹⁴⁰

(1) Materiell-rechtliche Grundlagen der Haftung

Das schweizerische Arzthaftungsrecht ist von einer starken Rechtszersplitterung geprägt. Entsprechend der unterschiedlichen Rechtsnatur des Behandlungsverhältnisses bestehen verschiedene Anspruchsgrundlagen für Ansprüche aus Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht.

⁹³⁵ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299).

⁹³⁶ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 300).

⁹³⁷ Kantonsgericht (St. Gallen) 21.08.1991, AJP 1992, 270, 271.

⁹³⁸ BGH 02.11.1976, VI ZR 134/75, NJW 1977, 337, 338.

⁹³⁹ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 300); Kantonsgericht (St. Gallen) 21.08.1991, AJP 1992, 270, 272 f.

⁹⁴⁰ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 300).

(a) Bundeszivilrecht

Aus dem Bundeszivilrecht ergeben sich Ansprüche des Patienten, wenn zwischen Arzt und Patient ein zivilrechtliches Behandlungsverhältnis besteht.

(α) Zivilrechtliches Behandlungsverhältnis

Zivilrechtlicher Natur ist das Behandlungsverhältnis zwischen einem freipraktizierenden Arzt und dem Patienten.⁹⁴¹ Gleiches gilt für das Behandlungsverhältnis an einem Spital in privater Trägerschaft.⁹⁴²

Die Rechtsbeziehungen zwischen Arzt oder Spitalträger und Patient werden nicht dadurch beeinflusst, daß die Honorierung der ärztlichen Behandlung durch eine obligatorische oder freiwillige Krankenversicherung oder durch die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt erfolgt.⁹⁴³

(β) Anspruchsgrundlagen

Wegen Verletzung der vertraglich geschuldeten Aufklärungspflicht durch den Arzt können sich Schadensersatzansprüche nach Art. 97 Abs. 1 OR⁹⁴⁴ ergeben.

Konkurrierend können deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche nach Art. 41 Abs. 1 OR⁹⁴⁵ bestehen. Diese setzen u. a. ein widerrechtliches Verhalten des Arztes voraus. Nach der der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zugrundeliegenden objektiven Widerrechtlichkeitstheorie⁹⁴⁶ ist ein Verhalten widerrechtlich, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstößt, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen.⁹⁴⁷ Ärztliche Eingriffe stellen eine Verletzung der körperlichen Integrität des Patienten dar.⁹⁴⁸ Wird ein absolut geschütztes Rechtsgut, wie die körperliche Integrität, verletzt, hängt die Widerrechtlichkeit nicht von einem Normverstoß ab, sondern ist von vornherein gegeben.⁹⁴⁹ Wurde der ärztliche Eingriff ohne Einwilligung des

⁹⁴¹ Ott, Haftung des Arztes, S. 55; Stürner, SJZ 1984, S. 121, 122.

⁹⁴² Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 247; Stürner, SJZ 1984, S. 121, 122.

⁹⁴³ BG 06.05.1931, BGE 57 II 196, 201; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 11; Handbuch (Schweiz)/Kuhn, S. 46; Ott, Haftung des Arztes, S. 56; Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 9; Stürner, SJZ 1984, S. 121, 122.

⁹⁴⁴ Art. 97. (1) Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

⁹⁴⁵ Art. 41. (1) Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

⁹⁴⁶ BK/Brehm (3. Auflage), Art. 41 Rn. 33; Keller/Gabi-Bolliger, Schuldrecht II, S. 36.

⁹⁴⁷ BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1040); BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898); BG 25.10.1994, BGE 120 Ib 411, 414.

⁹⁴⁸ BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 957); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 200; BG 26.11.1992, BGE 118 Ia 427, 434.

⁹⁴⁹ BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1040 f); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 200; BK/Brehm (3. Auflage), Art. 41 Rn. 35; Eisner, Aufklärungspflicht, S. 26, 54; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 185, 189, 201. Vgl. auch Art. 28 II ZGB: (2) Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches

Patienten vorgenommen, ist außerdem ein Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht als absolutes Recht anzunehmen.⁹⁵⁰ Die Einwilligung des Patienten schließt die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die körperliche Integrität nur dann aus, wenn sie aufgrund zutreffender Vorstellungen gegeben worden ist.⁹⁵¹ Die Aufklärung des Patienten durch den Arzt vor dem geplanten Eingriff ist daher Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung.⁹⁵²

Der Umfang der Ersatzpflicht bei Körperverletzungen richtet sich sowohl für vertragliche, Art. 99 Abs. 3 OR,⁹⁵³ als auch für deliktsrechtliche Ansprüche nach Art. 46 Abs. 1 OR.⁹⁵⁴ Danach sind sowohl die Heilungskosten als auch die Nachteile aus der Arbeitsunfähigkeit und durch Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens zu ersetzen.

Neben Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht können auch Ansprüche auf Genugtuung zur Wiedergutmachung immaterieller Unbill⁹⁵⁵ nach Art. 47 OR⁹⁵⁶ oder Art. 49 OR⁹⁵⁷ geltend gemacht werden.

(γ) Anspruchsgegner

Der Anspruch des Patienten richtet sich in vertraglicher Hinsicht bei Behandlungen durch einen freipraktizierenden Arzt gegen diesen selbst.

Bei der Behandlung in einem privaten Spital ist er gegen den Spitalträger gerichtet, mit dem der Patient i. d. R. einen totalen bzw. umfassenden Spitalaufnahmevertrag abschließt.⁹⁵⁸ Der Spitalträger haftet dabei gemäß Art. 101 Abs. 1 OR⁹⁵⁹

Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Dazu Tuor/Schnyder/Schmid, ZGB, § 11 III b, S. 95.

⁹⁵⁰ BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898); Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 207

⁹⁵¹ Obergericht Zürich 11.09.1948, SJZ 1948, 326, 329.

⁹⁵² BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 365); BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 956 f.); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 200.

⁹⁵³ Art. 99. (3) Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.

⁹⁵⁴ Art. 46. (1) Körperverletzung gibt dem Verletzten Anspruch auf Ersatz der Kosten sowie auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens.

⁹⁵⁵ Keller/Gabi-Bolliger, Schuldrecht II, S. 114.

⁹⁵⁶ Art. 47. Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen.

⁹⁵⁷ Art. 49. (1) Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist. (2) Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.

⁹⁵⁸ Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 88 Nr. 27 (S. 87); Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 248; Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 95; Lotz, BJM 1968, S. 107, 109

⁹⁵⁹ Art. 101. (1) Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem anderen den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.

für ein Verschulden der bei ihm tätigen Ärzte.⁹⁶⁰ Ein Anspruch gegen den behandelnden Arzt besteht nur im Rahmen der außervertraglichen Haftung nach Deliktsrecht.⁹⁶¹

Bei einem aufgespaltenen Spitalaufnahmevertrag wie bei der zivilrechtlich einzustufenden Tätigkeit des Chefarztes an einem öffentlichen Spital⁹⁶² oder bei stationärer Behandlung durch einen Belegarzt⁹⁶³ haftet der Arzt hinsichtlich der vereinbarten medizinischen Behandlung.⁹⁶⁴

In deliktsrechtlicher Hinsicht kann der Patient Ansprüche sowohl gegen den Arzt als auch gegen den Rechtsträger geltend machen. Der Rechtsträger haftet dabei gemäß Art. 55 Abs. 1 OR⁹⁶⁵ für den Schaden, der durch die bei ihm tätigen Ärzte verursacht wurde. Hinsichtlich der Durchführung der Patientenaufklärung ist dabei auch für das schweizerische Recht von einer entsprechenden Organisations- und Kontrollpflicht des Spitalträgers auszugehen.⁹⁶⁶

(b) Kantonales öffentliches Recht

Die Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen richtet sich nach kantonalem öffentlichem Recht, wenn ein öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis vorliegt.

(α) Öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis

Als öffentlich-rechtlich ist grundsätzlich das Behandlungsverhältnis an einem öffentlichen Spital zu qualifizieren.⁹⁶⁷ Das öffentliche Spital unterscheidet sich von dem privaten durch die staatliche Trägerschaft von Bund (selten), Kantonen oder Kommunen.

Ob auf Ansprüche des Patienten aufgrund der Behandlung an einem öffentlichen Spital kantonales öffentliches Recht zur Anwendung kommt, richtet sich nach Art. 61 OR.⁹⁶⁸ Gemäß Art. 61 Abs. 1 OR können Bund und Kantone vom

⁹⁶⁰ Lotz, BJM 1968, S. 107, 109; Stürner, SJZ 1984, S. 121, 122.

⁹⁶¹ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 248; Handbuch (Schweiz)/Kuhn, S. 50; Lotz, BJM 1968, S. 107, 109.

⁹⁶² Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 247 f.

⁹⁶³ Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BlZR 88 Nr. 27 (S. 87 f.).

⁹⁶⁴ Gross, Persönliche Freiheit, S. 63; Handbuch (Schweiz)/Kuhn, S. 50.

⁹⁶⁵ Art. 55. (1) Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

⁹⁶⁶ Vgl. Kuhn, SJZ 1993, S. 257, 285.

⁹⁶⁷ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 247.

⁹⁶⁸ Art. 61. (1) Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtung verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen.

(2) Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die

Bundesprivatrecht abweichende Regelungen über die persönliche Haftung ihrer Beamten und Angestellten erlassen, soweit diese in Ausübung amtlicher Verrichtung handeln. Zur Auslegung des Begriffs der amtlichen Verrichtung wurden verschiedene Kriterien herangezogen.⁹⁶⁹ Nach der neueren Rechtsprechung und der herrschenden Lehre ist eine amtliche Verrichtung dann anzunehmen, wenn zwischen Staat und Privatem ein hoheitliches, einseitig durch den Staat gestaltetes Rechtsverhältnis besteht.⁹⁷⁰ Maßgebend ist der Grad der öffentlich-rechtlichen Normierung des Verhältnisses zum Staat.⁹⁷¹ Da die Behandlung des Patienten an einem öffentlichen Spital als hoheitlich und durch das öffentliche Recht normiert umschrieben wird,⁹⁷² stellt sie eine amtliche Verrichtung dar.⁹⁷³

Abweichend wurde von der älteren Rechtsprechung der Begriff der gewerblichen Verrichtung nach Art. 61 Abs. 2 OR teilweise sehr extensiv ausgelegt⁹⁷⁴ und daher die Behandlung des Patienten an einem öffentlichen Spital zivilrechtlich beurteilt.⁹⁷⁵ Hintergrund dieser Rechtsprechung sind Rechtsschutzüberlegungen zugunsten des Patienten, weil im älteren Recht der Kantone die Staatshaftung teilweise ganz fehlte oder nur subsidiär gegeben war oder die Beamtenhaftung auf Absicht und grobe Fahrlässigkeit beschränkt war.⁹⁷⁶ Zudem war in vielen Kantonen in der Verwaltungsrechtspflege die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht verwirklicht.⁹⁷⁷ Da inzwischen sowohl der materielle Rechtsschutz im öffentlichen Verantwortlichkeitsrecht als auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Interesse des Geschädigten verbessert worden sind,⁹⁷⁸ kann diese Rechtsprechung als überholt angesehen werden.⁹⁷⁹

Bestimmungen dieses Abschnittes durch kantonale Gesetze nicht geändert werden.

⁹⁶⁹ Siehe Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 115-121.

⁹⁷⁰ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 118 f., 124.

⁹⁷¹ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 93, 119.

⁹⁷² Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 93, 119, 124.

⁹⁷³ BG 13.02.1976, BGE 102 II 45, 47; BG 26.03.1985, Pr 74 Nr. 208 (S. 620); BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 896); BG 11.03.1996, Pr 85 Nr. 188 (S. 700); Appellationshof Bern 20.12.1954, SJZ 1956, 113 (Nr. 60); vgl. BG 29.05.1956, BGE 82 II 321, 325; offen gelassen BG 10.07.1962, BIZR 62 Nr. 33 (S. 85) und BG 03.07.1975, BGE 101 II 177, 184; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 129 mit von der h. L. abweichender Begründung S. 127-130; Ott, Haftung des Arztes, S. 55.

⁹⁷⁴ Bezirksgericht Zürich 02.06.1959, BIZR 62 Nr. 33 (S. 83); Obergericht Zürich 28.11.1961, BIZR 62 Nr. 33 (S. 84) zu § 224 EG ZGB (Zürich), das bis zum 01.07.1970 galt: Die Richter und andere Gerichtspersonen sowie die Mitglieder und Angestellten der Verwaltungsbehörden haften den Privaten für den in Ausübung ihres Amtes durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführten Schaden, es sei denn, dass der Verletzte den Schaden durch Anwendung von Rechtsmitteln hätte gutmachen können und dies unterlassen hat. Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 120.

⁹⁷⁵ Bezirksgericht Zürich 02.06.1959, BIZR 62 Nr. 33 (S. 84); Stürner, SJZ 1984, S. 121, 123.

⁹⁷⁶ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 120; Stürner, SJZ 1984, S. 121, 123.

⁹⁷⁷ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 120 f.

⁹⁷⁸ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 121, 128 f.

⁹⁷⁹ Anders jetzt Bezirksgericht Hinwil (Zürich) 22.02.1977, BIZR 76 Nr. 43 (S. 79), das sich auf S. 77 und 79 gegen eine Auslegung des Art. 61 OR im Hinblick auf das kantonale Verantwortlichkeitsrecht ausspricht. Das Urteil bezieht sich jedoch nur teilweise auf § 6 des seit dem 01.07.1970 geltenden Gesetzes über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz):

Eine amtliche Verrichtung i. S. d. Art. 61 Abs. 1 OR stellt daneben die amtsärztliche Tätigkeit durch beamtete oder freipraktizierende Ärzte auf der Grundlage des Gesundheitsrechts⁹⁸⁰ dar.⁹⁸¹

Ansprüche des Patienten aus dem Behandlungsverhältnis können sich daher aus dem kantonalen Verantwortlichkeitsrecht ergeben, sofern der Kanton von der Regelung des Art. 61 Abs. 1 OR Gebrauch gemacht hat. Verweist das kantonale öffentliche Recht auf das Bundeszivilrecht, kommt das Bundeszivilrecht als kantonales öffentliches Recht zur Anwendung.⁹⁸² Wenn kantonale Bestimmungen über die Haftung öffentlicher Beamter fehlen, kann subsidiär Bundeszivilrecht zur Anwendung kommen.⁹⁸³ Fehlen andererseits kantonale Bestimmungen über die Haftung des Gemeinwesens, wird damit nach der Rechtsprechung wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Entschädigung die Staatshaftung ausgeschlossen, vgl. Art. 59 Abs. 1 ZGB.⁹⁸⁴ Eine subsidiäre Anwendung der Haftpflichtregeln des Bundeszivilrechts kommt nicht in Betracht.⁹⁸⁵

Differenziert zu beurteilen ist die privatärztliche Tätigkeit eines Chefarztes an einem öffentlichen Spital, der aufgrund eines ihm vom Spitalträger eingeräumten Rechtes Privatpatienten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung behandelt.⁹⁸⁶ Diese ärztliche Behandlung unterliegt je nach der Ausgestaltung der privatärztlichen Tätigkeit durch die kantonale Gesetzgebung dem Zivil- oder dem öffentlichen Recht.⁹⁸⁷

(1) Der Staat haftet für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung hoheitlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt.

(2) Wird ein Entscheid im Rechtsmittelverfahren geändert, haftet der Staat nur, wenn ein Beamter einer Vorinstanz arglistig behandelt hat.

(3) Für den Schaden aus falscher Auskunft haftet der Staat nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Beamten.

(4) Dem Geschädigten steht kein Anspruch gegen den Beamten zu.

⁹⁸⁰ Vgl. Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 132.

⁹⁸¹ Obergericht Zürich 28.11.1961, BIZR 62 Nr 33 (S. 84); Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 24; BK/Gautschi (3. Auflage), Art. 394 Rn. 42.

⁹⁸² BG 03.07.1975, BGE 101 II 177, 184; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 106; Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 31; Oftringer/Stark, Haftpflichtrecht II/1, § 20 I E Rn. 49, S. 295.

⁹⁸³ BG 10.07.1962, BIZR 62 Nr. 33 (S. 85); BG 03.07.1975, BGE 101 II 177, 184; Appellationshof Bern 20.12.1954, SJZ 1956, 113; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 107; Oftringer/Stark, Haftpflichtrecht II/1, § 20 I E Rn. 51, S. 297 Fn. 182; Ott, Haftung des Arztes, S. 58 f.

⁹⁸⁴ Art. 59. (1) Für die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten bleibt das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten.

⁹⁸⁵ BG 03.07.1975, BGE 101 II 177, 184 f.; Bezirksgericht Hinwil (Zürich) 22.02.1977, BIZR 76 Nr. 43 (S. 77); Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 99, 107; Oftringer/Stark, Haftpflichtrecht II/1, § 20 I E Rn. 49, S. 295.

⁹⁸⁶ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 130, 247, 254.

⁹⁸⁷ BG 11.03.1996, Pr 85 Nr. 188 (S. 701); Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 124, 130, 247; Oftringer/Stark, Haftpflichtrecht II/1, § 20 I E Rn. 56, S. 299; Ott, Haftung des Arztes, S. 59; Stürner, SJZ 1984, S. 121, 123. Beispiele aus der Rechtsprechung: Kantonsspital Aarau (Aargau): BG 29.05.1956, BGE 82 II 321, 325-328 - Zivilrecht; Kantonsspital Olten (Solothurn): BG 13.02.1976, BGE 102 II 45, 50 f. - Öffentliches Recht; Universitätsspital Zürich: BG 26.03.1985, Pr 74 Nr. 208 (S. 623) - offen gelassen und BG 11.11.1986, Pr 76 Nr. 59 (S. 207) - Öffentliches Recht.

(β) Anspruchsgrundlagen

Anspruchsgrundlagen für Ansprüche wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht ergeben sich aus den jeweiligen kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen.

Die Haftung nach kantonalem öffentlichem Recht kann verschieden ausgestaltet sein. In den älteren kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen wurde die Haftung des Staates beschränkt oder ganz ausgeschlossen, so daß ein Schadensersatzanspruch nur gegen den Beamten selbst zugelassen wurde, der teilweise auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt war. Neuere kantonale Verantwortlichkeitsgesetze sehen dagegen in Anlehnung an das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes eine primäre Staatshaftung unabhängig vom Verschulden des tätig gewordenen Arztes vor. Der Patient steht daher nicht direkt dem Arzt gegenüber, sondern dem Hoheitsträger selbst. Dieser kann bei dem Beamten Regreß nehmen, i. d. R. aber nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.⁹⁸⁸

Da die Haftung nach kantonalem öffentlichem Recht wie die deliktische Haftung nach Bundeszivilrecht ein widerrechtliches Verhalten des Arztes voraussetzt, liegt eine wirksame Einwilligung nur vor, wenn der Patient über den geplanten ärztlichen Eingriff ausreichend aufgeklärt wurde. Teilweise enthalten die kantonalen Bestimmungen eine ausdrückliche Regelung der ärztlichen Aufklärungspflicht.⁹⁸⁹ Ihr Schutzbereich stimmt mit dem des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes überein, da die öffentlich-rechtlichen Normen auf dem Gedanken des Persönlichkeitsschutzes basieren.⁹⁹⁰ In anderen Fällen wird dagegen von der Rechtsprechung eine ärztliche Aufklärungspflicht angenommen, ohne auf entsprechende kantonale Bestimmungen Bezug zu nehmen. Die Aufklärungspflicht

⁹⁸⁸ Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 32; Stürner, SJZ 1984, S. 121, 122 f.

⁹⁸⁹ Beispielsweise das zürcherische öffentliche Recht: § 12 der *Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patienten in staatlichen und vom Staat unterstützten Krankenhäusern (Patientenrechtsverordnung) vom 28.08.1991*, die am 01.10.1991 in Kraft getreten ist: (1) ¹Die behandelnden Ärzte klären den Patienten unaufgefordert über Diagnose, Untersuchungen, Eingriffe, die Behandlungsmöglichkeiten und die damit verbundenen Vor- und Nachteile sowie Risiken in geeigneter und verständlicher Weise auf. ²Auf Verlangen geben sie dem Patienten auch über seinen Gesundheitszustand und dessen voraussichtliche Entwicklung Auskunft.

(2) ¹Die Auskünfte sind mit der gebotenen Schonung zu erteilen, wenn vorzusehen ist, dass sie den Kranken übermäßig belasten oder den Krankheitsverlauf ungünstig beeinflussen. ²Besteht der Patient auf volle Aufklärung, ist sie ihm zu erteilen.

(3) ¹Die vorgängige Orientierung des Patienten kann unterbleiben, wenn sofortiges Handeln notwendig ist. ²In diesem Fall ist er nachträglich zu orientieren, soweit sein Zustand dies erlaubt. [...] § 46 der *Verordnung über die kantonalen Krankenhäuser vom 28.01.1981*, die am 01.04.1981 in Kraft getreten ist und bis zum 01.10.1991 Geltung besaß: (1) ¹Die behandelnden Ärzte haben den Patienten unaufgefordert über Untersuchungen, Eingriffe, Behandlungen und die damit verbundenen Vor- und Nachteile sowie Risiken in geeigneter und verständlicher Weise aufzuklären. ²Auf Verlangen haben sie den Patienten auch über den Gesundheitszustand und dessen voraussichtliche Entwicklung Auskunft zu geben.

(2) ¹Die Auskünfte sind mit der gebotenen Schonung zu erteilen, wenn vorzusehen ist, dass sie den Kranken übermäßig belasten oder den Krankheitsverlauf ungünstig beeinflussen. ²Sie können unterbleiben, wenn sofortiges Handeln notwendig ist. [...].

⁹⁹⁰ Wiegand, recht 1993, S. 149, 151; Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 125.

des Arztes bestehe als allgemeine Berufspflicht, auch wenn der Arzt als Beamter oder Angestellter des Staates handeln würde.⁹⁹¹

(γ) Anspruchsgegner

Die Person des Anspruchsgegners variiert je nach der Ausgestaltung der Haftung durch das kantonale öffentliche Recht. Möglich ist eine solidarische Haftung von Arzt und Staat ebenso wie eine originäre Staatshaftung oder eine primäre Haftung des Arztes mit subsidiärer Staatshaftung.⁹⁹²

(2) Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung

Die Haftung des Arztes kann begrenzt sein, wenn die Zurechnung des Körper- oder Gesundheitsschadens zu dem widerrechtlichen ärztlichen Eingriff ausgeschlossen ist.

(a) Hypothetische Einwilligung

Die Haftung des Arztes wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht ist eingeschränkt, wenn der Arzt einwenden kann, daß der Patient auch bei hinreichender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte.⁹⁹³ Begrifflich wird dabei von einer hypothetischen Einwilligung des Patienten ausgegangen.⁹⁹⁴ Offen gelassen wurde vom Bundesgericht die rechtliche Einordnung des Einwandes als Kausalitätsproblem oder als Rechtfertigungsgrund des rechtmäßigen Alternativverhaltens.⁹⁹⁵

In der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde die Aufklärungspflicht des Arztes mit der Überlegung verneint, daß der Patient sich auch nach entsprechender Aufklärung nicht gegen den Eingriff entschieden hätte.⁹⁹⁶ Aufgrund einer hypothetischen Einwilligung wurde daher in dieser Entscheidung bereits das Bestehen einer Aufklärungspflicht verneint. Ähnliche Erwägungen finden sich auch in einer Entscheidung des Bezirksgerichtes Zürich aus dem Jahre 1948. Das Bezirksgericht wirft die Frage auf, ob der Patient seine Einwilligung zu dem geplanten ärztlichen Eingriff versagen würde, wenn er vom Arzt auf die Eingriffsrisiken aufmerksam gemacht würde. Das Gericht verneinte diese Frage und lehnte damit auch das Bestehen einer Aufklärungspflicht ab.⁹⁹⁷ Die hypothetische

⁹⁹¹ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 200, welcher aargauisches öffentliches Recht zugrunde liegt.

⁹⁹² Stürner, SJZ 1984, S. 121, 122.

⁹⁹³ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 208.

⁹⁹⁴ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 208; BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 239); BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 672).

⁹⁹⁵ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 301); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 208.

⁹⁹⁶ BG 20.02.1940, BGE 66 II 34, 36.

⁹⁹⁷ Bezirksgericht Zürich 29.04.1948, SJZ 1948, 326, 328.

Einwilligung des Patienten wurde hier nur gedanklich als Hilfskonstruktion zur Entscheidungsfindung herangezogen, ob überhaupt eine Aufklärungspflicht besteht.

Von der neueren Rechtsprechung wird der Einwand der hypothetischen Einwilligung erst herangezogen, nachdem eine Aufklärungspflichtverletzung festgestellt wurde. Dem Einwand der hypothetischen Einwilligung kommt nach dieser Rechtsprechung daher haftungsbeschränkende Funktion gegenüber Ansprüchen wegen Aufklärungspflichtverletzung zu.

Die Zulässigkeit des Einwandes der hypothetischen Kausalität wurde vom Bundesgericht zunächst in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1982⁹⁹⁸ und 1987⁹⁹⁹ offen gelassen, dann erstmals 1991¹⁰⁰⁰ bejaht. Diese Rechtsprechung wurde in zwei nachfolgenden Entscheidungen bestätigt¹⁰⁰¹ und vereinzelt auch von kantonalen Gerichten berücksichtigt.¹⁰⁰²

Hinsichtlich der Zulässigkeit des Einwandes der hypothetischen Einwilligung nahm das Bundesgericht Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.¹⁰⁰³ In dem Urteil von 1991 stützte es sich aber auch auf die damalige schweizerische Lehre, die überwiegend eine Haftungsbegrenzung unter diesem Gesichtspunkt befürwortete.¹⁰⁰⁴

Vereinzelt wurde die praktische Bedeutung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung verneint. Hinderling, mit dessen Auffassung sich das Bundesgericht jedoch nicht auseinandersetzte, meinte, der Arzt könne sich nur dann erfolgreich auf einen solchen hypothetischen Verlauf berufen, wenn mit Gewißheit angenommen werden könne, daß bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung erteilt worden wäre. Eine solche Gewißheit ließe sich aber kaum erzielen.¹⁰⁰⁵

Für unzulässig wurde der Einwand der hypothetischen Einwilligung dagegen nur von Guillod gehalten.¹⁰⁰⁶ Guillod bewertet die hypothetische Einwilligung rechtlich als rechtmäßiges Alternativverhalten.¹⁰⁰⁷ Wie Koziol¹⁰⁰⁸ für das österrei-

⁹⁹⁸ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 301).

⁹⁹⁹ BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042).

¹⁰⁰⁰ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 208.

¹⁰⁰¹ BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 239); BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 672) - analoge Anwendung auf wirtschaftliche Aufklärung.

¹⁰⁰² Kantonsgesicht (St.Gallen) 21.08.1991, AJP 1992, 270, 274.

¹⁰⁰³ BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 187; BGH 05.07.1973, VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 123, jedoch widersprüchlich zur Zulässigkeit des Einwandes der hypothetischen Einwilligung; BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334.

¹⁰⁰⁴ Buchli-Schneider, recht 1988, S. 91, 97; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 214; Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 72, 79; Keller, Arzt und Recht, S. 125, 133; Raschein, ZGRG 1989, S. 62, 64; Wiegand, Arzt und Recht, S. 81, 117.

¹⁰⁰⁵ Hinderling, Aufklärungspflicht, S. 75.

¹⁰⁰⁶ Guillod, Consentement éclairé, S. 86; Guillod, Responsabilità del medico, S. 55, 77.

¹⁰⁰⁷ Guillod, Consentement éclairé, S. 85; Guillod, Responsabilità del medico, S. 55, 77.

¹⁰⁰⁸ Koziol, Haftpflichtrecht I, S. 165 f. und Haftpflichtrecht II, S. 120.

chische Recht übernimmt auch Guillod¹⁰⁰⁹ die von der deutschen Literatur entwickelte Lehre,¹⁰¹⁰ wonach die Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten ausgeschlossen sei, wenn, wie im Falle der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, der Zweck der übertretenen Norm darin bestehe, die Entscheidungsfreiheit des Patienten zu schützen.

Das Bundesgericht teilt diese Ansicht nicht. Es trägt den gegen seine Rechtsprechung vorgetragene Bedenken aber insofern Rechnung, als hinsichtlich des Nachweises der hypothetischen Einwilligung kein generalisierender Maßstab anzulegen sei. Entsprechend der in Deutschland in Rechtsprechung¹⁰¹¹ und Literatur¹⁰¹² vertretenen Auffassung sei auch nach Ansicht des Bundesgerichtes nicht darauf abzustellen, ob ein vernünftiger und besonnener Patient bei entsprechender Aufklärung die Einwilligung erteilt hätte. Um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu schützen, sei vielmehr maßgebend, wie sich der in Frage stehende Patient unter den konkreten Umständen verhalten hätte.¹⁰¹³ Würden Gründe für die Ablehnung der Behandlung durch den Patienten nicht verdeutlicht, könnte jedoch nach einem objektivierten Maßstab darauf abgestellt werden, ob die Ablehnung des Eingriffes vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus unverstänlich gewesen wäre.¹⁰¹⁴

(b) Schutzzweck der Norm

Nach dem Kriterium des Schutzzwecks der Norm ist nur für solche durch ein widerrechtliches Verhalten verursachte Schäden zu haften, die die übertretene Norm ihrem Schutzzweck nach verhindern sollte. In der Rechtsprechung wurde bisher nur in einer Entscheidung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 06.02.1995 die Frage aufgeworfen, ob dann, wenn zwar die Aufklärungspflicht verletzt wurde, sich in der Folge jedoch ein Risiko verwirklichte, das dieser Aufklärungspflicht nicht unterliege, eine Haftung des Arztes gegeben sei.¹⁰¹⁵ Das Kassationsgericht verwies in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes.¹⁰¹⁶ Es ließ jedoch offen, ob diese auf das schweizeri-

¹⁰⁰⁹ Guillod, *Consentement éclairé*, S. 86.

¹⁰¹⁰ Caemmerer, *Überholende Kausalität*, S. 30 ff.; Deutsch, *Haftungsrecht I*, § 12 IV 2, S. 175; Larenz, *Schuldrecht I* (13. Auflage), § 30 I, S. 485, der ohne im Besonderen auf die Problematik der Aufklärungspflichtverletzung einzugehen allgemein darauf abstellt, ob der Sinn der verletzten Norm die Berücksichtigung eines möglichen Alternativverhaltens verbiete; Wissmann, *NJW* 1971, S. 549, 550, der nicht auf die Fallgruppe der Aufklärungspflichtverletzungen eingeht, sondern die ähnlich gelagerte Problematik des Verstoßes gegen Verfahrensvorschriften erörtert.

¹⁰¹¹ BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, *NJW* 1980, 1333, 1334; BGH 07.02.1984, VI ZR 174/82, *BGHZ* 90, 103, 111.

¹⁰¹² Heilmann, *NJW* 1990, S. 1513, 1518; MüKo/Mertens (2. Auflage), § 823 Rn. 457; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 159.

¹⁰¹³ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 208 f.

¹⁰¹⁴ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 209; vgl. BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 672).

¹⁰¹⁵ Kassationsgericht (Zürich) 06.02.1995, *BlZR* 95 Nr. 67 (S. 207).

¹⁰¹⁶ BGH 07.02.1984, VI ZR 188/92, *BGHZ* 90, 96, 103; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88,

sche Arzthaftungsrecht übertragen werden könne, da die Vorinstanz die Frage, ob überhaupt ein Aufklärungsgespräch stattgefunden hatte, nicht hinreichend geklärt hätte.¹⁰¹⁷

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes scheint mit der des Bundesgerichtshofes aber insofern überein zu stimmen, als beide Gerichte von der Unteilbarkeit der Einwilligung des Patienten in den geplanten ärztlichen Eingriff ausgehen und damit die Einwilligung auf den Eingriff im Ganzen beziehen.¹⁰¹⁸ Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes könnte damit ohne weiteres auf das schweizerische Recht übertragen werden.

(c) Hypothetische Kausalität

Möglich wäre auch der Einwand des Arztes, ohne die eigenmächtige Behandlung wäre derselbe Gesundheitsschaden bei dem Patienten eingetreten.¹⁰¹⁹ Dieser Einwand könnte nach Art. 43 Abs. 1 OR¹⁰²⁰ bei der Bemessung des Schadensersatzes Berücksichtigung finden.¹⁰²¹ Von der Rechtsprechung wurde aber eine entsprechende Begrenzung des Schadensersatzes bisher nicht im Zusammenhang mit der Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen erwogen.

c) Prozessuale Durchsetzbarkeit von Aufklärungsmängeln

(1) Beweisregelung

(a) Beweislast

Der Arzt bzw. Spitalträger trägt die Beweislast für die Aufklärung des Patienten.¹⁰²² Diese Beweislastverteilung entspricht der für den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung.¹⁰²³

Die Entscheidungen des Bundesgerichtes sind jeweils auf der Grundlage des kantonalen Rechts ergangen. Da das kantonale Recht wie das Bundeszivilrecht für deliktische Haftung widerrechtliches Verhalten voraussetzt, ist diese Beweislastverteilung auf die deliktische Haftung nach Bundeszivilrecht übertragbar. Unklar

BGHZ 106, 391, 399 f.; BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347.

¹⁰¹⁷ Kassationsgericht (Zürich) 06.02.1995, BIZR 95 Nr. 67 (S. 208).

¹⁰¹⁸ BGH 07.02.1984, VI ZR 188/92, BGHZ 90, 96, 101 und 102; BGH 14.02.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, 398; BGH 12.03.1991, VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347; BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 300); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 957).

¹⁰¹⁹ Buchli-Schneider, recht 1988, S. 91, 97; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 214.

¹⁰²⁰ Art. 43. (1) Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hiebei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat.

¹⁰²¹ Obergericht (Zürich) 17.11.1988, SJZ 1989, 119, 123 bzgl. der Haftung für Behandlungsfehler; Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 71.

¹⁰²² BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 202.

¹⁰²³ BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 202; vgl. BG 08.02.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042).

bleibt aber, inwieweit diese Beweislastverteilung auch für vertragliche Ansprüche nach Bundeszivilrecht Gültigkeit besitzt.

In der Literatur wird überwiegend von einer Beweislast des Arztes für die erfolgte Aufklärung des Patienten ausgegangen, ohne nach der Anspruchsgrundlage zu differenzieren.¹⁰²⁴ Einzig Meisel stellt klar, daß die Beweislastverteilung bei vertraglicher Anspruchsgrundlage der bei deliktsrechtlicher Anspruchsgrundlage entspricht, da die Verletzung der Aufklärungspflicht nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern zusätzlich immer auch ein Delikt darstelle.¹⁰²⁵ Von einem anderen Teil der Literatur wird dagegen die Ansicht vertreten, daß der Patient bei vertraglichen Ansprüchen entsprechend den allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes das Unterlassen der Aufklärung durch den Arzt zu beweisen habe.¹⁰²⁶ Weitergehend wird aber von Guillod auch für deliktsrechtliche Ansprüche dem Patienten der Beweis für das Unterlassen der Aufklärung auferlegt. Guillod differenziert zwischen dem Beweis der Aufklärung und dem der Einwilligung. Die Beweislast für die Einwilligung des Patienten obliege dem Arzt.¹⁰²⁷ Entsprechend den allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes werde die Wirksamkeit einer Willenserklärung wie die der Einwilligung des Patienten vorausgesetzt. Der Patient habe dann Mängel der Einwilligung wie beispielsweise das Aufklärungsdefizit zu beweisen.¹⁰²⁸ Guillod gelangt daher zu einer einheitlichen Beweislastverteilung für beide Anspruchsgrundlagen. Seine Auffassung unterscheidet sich von der des Bundesgerichtes dadurch, daß die Problematik der Beweislastverteilung rein aus vertraglicher Sicht beurteilt wird. Dagegen verfolgt das Bundesgericht einen rein deliktsrechtlichen Ansatz. Aus dem Schutz der persönlichen Freiheit nach Art. 28 ZGB¹⁰²⁹ wird die Nichteinwilligung in Eingriffe in die körperliche Integrität vermutet.¹⁰³⁰ Würde der Ansatz des Bundesgerichtes konsequent auf das Vertragsrecht übertragen, müßte abweichend von den allgemeinen Beweislastregeln der Arzt bzw. der Spitalträger

¹⁰²⁴ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 204, 214; Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 79; Hinderling, Aufklärungspflicht, S. 74; Loeffler, Haftung des Arztes, S. 17, der die Beweislast des Arztes jedoch dadurch stark relativiert, daß er den prima-facie-Beweis zuläßt. Es entspreche dem typischen Geschehensablauf, daß der Patient mit dem sachgemäßen Eingriff einverstanden war; Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 194; anders noch Wiegand, Arzt und Recht, S. 81, 117, der die Rechtsprechung zur Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung auf S. 115 als systemwidrig kritisiert. Wolle man auf eine Haftung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht nicht ganz verzichten, so sollte wenigstens der Patient die mangelhafte Aufklärung beweisen. Mißverständnislich Kuhn, ZSR 1986 I, S. 469, 480; Kuhn, SJZ 1993, S. 257, 259; Handbuch (Schweiz)/Kuhn, S. 41, der im Ergebnis zwar von einer Beweislast der Arztes auszugehen scheint, aber terminologisch verwirrend von prima-facie-Beweis des Patienten bzw. Gegenbeweis des Arztes spricht.

¹⁰²⁵ Meisel, Patient - Patientenrecht, S. 157, 169.

¹⁰²⁶ Guillod, Consentement éclairé, S. 77; Ney, Responsabilité des médecins, S. 95.

¹⁰²⁷ Guillod, Consentement éclairé, S. 78; ihm folgend Eisner, Aufklärungspflicht, S. 56.

¹⁰²⁸ Guillod, Consentement éclairé, S. 78.

¹⁰²⁹ Art. 28. (1) Wer in seiner Person widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen.

(2) Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

¹⁰³⁰ Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 194.

ebenfalls hinsichtlich der Durchführung der vertraglich geschuldeten Aufklärung die Beweislast tragen. Es bleibt abzuwarten, wie das Bundesgericht in dieser Frage entscheiden wird.

Für den Patienten kann es unter Umständen günstiger sein, Ansprüche auf vertraglicher Grundlage geltend zu machen, da das Vertragsrecht sowohl hinsichtlich der längeren Verjährungsfrist, Art. 127 OR¹⁰³¹ statt Art. 60 OR,¹⁰³² als auch im Bereich der Haftung für Hilfspersonen, Art. 101 Abs. 1 OR¹⁰³³ statt Art. 55 Abs. 1 OR,¹⁰³⁴ für den Patienten günstiger ausgestaltet ist.¹⁰³⁵ Zugleich besteht der Genugtuungsanspruch wegen der Verweisung in Art. 99 Abs. 3 OR¹⁰³⁶ nicht nur für deliktsrechtliche Ansprüche, sondern auch für Ansprüche auf vertraglicher Grundlage.¹⁰³⁷

(b) Beweiswürdigung

In der Rechtsprechung finden sich keine Hinweise darauf, auf welche Weise mögliche Beweisschwierigkeiten des Arztes bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind.

Zwar soll es unter dem Gesichtspunkt der Beweistauglichkeit nicht genügen, in der Krankengeschichte nur ganz allgemein zu vermerken, daß der Patient über die geplante Operation und ihre möglichen Komplikationen aufgeklärt worden ist. Offen gelassen wurde vom Bundesgericht aber, welcher Beweiswert der Krankengeschichte im Arzthaftungsprozeß zukommt. Ebenso wurde nicht die Zweckmä-

¹⁰³¹ Art. 127. Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt.

¹⁰³² Art. 60. (1) Der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung verjährt in einem Jahre von dem Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet.

(2) Wird jedoch die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch.

(3) Ist durch die unerlaubte Handlung gegen den Verletzten eine Forderung begründet worden, so kann dieser die Erfüllung auch dann verweigern, wenn sein Anspruch aus der unerlaubten Handlung verjährt ist.

¹⁰³³ Art. 101. (1) Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem anderen den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.

¹⁰³⁴ Art. 55. (1) Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

¹⁰³⁵ Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 188 Fn. 326.

¹⁰³⁶ Art. 99. (3) Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.

¹⁰³⁷ BG 23.10.1990, BGE 116 II 519, 520; zustimmend Wiegand/Abegglen, recht 1993, S. 189, 199 Fn. 96; Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 185 Fn. 310, 313; kritisch Keller/Gabi-Bolliger, Schuldrecht II, S. 116.

Bigkeit eines vom Patienten zu unterschreibenden Formulars, in dem der genaue Inhalt der Aufklärung und die Einwilligung angegeben werden, beurteilt.¹⁰³⁸

(2) Einwände des Arztes

Für den Einwand, daß der Patient auch nach hinreichender Aufklärung in den ärztlichen Eingriff eingewilligt hätte, trägt der Arzt bzw. der Spitalträger die Beweislast.¹⁰³⁹ Diese Beweislastverteilung wird unabhängig von der kontrovers beurteilten rechtlichen Einordnung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung vorgenommen.¹⁰⁴⁰ Sie orientiert sich an der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes¹⁰⁴¹ und wird damit begründet, daß der Beweis im Zusammenhang mit dem Rechtfertigungsgrund der Einwilligung stehe. Zum anderen falle der Beweis in den Verantwortungsbereich des Arztes, der den Eingriff ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen hat.¹⁰⁴² Insoweit stützt sich das Bundesgericht auf Begründungen der Beweislastverteilung in der deutschen Literatur.¹⁰⁴³

Da es bei dem Nachweis der hypothetischen Einwilligung um Tatsachen aus dem Wissensbereich des Patienten geht, legt das Bundesgericht in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes¹⁰⁴⁴ dem Patienten Mitwirkungspflichten auf. Der Patient solle glaubhaft machen oder wenigstens substantiiert behaupten, warum er auch bei hinreichender Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffes verweigert hätte.¹⁰⁴⁵

d) Zusammenfassung

Das Bundesgericht hatte sich nach einer Entscheidung aus dem Jahre 1940¹⁰⁴⁶ erst wieder seit 1979, jedoch in nur wenigen Entscheidungen¹⁰⁴⁷ mit Fragen der Eingriffsaufklärung auseinanderzusetzen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung befindet sich im Einklang mit der Rechtsprechung kantonaler Gerichte.¹⁰⁴⁸

¹⁰³⁸ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 205.

¹⁰³⁹ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 301); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 208; BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 239); BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 672, 674); Kantonsgericht (St. Gallen) 21.08.1991, AJP 1992, 270, 274.

¹⁰⁴⁰ Siehe oben Seite 134.

¹⁰⁴¹ BGH 16.01.1959, VI ZR 179/57, BGHZ 29, 176, 187; BGH 05.07.1973, VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 123; BGH 22.01.1980, VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333, 1334.

¹⁰⁴² BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 208; BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 674).

¹⁰⁴³ Baumgärtel/Wittmann, Beweislast I (1. Auflage), § 823 I BGB Rn. 48; Heilmann, NJW 1990, S. 1513, 518; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 157.

¹⁰⁴⁴ BGH 28.02.1984, VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH 26.06.1990, VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928 f.

¹⁰⁴⁵ BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 209.

¹⁰⁴⁶ BG 20.02.1940, BGE 66 II 34.

¹⁰⁴⁷ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 362); BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 299); BG 03.11.1987, BGE 113 II 429; BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1039); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 951); BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 895); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197.

¹⁰⁴⁸ Bezirksgericht Zürich 29.04.1948, SJZ 1948, 326; Cour de Justice (Genève) 03.02.1961,

Die Rechtsprechung beschäftigte sich schwerpunktmäßig mit der Aufklärung über die Risiken des geplanten ärztlichen Eingriffs.¹⁰⁴⁹ Neben der Aufklärung über die Eingriffsrisiken war lediglich die Aufklärung über die Erfolgsaussichten des geplanten ärztlichen Eingriffs von Bedeutung.¹⁰⁵⁰

Die Rechtsprechung verzichtete auf die Ausbildung differenzierter Kriterien zur Bestimmung des Aufklärungsumfanges. Gleichzeitig wird von der Rechtsprechung immer auch die Möglichkeit einer Begrenzung der Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen berücksichtigt. In einigen Entscheidungen wurde daher aufgrund der psychischen Verfassung des Patienten eine Aufklärungspflichtverletzung verneint.¹⁰⁵¹ In einer anderen Entscheidung bestand wegen der schon vorhandenen Kenntnisse des Patienten aus der Krankenvorgeschichte keine Aufklärungspflicht.¹⁰⁵² In nur drei von sechs Entscheidungen gelangt das Bundesgericht überhaupt zur Annahme einer Aufklärungspflichtverletzung. Davon kommt in einer Entscheidung die Verletzung der Aufklärungspflicht neben dem Vorliegen eines Kunstfehlers nicht zum Tragen.¹⁰⁵³ In den Entscheidungen, in denen das Bundesgericht eine haftungsrechtlich relevante Aufklärungspflichtverletzung annimmt,¹⁰⁵⁴ versucht es zugleich, dem Arzt in prozessualer Hinsicht entgegenzukommen, indem es den Einwand der hypothetischen Einwilligung zulässt. Insofern nimmt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung auf die des Bundesgerichtshofes und auf die in der deutschen Literatur vertretenen Ansichten Bezug.¹⁰⁵⁵ Das Entgegenkommen der Rechtsprechung in prozessualer Hinsicht dient daher nicht dazu, hohe Anforderungen an die Aufklärung des Patienten durch den Arzt zu kompensieren. Es ist vielmehr ein weiteres Mittel, die Haftung des Arztes wegen Verletzung der Aufklärungspflicht zu beschränken. Insgesamt ist daher die schweizerische Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung als arztfreundlich zu bezeichnen.

SemJud 1962, 214; Kassationsgericht (Zürich) 06.02.1995, BlZR 85 Nr. 67 (S. 201).

¹⁰⁴⁹ Siehe oben Seite 121.

¹⁰⁵⁰ Siehe oben Seite 124.

¹⁰⁵¹ Siehe oben Seite 125.

¹⁰⁵² BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 896, 899).

¹⁰⁵³ BG 03.11.1987, BGE 113 II 429, 433 und 434.

¹⁰⁵⁴ BG 12.01.1982, Pr 71 Nr. 122 (S. 300); BG 28.05.1991, BGE 117 Ib 197, 206.

¹⁰⁵⁵ Siehe oben Seite 136.

3. Einflüsse durch die Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsfehler?¹⁰⁵⁶

a) Anspruchsgrundlagen

Ansprüche aus Behandlungsfehlern können sich sowohl nach Bundeszivilrecht aus Art. 97 Abs. 1¹⁰⁵⁷ und Art. 41 Abs. 1 OR¹⁰⁵⁸ als auch nach kantonalem öffentlichen Recht ergeben. Die Anspruchsvoraussetzungen entsprechen im wesentlichen denen bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht.

Der Behandlungsvertrag zwischen Arzt bzw. Krankenträger und Patient stellt einen (Tathandlungs-) Auftrag¹⁰⁵⁹ i. S. d. Art. 394 Abs. 1 OR¹⁰⁶⁰ dar.¹⁰⁶¹ Nach diesem schuldet der Arzt ein sorgfältiges Tätigwerden, Art. 398 Abs. 2 OR,¹⁰⁶² nicht aber einen bestimmten Behandlungserfolg.¹⁰⁶³

Ist der Arzt nach dem Willen der Parteien zur Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolges verpflichtet, wie bei medizinisch nicht indizierten, rein kosmetischen Operationen¹⁰⁶⁴ oder bei der Erstellung eines ärztlichen Gutachtens,¹⁰⁶⁵ sind diesbezüglich die Regeln des Werkvertrages, Art. 363 ff. OR, anzuwenden. Gleich-

¹⁰⁵⁶ Zur Problemstellung siehe oben, Seite 70 (*Deutschland*). Die Problematik des „Auffangtatbestandes“ wird auch von der *schweizerischen Literatur* behandelt: Eisner, Aufklärungspflicht, S. 24; Honsell, ZSR 1990, S. 135, 146; Kuhn, ZSR 1986 I, S. 469, 480; Kuhn, SJZ 1993, S. 257, 258 und 259; Handbuch (Schweiz)/Kuhn, S. 40 f.; Mainardi-Speziali, Ärztliche Aufklärungspflichten, S. 75; Wiegand, Arzt und Recht, S. 81, 113; Wiegand, recht 1993, S. 149, 150.

¹⁰⁵⁷ Art. 97. (1) Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

¹⁰⁵⁸ Art. 41. (1) Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.

¹⁰⁵⁹ Bucher, Obligationenrecht BT, § 12 III 2, S. 226, II, S. 225: Der Auftrag ist zwar wie im deutschen Recht tätigkeitsbezogen. Die Unentgeltlichkeit ist im schweizerischen Recht aber nicht Begriffsmerkmal des Auftrages, Art. 394 Abs. 3 OR. Art. 394. (3) Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.

¹⁰⁶⁰ Art. 394. (1) Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

¹⁰⁶¹ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 363); BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 956); BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 235); Obergericht (Zürich) 15.02.1979, SJZ 1980, 383; Bezirksgericht Dielsdorf (Zürich) 01.12.1982, SJZ 1983, 376; Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 88 Nr. 27 (S. 87); Kassationsgericht (Wallis) 14.10.1992, ZWR 1993, 370, 378; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 33, 57; Gross, Persönliche Freiheit, S. 62; Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 37; Handbuch (Schweiz)/Kuhn, S. 22; Ott, Haftung des Arztes, S. 23 f.; Stürner, SJZ 1984, S. 121, 122; Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 125.

¹⁰⁶² Art. 398. (2) Er [Der Beauftragte] haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.

¹⁰⁶³ Bezirksgericht Dielsdorf (Zürich) 01.12.1982, SJZ 1983, 376, 377; Bucher, Obligationenrecht BT, § 12 VI 6a, 231; Buchli-Schneider, recht 1988, S. 91, 93; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 159.

¹⁰⁶⁴ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 58; Gross, Persönliche Freiheit, S. 62 Fn. 166; offen gelassen von Cour de Justice (Genève) 11.10.1955, SJZ 1956, 344, 346.

¹⁰⁶⁵ Obergericht (Zürich) 19.10.1951, BIZR 54 Nr. 183 (S. 372); anders jedoch Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 59.

ches soll nach einem Teil von Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich der rein technischen Arbeiten des Zahnarztes gelten.¹⁰⁶⁶ Nach anderer Auffassung ist die Tätigkeit des Zahnarztes in ihrer Gesamtheit dem Auftragsrecht zu unterstellen, wenn die Herstellung von Prothesen Teil der vom Zahnarzt in eigener Initiative und Verantwortung durchgeführten Zahnbehandlung ist.¹⁰⁶⁷

Vertraglich wie deliktisch ist die Einhaltung der ärztlichen Sorgfaltspflicht außerdem im Rahmen des Verschuldens bei der Fahrlässigkeit zu berücksichtigen.

Objektiv sorgfaltswidrig ist ein ärztliches Vorgehen, das nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr vertretbar erscheint.¹⁰⁶⁸

b) Prozessuale Geltendmachung von Behandlungsfehlern

Der Patient hat das Vorliegen des Gesundheitsschadens und den Kausalzusammenhang zwischen diesem Schaden und dem Verhalten des Arztes zu beweisen.¹⁰⁶⁹ Nach den allgemeinen Regeln des Beweisrechts, Art. 8 ZGB,¹⁰⁷⁰ muß der klagende Patient außerdem die Vertragsverletzung bei vertraglicher Haftung bzw. die Widerrechtlichkeit des Verhaltens bei außervertraglicher Haftung beweisen. Während bei der vertraglichen Haftung dem Patienten die Verschuldensvermutung des Art. 97 Abs. 1 OR zugute kommt, muß er bei der deliktsrechtlichen Haftung das Verschulden des Arztes nachweisen. Bei der Kausalhaftung nach kantonalem öffentlichem Recht erübrigt sich die Prüfung der Verschuldensfrage. Für die Beweislastverteilung im vertraglichen Bereich und bei kausaler Staatshaftung ist daher entscheidend, ob der ärztliche Behandlungsfehler als eine Verletzung der

¹⁰⁶⁶ BG 20.06.1921, BGE 47 II 213, 215; BG 29.05.1935, BGE 61 II 106, 111; Cour de Justice (Genève) 24.01.1947, SJZ 1949, 45; Appellationshof (Freiburg) 20.10.1958, SJZ 1960, 144; Tribunal cantonal (Vaud) 08.07.1963, SJZ 1964, 42; Bucher, Obligationenrecht BT, § 10 I 3b, S. 204, § 12 III 2, S. 226; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 33, 57; Gross, Persönliche Freiheit, S. 62 Fn. 166.

¹⁰⁶⁷ BG 25.09.1984, Pr 74 Nr. 59 (S. 167); Obergericht (Appenzell-Ausserrhoden) 22.04.1958, SJZ 1961, 252, 253; Appellationsgericht (Basel-Stadt) 08.03.1940, SJZ 1940/41, 157, 158, das zwar von einem Werkvertrag ausgeht, die Regeln des Werkvertrages aber insofern modifiziert, als der Zahnarzt nicht für den Erfolg der Behandlung haften soll, sondern nur für die sorgfältige Erstellung des Behandlungsplanes und Durchführung der Behandlung einzustehen hat; BK/Gautschi (2. Auflage), Vorbemerkungen zu Art. 363-379 Rn. 6, (3. Auflage) Art. 394 Rn. 40b, Art. 398 Rn. 33a; Raschein, SMZahnmed 1991, S. 1033 f., der allerdings auf S. 1035 bzgl. der handwerklichen Arbeiten erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht stellt.

¹⁰⁶⁸ BG 14.06.1938, BGE 64 II 200, 205; BG 20.02.1940, BGE 66 II 34, 36; BG 10.10.1944, BGE 70 II 207, 210; BG 31.01.1967, BGE 93 II 19, 21; BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 363); BG 12.01.1982, BGE 108 II 59, 61; BG 25.10.1994, BGE 120 Ib 411, 413; Obergericht (Appenzell-Ausserrhoden) 22.04.1958, SJZ 1961, 252, 254; Bezirksgericht Dielsdorf (Zürich) 01.12.1982, SJZ 1983, 376.

¹⁰⁶⁹ BG 10.10.1944, BGE 70 II 207, 209; BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 364); BG 12.01.1982, BGE 108 II 59, 61; BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1041); Cour de Justice (Genève) 24.01.1947, SJZ 1949, 45; Cour de Justice (Genève) 03.02.1961, SemJud 1962, 214; Bezirksgericht Dielsdorf (Zürich) 01.12.1982, SJZ 1983, 376, 377; Kassationsgericht (Wallis) 14.10.1992, ZWR 1992, 370, 378.

¹⁰⁷⁰ Art. 8. Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.

ärztlichen Sorgfaltspflicht¹⁰⁷¹ dogmatisch der Vertragsverletzung bzw. der Widerrechtlichkeit oder dem Verschulden zuzurechnen ist.

Ein Teil der Literatur versucht, eine für den Patienten günstige Beweislastverteilung dadurch zu erreichen, daß der Behandlungsfehler erst im Rahmen des Verschuldens geprüft wird.¹⁰⁷² Hinsichtlich der Vertragsverletzung müsse nur nachgewiesen werden, daß der Arzt vom Inhalt des Auftrages, den Patienten zu heilen und ihm nicht zu schaden, abgewichen sei bzw. diesen Auftrag nicht richtig ausgeführt habe.¹⁰⁷³ Der Patient müsse aber nicht auch noch nachweisen, warum der Auftrag nicht richtig ausgeführt wurde.¹⁰⁷⁴

Von der Rechtsprechung wurde der Behandlungsfehler vereinzelt ebenfalls dem Verschulden zugerechnet.¹⁰⁷⁵ Oftmals blieb die dogmatische Einordnung des Behandlungsfehlers, vor allem in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes¹⁰⁷⁶ unklar.¹⁰⁷⁷ Erst seit Ende der 1980er Jahre macht das Bundesgericht in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Lehre¹⁰⁷⁸ deutlich, daß der Behandlungsfehler bei der vertraglichen Haftung von der Vertragsverletzung, bei der außervertraglichen von der Widerrechtlichkeit erfaßt werde.¹⁰⁷⁹ Als Teil der Widerrechtlichkeit sei der Behandlungsfehler auch bei der Kausalhaftung zu berücksichtigen.¹⁰⁸⁰ Das ergibt sich als Umkehrschluß aus dem Umfang der Einwilligung des Patienten,¹⁰⁸¹ die sich gerade nicht auf Behandlungsfehler erstrecke.¹⁰⁸² Außerdem hat die Rechtsprechung bei der Kausalhaftung des Staates die Widerrechtlichkeit nicht nur auf die Verletzung des absolut geschützten Rechtsgutes der kör-

¹⁰⁷¹ Kuhn, SJZ 1987, S. 353, 354; Wiegand, Arzt und Recht, S. 81, 96.

¹⁰⁷² Ileri, Patient - Patientenrecht, S. 145, 151; Kuhn, ZSR 1986 I, S. 469, 483 ff.; Kuhn, SJZ 1987, S. 353, 357 ff.

¹⁰⁷³ Ileri, Patient - Patientenrecht, S. 145, 152; Kuhn, ZSR 1986 I, S. 469, 476; Kuhn, SJZ 1987, S. 353, 355.

¹⁰⁷⁴ Ileri, Patient - Patientenrecht, S. 145, 152.

¹⁰⁷⁵ BG 14.06.1938, BGE 64 II 200, 205, ohne aber die Konsequenzen für die Beweislastverteilung anzusprechen; Obergericht (Zürich) 15.02.1979, SJZ 1980, 383.

¹⁰⁷⁶ Klarer die kantonale Rechtsprechung: Bezirksgericht Dielsdorf (Zürich) 01.12.1982, SJZ 1983, 376 f.

¹⁰⁷⁷ Beispielsweise wurde in BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1040) die Einordnung offengelassen.

¹⁰⁷⁸ Buchli-Schneider, recht 1988, S. 91, 93 f.; Eisner, Aufklärungspflicht, S. 40 f.; Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 159 ff.; Guillod, Responsabilità del medico, S. 55, 65; Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 36 f.; Keller, Arzt und Recht, S. 125, 132; Raschein, ZGRG 1989, S. 62, 64; Steyert, SJZ 1981, S. 109, 110; Wiegand, Arzt und Recht, S. 81, 104.

¹⁰⁷⁹ BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898); BG 25.10.1994, BGE 120 Ib 411, 414.

¹⁰⁸⁰ BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 897 f.); BG 23.10.1990, BGE 116 I 519, 521; BG 25.10.1994, BGE 120 Ib 411, 414.

¹⁰⁸¹ Handbuch (Schweiz)/Kuhn, S. 59 f.

¹⁰⁸² BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042); BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898).

perlichen Integrität, sondern auch auf Sorgfaltspflichten, die im kantonalen öffentlichen Recht normiert sind,¹⁰⁸³ gestützt.¹⁰⁸⁴

Der Patient hat daher stets, unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage, das Vorliegen eines Behandlungsfehlers zu beweisen.¹⁰⁸⁵

Aufgrund des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffes¹⁰⁸⁶ wäre mit dem Nachweis eines Behandlungsfehlers eigentlich auch das Verschulden des Arztes bewiesen,¹⁰⁸⁷ da die Vertragspflicht des Arztes der nach dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff geschuldeten Sorgfalt entspricht.¹⁰⁸⁸ Für einen Entlastungsbeweis des Arztes nach Art. 97 Abs. 1 OR bliebe dann kein Raum.

In der Literatur wird aber seit Mitte der 1980er Jahre die Ansicht vertreten, daß der objektive Verschuldensmaßstab stärker zu subjektivieren sei, um dem Arzt gestützt auf individuelle Befreiungsgründe, eine Exkulpationsmöglichkeit zu eröffnen.¹⁰⁸⁹

Von der Rechtsprechung wird der objektive Verschuldensmaßstab dadurch subjektiviert, daß die konkrete Behandlungssituation sowie die individuelle Leistungsfähigkeit und das Berufsrisiko des Arztes bei der Haftung Berücksichtigung finden. Zuletzt hat das Bundesgericht ausdrücklich ausgesprochen, daß der Arzt

¹⁰⁸³ § 3 der *Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patienten in staatlichen und vom Staat unterstützten Krankenhäusern (Patientenrechtsverordnung) vom 28.08.1991*, die am 01.10.1991 in Kraft getreten ist: Die Behandlung der Patienten richtet sich nach den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften und den Grundsätzen der Humanität. § 38 der *Verordnung über die kantonalen Krankenhäuser vom 28.01.1981*, die am 01.04.1981 in Kraft getreten ist und bis zum 01.10.1991 Geltung besaß: Die Behandlung der Patienten hat sich nach den anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft und der Humanität zu richten. § 31 der *Verordnung über die kantonalen Krankenhäuser vom 25.03.1971*, die bis zum 01.04.1981 Geltung besaß: Untersuchung und Behandlung von Patienten haben sich nach den anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft und der Humanität zu richten.

¹⁰⁸⁴ BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898).

¹⁰⁸⁵ BG 10.10.1944, BGE 70 II 207, 208 f.; BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 364); BG 12.01.1982, BGE 108 II 59, 61; Cour de Justice (Genève) 03.02.1961, SemJud 1962, 214; Bezirksgericht Dielsdorf (Zürich) 01.12.1982, SJZ 1983, 376, 377; Kassationsgericht (Wallis) 14.10.1992, ZWR 1992, 370, 378.

¹⁰⁸⁶ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 148; Keller/Gabi-Bolliger, Schuldrecht II, S. 55.

¹⁰⁸⁷ Hausheer/Geiser, Medical Responsibility, CH 75; Honsell, ZSR 1990, S. 135, 142; Loeffler, Haftung des Arztes, S. 61 f.; Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 188 Fn. 326; OR/Wiegand, Art. 97 Rn. 43.

¹⁰⁸⁸ Gross, Haftung für medizinische Behandlung, S. 159.

¹⁰⁸⁹ Honsell, ZSR 1990, S. 135, 142 f.; Kuhn, SJZ 1987, S. 353, 358 Fn. 30; Kuhn, SJZ 1993, S. 257, 262 f.; Weber, AJP 1992, S. 177, 185 f.; OR/Weber, Art. 398 Rn. 32; Wiegand, Arzt und Recht, S. 81, 111 f.

eine gefahrgeneigte Tätigkeit i. S. d. Art. 398 Abs. 1¹⁰⁹⁰ i. V. m. Art. 321e Abs. 2 OR¹⁰⁹¹ ausübe, der haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen sei.¹⁰⁹²

Gestützt auf individuelle Befreiungsgründe wird dem Arzt eine Exkulpationsmöglichkeit eröffnet.¹⁰⁹³ Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht ließen sich nicht ein für allemal festlegen. Sie richteten sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum, den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt im einzelnen Fall zur Verfügung stehen, sowie nach dessen Ausbildung und Leistungsfähigkeit.¹⁰⁹⁴ Je schwieriger der Eingriff, je weniger der Arzt spezialisiert sei und je weniger Mittel und Zeit ihm zur Verfügung ständen, desto näher läge es im Falle einer Schädigung, die Ersatzpflicht zu ermäßigen oder überhaupt zu verneinen und umgekehrt.¹⁰⁹⁵ Insbesondere auf dem Gebiet der Chirurgie¹⁰⁹⁶ sei dem Arzt bei der Diagnose und der Auswahl der Behandlungsform ein gewisser Entscheidungsspielraum zuzugestehen.¹⁰⁹⁷ Im allgemeinen habe der Arzt nicht für jene Gefahren und Risiken, die immanent mit jeder ärztlichen Tätigkeit verbunden seien, einzustehen.¹⁰⁹⁸

Damit kommt dem Entlastungsbeweis nach Art. 97 Abs. 1 OR im Bereich der vertraglichen Arzthaftung durchaus praktische Bedeutung zu.

Für den Bereich der Kausalhaftung nach kantonalem öffentlichem Recht hat die Rechtsprechung dem Staat einen inhaltlich gleich lautenden, gesetzlich aber nicht vorgesehenen¹⁰⁹⁹ Entlastungsbeweis zur Verfügung gestellt.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁰ Art. 398. (1) Der Beauftragte haftete im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis.

¹⁰⁹¹ Art. 321e. (2) Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.

¹⁰⁹² BG 25.10.1994, BGE 120 Ib 411, 413.

¹⁰⁹³ Begrifflich ist vom Bundesgericht nicht immer deutlich zwischen Vertragsverletzung und Verschulden unterschieden worden, vgl. BG 03.11.1987, BGE 133 II 429, 432 f. zur Kritik aus der Literatur.

¹⁰⁹⁴ BG 03.11.1987, BGE 113 II 429, 432; BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 897); BG 23.10.1990, BGE 116 II 519, 521; BG 29.07.1994, BGE 120 II 248, 249 f.; BG 25.10.1994, BGE 120 Ib 411, 413; vgl. Kassationsgericht (Wallis) 14.10.1992, ZWR 1992, 370, 385.

¹⁰⁹⁵ BG 03.11.1987, BGE 113 II 429, 432.

¹⁰⁹⁶ BG 10.10.1944, BGE 70 II 207, 209 f.; BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 363 f.).

¹⁰⁹⁷ BG 06.05.1931, BGE 57 II 196, 202 f.; BG 14.06.1938, BGE 64 II 200, 205; BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 363); BG 25.10.1994, BGE 120 Ib 411, 413; Bezirksgericht Dielsdorf (Zürich) 01.12.1982, SJZ 1983, 376.

¹⁰⁹⁸ BG 14.06.1938, BGE 64 II 200, 205 f.; BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 363); BG 25.10.1994, BGE 120 Ib 411, 413; Obergericht (Appenzell-Ausserrhoden) 22.04.1958, SJZ 1961, 252, 254.

¹⁰⁹⁹ Kuhn, SJZ 1993, S. 257, 263; Handbuch (Schweiz)/Kuhn, S. 59, 85.

¹¹⁰⁰ BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1042); BG 17.05.1989, Pr 78 Nr. 251 (S. 898).

Hinsichtlich des Beweises des Kausalzusammenhanges¹¹⁰¹ und hinsichtlich des Nachweises des Kunstfehlers¹¹⁰² läßt die Rechtsprechung den Anscheinsbeweis zu.¹¹⁰³

Beweiserleichterungen für den Nachweis des Kausalzusammenhanges hat darüber hinaus allein das Obergericht des Kantons Zürich unter der Voraussetzung zugestanden, daß der Patient gerade wegen der begangenen Pflichtverletzung den Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem eingetretenen Schaden nicht nachweisen kann, und zudem die ernsthafte Möglichkeit besteht, daß die Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden kausal war. Dem Patienten obliegt dann nur der Beweis dafür, daß die Möglichkeit eines solchen Kausalzusammenhanges ernsthaft besteht.¹¹⁰⁴

c) Vergleich mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur Eingriffsaufklärung

Die Rechtsprechung bewirkt durch eine stärkere Subjektivierung des Verschuldensbegriffes im Ergebnis eine Einschränkung der Haftung des Arztes für Behandlungsfehler. Zugleich erkennt die Rechtsprechung bis auf den Anscheinsbeweis bei Nachweis des Kausalzusammenhanges und des Behandlungsfehlers keine Beweiserleichterungen für den Patienten an. Beweiserleichterungen vergleichbar den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum groben Behandlungsfehler hat bisher nur das Obergericht des Kantons Zürich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1988 angenommen. Die Begrenzung der Haftung des Arztes für Behandlungsfehler durch eine stärkere Subjektivierung des Verschuldensbegriffes geht einher mit einer ebenfalls eingeschränkten Haftung wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht. Insgesamt tendiert daher die Rechtsprechung zur Haftung für Behandlungsfehler wie die zur Eingriffsaufklärung zu einer arztfreundlichen Haltung. Im Ergebnis lassen sich daher eher Parallelen als gegenläufige Tendenzen in der Entwicklung der Rechtsprechung zur Haftung für Behandlungsfehler und der zur Eingriffsaufklärung feststellen.

¹¹⁰¹ BG 23.11.1927, BGE 53 II 419, 426; BG 06.05.1931, BGE 57 II 196, 209; BG 08.12.1987, Pr 77 Nr. 278 (S. 1041); Cour de Justice (Genève) 24.01.1947, SJZ 1949, 45; Kassationsgericht (Wallis) 14.10.1992, ZWR 1992, 370, 382.

¹¹⁰² BG 29.07.1994, BGE 120 II 248, 250.

¹¹⁰³ Voraussetzungen und Wirkungen entsprechen dem deutschen Zivilprozessrecht, siehe dazu oben, Seite 73 (*Deutschland*) sowie BG 29.07.1994, BGE 120 II 248, 250 f.; Habscheid, Zivilprozessrecht, § 53 II 4 Rn. 647, S. 388; Honsell, AJP 1995, 228, 229; vgl. Vogel, Zivilprozessrecht, 10. Kapitel Rn. 53, S. 247

¹¹⁰⁴ Obergericht (Zürich) 17.11.1988, SJZ 1989, 119, 121 f.

B. Sicherungsaufklärung

Die Sicherungsaufklärung soll dem Patienten die notwendigen Informationen im Zusammenhang mit einem Eingriff bzw. einer Medikation verschaffen, um ihn zu einem therapiegerechten¹¹⁰⁵ oder sonstigen Verhalten¹¹⁰⁶ anzuleiten, oder um Gefahren für ihn¹¹⁰⁷ oder Dritte¹¹⁰⁸ zu vermeiden. Erkennt der Arzt, daß bestimmte

¹¹⁰⁵ *Deutschland*: Dosierung eines Medikaments: BGH 13.01.1970, VI ZR 121/68, NJW 1970, 511, 512 f.; Nachbeobachtung bei Herzkatheter-Untersuchung: BGH 16.06.1981, VI ZR 38/80, NJW 1981, 2513. *Österreich*: Hinweis auf für einen Glaukomanfall typische Beschwerden und Anweisung, diese sofort dem Klinikpersonal bekanntzugeben: OGH 19.12.1956, 2 Ob 673/56, SZ 29/84 (S. 276). *Schweiz*: ohne Fallbezug: BG 23.10.1990, BGE 116 II 519, 521.

¹¹⁰⁶ *Deutschland*: Erfolgssicherheit einer Sterilisationsmethode: BGH 02.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630, 632; BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003; Notwendigkeit eines Spermioграмms nach Sterilisation in Form der Vasektomie: BGH 27.06.1995, VI ZR 32/94, NJW 1995, 2407, 2408; Durchführung einer Amniozentese, um genetische Schädigung des Kindes auszuschließen: BGH 22.11.1983, VI ZR 85/82, BGHZ 89, 95, 98 und 100; BGH 07.07.1987, VI ZR 193/86, NJW 1987, 2923; Möglichkeit eines etwaigen Mißerfolges des Schwangerschaftsabbruches: BGH 25.06.1985, VI ZR 270/83, NJW 1985, 2749, 2750. *Österreich*: Möglichkeit der Verschiebung der Regelblutung bei medikamentöser Behandlung im Hinblick auf Anwendung der Knaus-Ogino-Methode (Eine entsprechende Aufklärungspflicht wurde im Fall der Behandlung einer Polinosis jedoch verneint): OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316, 317; Erfolgssicherheit einer Tubensterilisation: OGH 26.01.1995, 6 Ob 502/95, RdM 1995/11 (S. 70). *Schweiz*: Erfolgssicherheit einer Tubensterilisation: BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 672).

¹¹⁰⁷ *Deutschland*: Hinweis auf erhöhte Ansteckungsgefahr in einem Krankenhaus: BGH 22.01.1960, VI ZR 121/58, VersR 1960, 416, 419; Vermeidung von Kombinationsschäden nach Bestrahlung der Haut: BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 336.

¹¹⁰⁸ *Deutschland*: Möglichkeit der Antikörperbildung bei erneuter Schwangerschaft: BGH 28.03.1989,

ärztliche Maßnahmen erforderlich sind, muß er den Patienten über die Notwendigkeit der ärztlichen Behandlung sowie über mögliche Gefahren und schädliche Folgen im Falle ihrer Unterlassung aufklären.¹¹⁰⁹ Die Sicherungsaufklärung erfaßt jedoch nicht die gesundheitlichen Risiken des Eingriffs oder der Medikation und ist dadurch von der Eingriffsaufklärung zu unterscheiden.¹¹¹⁰

Synonym zum Begriff der Sicherungsaufklärung wird von der deutschen¹¹¹¹ und der schweizerischen Rechtsprechung¹¹¹² teilweise der Begriff der therapeutischen Beratung bzw. der therapeutischen Aufklärung gebraucht.

I. Deutschland

Zahlenmäßig befassen sich deutlich weniger Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes mit Fragen der Sicherungsaufklärung als mit denen der Eingriffsaufklärung. Die Rechtsprechung zum Gegenstand der Sicherungsaufklärung ist zudem nicht so stark ausdifferenziert wie die zur Eingriffsaufklärung. Sie beschränkt sich im wesentlichen auf die Begründung von Aufklärungspflichten im Einzelfall.

VI ZR 157/88, MedR 1989, 243, 245; Hinweis auf Ansteckungsgefahr für Kontaktpersonen eines mit Lebendviren geimpften Säuglings und auf Vorsichtsmaßnahmen zu deren Vermeidung: BGH 07.07.1994, III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 388. *Österreich*: Hinweis auf fehlende Eignung der Entbindungsstation für Frühgeburten: OGH 13.02.1986, 8 Ob 63/85, ZVR 1987/74 (S. 228).

¹¹⁰⁹ *Deutschland*: Fristgebundenheit einer ärztlichen Maßnahme: BGH 24.06.1986, VI ZR 21/85, NJW 1987, 705; Notwendigkeit gezielter augenärztlicher Untersuchungen bei Kleinkind, das nach der Frühgeburt eine Inkubationsbehandlung erhalten hat: BGH 12.01.1988, VI ZR 55/87, AHRS 3110/27; Möglichkeit der Nachoperation und deren Erfolgsquote: BGH 29.11.1988, VI ZR 231/87, VersR 1989, 189, 190; Hinweis auf Dringlichkeit und Gefahren einer Unterlassung von Kontrollen bzw. von einer ärztlichen Behandlung: BGH 16.12.1953, VI ZR 143/52, LM Nr. 9 zu § 823 (Aa) BGB; BGH 30.09.1955, 2 StR 206/55, LM Nr 6 zu § 230 StGB; BGH 25.04.1989, VI ZR 175/88, BGHZ 107, 222, 226 f.; BGH 27.11.1990, VI ZR 30/90, NJW 1991, 748, 749; Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Untersuchung zur Abklärung einer Verdachtsdiagnose: BGH 24.06.1997, VI ZR 94/96, VersR 1997, 1357. *Österreich*: Heimtransport nach Kniegelenksverletzung statt Behandlung am Krankenhaus des Urlaubsortes: OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; Krankenhausbehandlung bei Verdacht einer schweren Komplikation (Pneumothorax nach Injektion): OGH 25.01.1990, 7 Ob 727/89, VersR 1991, 488; Hinweis auf relativ kurze Funktionsdauer einer festsitzenden Zahnkonstruktion gegenüber einer Prothese: OGH 13.03.1996, 7 Ob 521/96, RdM 1997/10 (S. 54); Aufklärung über Notwendigkeit der Korrektur eines Oberkieferprovisoriums zur Vermeidung von Komplikationen bei Herstellung eines Unterkieferimplantates: OGH 20.03.1997, 6 Ob 2391/96b, RdM 1997/29 (S. 156). *Schweiz*: Aufklärung über Risiken einer Dehydratation bei Diarrhoe verbunden mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit ärztlicher Behandlung bei andauerndem Wasserverlust: BG 23.10.1990, BGE 116 II 519, 522 f.; Möglichkeit der erneuten Hodenfreilegung zur Feststellung des Tumorbefalls (Eine entsprechende Aufklärungspflicht wurde im konkreten Fall jedoch verneint): Obergericht (Zürich) 17.11.1988, SJZ 1989, 119, 120 f.

¹¹¹⁰ *Deutschland*: BGH 02.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630, 631 f.; BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003. *Schweiz*: Vgl. BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 672, 674)

¹¹¹¹ BGH 24.06.1986, VI ZR 21/85, NJW 1987, 705; BGH 12.01.1988, VI ZR 55/87, AHRS 3110/27; BGH 29.11.1988, VI ZR 231/87, VersR 1989, 189, 190; BGH 28.03.1989, VI ZR 157/88, MedR 1989, 243, 245; BGH 25.04.1989, VI ZR 175/88, BGHZ 107, 222, 227; BGH 27.11.1990, VI ZR 30/90, NJW 1991, 748, 749; BGH 07.07.1994, III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 388.

¹¹¹² BG 23.10.1990, BGE 116 II 519, 521.

An den Umfang der Sicherungsaufklärung könnten höhere Anforderungen als an den der Eingriffsaufklärung gestellt werden,¹¹¹³ da im Gegensatz zu dieser bei der Sicherungsaufklärung keine therapeutischen Rücksichten genommen werden müßten.¹¹¹⁴ Eine Aufklärung könne daher auch bei sehr niedrigen Zwischenfallsquoten erforderlich sein.¹¹¹⁵

Die Sicherungsaufklärung besteht als vertragliche Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag.¹¹¹⁶ Das Unterlassen der Sicherungsaufklärung stellt einen selbständigen Behandlungsfehler dar.¹¹¹⁷ Die Verletzung der Pflicht zur Sicherungsaufklärung ist damit eine anspruchsbegründende Tatsache, für die der Patient nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast trage.¹¹¹⁸ An die Beweisführung dürften jedoch keine unbillig scharfen Anforderungen gestellt werden.¹¹¹⁹

Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast können hinsichtlich des dem Patienten obliegenden Beweises der haftungsbegründenden Kausalität¹¹²⁰ in Betracht kommen. Auf die Beweisregelung bei Unterlassen der Sicherungsaufklärung werden somit die in anderem Zusammenhang entwickelten Grundsätze folgerichtig angewandt:

Möglich sei einmal eine Kausalitätsvermutung zugunsten des geschädigten Patienten, wenn die unterlassene Sicherungsaufklärung einen auf eine bestimmte Verhaltensweise des Patienten ausgerichteten Rat oder Hinweis beinhalte.¹¹²¹ Der Arzt sei dann dafür beweibelastet, daß der Schaden auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingetreten wäre, der Patient den Rat oder Hinweis also nicht befolgt hätte.¹¹²² Dieser Grundsatz gelte allgemein bei der Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten gleich welchen Inhalts.¹¹²³

¹¹¹³ BGH 02.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630, 632.

¹¹¹⁴ BGH 02.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630, 632; BGH 07.07.1994, III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 390.

¹¹¹⁵ BGH 07.07.1994, III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 390.

¹¹¹⁶ BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003; BGH 27.06.1995, VI ZR 32/94, NJW 1995, 2407, 2408.

¹¹¹⁷ BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 336; BGH 16.06.1981, VI ZR 38/80, NJW 1981, 2513; BGH 24.06.1986, VI ZR 21/85, NJW 1987, 705; BGH 29.11.1988, VI ZR 231/87, VersR 1989, 189, 190; BGH 27.11.1990, VI ZR 30/90, NJW 1991, 748, 749; BGH 07.07.1994, III ZR 52/93, BGHZ 126, 386, 388; BGH 27.06.1995, VI ZR 32/94, NJW 1995, 2407, 2408.

¹¹¹⁸ BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003; BGH 27.06.1995, VI ZR 32/94, NJW 1995, 2407, 2408.

¹¹¹⁹ BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003.

¹¹²⁰ BGH 02.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630, 632; BGH 10.03.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2004; BGH 24.06.1986, VI ZR 21/85, NJW 1987, 705; BGH 28.03.1989, VI ZR 157/88, MedR 1989, 243, 245.

¹¹²¹ BGH 02.12.1980, VI ZR 175/78, NJW 1981, 630, 632; BGH 22.11.1983, VI ZR 85/82, BGHZ 89, 95, 103; BGH 28.03.1989, VI ZR 157/88, MedR 1989, 243, 245.

¹¹²² BGH 10.11.1970, VI ZR 83/69, NJW 1971, 241, 242; BGH 22.11.1983, VI ZR 85/82, BGHZ 89, 95, 103; BGH 28.03.1989, VI ZR 157/88, MedR 1989, 243, 245; BGH 25.04.1989, VI ZR 175/88, BGHZ 107, 222, 228.

¹¹²³ Beispielsweise: BGH 05.07.1973, VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 122; BGH 14.03.1988, II ZR 302/82, NJW-RR 1988, 831; BGH 05.05.1988, I ZR 151/86, NJW-RR 1988, 1066, 1067.

Es könnten aber auch die zum groben Behandlungsfehler entwickelten Beweisgrundsätze eingreifen, wenn die Unterlassung der Sicherungsaufklärung als entsprechend schwerwiegend zu qualifizieren sei.¹¹²⁴

Insgesamt gesehen ist ein eigenständiger Entwicklungsprozeß bei der Rechtsprechung zur Sicherungsaufklärung nicht abzulesen.

II. Österreich

Zur Sicherungsaufklärung sind nur wenige Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes ergangen.¹¹²⁵

In diesen Entscheidungen beschränkt sich der Oberste Gerichtshof darauf, einzelfallbezogenen Aufklärungspflichten festzulegen. Hinsichtlich der Aufklärung über die Folgen der Unterlassung einer ärztlichen Behandlung nimmt er Bezug auf die entsprechende Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes.¹¹²⁶

Den Umfang der Sicherungsaufklärung will der Oberste Gerichtshof entsprechend den zur Eingriffsaufklärung entwickelten Grundsätzen bestimmen.¹¹²⁷ Er unterscheidet nicht zwischen Eingriffs- und Sicherungsaufklärung.¹¹²⁸ Insoweit klarer ist die dogmatische Einordnung der Sicherungsaufklärung durch die österreichische Literatur. Nach dieser stellt die Verletzung der Pflicht zur Sicherungsaufklärung keine eigenmächtige Heilbehandlung dar.¹¹²⁹ Sie begründe vielmehr einen Behandlungsfehler,¹¹³⁰ da die Sicherungsaufklärung Teil der *lege artis* durchzuführenden Heilbehandlung sei.¹¹³¹ Auch in dieser Hinsicht differenziert die Rechtsprechung nicht zwischen Sicherungs- und Eingriffsaufklärung. Der Oberste Gerichtshof sieht die Eingriffsaufklärung fälschlicherweise ebenfalls als Teil der Heilbehandlung an.¹¹³²

¹¹²⁴ BGH 24.06.1986, VI ZR 21/85, NJW 1987, 705; BGH 25.04.1989, VI ZR 175/88, BGHZ 107, 222, 228. Zur Rechtsprechung des BGH zum groben Behandlungsfehler siehe oben, Seite 74.

¹¹²⁵ Folgende acht Entscheidungen behandeln Fragen der Sicherungsaufklärung: OGH 19.12.1956, 2 Ob 673/56, SZ 29/84; OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491; OGH 13.02.1986, 8 Ob 63/85, ZVR 1987/74; OGH 25.01.1990, 7 Ob 727/89, VersR 1991, 488; OGH 12.07.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316; OGH 26.01.1995, 6 Ob 502/95, RdM 1995/11; OGH 13.03.1996, 7 Ob 521/96, RdM 1997/10; OGH 20.03.1997, 6 Ob 2391/96b, RdM 1997/29.

¹¹²⁶ BGH 16.12.1953, VI ZR 143/52, LM Nr. 9 zu § 823 (Aa) BGB; BGH 16.11.1971, VI ZR 76/70, NJW 1972, 335, 336.

¹¹²⁷ OGH 26.01.1995, 6 Ob 502/95, RdM 1995/11 (S. 69 f.); vgl. OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; vgl. OGH 13.02.1986, 8 Ob 63/85, ZVR 1987/74 (S. 228); vgl. OGH 13.03.1996, 7 Ob 521/96, RdM 1997/10 (S. 54).

¹¹²⁸ Engländer, Aufklärungspflicht, S. 7 Fn. 19; Schick, Haftung des Arztes, S. 37, 61 Fn. 81.

¹¹²⁹ Bernat, RdM 1995, S. 70.

¹¹³⁰ Bernat, RdM 1995, S. 70; Engländer, Aufklärungspflicht, S. 7 f., 60; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 25; Holzer, Haftung des Arztes, S. 63, 79; Koziol, Haftpflichtrecht II, S. 119; Schramm/Stempkowski, RdM 1997, S. 136.

¹¹³¹ Engländer, Aufklärungspflicht, S. 60; Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 94; Schick, Haftung des Arztes, S. 37, 50; Schramm/Stempkowski, RdM 1997, S. 136.

¹¹³² OGH 29.02.1956, 2 Ob 75/56, SZ 29/16 (S. 43); OGH 18.04.1973, 1 Ob 66/73, KRSIlg 669

Die Behauptungs- und Beweislast für das Unterlassen der Sicherungsaufklärung obliegt nach der Rechtsprechung dem Patienten.¹¹³³

III. Schweiz

Bisher hatte sich das Bundesgericht nur in zwei Entscheidungen¹¹³⁴ mit Fragen der Sicherungsaufklärung beschäftigt. Davon ist eine Entscheidung¹¹³⁵ aufgrund einer staatsrechtlichen Beschwerde in Zivilsachen¹¹³⁶ nach Art. 84 Abs. 1 Buchst. a,¹¹³⁷ Art. 86 Abs. 1 OG,¹¹³⁸ ergangen, so daß das Bundesgericht infolge des auf Willkür¹¹³⁹ beschränkten Prüfungsumfanges keine konkreten Vorgaben zum Umfang der Sicherungsaufklärung machen können.

Eine weitere Entscheidung zur Sicherungsaufklärung ist vom Obergericht des Kantons Zürich ergangen.¹¹⁴⁰

Von der Rechtsprechung werden keine allgemeingültigen Aussagen über den Umfang der Sicherungsaufklärung getroffen. Allen Entscheidungen läßt sich inhaltlich nur die Begründung von Aufklärungspflichten im Einzelfall entnehmen.

Das Bundesgericht hat in der zuletzt ergangenen Entscheidung offen gelassen, ob die Sicherungsaufklärung als Verpflichtung aus dem Behandlungsvertrag zwischen Arzt bzw. Spitalträger und Patient bei einem zivilrechtlichen Behandlungsverhältnis¹¹⁴¹ bzw. aus kantonalem öffentlichen Recht bei einem öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnis resultiert.¹¹⁴²

(S. 1967); OGH 18.03.1981, 1 Ob 743/80, JBl 1982, 491, 494; OGH 15.02.1983, 5 Ob 557/81, KRSIlg 685 (S. 2046); OGH 07.02.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 (S. 121); OGH 25.01.1990, 7 Ob 727/89, VersR 1991, 488; OGH 12.09.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 (S. 129 f.). Vgl. Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 73, 94 Fn. 52.

¹¹³³ OGH 26.01.1995, 6 Ob 502/95, RdM 1995/11 (S. 70). Abweichend zur Beweislast für die Verletzung der Aufklärungspflicht OGH 20.03.1997, 6 Ob 2391/96b, RdM 1997/29 (S. 156), da der OGH hier fälschlicherweise von einer Eingriffsaufklärung auszugehen scheint.

¹¹³⁴ BG 23.10.1990, BGE 116 II 519; BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 670).

¹¹³⁵ BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 670).

¹¹³⁶ Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht, § 33 I 4 Rn. 913, S. 289, § 60 I Rn. 1668 f., S. 523: In der Schweiz besteht zwar kein aus der allgemeinen Gerichtsorganisation herausgehobenes Verfassungsgericht. Das Bundesgericht übe aber neben der Zivil- und Strafrechtspflege auch Verfassungsgerichtsbarkeit aus. Daher können die beiden Zivilabteilungen des Bundesgerichtes auch staatsrechtliche Beschwerden, die mit ihrem Fachgebiet im Zusammenhang stehen, beurteilen.

¹¹³⁷ Art. 84. (1) Gegen kantonale Erlasse und Verfügungen (Entscheide) kann beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden: a) wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger.

¹¹³⁸ Art. 86. (1) Die staatsrechtliche Beschwerde ist nur gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig.

¹¹³⁹ Vgl. Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht, § 60 IV 4 Rn. 1746, S. 549; vgl. Vogel, Zivilprozessrecht, 13. Kapitel Rn. 116, S. 355.

¹¹⁴⁰ Obergericht (Zürich) 17.11.1988, SJZ 1989, 119.

¹¹⁴¹ Davon scheint BG 23.10.1990, BGE 116 II 519, 521 und 522 f. auszugehen.

¹¹⁴² BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 673).

Das Unterlassen der Sicherungsaufklärung stellt eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht dar¹¹⁴³ und begründet damit einen Behandlungsfehler.¹¹⁴⁴

Die Beweislast für das Unterlassen der Sicherungsaufklärung trägt der Patient.¹¹⁴⁵

¹¹⁴³ Vgl. Obergericht (Zürich) 17.11.1988, SJZ 1989, 119, 121.

¹¹⁴⁴ Kuhn, SAeZ 1995, S. 321, 325; Mainardi-Speziali, Ärztliche Aufklärungspflichten, S. 101; Wiegand, recht 1993, S. 149, 158; Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 193.

¹¹⁴⁵ BG 14.12.1995, Pr 85 Nr. 181 (S. 674).

C. Diagnoseaufklärung

Unter Diagnoseaufklärung wird die Information des Patienten über seinen Krankheitszustand einschließlich der medizinischen Befunde verstanden.¹¹⁴⁶

Von der Rechtsprechung werden Fragen der Diagnoseaufklärung fast gar nicht behandelt. Grund dafür ist, daß die Verletzung der Pflicht zur Diagnoseaufklärung kaum zu strafrechtlichen Sanktionen und nur ausnahmsweise zu Schadensersatzpflichten für Vermögensschäden des Patienten führt.¹¹⁴⁷ Vermögensschäden können daraus resultieren, daß der Patient gesundheitsbezogene Aufwendungen macht, die er in Kenntnis seines wirklichen Krankheitszustandes nicht getroffen hätte und die sich daher letztlich als sinnlos erweisen.¹¹⁴⁸ Denkbar sind auch Vermögensschäden dadurch, daß der Arzt dem Patienten auf seine Frage, ob er im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand noch größere Investitionen tätigen solle, die sich nur rentieren, wenn er noch einige Jahre zu leben habe, falsche Auskunft über den Krankheitszustand gibt.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁶ Engljähringer, Aufklärungspflicht, S. 10, 181; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 25.

¹¹⁴⁷ Vgl. Holzer, WMW 1989, S. 495.

¹¹⁴⁸ Holzer, WMW 1989, S. 495, 496; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 29 f.

¹¹⁴⁹ Holzer, WMW 1989, S. 495, 497; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 30.

Eine Ersatzpflicht des Arztes für Körperschäden wegen Verletzung der Pflicht zur Diagnoseaufklärung kommt nicht in Betracht, da die Vorenthaltung der Diagnose beim Patienten keinen Körperschaden verursacht.¹¹⁵⁰

Die Verletzung der Pflicht zur Diagnoseaufklärung hat in erster Linie Auswirkungen auf den Honoraranspruch bei Behandlungsverträgen, die ausschließlich auf die Erstellung einer Diagnose ausgerichtet sind.¹¹⁵¹ Nur in diesem Zusammenhang hat der österreichische Oberste Gerichtshof über die Pflicht zur Diagnoseaufklärung entschieden.¹¹⁵²

Die Aufklärung über die Diagnose behandelt eine Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichtes¹¹⁵³ nur im Zusammenhang mit der Eingriffsaufklärung. Das Bundesgericht hatte dabei jegliche Aufklärung über den möglicherweise malignen Charakter eines Tumors aus therapeutischen Gründen abgelehnt.

In einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes wurde dagegen offengelassen, ob die Aufklärung über die Diagnose aus therapeutischen Gründen entbehrlich sei, weil in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall noch kein gesicherter Befund erhoben worden war.¹¹⁵⁴

¹¹⁵⁰ Holzer, WMW 1989, S. 495, 496; Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 29.

¹¹⁵¹ Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1, 28 f.

¹¹⁵² OGH 10.02.1964, 1 Ob 15/64, JBl 1964, 515, 516.

¹¹⁵³ BG 13.11.1979, Pr 69 Nr. 135 (S. 365 f.).

¹¹⁵⁴ BGH 28.06.1963, 4 StR 202/63, JZ 1964, 231, 232.

D. Wirtschaftliche Aufklärung

Die wirtschaftliche Aufklärung beinhaltet die Information des Patienten über die Kosten der geplanten ärztlichen Behandlung sowie über die Kosten alternativ dazu bestehender Behandlungsmöglichkeiten.

Die Aufklärungs- und Hinweispflicht des Arztes wird von der Rechtsprechung nicht auf die rein medizinischen Fragen beschränkt. Der Arzt habe vielmehr auch die finanzielle Tragweite der Behandlung mit dem Patienten zu erörtern,¹¹⁵⁵ um diesen vor unnötigen Behandlungskosten und unverhältnismäßigen finanziellen Belastungen zu bewahren.¹¹⁵⁶

In der Praxis wird eine Pflicht des Arztes zur Aufklärung über wirtschaftliche Gesichtspunkte der Behandlung dann angenommen, wenn die Kosten der ärztlichen Behandlung nicht oder nicht vollständig von der Krankenversicherung des Patienten abgedeckt werden, sondern vom Patienten selbst getragen werden müssen.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁵ *Deutschland*: AG Düsseldorf 28.03.1985, 47 C 706/84, MedR 1986, 208.

¹¹⁵⁶ *Deutschland*: BGH 27.10.1987, VI ZR 288/86, NJW 1988, 759, 760; LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632, 2633; OLG Koblenz 09.10.1990, 3 U 425/90, MedR 1991, 335, 336.

¹¹⁵⁷ *Deutschland*: Selbstkostenanteil eines Kassenpatienten bei kieferorthopädischer Behandlung: AG Köln 06.06.1980, 120 C 154/80, NJW 1980, 2756; Erstattung nur der Kosten medizinisch notwendiger Heilbehandlungen durch die private Krankenversicherung: BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630; LG Köln 23.02.1983, 9 S 9/82, VersR 1983, 960; LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632, 2633; OLG Düsseldorf 28.06.1984, 8 U 202/83, VersR 1985, 458, 459; Kostenerstattung durch die private Krankenversicherung bei Vereinbarung eines von der GOÄ

I. Deutschland

Gestützt auf ein nicht veröffentlichtes Urteil des Oberlandesgerichtes Hamburg¹¹⁵⁸ hatte zunächst in der Literatur Bach¹¹⁵⁹ eine entsprechende Hinweispflicht des Arztes umschrieben.

Anlaß war die Problematik der Kostenübernahme für medizinisch nicht notwendige Heilbehandlungen. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 der Musterbedingungen des Verbandes der privaten Krankenversicherer (MB/KK)¹¹⁶⁰ werden von dem privaten Krankenversicherer nur die Kosten einer medizinisch notwendigen Heilbehandlung ersetzt. Da hinsichtlich der Beurteilung der Notwendigkeit aber nicht auf die Sicht des Versicherungsnehmers abgestellt werde, sondern ein objektiver Maßstab anzulegen sei, habe der Patient als Versicherungsnehmer das Kostenrisiko zu tragen, wenn die ihm vom Arzt empfohlene Behandlung medizinisch nicht notwendig gewesen sei.¹¹⁶¹ Der Patient selbst sei aber oft nicht in der Lage, die Notwendigkeit der geplanten Behandlung zu beurteilen. Der Arzt müsse den Patienten daher bei medizinisch im wesentlichen gleichwertigen Behandlungsmethoden auf erhebliche Kostenunterschiede hinweisen.¹¹⁶²

Bach hatte aus der Verletzung dieser vertraglichen Nebenpflicht jedoch noch keine Schadensersatzansprüche des Patienten gegen den Arzt abgeleitet.¹¹⁶³ Diesen Ansatz Bachs führte Schmid fort und erkannte weitergehend auch einen Schadensersatzanspruch des Patienten aus positiver Vertragsverletzung an.¹¹⁶⁴

Die Problematik der Kostenübernahme für medizinisch nicht notwendige Heilbehandlungen betrifft nur einen Teilbereich der wirtschaftlichen Aufklärung. Sie stellt sich nicht bei gesetzlich krankenversicherten Patienten, da der Arzt bzw.

abweichenden Honorars: OLG Hamburg 25.06.1987, 3 U 221/86, NJW 1987, 2937; Aufklärung über die Kostenübernahme bei alternativer Medizin: AG Düsseldorf 28.03.1985, 47 C 706/84, MedR 1986, 208; OLG Hamm 15.06.1994, 3 U 31/94, NJW 1995, 790; Abweichung vom genehmigten Kostenplan für Zahnbehandlung: LG Braunschweig 27.03.1986, 7 S 407/85, NJW 1988, 777; Behandlungen außerhalb der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung: OLG Köln 21.07.1986, 7 U 147/86, VersR 1987, 792, 793; LG Bremen 01.06.1990, 9 O 164/1990b, NJW 1991, 2353, 2354; Inanspruchnahme eines Zwei-Bett-Zimmers als Wahlleistung durch einen Kassenpatienten erfordert nicht zugleich den Abschluß eines Vertrages mit dem Belegarzt über ärztliche Leistungen: LG Hamburg 01.04.1987, 4 S 65/86, NJW 1987, 2301, 2302; Umstufung vom Behandlungs- zum Pflegefall: BGH 27.10.1987, VI ZR 288/86, NJW 1988, 759, 761; OLG Koblenz 09.10.1990, 3 U 425/90, MedR 1991, 335, 337. *Schweiz*: Übernahme der Behandlungskosten durch Krankenkasse zweifelhaft: BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72; Appellationsgericht (Basel-Stadt) 06.02.1964, SJZ 1964, 344; Übernahme außerkantonaler Spitalkosten: Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 1988 Nr. 27 (S. 92).

¹¹⁵⁸ OLG Hamburg 02.05.1978, 12 U 159/77.

¹¹⁵⁹ Bach, VersR 1979, S. 792 ff.

¹¹⁶⁰ § 1. (2) ¹Versicherungsfall ist die medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen.

¹¹⁶¹ Bach, VersR 1979, S. 792.

¹¹⁶² Bach, VersR 1979, S. 792 und 794.

¹¹⁶³ Bach, MDR 1981, S. 462, 463.

¹¹⁶⁴ Schmid, NJW 1981, S. 2504.

Krankenhausträger insoweit dem Sozialversicherungsträger nach §§ 2 Abs. 1 Satz 1,¹¹⁶⁵ 12 Abs. 1¹¹⁶⁶ und 70 Abs. 1 Satz 2 SBG V¹¹⁶⁷ gegenüber verpflichtet ist, daß sich die von ihm gewählte Behandlung im Rahmen des medizinisch Erforderlichen hält.¹¹⁶⁸ Soweit die geplante ärztliche Behandlung sich im Rahmen der Vertragsleistungen bewegt, steht für den Patienten die Kostentragung außer Frage. Zwischen dem Kassenpatienten und dem Arzt bzw. Krankenhausträger besteht auf der Kostenebene grundsätzlich kein Vertragsverhältnis, das den Kassenpatienten verpflichtet, dem Arzt bzw. Krankenhausträger die Kosten der Behandlung zu erstatten.¹¹⁶⁹

Von der Rechtsprechung wurde die Aufklärung über wirtschaftliche Gesichtspunkte der geplanten Behandlung erstmals in einer Entscheidung des Amtsgerichtes Köln aus dem Jahre 1980 angesprochen.¹¹⁷⁰ Danach hatte der Arzt einen Kassenpatienten über einen möglichen Selbstkostenanteil bei einer kieferorthopädischen Behandlung aufzuklären.¹¹⁷¹

1983 beschäftigten sich der Bundesgerichtshof¹¹⁷² und das Landgericht Köln¹¹⁷³ sowie ein Jahr später das Landgericht Saarbrücken¹¹⁷⁴ und das Oberlandesgericht Düsseldorf¹¹⁷⁵ mit der schon von Bach aufgeworfenen Frage der Aufklärung bei medizinisch nicht notwendiger Heilbehandlung.

Es folgten Entscheidungen verschiedener Landes- und Oberlandesgerichte sowie eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu unterschiedlichen Fragen der wirtschaftlichen Aufklärung: Zur Aufklärung über die Kostenübernahme bei alternativer Medizin,¹¹⁷⁶ zur Abweichung vom genehmigten Kosten-

¹¹⁶⁵ § 2. Leistungen. (1) ¹Die Krankenkassen stellen den Versicherten die im Dritten Kapitel genannten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes (§ 12) zur Verfügung, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden.

¹¹⁶⁶ § 12. Wirtschaftlichkeitsgebot. (1) ¹Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. ²Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.

¹¹⁶⁷ § 70. Qualität, Humanität und Wirtschaftlichkeit. (1) ²Die Versorgung der Versicherten muß ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten und muß wirtschaftlich erbracht werden.

¹¹⁶⁸ LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632, 2633.

¹¹⁶⁹ BGH 10.01.1984, VI ZR 297/81, BGHZ 89, 250, 259; LG Bremen 01.06.1990, 9 O 164/1990b, NJW 1991, 2353; Geiß, Arzthaftpflichtrecht (2. Auflage), S. 19; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 124, S. 67.

¹¹⁷⁰ AG Köln 06.06.1980, 120 C 154/80, NJW 1980, 2756.

¹¹⁷¹ AG Köln 06.06.1980, 120 C 154/80, NJW 1980, 2756.

¹¹⁷² BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630.

¹¹⁷³ LG Köln 23.02.1983, 9 S 9/82, VersR 1983, 960.

¹¹⁷⁴ LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632.

¹¹⁷⁵ OLG Düsseldorf 28.06.1984, 8 U 202/83, VersR 1985, 458, 459 weitergehend zur Aufklärungspflicht eines Psychologen darüber, daß seine Dienste von den Krankenkassen und den Beihilfebehörden grundsätzlich nicht als erstattungsfähig anerkannt werden.

¹¹⁷⁶ Ozon-Sauerstoff-Eigenbluttransfusion: AG Düsseldorf 28.03.1985, 47 C 706/84, MedR 1986, 208; Immuno-Augmentative Therapie: OLG Hamm 15.06.1994, 3 U 31/94, NJW 1995, 790.

plan für eine Zahnbehandlung,¹¹⁷⁷ zu Behandlungen außerhalb der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung,¹¹⁷⁸ zur Aufklärung über die Auswirkungen auf die Kostenerstattung durch die private Krankenversicherung bei Vereinbarung eines von der GOÄ abweichenden Honorars,¹¹⁷⁹ zum Abschluß eines Vertrages mit dem Belegarzt über ärztliche Leistungen bei gleichzeitiger Inanspruchnahme eines Zwei-Bett-Zimmers als Wahlleistung durch einen Kassenpatienten,¹¹⁸⁰ zur Aufklärung über die bevorstehende Umstufung vom Behandlungszum Pflegefall.¹¹⁸¹

Die Reichweite der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht wird in der Rechtsprechung weitgehend einheitlich bestimmt, obwohl sich mit Fragen der wirtschaftlichen Aufklärung überwiegend Gerichte der unteren Instanzen zu befassen hatten. Rechtsvereinheitlichende Entscheidungen des Bundesgerichtshofes sind kaum ergangen.¹¹⁸² Aufgrund niedrigerer Streitwerte war häufiger als in anderen Arzthafungsprozessen erstinstanzlich das Amtsgericht zuständig, so daß als einzig zulässiges Rechtsmittel die Berufung zum Landgericht gegeben war, § 72 GVG.¹¹⁸³

Aufklärungspflichten entstehen erst dann, wenn der Arzt das finanzielle Risiko des Patienten aufgrund von Art und Umfang der geplanten Behandlung, der dadurch ausgelösten Kosten und der krankenversicherungsrechtlichen Situation des Patienten kennt oder erkennen kann.¹¹⁸⁴

Der weitergehende Ansatz des Landgerichtes Saarbrücken, nach dem eine Aufklärungspflicht über wirtschaftliche Gesichtspunkte der Behandlung grundsätzlich unabhängig davon bestehe, ob die Kosten einer nicht notwendigen Krankenhausbehandlung dem Patienten durch seine Krankenversicherung erstattet werden müssen oder nicht,¹¹⁸⁵ überzeugt nicht, da unnötige Behandlungskosten als solche noch keinen Schaden auf Seiten des Patienten darstellen.

¹¹⁷⁷ LG Braunschweig 27.03.1986, 7 S 407/85, NJW 1988, 777.

¹¹⁷⁸ Refertilisierungsoperation: OLG Köln 21.07.1986, 7 U 147/86, VersR 1987, 792, 793; kosmetische Operationen: LG Bremen 01.06.1990, 9 O 164/1990b, NJW 1991, 2353, 2354.

¹¹⁷⁹ OLG Hamburg 25.06.1987, 3 U 221/86, NJW 1987, 2937.

¹¹⁸⁰ LG Hamburg 01.04.1987, 4 S 65/86, NJW 1987, 2301, 2302.

¹¹⁸¹ BGH 27.10.1987, VI ZR 288/86, NJW 1988, 759, 761; OLG Koblenz 09.10.1990, 3 U 425/90, MedR 1991, 335, 337.

¹¹⁸² BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630; BGH 27.10.1987, VI ZR 288/86, NJW 1988, 759.

¹¹⁸³ § 72. Die Zivilkammern, einschließlich der Kammern für Handelssachen, sind die Berufs- und Beschwerdegerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, mit Ausnahme der von den Familiengerichten entschiedenen Sachen.

¹¹⁸⁴ BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630, 2631; LG Köln 23.02.1983, 9 S 9/82, VersR 1983, 960; LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632, 2633; OLG Düsseldorf 28.06.1984, 8 U 202/83, VersR 1985, 458, 459; LG Braunschweig 27.03.1986, 7 S 407/85, NJW 1988, 777; OLG Köln 21.07.1986, 7 U 147/86, VersR 1987, 792, 793; LG Hamburg 01.04.1987, 4 S 65/86, NJW 1987, 2301, 2302; OLG Hamburg 25.06.1987, 3 U 221/86, NJW 1987, 2937; LG Bremen 01.06.1990, 9 O 164/1990b, NJW 1991, 2353, 2354; offen gelassen von OLG Köln 21.10.1985, 7 U 50/85, NJW 1987, 2304.

¹¹⁸⁵ LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632, 2633.

Nicht einheitlich beantwortet die Rechtsprechung die Frage, ob eine Aufklärungspflicht schon dann besteht, wenn der Arzt erkennen muß, daß der Patient die Kostenproblematik selbst nicht überblickt,¹¹⁸⁶ oder ob eine Aufklärungspflicht erst auf die Nachfrage des Patienten hin entsteht.¹¹⁸⁷

Von Teilen der Literatur wird in Anlehnung an die Rechtsprechung eine Pflicht des Arztes zur Aufklärung über die wirtschaftlichen Gesichtspunkte der Behandlung befürwortet.¹¹⁸⁸ Andere Teile der Literatur empfinden dagegen die von der Rechtsprechung geforderte Aufklärung als zu weitgehend.¹¹⁸⁹ Nur vereinzelt wurde aber eine Pflicht des Arztes zur Aufklärung über die Kosten der Behandlung völlig abgelehnt.¹¹⁹⁰ Ausgelöst wurde diese Kritik insbesondere durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 01.02.1983¹¹⁹¹ zur Aufklärung über die Kostenerstattung bei medizinisch nicht notwendigen Heilbehandlungen. Danach habe sich der Arzt, wenn er eine stationäre Behandlung vorschlage, Gedanken darüber zu machen, ob es aus ärztlicher Sicht vertretbar sei, deren Notwendigkeit anzunehmen. Sei das für den Arzt erkennbar zweifelhaft, müsse er den Patienten darauf hinweisen, daß ein von ihm vorgeschlagener Krankenhausaufenthalt möglicherweise von dem Krankenversicherer nach dessen Versicherungsbedingungen nicht als notwendig anerkannt werden könnte und der Versicherer dementsprechend nicht leisten werde.¹¹⁹² Die Kritik richtete sich dagegen, daß der Arzt auf diese Weise verpflichtet werde, sich mit Bedingungen des Versicherungsvertrages als einer ihn nicht betreffenden Vertragsbeziehung des Patienten zu einem Dritten, der Versicherung, auseinanderzusetzen.¹¹⁹³

In der Folge sind von der Rechtsprechung dann deutlicher die Grenzen der wirtschaftlichen Aufklärung herausgearbeitet worden: Der Arzt sei nicht allgemeiner Sachwalter der Vermögensinteressen des Patienten.¹¹⁹⁴ Daher ergebe sich aus dem Arztvertrag auch nicht die Pflicht, Verhandlungen mit Privatversicherungen

¹¹⁸⁶ BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630, 2631; LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632, 2633; OLG Hamburg 25.06.1987, 3 U 221/86, NJW 1987, 2937; LG Bremen 01.06.1990, 9 O 164/1990b, NJW 1991, 2353, 2354; offen gelassen von OLG Köln 21.10.1985, 7 U 50/85, NJW 1987, 2304.

¹¹⁸⁷ Offen gelassen von OLG Düsseldorf 28.06.1984, 8 U 202/83, VersR 1985, 458, 459, da der Patient ausdrücklich die Frage der Kostentragung angeschnitten hatte.

¹¹⁸⁸ Bach, in: Bach/Moser/Wilmes, PKV, § 1 MB/KK Rn. 38 f.; Baden, NJW 1988, S. 746, 748 f.; Brüggemeier, Deliktsrecht, S. 425; Deutsch/Schreiber/Lilie, Medical Responsibility, D 17; Ehlers, Ärztliche Aufklärung, S. 49 f.; Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), Rn. 267 f., S. 232 ff.; Laufs, Arztrecht (5. Auflage), Rn. 232 f., S. 121 f.; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 55.

¹¹⁸⁹ Andreas, Arztrecht 1983, S. 180; Fehse, MedR 1986, S. 115, 116 f.; Füllgraf, NJW 1984, S. 2619 f.; unklar Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 189; Kloppenborg, MedR 1986, S. 18, 21 Fn. 28.

¹¹⁹⁰ Schlund, ArztR 1983, S. 305, 307.

¹¹⁹¹ BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630.

¹¹⁹² BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630, 2631; LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632, 2633.

¹¹⁹³ Füllgraf, NJW 1984, S. 2619 f.

¹¹⁹⁴ OLG Bremen 04.02.1992, 3 U 117/91, NJW 1992, 2366, 2367.

über die Kostenübernahme zu führen. Habe sich der Arzt zunächst freiwillig für eine Kostenübernahme durch die Versicherung eingesetzt, beinhalte dies nicht die Verpflichtung, noch weitere Verhandlungen zu führen.¹¹⁹⁵ Der Zahnarzt sei nicht verpflichtet, sich über die Absicherung des Patienten gegen Zahnbehandlungskosten zu unterrichten und entweder die Behandlung danach auszurichten oder dem Patienten entsprechende Hinweise zu geben.¹¹⁹⁶

Die Rechtsprechung ist damit aber nicht der Kritik aus der Literatur nachgekommen. Auch die Rechtsprechung ging von Anfang an davon aus, daß eine Pflicht zur Aufklärung nur insoweit besteht, als sie dem Arzt möglich ist, ohne sich mit den finanziellen Verhältnissen oder Inhalt und Umfang einer eventuell bestehenden privaten Krankenversicherung des Patienten vertraut machen zu müssen und dessen Vermögensinteressen wahrzunehmen.¹¹⁹⁷ Letztlich unterscheiden sich Rechtsprechung und Literaturkritik daher nur in der Bewertung der Sachkompetenz des Arztes. Während die Literatur dem Arzt jegliche Kompetenz in wirtschaftlichen Fragen abspricht,¹¹⁹⁸ betont die Rechtsprechung den Zusammenhang der finanziellen mit der medizinischen Problematik. Der Arzt verfüge aus seiner Expertenstellung heraus über bessere Kenntnisse, die wirtschaftlichen Folgen der geplanten Behandlung zu übersehen.¹¹⁹⁹ Hinsichtlich der Kostenübernahme durch die private Krankenversicherung sei der Arzt über die damit zusammenhängenden Fragen wesentlich besser unterrichtet, da in der Regel nur er als Fachmann beurteilen könne, was im Einzelfall eine medizinisch notwendige Behandlung sei.¹²⁰⁰ Auch hinsichtlich der gesetzlichen Krankenversicherung könne nur der Arzt aufgrund seines medizinischen Fachwissens beurteilen, ob alle kostenauslösenden ärztlichen Maßnahmen von der gesetzlichen Krankenversicherung gedeckt seien.¹²⁰¹ Hinzu kommt, daß der Arzt mit der gesetzlichen Krankenversicherung direkt abrechnet und sich bereits insoweit mit der Kostenerstattung auseinandersetzen hat.

Rechtsprechung und Literatur nehmen ausschließlich eine vertragliche Verpflichtung zur Aufklärung über die wirtschaftlichen Gesichtspunkte der Behandlung an. Sie bestehe als Nebenpflicht¹²⁰² aus dem Behandlungsvertrag¹²⁰³ und

¹¹⁹⁵ LG Nürnberg-Fürth 12.11.1991, 13 O 3909/91, NJW 1992, 2369.

¹¹⁹⁶ OLG Köln 21.10.1985, 7 U 50/85, NJW 1987, 2304.

¹¹⁹⁷ BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630, 2631; OLG Düsseldorf 28.06.1984, 8 U 202/83, VersR 1985, 458, 459; OLG Hamburg 25.06.1987, 3 U 221/86, NJW 1987, 2937.

¹¹⁹⁸ Ausdrücklich nur Kloppenborg, MedR 1986, S. 18, 21 Fn. 28.

¹¹⁹⁹ BGH 27.10.1987, VI ZR 288/86, NJW 1988, 759, 760; OLG Koblenz 09.10.1990, 3 U 425/90, MedR 1991, 335, 336.

¹²⁰⁰ AG Düsseldorf 28.03.1985, 47 C 706/84, MedR 1986, 208.

¹²⁰¹ OLG Köln 21.07.1986, 7 U 147/86, VersR 1987, 792; OLG Hamm 15.06.1994, 3 U 31/94, NJW 1995, 790.

¹²⁰² BGH 27.10.1987, VI ZR 288/86, NJW 1988, 759, 760; OLG Koblenz 09.10.1990, 3 U 425/90, MedR 1991, 335, 336; Baden, NJW 1988, S. 746, 747; Ehlers, Ärztliche Aufklärung, S. 49 f.; Giesen, Arzthaftungsrecht (4. Auflage), Rn. 268, S. 233; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 54.

¹²⁰³ LG Köln 23.02.1983, 9 S 9/82, VersR 1983, 960; LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84,

folge aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB¹²⁰⁴.¹²⁰⁵ Danach ist der Vertragspartner verpflichtet, den anderen Teil über entscheidungserhebliche Umstände zu informieren.¹²⁰⁶ Für den Patienten sei von ausschlaggebender Bedeutung zu wissen, ob und in welchem Umfang er mit der Kostenübernahme durch die Krankenversicherung rechnen könne.¹²⁰⁷

Bei unzureichender wirtschaftlicher Aufklärung entstehen dem Patienten vertragliche Ansprüche auf Ersatz der Behandlungskosten. Diese werden von den Gerichten auf culpa in contrahendo gestützt,¹²⁰⁸ wenn sich die Aufklärungspflichtverletzung bereits auf das Zustandekommen des Vertrages ausgewirkt hat, ansonsten auf positive Vertragsverletzung.¹²⁰⁹ Unter dem Gesichtspunkt der culpa post contractum finitum hat die Rechtsprechung dem Patienten auch den Ersatz der Prozeßkosten zugesprochen, wenn dieser den Arzt von seiner Absicht, seine Krankenversicherung auf Zahlung der Behandlungskosten zu verklagen, vorher unterrichtet und ihn wegen der Erfolgsaussichten befragt habe.¹²¹⁰

Allein das Amtsgericht Köln ist davon ausgegangen, daß angesichts der nicht erfolgten Aufklärung über den vom Patienten zu tragenden Selbstkostenanteil der Behandlungsvertrag wegen Dissens, § 155 BGB,¹²¹¹ gar nicht erst zustande gekommen sei.¹²¹²

Die Rechtsprechung diskutierte somit ausschließlich eine Ersatzpflicht des Arztes auf vertraglicher Grundlage. Deliktsrechtlich ist eine Verletzung der bei

NJW 1984, 2632, 2634; OLG Düsseldorf 28.06.1984, 8 U 202/83, VersR 1985, 458, 459; OLG Köln 21.07.1986, 7 U 147/86, VersR 1987, 792, 793; BGH 27.10.1987, VI ZR 288/86, NJW 1988, 759, 760; OLG Koblenz 09.10.1990, 3 U 425/90, MedR 1991, 335, 336.

¹²⁰⁴ § 242. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

¹²⁰⁵ AG Köln 06.06.1980, 120 C 154/80, NJW 1980, 2756; BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630, 2631; LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632, 2633; AG Düsseldorf 28.03.1985, 47 C 706/84, MedR 1986, 208; OLG Köln 21.10.1985, 7 U 50/85, NJW 1987, 2304; LG Braunschweig 27.03.1986, 7 S 407/85, NJW 1988, 777.

¹²⁰⁶ Palandt/Heinrichs, § 242 Rn. 37.

¹²⁰⁷ AG Düsseldorf 28.03.1985, 47 C 706/84, MedR 1986, 208.

¹²⁰⁸ AG Köln 06.06.1980, 120 C 154/80, NJW 1980, 2756; OLG Düsseldorf 28.06.1984, 8 U 202/83, VersR 1985, 458, 459; OLG Köln 21.07.1986, 7 U 147/86, VersR 1987, 792, 793; LG Hamburg 01.04.1987, 4 S 65/86, NJW 1987, 2301, 2302; OLG Hamm 15.06.1994, 3 U 31/94, NJW 1995, 790.

¹²⁰⁹ LG Hannover 04.02.1981, 11 S 244/80, NJW 1981, 1320, 1321; BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630; LG Köln 23.02.1983, 9 S 8/82, VersR 1983, 960; LG Braunschweig 27.03.1986, 7 S 407/85, NJW 1988, 777; LG Bremen 01.06.1990, 9 O 164/1990b, NJW 1991, 2353, 2354; OLG Bremen 04.02.1992, 3 U 117/91, NJW 1992, 2366.

¹²¹⁰ BGH 01.02.1983, VI ZR 104/81, NJW 1983, 2630, 2631; LG Saarbrücken 04.05.1984, 16 S 1/84, NJW 1984, 2632, 2634; vgl. OLG Bremen 04.02.1992, 3 U 117/91, NJW 1992, 2366, 2367.

¹²¹¹ § 155. Haben sich die Parteien bei einem Verträge, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde.

¹²¹² AG Köln 06.06.1980, 120 C 154/80, NJW 1980, 2756.

unzureichender wirtschaftlicher Aufklärung betroffenen Vermögensinteressen des Patienten nicht nach § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzen, da das Vermögen kein sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB darstellt.¹²¹³ Eine deliktische Haftung des Arztes kommt ferner nicht in Betracht, soweit die Verletzung der Rechtsgüter Körper und Gesundheit geltend gemacht wird. Von der Literatur wurde klar herausgestellt, daß sich die wirtschaftliche Aufklärung von der Eingriffsaufklärung dadurch unterscheidet, daß die wirtschaftliche Aufklärung nicht dem Schutz des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten dient.¹²¹⁴ Die unzureichende Aufklärung über wirtschaftliche Gesichtspunkte der Behandlung kann dann aber keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten in die Vornahme des ärztlichen Eingriffes haben.

II. Österreich

Mit Fragen der wirtschaftlichen Aufklärung setzt sich die Rechtsprechung nicht auseinander. In der österreichischen Literatur werden nur vereinzelt wirtschaftliche Aspekte im Zusammenhang mit der Ersatzpflicht des Arztes für Vermögensschäden bei Verletzung der Pflicht zur Diagnoseaufklärung behandelt.¹²¹⁵

III. Schweiz

Das Bundesgericht hat zunächst in einem obiter dictum aus dem Jahre 1988 ausgeführt, daß der Patient auch über die Kosten der ärztlichen Behandlung Bescheid wissen müsse.¹²¹⁶ In zwei staatsrechtlichen Beschwerden aus den Jahren 1989 und 1990 hatte sich das Bundesgericht mit der Verpflichtung des Arztes zur Aufklärung in wirtschaftlicher Hinsicht zu beschäftigen.¹²¹⁷ Zwar war dabei der Prüfungsumfang auf die Verletzung des Willkürverbotes, Art. 4 BV, durch die Entscheidung der Vorinstanz begrenzt. Beide Entscheidungen lassen aber erkennen, daß das Bundesgericht grundsätzlich von einer Aufklärungspflicht über die wirtschaftlichen Aspekte der Behandlung ausging. In einem weiteren obiter dictum aus dem Jahre 1990 stellte das Bundesgericht fest, daß auch über die wirtschaftlichen Besonderheiten der Behandlung aufzuklären sei.¹²¹⁸ Eine Verpflichtung des Arztes zur Aufklärung über wirtschaftliche Gesichtspunkte der geplanten Behand-

¹²¹³ Palandt/Thomas, § 823 Rn. 31.

¹²¹⁴ Baden, NJW 1988, S. 746, 747; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 54.

¹²¹⁵ Siehe oben Seite 156.

¹²¹⁶ BG 26.10.1988, Pr 78 Nr. 266 (S. 957).

¹²¹⁷ BG 16.11.1989 und 27.09.1990, beide unveröffentlicht, zitiert nach: BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 236).

¹²¹⁸ BG 23.10.1990, BGE 116 II 519, 521 f.

lung wurde durch das Bundesgericht dann in einer Entscheidung aus dem Jahre 1993¹²¹⁹ angenommen.

Das Bundesgericht stützte sich dabei zum einen auf die deutsche Rechtsprechung.¹²²⁰ Zum anderen griff es auch die gleichlautende Rechtsprechung zweier kantonalen Gerichte auf. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hatte sich bereits früh in einer Entscheidung aus dem Jahre 1964¹²²¹ mit Fragen der wirtschaftlichen Aufklärung auseinandergesetzt. Später beschäftigte sich dann das Bezirksgericht Zürich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1988¹²²² ausführlich mit der Aufklärung über wirtschaftliche Belange.

Das Bundesgericht nimmt nur eine minimale wirtschaftliche Aufklärungspflicht des Arztes an. Es stützt sich dabei auf die deutsche Literatur, von der eine zu große Ausweitung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht abgelehnt wird.¹²²³ Nach dieser soll die Aufklärung den Patienten nur in die Lage versetzen, selbst die Frage der Kostentragung durch die Krankenversicherung zu klären.¹²²⁴ Der Arzt solle aber nicht zum Verwalter der finanziellen Interessen des Patienten werden.¹²²⁵

Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht bestehe nicht nur dann, wenn der Arzt wisse, daß die Kosten der Behandlung von der Krankenkasse nicht gedeckt seien, sondern auch, wenn er darüber im Zweifel sei oder sein müsse. Die Beachtung dieser Pflicht sei umso strenger zu behandeln, je höher die betreffende Summe sei.¹²²⁶ Fragen des Patienten nach der Deckung der Behandlungskosten durch die Krankenversicherung habe der Arzt korrekt und nicht leichtfertig zu beantworten. Sei er dazu nicht in der Lage, müsse er seine Unkenntnis oder seine Zweifel darlegen und dem Patienten raten, sich vor der Behandlung bei der Krankenkasse zu informieren, oder er müsse selbst mit dieser in Kontakt treten.¹²²⁷

Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht wurde von der kantonalen Rechtsprechung noch weiter eingegrenzt. Eine Aufklärungspflicht bestehe dann, wenn der Patient nicht selbst ersehen könne, daß die vorgesehene medizinische Behandlung ganz oder zu einem bestimmten Teil nicht von der Krankenversicherung gedeckt sei.¹²²⁸

¹²¹⁹ BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 234).

¹²²⁰ Das BG stützt sich auf die von der deutschen Literatur zitierten Beispiele, ohne selbst auf bestimmte Entscheidungen Bezug zu nehmen.

¹²²¹ Appellationsgericht (Basel-Stadt) 06.02.1964, SJZ 1964, 344.

¹²²² Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 88 Nr. 27.

¹²²³ Baden, NJW 1988, S. 746, 748 f.; Eisner, Aufklärungspflicht, S. 91; Laufs, Arztrecht (5. Auflage) Rn. 232 f., S. 121 f.; RGRK/Nüßgens, § 823 Anhang II Rn. 52 ff.; restriktiver Füllgraf, NJW 1984, S. 2619 f.

¹²²⁴ Laufs, Arztrecht (5. Auflage) Rn. 232, S. 121 f.; RGRK/Nüßgens, § 823 Anhang II Rn. 55.

¹²²⁵ Laufs, Arztrecht (5. Auflage) Rn. 232, S. 121 f.

¹²²⁶ BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 237).

¹²²⁷ BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 238).

¹²²⁸ Appellationsgericht (Basel-Stadt) 06.02.1964, SJZ 1964, 344; Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 1988 Nr. 27 (S. 92).

Auch der überwiegende Teil der vom Bundesgericht zitierten schweizerischen Literatur geht nicht von einer weiterreichenden Aufklärungspflicht aus. Teilweise in Anlehnung an die Rechtsprechung des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt¹²²⁹ hatte die schweizerische Literatur bereits seit Beginn der 1970er Jahre die Notwendigkeit einer Aufklärung auch über die wirtschaftlichen Aspekte der Behandlung erkannt.¹²³⁰ Intensiver beschäftigte sich die Literatur mit der wirtschaftlichen Aufklärung zu Beginn der 1990er Jahre¹²³¹ sowie nach dem grundlegenden Urteil des Bundesgerichtes von 1993.¹²³²

Das Bundesgericht ist mit seinen Anforderungen an die wirtschaftliche Aufklärung durch den Arzt hinter denen des Bezirksgerichtes Zürich zurückgeblieben. Dieses sieht es als die Aufgabe des Arztes an, die Krankenversicherung von der geplanten Behandlung zwecks Abklärung der versicherungstechnischen Fragen rechtzeitig in Kenntnis zu setzen.¹²³³ Eine solche weitergehende Aufklärungspflicht hat in der Literatur sowohl Ablehnung¹²³⁴ als auch Zustimmung¹²³⁵ gefunden. In dem der Entscheidung des Bezirksgerichtes Zürich zugrundeliegenden Fall verweigerte die Krankenkasse des klagenden Patienten die Übernahme der Spalkosten für eine Behandlung, die in einem anderen Kanton als dem Wohnsitzkanton des Patienten durchgeführt worden war. In einigen Kantonen ohne große eigene Zentrumsspitäler bestehen jedoch kantonale öffentliche Regelungen bezüglich der außerkantonalen Hospitalisierung, die eine Verpflichtung des Arztes zur Klärung der Kostenübernahme vor der Spitaleinweisung enthalten.¹²³⁶ Das Bezirksgericht Zürich hat sich zwar nicht ausdrücklich auf eine entsprechende kantonale Regelung gestützt. Die Ausdehnung der Aufklärungspflicht durch das Bezirksgericht Zürich kann aber insofern relativiert werden, als sie nur auf die spezifisch schweizerische Problematik der außerkantonalen Hospitalisierung zu beziehen und nicht verallgemeinerungsfähig ist.¹²³⁷

¹²²⁹ BK/Gautschi (3. Auflage), Art. 394 Rn. 41.

¹²³⁰ In zeitlicher Reihenfolge: BK/Gautschi (3. Auflage), Art. 394 Rn. 41; Ott, Haftung des Arztes, S. 56; Ney, Responsabilité des médecins, S. 72; Guillod, Consentement éclairé, S. 141.

¹²³¹ In zeitlicher Reihenfolge: Raschein, SMZahnmed 1991, S. 1033, 1035; Eisner, Aufklärungspflicht, S. 175; Mainardi-Speziali, Ärztliche Aufklärungspflichten, S. 106; Wiegand, recht 1993, S. 149, 153; Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 129 f.

¹²³² In zeitlicher Reihenfolge: Wiegand, ZBJV 1995, S. 345, 361 f.; Honsell, Obligationenrecht BT, S. 278; Kuhn, SAeZ 1995, S. 321, 325.

¹²³³ Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 88 Nr. 27 (S. 94).

¹²³⁴ Kuhn, SAeZ 1995, S. 321, 326 Fn. 22.

¹²³⁵ Eisner, Aufklärungspflicht, S. 175.

¹²³⁶ Kuhn, SAeZ 1995, S. 321, 325, der beispielhaft die Regelung im Kanton Solothurn anführt: § 7 der *Verordnung über die Ansrchtung von Staatsbeiträgen an die Kosten ausserkantonaler Spitalbehandlungen*: Beitrittsgesuche sind dem Sanitäts-Departement rechtzeitig vor dem Spitaleintritt (Ausnahme Notfälle) einzureichen unter Beilage folgender Unterlagen:

a) ein Arztzeugnis mit detaillierter Diagnose und beabsichtigter Behandlung;
b) eine Bescheinigung der Krankenkasse über die versicherten Leistungen.

¹²³⁷ Ohne nähere Begründung Handbuch (Schweiz)/Wiegand, S. 130: „Es ist zumindest zweifelhaft, ob diese Entscheidung verallgemeinert werden kann.“

Die Aufklärungspflicht über wirtschaftliche Belange stellt eine Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient dar.¹²³⁸ Danach hat der Arzt gemäß Art. 398 Abs. 1, Abs. 2,¹²³⁹ Art. 321a Abs. 1 OR¹²⁴⁰ die berechtigten Interessen des Patienten zu wahren. Der Patient habe aber neben einer sorgfältigen medizinischen Behandlung auch ein berechtigtes Interesse an der Kostentragung durch die Krankenkasse.¹²⁴¹ Der Arzt hat dem Patienten gegenüber nicht nur einen Wissensvorsprung in medizinischer Hinsicht. Wegen des engen Bezuges von medizinischen zu versicherungstechnischen Fragen sei es dem Arzt im Gegensatz zum Patienten auch eher möglich, die versicherungstechnische Problematik der geplanten Behandlung zu beurteilen.¹²⁴²

Die Aufklärungspflicht über wirtschaftliche Belange läßt sich damit nicht aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten herleiten.¹²⁴³

In der Literatur wird daraus dogmatisch die Konsequenz gezogen, daß die Verletzung der Aufklärungspflicht dann nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung und damit zur Rechtswidrigkeit des Eingriffs führe.¹²⁴⁴

Das Bundesgericht geht aber davon aus, daß die Einwilligung bei fehlender oder unzureichender Aufklärung über wirtschaftliche Belange unwirksam ist.¹²⁴⁵ Auch die Kenntnis der wirtschaftlichen Belange sei von Bedeutung für die Einwilligung des Patienten in den geplanten ärztlichen Eingriff.¹²⁴⁶

¹²³⁸ BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 237 und 238); Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 88 Nr. 27 (S. 94).

¹²³⁹ Art. 398. (1) Der Beauftragte haftet im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis.

(2) Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.

¹²⁴⁰ Art. 321a. (1) Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.

¹²⁴¹ BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 237); Appellationsgericht (Basel-Stadt) 06.02.1964, SJZ 1964, 344.

¹²⁴² BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 237); Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 88 Nr. 27 (S. 93 f.).

¹²⁴³ BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 237); Mainardi-Speziali, Ärztliche Aufklärungspflichten, S. 106.

¹²⁴⁴ Mainardi-Speziali, Ärztliche Aufklärungspflichten, S. 106.

¹²⁴⁵ BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 237); siehe auch BG 27.09.1990, zitiert nach Mainardi-Speziali, Ärztliche Aufklärungspflichten, S. 106 Fn. 69: „Pour que l'accord du patient soit éclairé, l'information doit être objective et complète, c'est-à-dire soit porter non seulement sur les aspects médicaux mais aussi économiques du traitement, en particulier son coût.“

¹²⁴⁶ BG 27.12.1993, Pr 84 Nr. 72 (S. 239).

Gesamtergebnis

Die Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung in Deutschland, Österreich und der Schweiz ist insgesamt stark am Haftungsrecht ausgerichtet. Im Vordergrund steht die Problematik der Aufklärung des Patienten vor der Durchführung von ärztlichen Eingriffen, die sogenannte Eingriffsaufklärung.

Der deutsche Bundesgerichtshof hat sich in den 1950er und 1960er Jahren vorwiegend mit der Aufklärung über die Risiken des geplanten ärztlichen Eingriffes auseinandergesetzt. Die dabei von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien führten zu einer Ausdehnung der Anforderungen an die Aufklärungspflicht, selbst wenn der Bundesgerichtshof zu Beginn der 1970er Jahre den Umfang der aufklärungsbedürftigen Risiken dadurch zu begrenzen versuchte, daß er eine Aufklärungspflicht über spezifische Risiken des geplanten Eingriffes verneinte, die sich auch für den Patienten als medizinischen Laien aus der Art des Eingriffes selbst ergeben.

Als Reaktion an die steigenden Anforderungen der Rechtsprechung gingen die Ärzte dazu über, sich gegen das aus der Aufklärungspflicht erwachsende Haftungsrisiko im voraus abzusichern. Insbesondere durch die Verwendung von Merkblättern zeichnete sich eine Tendenz zur Totalaufklärung ab. Wegen der für den Patienten negativen Auswirkungen ist an dieser Rechtsprechung starke Kritik geübt worden.

Der Bundesgerichtshof schränkte daraufhin aber nicht den Umfang der Aufklärungspflicht ein. Um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu schützen,

wurden vom Bundesgerichtshof vielmehr ständig wachsende Anforderungen an den Umfang der Aufklärung gestellt und die Notwendigkeit einer rechtzeitigen Aufklärung herausgearbeitet.

Stattdessen versuchte der Bundesgerichtshof, die Haftung des Arztes für Aufklärungspflichtverletzungen dadurch zu begrenzen, daß er ihm die Beweisführung erleichterte. Dem Arzt obliegt die Beweislast dafür, daß er den Patienten ausreichend aufgeklärt hat. Die dabei für den Arzt auftretenden Beweisschwierigkeiten sollen jedoch bei der Beweiswürdigung Berücksichtigung finden. Wenn der Arzt geltend macht, daß der Patient den Eingriff auch bei ausreichender Aufklärung hätte durchführen lassen, werden dem Patienten, der dies bestreitet, gewisse Substantiierungspflichten auferlegt.

Der Bundesgerichtshof will auf diese Weise vermeiden, daß Patienten aus Aufklärungspflichtverletzungen Schadensersatz für fehlgeschlagene Behandlungen einklagen.

Für den Patienten ist die gesetzliche Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß wegen ärztlicher Behandlungsfehler ungünstiger, da er die Beweislast für den ärztlichen Behandlungsfehler und den Kausalzusammenhang zwischen diesem Fehler und dem eingetretenen Gesundheitsschaden trägt. Diesen Nachteil versucht der Bundesgerichtshof dadurch auszugleichen, daß er ebenfalls auf beweisrechtlicher Ebene korrigierend eingreift. Er räumt dem Patienten für den Kausalitätsnachweis Beweiserleichterungen bis zur Umkehr der Beweislast ein, wenn ein grober Behandlungsfehler vorliegt oder die Befunderhebung und -sicherung in grober Weise unterlassen wurde. Eine Beweislastumkehr wird auch im Falle der Durchführung der Operation oder Anästhesie von einem dafür nicht ausreichend qualifizierten Arzt vorgenommen. Beweiserleichterungen für den Nachweis des Behandlungsfehlers bestehen bei unzulänglicher ärztlicher Dokumentation der Behandlung.

Die Rechtsprechung versucht also jeweils in prozessualer Hinsicht ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Arzt und Patient herzustellen.

Anders als in Deutschland wurde durch die Rechtsprechung in Österreich und in der Schweiz eine Tendenz zur Totalaufklärung nicht begünstigt.

Die Rechtsprechung in der Schweiz ist tendenziell als arztfreundlich zu bezeichnen. Trotz der für den Patienten günstigen Beweislastverteilung bei Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht kommt es in diesen Fällen kaum zur Haftung des Arztes. Die Rechtsprechung verzichtete in der Schweiz auf die Ausbildung differenzierter Kriterien zur Bestimmung des Aufklärungsumfanges. In den Entscheidungen, in denen das Bundesgericht überhaupt eine haftungsrechtlich relevante Aufklärungspflichtverletzung annimmt, versucht es zugleich, dem Arzt auf beweisrechtlicher Ebene entgegenzukommen. Anders als in der deutschen Rechtsprechung dient dies nicht dazu, hohe Anforderungen an den Umfang der ärztlichen Aufklärung zu kompensieren, sondern die Haftung des Arztes wegen Verletzung der Aufklärungspflicht von vornherein zu begrenzen. Diese arzt-

freundliche Grundhaltung spiegelt sich entsprechend in der Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsfehler. Durch eine stärkere Subjektivierung des Verschuldensbegriffes wird die Haftung des Arztes für Behandlungsfehler im Ergebnis eingeschränkt. Beweiserleichterungen vergleichbar den Grundsätzen der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes zum groben Behandlungsfehler hat vereinzelt nur das Obergericht des Kantons Zürich zugelassen.

In Österreich wurden zunächst durch den Obersten Gerichtshof nur geringe Vorgaben zum Umfang der ärztlichen Aufklärung gemacht, da der Oberste Gerichtshof die Bestimmung des Umfangs der ärztlichen Aufklärung als feststellungsfähige Tatsache verstanden hatte, die in der Revisionsinstanz nicht überprüfbar sei. Diese Auffassung änderte er in einer Entscheidung aus dem Jahre 1982, in der er die Bestimmung des Aufklärungsumfanges als Rechtsfrage ansah. Seitdem die ärztliche Aufklärung des Patienten in der Revisionsinstanz überprüft werden kann, hat der Oberste Gerichtshof detaillierte Richtlinien für die rechtliche Festlegung des Umfangs der Aufklärungspflicht vorgegeben.

Diese Entwicklung entspricht der in Deutschland. In Deutschland sah zunächst das Reichsgericht die Bestimmung des Aufklärungsumfanges als Tatfrage an. Infolgedessen finden sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes ebenfalls nur wenige Vorgaben zum Umfang der ärztlichen Aufklärung. Anders als das Reichsgericht versteht der Bundesgerichtshof aber die Bestimmung des Umfangs der Aufklärung als eine Rechtsfrage. Er versuchte, den Umfang der aufklärungsbedürftigen Risiken zu präzisieren. Da diese Entwicklung in Deutschland aber früher als in Österreich einsetzte, zeichnete sich in Österreich Ende der 1970er und Anfang der 1980er Jahre noch nicht der Trend zur Totalaufklärung ab wie in Deutschland. Diese Entwicklung setzte in Österreich vielmehr zeitversetzt zu der in Deutschland ein. Hinzukommt, daß in Österreich bis zu einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes im Jahre 1992 der Patient den Nachweis der Aufklärungspflichtverletzung durch den Arzt zu erbringen hatte. Angesichts dieser für den Patienten ungünstigen Beweislastverteilung war es daher nicht geboten, dem Arzt auf prozessualer Ebene Erleichterungen einzuräumen. Mit der Änderung seiner Rechtsprechung könnte der Oberste Gerichtshof der Entwicklung in Deutschland folgen und die vom Bundesgerichtshof entwickelten Beweiserleichterungen auf das österreichische Recht übertragen. Für die hypothetische Einwilligung deutet sich diese Entwicklung bereits an, da in zwei oberlandesgerichtlichen Entscheidungen dem Patienten Substantiierungspflichten auferlegt wurden, wenn der Arzt sich auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung beruft und der Patient diese bestreitet. Parallel dazu hat der Oberste Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsfehler erst 1994 dem Patienten Beweiserleichterungen beim Nachweis des Kausalzusammenhanges bei Verletzung der ärztlichen Dokumentationspflicht eingeräumt.

Die Rechtsprechung in Deutschland und Österreich befaßte sich zunächst vorrangig mit der Aufklärung über die Risiken des geplanten ärztlichen Eingriffes.

In der Rechtsprechung beider Länder wird keine allgemeingültige Bestimmung der aufklärungspflichtigen Risiken vorgenommen. Stattdessen werden die Kriterien herausgearbeitet, die im Einzelfall für und gegen eine Aufklärung sprechen. Der Komplikationsrate kommt insofern nur Indizwirkung zu. Maßgebend ist vielmehr, ob die Kenntnis eines bestimmten Risikos für den Entschluß eines verständigen Patienten, in die Behandlung einzuwilligen, von Bedeutung ist. Auf diese Weise wird von der Rechtsprechung dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung getragen.

Die Aufklärung über die Art des Eingriffes ist in allen drei Ländern gegenüber der Risikoaufklärung von geringerer Bedeutung.

Eine Verlagerung der Aufklärungspflicht auf andere Gegenstände der Aufklärung setzt in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes mit Beginn der 1980er Jahre ein. Zunächst wurde eine Aufklärungspflicht hinsichtlich bestehender Aufklärungsalternativen angenommen. Darin ist der Oberste Gerichtshof dem Bundesgerichtshof gefolgt. In der Schweiz spielte dagegen die Aufklärung über Behandlungsalternativen bisher keine Rolle. Mit Beginn der 1990er Jahre verlangte der Bundesgerichtshof des weiteren eine Aufklärung über Umstände, die die Behandlung indizieren, wie die Notwendigkeit und Dringlichkeit des Eingriffes sowie seine Erfolgsaussichten. Von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Bundesgerichtes wird dagegen nur eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Erfolgsaussichten angenommen.

Obwohl die Aufklärungspflicht in allen drei Ländern aus dem verfassungsrechtlich gewährten Selbstbestimmungsrecht des Patienten hergeleitet wird, ist der Stellenwert des Selbstbestimmungsrechts unterschiedlich.

Der deutsche Bundesgerichtshof richtet den Umfang der Aufklärung ausschließlich an dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus. Im Gegenzug dazu läßt er die Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen nur unter engen Voraussetzungen entfallen.

Der österreichische Oberste Gerichtshof nimmt zwar grundsätzlich eine andere Haltung als der Bundesgerichtshof ein, indem er den Umfang der Aufklärung vorrangig nach dem Wohl des Patienten bestimmen will. Dieses Kriterium hat jedoch in der Rechtsprechungspraxis kaum Bedeutung erlangt. Trotz der anderen Grundhaltung des Obersten Gerichtshofes übernahm dieser die am Schutz des Selbstbestimmungsrechts ausgerichteten Rechtsprechungsgrundsätze des Bundesgerichtshofes.

Anders als in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes haben in der Rechtsprechung in Österreich und in der Schweiz therapeutische Gründe durchaus praktische Bedeutung hinsichtlich des Wegfalls der Aufklärungspflicht. Der Oberste Gerichtshof und das Bundesgericht und die kantonalen Gerichte in der Schweiz handhaben dieses Kriterium großzügiger als der Bundesgerichtshof. Sie gelangen daher bisweilen in Fällen, in denen der Bundesgerichtshof eine Aufklä-

rung des Patienten durch den Arzt erwarten würde, zu einem Wegfall der Aufklärungspflicht.

Der Schutz des Selbstbestimmungsrechtes schließt nicht aus, im Einzelfall das Wohl des Patienten in der Weise zu berücksichtigen, daß die Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen entfallen kann. In der Praxis besteht jedoch die Gefahr der Umgehung des Selbstbestimmungsrechtes aus therapeutischen Gründen. Deshalb erscheint die Linie der deutschen Rechtsprechung konsequent, nur stark eingeschränkt die Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen entfallen zu lassen. Wünschenswert wäre dann, in problematischen Fällen einen Aufklärungsverzicht seitens des Patienten zu erwirken.

In der Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichtshofes ist der Wegfall der Aufklärungspflicht bei allgemein bekannten Risiken von Bedeutung. Auch die Rechtsprechung in der Schweiz will bei allgemein bekannten Risiken, die mit einem größeren Eingriff regelmäßig verbunden sind oder ihm folgen können, die Aufklärungspflicht entfallen lassen. Im Gegensatz dazu geht der Oberste Gerichtshof grundsätzlich von einer Aufklärungspflicht auch über allgemein bekannte Risiken aus.

Der Verzicht des Patienten auf die Aufklärung durch den Arzt spielt in der Rechtsprechung eine eher geringe Rolle. Während hier nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes strenge Anforderungen zu stellen sind, läßt der Oberste Gerichtshof auch einen konkludenten Aufklärungsverzicht zu. Welche Anforderungen das Bundesgericht an die Feststellung eines Aufklärungsverzichts im einzelnen stellt, läßt sich seiner Rechtsprechung nicht entnehmen.

Mit der Form, in der die Aufklärung durch den Arzt zu erfolgen hat, beschäftigt sich die Rechtsprechung nur am Rande. Nur vom Bundesgerichtshof wird erwogen, ob eine vom Patienten gerügte Aufklärungspflichtverletzung wegen des dem Arzt zustehenden Gestaltungsspielraums bei der Führung des Aufklärungsgespräches zu verneinen sein könnte. Bundesgerichtshof und Oberster Gerichtshof betonen beide, daß die Aufklärung in Form eines Gespräches, das nicht durch eine schriftlich eingeholte Zustimmungserklärung ersetzt werden könne, erfolgen soll. Bei der Gestaltung des Aufklärungsgespräches räumen beide Gerichte dem Arzt einen gewissen Spielraum ein. Schweizerische Gerichte äußerten sich bisher nicht zu Fragen der Form der Aufklärung. Der Grundhaltung der schweizerischen Rechtsprechung nach erscheint diese aber im Einklang mit der deutschen und der österreichischen Rechtsprechung.

Mit der Bestimmung des Aufklärungszeitpunktes setzte sich der Bundesgerichtshof erst mit Beginn der 1990er Jahre intensiver auseinander. Der Zeitpunkt der Aufklärung habe danach auch Bedeutung für die Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten. Der Bundesgerichtshof entwickelte differenzierte Kriterien zur Bestimmung des Aufklärungszeitpunktes, indem er verschiedene Ansätze in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur aufgriff. Er unterscheidet nach der Art des Eingriffes zwischen stationär und ambu-

lant durchgeführten Operationen sowie diagnostischen Eingriffen. Zusätzlich differenziert er nach der Schwere des Risikos. Eine generelle Bestimmung des Aufklärungszeitpunktes sei jedoch nicht möglich. Zu berücksichtigen seien vielmehr stets die Umstände des Einzelfalles. Diese Grundsätze bezieht der Bundesgerichtshof jedoch nicht nur auf die Aufklärung über die Risiken des geplanten Eingriffes, sondern auch auf eine mögliche Operationserweiterung oder einen Wechsel in eine andere Operationsmethode. In diesem Sinne seien sie auch auf die Aufklärung über alternativ in Betracht kommende Entbindungsmethoden zu übertragen.

In Österreich hat sich der Oberste Gerichtshof erst in einer Entscheidung aus dem Jahre 1994 mit der Rechtzeitigkeit der Aufklärung befaßt. Er entwickelte jedoch nicht wie der Bundesgerichtshof allgemein gültige Kriterien. Inhaltlich lehnt er sich aber an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes an. Dagegen wurde schon früher die Aufklärung über Risiken einer möglichen Operationserweiterung bereits vor Operationsbeginn verlangt.

Eine entsprechende Aufklärung bei möglicher Operationserweiterung hat auch das schweizerische Bundesgericht angenommen, während sich die Rechtsprechung im übrigen mit der Bestimmung des Aufklärungszeitpunktes bisher nicht auseinandersetzt.

Von den Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung kommt dem Einwand der hypothetischen Einwilligung in der Rechtsprechung aller drei Länder die größte Bedeutung zu.

Alle drei Höchstgerichte lassen den Einwand der hypothetischen Einwilligung zu. Während von der Rechtsprechung des Bundesgerichtes die rechtsdogmatische Einordnung dieses Einwandes bisher offengelassen wurde, gehen Bundesgerichtshof und Oberster Gerichtshof von einem rechtmäßigen Alternativverhalten aus. Die Haftungsbegrenzung unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm hat in der Literatur Kritik erfahren. Diese Kritik geht zurück auf die grundlegende Auseinandersetzung von Caemmerer¹²⁴⁷ mit der Problematik des rechtmäßigen Alternativverhaltens. In Deutschland ist diese Kritik jedoch stärker ausgeprägt als in Österreich und in der Schweiz. Die Rechtsprechung trägt ihr dadurch Rechnung, daß sie hinsichtlich des Nachweises der hypothetischen Einwilligung auf die individuelle Patientensituation abstellt und sich jeder generalisierenden Beurteilung verschließt.

Eine Haftungsbegrenzung unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm hat bisher nur der Bundesgerichtshof zugelassen. Durch die Aufklärung des Patienten solle dessen Selbstbestimmungsrecht gewährleistet werden. Der Patient solle über die Vornahme des geplanten ärztlichen Eingriffes in seiner Gesamtheit, nicht aber im Hinblick auf die Inkaufnahme bestimmter Folgen des ärztlichen Eingriffes entscheiden können. Dazu sei aber keine Vollinformation des Patienten

¹²⁴⁷ Caemmerer, Überholende Kausalität, S. 30 ff.

erforderlich. Es genüge, daß der Patient durch die Aufklärung einen zutreffenden Eindruck von der Schwere des geplanten Eingriffes erhalten habe. Unter dieser Voraussetzung läßt der Bundesgerichtshof eine Begrenzung der Haftung zu, wenn sich ein Risiko verwirkliche, über das der Patient nicht hätte aufgeklärt werden müssen.

An diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lehnt sich das Kassationsgericht des Kantons Zürich an. Das Kassationsgericht hat aber mangels Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz offen gelassen, inwieweit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf die Praxis in der Schweiz übertragen werden könne.

In Österreich wurde bisher keine entsprechende Begrenzung der Haftung des Arztes erwogen.

Der Bundesgerichtshof will in Fällen, in denen der Gesundheitsschaden auch ohne den ärztlichen Eingriff eingetreten wäre, die Haftung auf die durch den früheren Eintritt bedingten Schäden begrenzen. Die hypothetische Kausalität wurde in der Praxis nur vereinzelt berücksichtigt. Der Oberste Gerichtshof hat dagegen die hypothetische Kausalität erst in einer Entscheidung aus dem Jahre 1996 bei Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht berücksichtigt. Für das schweizerische Recht wäre eine entsprechende Begrenzung der Haftung zwar grundsätzlich denkbar. Sie wurde von der Rechtsprechung aber bisher noch nicht erwogen.

Von der Eingriffsaufklärung ist die Sicherungsaufklärung zu unterscheiden. Sie erfaßt nicht die gesundheitlichen Risiken eines Eingriffes oder einer Medikation, sondern soll dem Patienten die notwendigen Informationen im Zusammenhang mit dem Eingriff oder der Medikation verschaffen, um ihn zu einem therapiegerechten Verhalten anzuleiten. Ziel der Sicherungsaufklärung kann auch sein, den Patienten vor Gesundheitsgefahren zu warnen. Die Sicherungsaufklärung nimmt gegenüber der Eingriffsaufklärung einen deutlich geringeren Stellenwert ein. Das mag daran liegen, daß Schadensfälle bei der Sicherungsaufklärung seltener auftreten. Gesundheitsschäden können vor allem dann eintreten, wenn der Arzt den Patienten nicht über die Notwendigkeit der ärztlichen Behandlung sowie über mögliche Gefahren und schädliche Folgen im Falle ihrer Unterlassung aufgeklärt hat. Häufiger wird auch der Kindesunterhalt als Schaden geltend gemacht, wenn unzureichend über die Erfolgssicherheit einer Sterilisationsmethode aufgeklärt wurde. Da das Unterlassen der Sicherungsaufklärung einen Behandlungsfehler darstellt, trägt der Patient insofern die Beweislast. Es hat außerdem den Kausalzusammenhang mit dem eingetretenen Schaden nachzuweisen. Auch das mag ein Grund dafür sein, daß Unterlassungen bei der Sicherungsaufklärung selten prozessual geltend gemacht werden.

Die Diagnoseaufklärung, d. h. die isolierte Aufklärung des Patienten über seinen Krankheitszustand einschließlich der medizinischen Befunde, wird von der Rechtsprechung fast gar nicht behandelt, da Aufklärungspflichtverletzungen insofern nur ausnahmsweise zu einer Haftung des Arztes führen.

Zunehmend an Bedeutung gewinnt die Aufklärung des Patienten über die Kosten der geplanten ärztlichen Behandlung und alternativ dazu bestehender Behandlungsmöglichkeiten. Mit Fragen der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht setzt sich bisher nur die Rechtsprechung in Deutschland und in der Schweiz auseinander. Obwohl das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt bereits 1964 eine entsprechende Aufklärungspflicht des Arztes angenommen hatte und diese Rechtsprechung in einer Entscheidung des Bezirksgerichtes Zürich aus dem Jahre 1988 aufgegriffen wurde, orientierte sich das Bundesgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1993 stärker an der deutschen Rechtsprechung und Literatur. Von dieser wird die Problematik der wirtschaftlichen Aufklärung seit Ende der 1970er/Anfang der 1980er Jahre thematisiert. In Österreich ist noch keine entsprechende Rechtsprechung ergangen.

Als rechtliche Grundlage der Pflicht zur Aufklärung über wirtschaftliche Gesichtspunkte der Behandlung wird in beiden Ländern der Behandlungsvertrag angesehen. Dogmatisch wird die wirtschaftliche Aufklärung von der Eingriffsaufklärung zur Sicherung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten abgegrenzt. Die Folgen, die sich daraus für die deliktische Haftung ergeben, werden in deutscher und schweizerischer Rechtsprechung dagegen unterschiedlich gesehen. Während das Bundesgericht die Wirksamkeit der Einwilligung in den ärztlichen Eingriff verneint, lassen Defizite in der wirtschaftlichen Aufklärung die Einwilligung nach deutscher Rechtsprechung unberührt. Ausschließlich auf vertraglicher Grundlage werden damit Beeinträchtigungen der finanziellen Selbstbestimmung ausgeglichen, während das Bundesgericht im Ergebnis Verletzungen der körperbezogenen Autonomie ausgleicht.

Inhaltlich wird der Umfang der wirtschaftlichen Aufklärung von der Rechtsprechung in beiden Ländern annähernd gleich bestimmt. Der Arzt ist dann zur Aufklärung über wirtschaftliche Gesichtspunkte der Behandlung verpflichtet, wenn er erkennt oder erkennen kann, daß die geplante Behandlung ganz oder zu einem bestimmten Teil nicht von der Krankenversicherung gedeckt ist. Da der Arzt aber nicht Vermögenswalter des Patienten ist, besteht eine entsprechende Aufklärungspflicht nur, soweit dem Arzt die aufklärungsbedürftigen Umstände erkennbar sind, ohne sich über die finanzielle Situation des Patienten oder Inhalt und Umfang einer eventuell bestehenden privaten Krankenversicherung zu informieren.

Die Ausdehnung der Aufklärungspflicht durch das Bezirksgericht Zürich, nach dem der Arzt die Krankenversicherung von der geplanten Behandlung zwecks Abklärung der versicherungstechnischen Fragen rechtzeitig in Kenntnis zu setzen hat,¹²⁴⁸ betrifft dagegen ausschließlich die spezifisch schweizerische Problematik der außerkantonalen Hospitalisierung.

¹²⁴⁸ Bezirksgericht Zürich 30.06.1988, BIZR 88 Nr. 27 (S. 94).

Insgesamt ist zu beobachten, daß die Rechtsprechung in Österreich und in der Schweiz sich intensiv mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auseinandersetzt. Dabei lehnt sich der österreichische Oberste Gerichtshof stärker als das Bundesgericht und die kantonalen Gerichte in der Schweiz an die deutsche Rechtsprechung an. Die deutsche Rechtsprechung nimmt damit eine Leitfunktion für die österreichische und schweizerische Rechtsprechung ein.¹²⁴⁹

Umgekehrt ist eine Auseinandersetzung insbesondere des Bundesgerichtshofes mit der Rechtsprechung der Nachbarländer unterblieben. Verständlich ist das vor dem Hintergrund, daß sich der Bundesgerichtshof bereits mit der Vielzahl der untergerichtlichen Entscheidungen zum Arzthaftungsrecht auseinandersetzen mußte. Angesichts des umfangreichen Fallmaterials war er gezwungen, eigene Rechtsprechungsgrundsätze zu entwickeln. Wegen der geringeren Bevölkerungszahl ist die Anzahl der zu den Gerichten gelangenden Fälle in Österreich und in der Schweiz zwangsläufig geringer. Eine Entwicklung kann hier in der Rechtsprechung nur langsamer aus sich selbst heraus entstehen. Darum ist es naheliegend, bei vergleichbaren Haftungsgrundlagen die bereits vorangeschrittene Entwicklung der Rechtsprechung in Deutschland aufzugreifen.

Der Schwerpunkt der Rechtsprechung sowie der Kritik an ihr liegt auf der Eingriffsaufklärung. Soweit der Rechtsprechung jedoch vorgeworfen wird, durch sie werde die „Flucht in die defensive Medizin“ begünstigt, ist diese Kritik nicht fair. Rechtsprechung kann nicht zu einer Verbesserung des Arzt-Patienten-Verhältnisses führen bzw. gestaltend auf dieses einwirken, da Rechtsprechung zeitlich zu spät einsetzt. Veränderungen sind nur denkbar im Bereich der Berufsausübung durch die Ärzte und letztlich der medizinischen Ausbildung selbst.

Die vermehrte Klagebereitschaft der Patienten ist nicht nur in der Fortentwicklung der Medizin zu suchen, weswegen Patienten aufgrund hoher Erwartungen an die Medizin nicht mehr bereit sind, den schlechten Ausgang einer ärztlichen Behandlung als schicksalhaft hinzunehmen. Auslöser für die Prozeßführung ist vielmehr ein gestörtes Arzt-Patienten-Verhältnis. Der Patient ist nicht mehr bereit, über sich entscheiden zu lassen.¹²⁵⁰ Die sich wandelnde Einstellung des Patienten zum Arzt beruht nach der treffenden Darstellung von Ileri auf einer Veränderung des Berufsselbstverständnisses des Arztes. Aus dem Arzt, dem unanfechtbaren Humanisten, sei ein apparaturläufiger Technokrat entstanden, der für seine Vermögensmehrung und -verwaltung mehr Zeit aufwende als für die Fortbildung in seinem eigenen Fachbereich.¹²⁵¹ Aus dieser Veränderung des Berufsselbstverständnisses des Arztes habe sich zwangsläufig die Einstellung des Patienten zu ihm gewandelt. Diese seit langem in Gang befindliche Entwicklung auf beiden Seiten und die unentschuldbaren Fehlleistungen von Ärzten haben zur

¹²⁴⁹ Giesen, FS-Skapski, S. 45, 55.

¹²⁵⁰ Ileri, Arzt und Patient, S. 59.

¹²⁵¹ Ileri, Arzt und Patient, S. 57.

Verunsicherung des Patienten beigetragen, der heute nicht ohne weiteres annehmen könne, daß sich der Arzt für ihn und seine Krankheit einsetze. Viele Patienten hätten heute das Gefühl, daß sie von ihrem Arzt nicht ernst genommen würden.¹²⁵² Je mehr das Arzt-Patienten-Verhältnis von Routine und Anonymität beherrscht werde, steige das Bedürfnis des Patienten nach mehr Aufklärung.¹²⁵³ Es ist daher bezeichnend, wenn von medizinischer Seite¹²⁵⁴ statt einer Ausweitung der Aufklärungspflicht eine gute ärztliche Ausbildung, insbesondere auch im Hinblick auf die Rechts- und Standeskunde und die ärztliche Ethik, für geeigneter gehalten wird, zur Verbesserung des Arzt-Patienten-Verhältnisses beizutragen.

¹²⁵² Ileri, *Arzt und Patient*, S. 59.

¹²⁵³ Ileri, *Arzt und Patient*, S. 56.

¹²⁵⁴ Gostomzyk/Heß/Leithoff, DÄ 1973, S. 25, 32.

Literaturverzeichnis

- Aigner, Gerhard/Emberger, Herbert/Fössl-Emberger, Klaudia: Die Haftung des Arztes. Justiz- und Verwaltungsstrafrecht, Wien 1991
(zitiert: *Aigner/Emberger/Fössl-Emberger, Haftung*)
- Andreas, M.: Anmerkung zu BGH vom 01.02.1983, VI ZR 104/81, in: ArztR 1983, S. 180 f.
(zitiert: *Andreas, ArztR 1983, S. 180*)
- Ankermann, Ernst: Anmerkung zu BGH vom 07.02.1984, VI ZR 188/82, in: LM § 823 (Aa) BGB Nr. 67
(zitiert: *Ankermann, LM § 823 (Aa) BGB Nr. 67*)
- Bach, Peter: Medizinisch notwendige Heilbehandlung und stationäre Nulldiät - Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.11.1978 (VersR 79, 221 ff.) -, in: VersR 1979, S. 792-797
(zitiert: *Bach, VersR 1979, S. 792*)
- Bach, Peter: Die medizinische Notwendigkeit der Heilbehandlung, in: MDR 1981, S. 462 f.
(zitiert: *Bach, MDR 1981, S. 462*)
- Bach, Peter/Moser, Hans/Wilmes, Jan: Private Krankenversicherung. MB/KK- und MB/KT-Kommentar, 2. Auflage, München 1993
(zitiert: *Bearbeiter, in: Bach/Moser/Wilmes, PKV*)

- Baden, Eberhard: „Wirtschaftliche Aufklärungspflichten“ in der Medizin. Tendenzwende in der Rechtsprechung zu Hinweis- und Beratungspflichten im Kostenbereich? in: NJW 1988, S. 746-749
(zitiert: Baden, NJW 1988, S. 746)
- Baeyer, W. von: Wieweit muß der Kranke über das Risiko ärztlicher Eingriffe (Elektroschockbehandlung) unterrichtet werden? Ärztliche Stellungnahme zu einer neuen Entscheidung des Bundesgerichts, in: Med.Klin. 1955, S. 169
(zitiert: Baeyer, Med.Klin. 1955, S. 169)
- Ballon, Oskar J.: Einführung in das österreichische Zivilprozeßrecht. Streitiges Verfahren, 3. Auflage, Graz 1993
(zitiert: Ballon, Zivilprozeßrecht)
- Baumgärtel, Gottfried: Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 1: Allgemeiner Teil und Schuldrecht BGB, Köln/Berlin/Bonn/München 1981; mit VOB, HOAI, KSchG und ProdhaftG, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1991
(zitiert: Baumgärtel/Bearbeiter, Beweislast I)
- Baumgärtel, Gottfried: Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns (hrsg. von Johannes Baltzer, Gottfried Baumgärtel, Egbert Peters, Helmut Pieper), München 1980, S. 93-109
(zitiert: Baumgärtel, GS-Bruns, S. 93)
- Bernat, Erwin: Anmerkung zu OGH vom 26.01.1995, 6 Ob 502/95, in: RdM 1995, S. 70
(zitiert: Bernat, RdM 1995, S. 70)
- Bernat, Erwin: Erläuterungen zu OGH vom 12.07.1990, 7 Ob 593/90, in: JAP 1990/91, S. 232-235
(zitiert: Bernat, JAP 1990/91, S. 232)
- Bertel, Christian/Schwaighofer, Klaus: Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I: §§ 75 bis 168 StGB, 4. Auflage, Wien/New York 1995
(zitiert: Bertel/Schwaighofer, Strafrecht BT I)
- Bockelmann, Paul: Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: NJW 1961, S. 945-951
(zitiert: Bockelmann, NJW 1961, S. 945)
- Bodenburg, Reinhard: Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, in: NJW 1981, S. 601-605
(zitiert: Bodenburg, NJW 1981, S. 601)
- Bölke, Günter/Robbers, Jörg: Die stationäre Krankenhausbehandlung: Handbuch für Rechts- und Vertragsfragen, Loseblattsammlung, Köln/Berlin/Bonn/Mainz 1987, Stand 3. Lieferung 1991
(zitiert: Bölke/Robbers, Stationäre Krankenhausbehandlung)

- Brüggemeier, Gert: Deliktsrecht. Ein Hand- und Lehrbuch, Baden-Baden 1986
(zitiert: *Brüggemeier, Deliktsrecht*)
- Bucher, Eugen: Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Zürich 1956
(zitiert: *Bucher, Persönlichkeitsrechte*)
- Bucher, Eugen: Obligationenrecht. Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988
(zitiert: *Bucher, Obligationenrecht BT*)
- Buchli-Schneider, Franziska: Arzthaftungsrecht. Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE vom 3.11.1987 = Pra 77 (1988) Nr. 16, in: recht 1988, S. 91-97
(zitiert: *Buchli-Schneider, recht 1988, S. 91*)
- Bussmann, Daniel: Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, Dissertation Zürich 1984
(zitiert: *Bussmann, Strafrechtliche Beurteilung*)
- Bydlinski, Franz: Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, in: JBl 1992, S. 341-360
(zitiert: *Bydlinski, JBl 1992, S. 341*)
- Bydlinski, Franz: Verträge über ärztliche Leistungen, in: Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Verfahrensrecht - Privatrecht (hrsg. von Walter H. Rechberger, Rudolf Welser), Wien 1986, S. 345-369
(zitiert: *Bydlinski, Kralik-FS, S. 345*)
- Caemmerer, Ernst von: Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht. Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 15. März 1962, Karlsruhe 1962
(zitiert: *Caemmerer, Überholende Kausalität*)
- Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1996
(zitiert: *Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht*)
- Deutsch, Erwin: Anmerkung zu BGH vom 14.11.1995, VI ZR 359/94, in: LM § 823 (Ac) BGB Nr. 60
(zitiert: *Deutsch, LM § 823 (Ac) BGB Nr. 60*)
- Deutsch, Erwin: Arztrecht und Arzneimittelrecht. Eine zusammenfassende Darstellung mit Fallbeispielen und Texten, Berlin/Heidelberg/New York 1983; 2. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1991
(zitiert: *Deutsch, Arztrecht*)
- Deutsch, Erwin: Aufklärungspflicht und Zurechnungszusammenhang, in: NJW 1989, S. 2313 f.
(zitiert: *Deutsch, NJW 1989, S. 2313*)
- Deutsch, Erwin: Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren, Köln/Berlin/Bonn/München 1976
(zitiert: *Deutsch, Haftungsrecht I*)

- Deutsch, Erwin: Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: NJW 1984, S. 1802 f.
(zitiert: Deutsch, NJW 1984, S. 1802)
- Deutsch, Erwin: Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, in: NJW 1980, S. 1305-1309
(zitiert: Deutsch, NJW 1980, S. 1305)
- Deutsch, Erwin: Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, in: NJW 1979, S. 1905-1909
(zitiert: Deutsch, NJW 1979, S. 1905)
- Deutsch, Erwin/Matthies, Karl-Heinz: Arzthaftungsrecht. Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, 3. Auflage, Köln 1988
(zitiert: Deutsch/Matthies, Arzthaftungsrecht)
- Deutsch, Erwin/Schreiber, Hans-Ludwig/Lilie, Barbara Germany, in: Medical Responsibility in Western Europe. Research Study of the European Science Foundation (hrsg. von Erwin Deutsch, Hans-Ludwig Schreiber), Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1985, S. 211-285
(zitiert: Deutsch/Schreiber/Lilie, Medical Responsibility)
- Dunz, Walter: Wann verwirklicht sich der Schaden aus mangelhafter Aufklärung über das Behandlungsrisiko? (OLG Karlsruhe, MedR 1983, 190), in: MedR 1984, S. 184-186
(zitiert: Dunz, MedR 1984, S. 184)
- Dunz, Walter: Zuzurechnende Schadensfolgen bei mangelhafter Aufklärung des Patienten, in: Arzt- und Kassenarztrecht im Wandel. Festschrift für Prof. Dr. iur. Helmut Narr (hrsg. von Hans Kamps, Adolf Laufs), Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo 1988, S. 144-149
(zitiert: Dunz, FS-Narr, S. 144)
- Ehlers, Alexander P. F.: Die ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen: Bestandsaufnahme und Kritik, Köln/Berlin/Bonn/München 1987
(zitiert: Ehlers, Ärztliche Aufklärung)
- Eisner, Beat: Die Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern/Göttingen/Toronto/Seattle 1992
(zitiert: Eisner, Aufklärungspflicht)
- Englähringer, Daniela: Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, Wien 1996
(zitiert: Englähringer, Aufklärungspflicht)
- Erman, Walter (Hrsg.): Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Abzahlungsgesetz, Haustürwiderrufsgesetz, AGB-Gesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Schiffsrechtsgesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung, Beurkundungsgesetz (teilkommentiert), Band I, 8. Auflage, Münster 1989
(zitiert: Erman/Bearbeiter)

- Fasching, Hans W.: Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 2. Auflage, Wien 1990
(zitiert: *Fasching, Zivilprozeßrecht*)
- Fehse, Michael: Der Behandlungsvertrag und die wirtschaftliche Aufklärung, in: MedR 1986, S. 115-117
(zitiert: *Fehse, MedR 1986, S. 115*)
- Fleisch, Hermann: Der chirurgische Eingriff aus der Sicht des Juristen, in: ÖJZ 1965, S. 421-438
(zitiert: *Fleisch, ÖJZ 1965, S. 421*)
- Foregger, Egmont/Nowakowski, Friedrich (Hrsg.): Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wien 1979 ff.
(zitiert: *WK/Bearbeiter*)
- Franzki, Dietmar: Die Beweislastregeln im Arzthaftungsprozeß. Eine prozeßrechtliche Studie unter Berücksichtigung des amerikanischen Rechts, Berlin 1982
(zitiert: *Franzki, Beweislastregeln*)
- Franzki, Harald: Diskussionsbeitrag in der Abteilung Arztrecht zum Thema: Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? in: Verhandlungen des zweiundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Wiesbaden 1978, Band II: Sitzungsberichte (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages), München 1978, I 120-124
(zitiert: *Franzki, Verhandlungen 52. DJT II, I 120*)
- Friedrich, Martin: Der Jurist und die Aufklärungspflicht vor der Schockbehandlung, in: Med.Klin. 1955, S. 774 f.
(zitiert: *Friedrich, Med.Klin. 1955, S. 774*)
- Füllgraf, Lutz: Zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes, in: NJW 1984, S. 2619 f.
(zitiert: *Füllgraf, NJW 1984, S. 2619*)
- Gaisbauer, Georg: Zur Aufklärungspflicht des überweisenden Arztes, in: ÖKZ 1981, S. 628-630
(zitiert: *Gaisbauer, ÖKZ 1981, S. 628*)
- Gaisbauer, Georg: Zur Beweislast für Einwilligung des Patienten und Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht. Anmerkungen zu OGH 12.11.1992, 8 Ob 628/92, in: JBl 1994, S. 352-355
(zitiert: *Gaisbauer, JBl 1994, S. 352*)
- Geilen, Gerd: Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Bielefeld 1963
(zitiert: *Geilen, Einwilligung*)
- Geiß, Karlmann: Arzthaftpflichtrecht, München 1989; 2. Auflage, München 1993
(zitiert: *Geiß, Arzthaftpflichtrecht*)

- Giesen, Dieter: Anmerkung zu BGH vom 07.02.1984, VI ZR 188/82, in:
JR 1984, S. 372-374
(zitiert: *Giesen, JR 1984, S. 372*)
- Giesen, Dieter: Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer
Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der
Schweiz, Tübingen 1990; 4. Auflage, Tübingen 1995
(zitiert: *Giesen, Arzthaftungsrecht*)
- Giesen, Dieter: Arzthaftungsrecht im Umbruch (III) - Beweisrechtsprobleme in
der Rechtsprechung seit 1974 -, in: JZ 1982, S. 448-459
(zitiert: *Giesen, JZ 1982, S. 448*)
- Giesen, Dieter: Wandlungen des Arzthaftungsrechts, 2. Auflage, Tübingen 1984
(zitiert: *Giesen, Wandlungen*)
- Giesen, Dieter: Zwischen ärztlichem Paternalismus und Selbstbestimmungsrecht
des Patienten - Ärztliche Tätigkeit im Lichte der Rechtsprechung in Deutsch-
land, Österreich und der Schweiz, in: Rozprawy z polskiego i europejskiego
prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi
Skąpskiemu (kolegium redakcyjne Andrzej Mazyński, Maksymilian Pazdan,
Adam Szpunar), Kraków 1994, S. 45-72
(zitiert: *Giesen, FS-Skąpski, S. 45*)
- Giesen, Dieter/Langeit, J.: Anmerkung zu BGH vom 14.02.1989, VI ZR 65/88,
in: JR 1989, S. 290-293
(zitiert: *Giesen/Langeit, JR 1989, S. 290*)
- Göppinger, Hans: Die Aufklärung und Einwilligung bei der ärztlichen, besonders
der psychiatrischen Behandlung, in: Fortschritte der Neurologie, Psychiatrie
und ihrer Grenzgebiete 1956, S. 53-107
(zitiert: *Göppinger, Neurologie 1956, S. 53*)
- Gostomzyk, J.G./Heß, G./Leithoff, H.: Die Aufklärungspflicht aus ärztlicher
Sicht, in: DÄ 1973, S. 25-32
(zitiert: *Gostomzyk/Heß/Leithoff, DÄ 1973, S. 25*)
- Gross, Jost: Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentli-
chen Recht der Schweiz, Bern 1987
(zitiert: *Gross, Haftung für medizinische Behandlung*)
- Gross, Jost: Die Persönliche Freiheit des Patienten. Zur öffentlichrechtlichen
Normierung des medizinischen Behandlungsverhältnisses, Bern 1977
(zitiert: *Gross, Persönliche Freiheit*)
- Grünwald, Gerald: Die Aufklärungspflicht des Arztes, in: ZStW 73 (1961), S. 5-44
(zitiert: *Gottwald, ZStW 1961, S. 5*)
- Gschnitzer, Franz: Anmerkung zu OGH vom 11.06.1952, 1 Ob 592/51, in:
JBl 1953, S. 18
(zitiert: *Gschnitzer, JBl 1953, S. 18*)

- Gschnitzer, Franz/Faistenberger, Christoph/Barta, Heinz/Eccher, Bernhard:
Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadensersatz,
2. Auflage, Wien/New York 1988
(zitiert: *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, SchuldR-BT*)
- Guillod, Olivier: Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme? Neuchâtel 1986
(zitiert: *Guillod, Consentement éclairé*)
- Guillod, Olivier: La responsabilité civile des médecins: un mouvement de pendule, in: La responsabilità del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale. Atti della giornata di studio del 12 giugno 1989 (edito dalla Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi), Lugano 1989, S. 55-90
(zitiert: *Guillod, Responsabilità del medico, S. 55*)
- Habscheid, Walther J./Berti, Stephen: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht. Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1990
(zitiert: *Habscheid, Zivilprozessrecht*)
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter: Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Ein Grundriss, 3. Auflage, Zürich 1993
(zitiert: *Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht*)
- Haslinger, Alfred: Probleme der ärztlichen Aufklärung und Patienteneinwilligung. Referat, gehalten bei der Jahrestagung der Österreichischen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe am 4.6.1994 in Bregenz, in: *AnwBl* 1994, S. 866-872
(zitiert: *Haslinger, AnwBl 1994, S. 866*)
- Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas: Switzerland, in: Medical Responsibility in Western Europe. Research Study of the European Science Foundation (hrsg. von Erwin Deutsch, Hans-Ludwig Schreiber), Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1985, S. 729-791
(zitiert: *Hausheer/Geiser, Medical Responsibility*)
- Hauß, Fritz: Anmerkung zu BGH vom 14.02.1989, VI ZR 65/88, in: *VersR* 1989, S. 517 f.
(zitiert: *Hauß, VersR 1989, S. 517*)
- Heilmann, Joachim: Der Stand der deliktischen Arzthaftung, in: *NJW* 1990, S. 1513-1520
(zitiert: *Heilmann, NJW 1990, S. 1513*)
- Hinderling, Hans: Persönlichkeit und subjektives Recht. Die ärztliche Aufklärungspflicht. Zwei Aufsätze zum Persönlichkeitsschutz, Basel 1963
(zitiert: *Hinderling, Aufklärungspflicht*)

- Hofer-Zeni, Herbert: Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: Einführung in das österreichische Recht (hrsg. von Willibald Posch), Darmstadt 1985, S. 1-51
(zitiert: *Hofer-Zeni, Einführung, S. 1*)
- Hofmann, Edgar: Zur Beweislastumkehr bei Verletzung vertraglicher Aufklärungs- oder Beratungspflichten. Zugleich Besprechung des Urteils BGH, NJW 73, 1688, in: NJW 1974, S. 1641-1644
(zitiert: *Hofmann, NJW 1974, S. 1641*)
- Hollmann, Angela: Das ärztliche Gespräch mit dem Patienten. Aufklärungs- und Wahrheitspflicht, in: NJW 1973, S. 1393-1399
(zitiert: *Hollmann, NJW 1973, S. 1393*)
- Holzer, Wolfgang: Anmerkung zu OGH vom 23.06.1982, 3 Ob 545/82, in: JBl 1983, S. 376 f.
(zitiert: *Holzer, JBl 1983, S. 376*)
- Holzer, Wolfgang: Die Aufklärung unheilbar Kranker aus rechtlicher Sicht, in: WMW 1989, S. 495-497
(zitiert: *Holzer, WMW 1989, S. 495*)
- Holzer, Wolfgang: Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in: Die Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluß des Arzneimittelrechts (hrsg. von Peter J. Schick), Graz 1983, S. 63-99
(zitiert: *Holzer, Haftung des Arztes, S. 63*)
- Holzer, Wolfgang: Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in: Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (hrsg. von Wolfgang Holzer, Willibald Posch, Peter J. Schick), Wien 1992, S. 1-71
(zitiert: *Holzer, Arzt- und Arzneimittelhaftung, S. 1*)
- Honsell, Heinrich: Bemerkungen zu BG vom 29.07.1994, in: AJP 1995, S. 228 f.
(zitiert: *Honsell, AJP 1995, S. 228*)
- Honsell, Heinrich (Hrsg.): Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994
(zitiert: *Handbuch (Schweiz)/Bearbeiter*)
- Honsell, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Bern 1995
(zitiert: *Honsell, Obligationenrecht BT*)
- Honsell, Heinrich: Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, in: ZSR NF 109 (131) 1990, S. 135-150
(zitiert: *Honsell, ZSR 1990, S. 135*)
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1996
(zitiert: *OR/Bearbeiter*)
- Ileri, Atilay: Arzt und Patient im Konflikt: Die Patienten werden mündig, Zürich 1983
(zitiert: *Ileri, Arzt und Patient im Konflikt*)

- Ileri, Atilay: Die Haftung des Arztes, in: Patient - Patientenrecht/Droits des patients - quel diagnostic? (hrsg. von Ralf Binswanger u. a.), Bern 1984, S. 145-156
(zitiert: Ileri, Patient - Patientenrecht, S. 145)
- Jungnickel, Sebastian/Meinel, Gernod: Aufklärungsdefizit und verwirklichtes Risiko - Zum Schutzbereich der ärztlichen Aufklärungspflicht -, in: MDR 1988, S. 456-458
(zitiert: Jungnickel/Meinel, MDR 1988, S. 456)
- Kamps, Hans: Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, Berlin 1981
(zitiert: Kamps, Ärztliche Arbeitsteilung)
- Keller, Alfred: Die Behandlung des Haftpflichtfalles durch die Versicherung, in: Arzt und Recht. Berner Tage für die juristische Praxis (hrsg. von Wolfgang Wiegand), Bern 1985, S. 125-145
(zitiert: Keller, Arzt und Recht, S. 125)
- Keller, Max/Gabi-Bolliger, Sonja: Das Schweizerische Schuldrecht mit Ausnahme der einzelnen Verträge und der außervertraglichen Haftungen gemäß Spezialgesetzen. Eine systematische Darstellung, Band II: Haftpflichtrecht, Basel/Frankfurt am Main 1985
(zitiert: Keller/Gabi-Bolliger, Schuldrecht II)
- Kern, Bernd-Rüdiger: Problemstellung zu OLG Karlsruhe vom 16.03.1983, 7 U 136/82, in: MedR 1983, S. 190 f.
(zitiert: Kern, MedR 1983, S. 190)
- Kern, Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf: Die ärztliche Aufklärungspflicht. Unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis, Berlin/Heidelberg/New York 1983
(zitiert: Kern/Laufs, Aufklärungspflicht)
- Kienapfel, Diethelm: Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd. I: Delikte gegen Personenwerte, 3. Auflage, Wien 1990
(zitiert: Kienapfel, Strafrecht BT I)
- Klewein, Wolfgang: Zurechnungszusammenhang und Normadäquanz in der Arzthaftung, in: ÖJZ 1993, S. 161-164
(zitiert: Klewein, ÖJZ 1993, S. 161)
- Kloppenborg, Josef: Ärztliche Aufklärungspflicht beim alten Menschen, in: MedR 1986, S. 18-21
(zitiert: Kloppenborg, MedR 1986, S. 18)
- Koziol, Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien 1980
(zitiert: Koziol, Haftpflichtrecht I)

- Koziol, Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II: Besonderer Teil, 2. Auflage, Wien 1984
(zitiert: *Koziol, Haftpflichtrecht II*)
- Koziol, Helmut/Welser, Rudolf: Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 5. Auflage, Wien 1979; 10. Auflage, Wien 1995
(zitiert: *Koziol/Welser, Grundriß I*)
- Kuhn, Hanspeter: Ärztliche Aufklärungspflicht. Bemerkungen zu Gerichtspraxis und Lehre betreffend Aufklärung über Behandlungsrisiken und Behandlungskosten, in: SAeZ 1995, S. 321-326
(zitiert: *Kuhn, SAeZ 1995, S. 321*)
- Kuhn, Moritz: Ärztliche Kunstfehler, in: SJZ 1987, S. 353-364
(zitiert: *Kuhn, SJZ 1987, S. 353*)
- Kuhn, Moritz: Aktuelle Probleme in der Ärztehaftpflicht, in: SJZ 1993, S. 257-266 und 284-288
(zitiert: *Kuhn, SJZ 1993, S. 257*)
- Kuhn, Moritz: Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, in: ZSR NF 105 (1986) I, S. 469-502
(zitiert: *Kuhn, ZSR 1986 I, S. 469*)
- Kunst, Günther: Ärztliche Heilbehandlung und Einwilligung des Verletzten, in: ÖRZ 1975, S. 33
(zitiert: *Kunst, ÖRZ 1975, S. 33*)
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München 1982; 14. Auflage, München 1987
(zitiert: *Larenz, Schuldrecht I*)
- Laufs, Adolf: Arztrecht, 4. Auflage, München 1988; 5. Auflage, München 1993
(zitiert: *Laufs, Arztrecht*)
- Laufs, Adolf: Grundlagen und Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht (hrsg. von Heike Jung, Hans Wilhelm Schreiber), Stuttgart 1981, S. 71-89
(zitiert: *Laufs, Arzt und Patient, S. 71*)
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger: Anmerkung zu BGH vom 07.02.1984, VI ZR 188/82, in: JZ 1984, S. 631 f.
(zitiert: *Laufs/Kern, JZ 1984, S. 631*)
- Leukauf, Otto/Steininger, Herbert: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, Eisenstadt 1992
(zitiert: *Leukauf/Steininger*)
- Loebenstein, Herbert: Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, in: ÖJZ 1978, S. 309-314
(zitiert: *Loebenstein, ÖJZ 1978, S. 309*)

- Loeffler, Walter: Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, Dissertation Zürich 1945
(zitiert: *Loeffler, Haftung des Arztes*)
- Lotheissen, Wolfgang: Das ärztliche Aufklärungsproblem nach dem Strafgesetzbuch, in: ÖRZ 1975, S. 2-4
(zitiert: *Lotheissen, ÖRZ 1975, S. 2*)
- Lotz, Albert: Zur Frage der rechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, in: BJM 1968, S. 107-125
(zitiert: *Lotz, BJM 1968, S. 107*)
- Mainardi-Speziali, Carla: Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik. Die genetische Beratung als vertragliche Leistung des Arztes, Dissertation Bern 1992
(zitiert: *Mainardi-Speziali, Ärztliche Aufklärungspflichten*)
- Meier-Hayoz, Arthur (Hrsg.): Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abtlg.: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilbd., 1. Unterteilbd.: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 3. Auflage, Bern 1990; 2. Abtlg.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilbd.: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 2. Auflage, Bern 1966/67; 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 3. Auflage, Bern 1971
(zitiert: *BK/Bearbeiter*)
- Meisel, Hanspeter: Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: Patient - Patientenrecht/ Droits des patients - quel diagnostic? (hrsg. von Ralf Binswanger u.a.), Bern 1984, S. 157-176
(zitiert: *Meisel, Patient-Patientenrecht, S. 157*)
- Müller, Gertrud: Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen, in: NJW 1956, S. 1099 f.
(zitiert: *Müller, NJW 1956, S. 1099*)
- Neidhardt, Karl: Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen, in: NJW 1956, S. 1097-1099
(zitiert: *Neidhardt, NJW 1956, S. 1097*)
- Ney, Michel: La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire, Lausanne 1979
(zitiert: *Ney, Responsabilité des médecins*)
- Oftinger, Karl/Stark, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Zürich 1987
(zitiert: *Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/1*)
- Ott, Hans: The Right to Know: Informed Consent, in: Medicine and Law 1989, S. 439-441
(zitiert: *Ott, Medicine and Law 1989, S. 439*)

- Ott, Werner Eduard: Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Dissertation Zürich 1978
(zitiert: Ott, Haftung des Arztes)
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, Gesetz über die Veräußerung von Teilnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtgesetz - TzWrG), Gesetz zur Regelung der Miethöhe (Art. 3 des 2. WKSchG), Produkthaftungsgesetz, Erbbauverordnungsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung, 57. Auflage, München 1998
(zitiert: Palandt/Bearbeiter)
- Piegler, Josef: Eigenmächtige Heilbehandlung und Aufklärungspflicht des Arztes im österreichischen Recht, in: VersR 1962, S. 921-926
(zitiert: Piegler, VersR 1962, S. 921)
- Pitzl, Eckhard/Huber, Gerhard W.: Behandlungsaufklärung - Risikoaufklärung - Aufklärungsbögen, in: RdM 1996, S. 113-115
(zitiert: Pitzl/Huber, RdM 1996, S. 113)
- Prose, Manfred: Ärztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung des Patienten aus strafrechtlicher Sicht, in: Die Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluß des Arzneimittelrechts (hrsg. von Peter J. Schick), Graz 1983, S. 101-115
(zitiert: Prose, Haftung des Arztes, S. 101)
- Raschein, Rolf: Die rechtliche Stellung des Zahnarztes, in: SMZahnmed 1991, S. 1033-1036
(zitiert: Raschein, SMZahnmed 1991, S. 1033)
- Raschein, Rolf: Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Arzthaftpflicht, in: ZGRG 1989, S. 62-65
(zitiert: Raschein, ZGRG 1989, S. 62)
- Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht. Besonderer Teil, 2. Halbband (§§ 657-853), München 1980; 2. Auflage, München 1986; Band 5: Schuldrecht. Besonderer Teil III (§§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz), 3. Auflage, München 1997
(zitiert: MüKo/Bearbeiter)
- Rechberger, Walter H./Simotta, Daphne-Ariane: Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts. Erkenntnisverfahren, 4. Auflage, Wien 1994
(zitiert: Rechberger/Simotta, Zivilprozeßrecht)

- RGRK: Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Band II/5. Teil: §§ 812-831 (Anhang nach § 823: I. Verletzung des Persönlichkeitsrecht, II. Arzthaftungsrecht), 12. Auflage, Berlin/New York 1989
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)
- Ruffin, H.: Wieweit muß der Kranke über das Risiko ärztlicher Eingriffe (Elektroschockbehandlung) unterrichtet werden? in: *Med.Klin.* 1955, S. 204 f.
(zitiert: Ruffin, *Med.Klin.* 1955, S. 204)
- Rummel, Peter (Hrsg.): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz/Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, Landpachtgesetz, Produkthaftungsgesetz, UN-Kaufrecht, Bd.I, 2. Auflage, Wien 1990; Bd.II, 2. Auflage, Wien 1992
(zitiert: Rummel/Bearbeiter)
- Schick, Peter J.: Der ärztliche Behandlungsfehler in strafrechtlicher Sicht, in: *Die Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluß des Arzneimittelrechts* (hrsg. von Peter J. Schick), Graz 1983, S. 37-62
(zitiert: Schick, *Haftung des Arztes*, S. 37)
- Schick, Peter, J.: Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes, in: *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich* (hrsg. von Wolfgang Holzer, Willibald Posch, Peter J. Schick), Wien 1992, S. 73-126
(zitiert: Schick, *Arzt- und Arzneimittelhaftung*, S. 73)
- Schlosshauer-Selbach, Stefan: Typologie der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: *DRiZ* 1982, S. 361-366
(zitiert: Schlosshauer-Selbach, *DRiZ* 1982, S. 361)
- Schlosshauer-Selbach, Stefan: Zurechnungszusammenhang und Selbstbestimmungsrecht bei ärztlicher Aufklärung, in: *NJW* 1985, S. 660-663
(zitiert: Schlosshauer-Selbach, *NJW* 1985, S. 660)
- Schlund, Gerhard H.: Zur neuen Gebührenordnung für Ärzte - insbesondere zur Auswirkung der Entscheidung des BGH (VI ZR 104/81 - *ArztR*, 177 ff.) vom 1.2.1983 auf die GOÄ 1982, in: *ArztR* 1983, S. 305-308
(zitiert: Schlund, *ArztR* 1983, S. 305)
- Schmid, Hugo: Die Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: *NJW* 1984, S. 2601-2606
(zitiert: Schmid, *NJW* 1984, S. 2601)
- Schmid, Michael J.: Medizinisch notwendige Heilbehandlung und private Krankenversicherung, in: *NJW* 1981, S. 2504 f.
(zitiert: Schmid, *NJW* 1981, S. 2504)
- Schramm, Johannes/Stempkowski, Martin: Die zahnärztliche Aufklärungspflicht - Eine Betrachtung aus juristischer Sicht, in: *RdM* 1997, S. 136-141
(zitiert: Schramm/Stempkowski, *RdM* 1997, S. 136)

- Schreiber, Hans-Ludwig: Kontraindikation und Verzicht bei der ärztlichen Aufklärung aus der Sicht des Juristen, in: *Ärztliche Aufklärungspflicht*. 7. Symposium der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für Juristen und Ärzte (hrsg. von Wilhelm Heim), Köln 1984, S. 71-79
(zitiert: *Schreiber, Ärztliche Aufklärungspflicht*, S. 71)
- Schreiber, Hans-Ludwig: Die Patientenaufklärung in juristischer Sicht, in: *Der Internist* 24 (1983), S. 185-189
(zitiert: *Schreiber, Der Internist* 1983, S. 185)
- Schwab, Peter/Gramer, Eugen/Kriegelstein, Günter K.: *Rechtliche Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht*, Heidelberg 1983
(zitiert: *Schwab/Gramer/Kriegelstein, Ärztliche Aufklärungspflicht*)
- Schwimmann, Michael (Hrsg.): *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen*, Wien 1987-1990
(zitiert: *Schwimmann/Bearbeiter*)
- Soergel, Hans Theodor: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 4: Schuldrecht III (§§ 705-853), 11. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1985
(zitiert: *Soergel/Bearbeiter*)
- Speiser, Harald: Einflüsse auf die Rechtsposition des Patienten, in: *ÖJZ* 1988, S. 744-752
(zitiert: *Speiser, ÖJZ* 1988, S. 744)
- Stauder, Karl Heinz: Wieweit muß der Kranke über das Risiko ärztlicher Eingriffe (Elektroschockbehandlung) unterrichtet werden? *Ärztliche Stellungnahme zu einer neuen Entscheidung des Bundesgerichts*, in: *Med.Klin.* 1955, S. 168 f.
(zitiert: *Stauder, Med.Klin.* 1955, S. 168)
- Staudinger, Julius von: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Zweites Buch: *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 244-248, 12. Auflage, Berlin 1983; §§ 823-832, 12. Auflage, Berlin 1986
(zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*)
- Steffen, Erich: Referat in der Abteilung *Arztrecht* zum Thema: *Empfiehl es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?* in: *Verhandlungen des zweiundfünfzigsten Deutschen Juristentages*, Wiesbaden 1978, Band II: *Sitzungsberichte* (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages), München 1978, I 8-28
(zitiert: *Steffen, Verhandlungen* 52. DJT II, I 8)
- Steiner, Johannes Wolfgang: Die ärztliche Aufklärungspflicht nach österreichischem Recht, in: *JBl* 1982, S. 169-173
(zitiert: *Steiner, JBl* 1982, S. 169)

- Steiner, Johannes Wolfgang: Austria, in: Medical Responsibility in Western Europe. Research Study of the European Science Foundation (hrsg. von Erwin Deutsch, Hans-Ludwig Schreiber), Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1985, S. 1-64
(zitiert: *Steiner, Medical Responsibility*)
- Steiner, Johannes Wolfgang: Buchbesprechung: Die ärztliche Aufklärungspflicht. Unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis. (Recht und Medizin) von B.-R. Kern und A. Laufs. XII, 214 S. Berlin-Heidelberg-New York: Springer Verlag 1983, in: JBl 1986, S. 472-474
(zitiert: *Steiner, JBl 1986, S. 472*)
- Stellamor, Kurt: Ärztliche Berufsordnung. Eine Rechts- und Standeskunde, Wien 1977
(zitiert: *Stellamor, Berufsordnung*)
- Steyert, Ralph H.: Zur Haftung des Arztes. Kritische Bemerkungen zum Entscheid des Züricher Obergerichtes vom 15. Februar 1979, publ. in SJZ 76 (1980) 383, in: SJZ 1981, S. 109 f.
(zitiert: *Steyert, SJZ 1981, S. 109*)
- Stürmer, Rolf: Die schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich, in: SJZ 1984, S. 121-130
(zitiert: *Stürmer, SJZ 1984, S. 121*)
- Tempel, Otto: Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: NJW 1980, S. 609-617
(zitiert: *Tempel, NJW 1980, S. 609*)
- Terbille, Michael: Anmerkung zu OLG Jena vom 03.12.1997, 4 U 687/97, in: VersR 1999, S. 235 f.
(zitiert: *Terbille, VersR 1999, S. 235*)
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995
(zitiert: *Tuor/Schnyder/Schmid, ZGB*)
- Vökl-Torggler, Sabine: Die Rechtsnatur des ärztlichen Behandlungsvertrages in Österreich, in: JBl 1984, S. 72-83
(zitiert: *Vökl-Torggler, JBl 1984, S. 72*)
- Vogel, Oscar: Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 4. Auflage, Bern 1995
(zitiert: *Vogel, Zivilprozessrecht*)
- Voppichler, Monica: Die Rechtsgrundlagen zur Durchsetzung schadensersatzrechtlicher Ansprüche der Patienten auf Grund ärztlicher Fehlbehandlung, in: ÖJZ 1997, S. 93-99
(zitiert: *Voppichler, ÖJZ 1997, S. 93*)

- Wachsmuth, Werner: Anmerkung zu OLG Celle vom 10.07.1978, 1 U 40/77, in: NJW 1979, S. 1253
(zitiert: *Wachsmuth, NJW 1979, S. 1253*)
- Wachsmuth, Werner/Schreiber, Hans-Ludwig: Das Dilemma der ärztlichen Aufklärung. Neue Probleme für die Rechtsprechung, in: NJW 1981, S. 1985-1987
(zitiert: *Wachsmuth/Schreiber, NJW 1981, S. 1985*)
- Wachsmuth, Werner/Schreiber, Hans-Ludwig: Die Stufenaufklärung - ein ärztlich und rechtlich verfehltes Modell, in: *Der Chirurg* 1982, S. 594-596
(zitiert: *Wachsmuth/Schreiber, Der Chirurg 1982, S. 594*)
- Wachsmuth, Werner/Schreiber, Hans-Ludwig: Schlußwort zur Diskussion über die Stufenaufklärung, in: *Der Chirurg* 1983, S. 60 f.
(zitiert: *Wachsmuth/Schreiber, Der Chirurg 1983, S. 60*)
- Wachsmuth, Werner/Schreiber, Hans-Ludwig: Der unheilvolle Weg in die defensive Medizin. Der rechtliche Selbstschutz des Arztes und die Fürsorge für den Kranken, in: FAZ 03.10.1980, S. 10 f.
(zitiert: *Wachsmuth/Schreiber, FAZ 03.10.1980, S. 10*)
- Walder, Hans: Vertrauen und Recht im Verhältnis zwischen Patienten und Chirurgen. Allgemeine und strafrechtliche Aspekte, in: *Schweiz.med.Wschr.* 113 (1983), S. 590-593
(zitiert: *Walder, Schweiz.med.Wschr. 1983, S. 590*)
- Weber, Rolf H.: Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, in: AJP 1992, S. 177-189
(zitiert: *Weber, AJP 1992, S. 177*)
- Weißauer, Walther: Aufklärungspflicht des Chirurgen, in: *Langenbecks Archiv für Chirurgie* 345 (1977), S. 471-476
(zitiert: *Weißauer, Langenbecks Archiv, S. 471*)
- Weißauer, Walther: Referat in der Abteilung Arztrecht zum Thema: Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? in: *Verhandlungen des zweiundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Wiesbaden 1978, Band II: Sitzungsberichte* (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages), München 1978, I 29-51
(zitiert: *Weißauer, Verhandlungen 52. DJT II, I 29*)
- Wiegand, Wolfgang: Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: *Arzt und Recht. Berner Tage für die juristische Praxis* (hrsg. von Wolfgang Wiegand), Bern 1985, S. 81-123
(zitiert: *Wiegand, Arzt und Recht, S. 81*)
- Wiegand, Wolfgang: Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *recht* 1993, S. 149-159
(zitiert: *Wiegand, recht 1993, S. 149*)

- Wiegand, Wolfgang: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1993: Obligationenrecht, in: ZBJV 1995, S. 345-376
(zitiert: *Wiegand, ZBJV 1995, S. 345*)
- Wiegand, Wolfgang/Abegglen, Sandro: Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. Modalitäten der Aufklärung und Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht, in: recht 1993, S. 189-202
(zitiert: *Wiegand/Abegglen, recht 1993, S. 189*)
- Wissmann, Hellmut: Die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten, in: NJW 1971, S. 549-551
(zitiert: *Wissmann, NJW 1971, S. 549*)
- Ziehen, V.: Wieweit muß der Kranke über das Risiko ärztlicher Eingriffe (Elektroschockbehandlung) unterrichtet werden? Ärztliche Stellungnahme zu einer neuen Entscheidung des Bundesgerichts, in: Med.Klin. 1955, S. 169-171
(zitiert: *Ziehen, Med.Klin. 1955, S. 169*)

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abtlg.	Abteilung
ÄG	Ärztegesetz
AHG	Amtshaftungsgesetz
AHRS	Arzthaftpflicht-Rechtsprechung. Ergänzbare Rechtsprechungssammlung zur gesamten Arzthaftpflicht einschließlich der Haftung von Krankenhausträgern für die juristische Praxis sowie für Ärzte, Krankenhäuser, Ärztliche Standesorganisationen, Sozialversicherungsträger, Private Krankenversicherungen und Haftpflichtversicherer (hrsg. von Ernst Ankermann, Hans Josef Kullmann u.a.), Loseblattsammlung, Teil I - Entscheidungen von 1949-1992, Berlin 1987; Teil II - Entscheidungen ab 01.01.1993, Berlin 1997
AJP	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle
Anh.	Anhang
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht

Bd.	Band
BG	Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung, hrsg. von den Richtern des Bundesgerichtshofes, Loseblattsammlung 1987 ff.
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
Buchst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DÄ	Deutsches Ärzteblatt
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ecolex	ecolex. Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG ZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, in: Österreichische Juristenzeitung
f.	folgende (Seite)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. L.	herrschende Lehre
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben

i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAG	Krankenanstaltengesetz
KG	Kammergericht
KRSIlg	Sammlung von Entscheidungen in Krankenanstaltenfragen, in: Krankenanstaltenrecht (hrsg. von Alfred Radner, Alfred Haslinger, Peter Reinberg), Linz 1980 ff.
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs. Leitsätze und Entscheidungen mit erläuternden Anmerkungen (in Zivilsachen hrsg. von Fritz Lindenmaier, Philipp Möhring, in Strafsachen hrsg. von Heinrich Jagusch, Wolfgang Fränkel), Loseblattsammlung, 1950-85, 1986 ff.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Med.Klin.	Medizinische Klinik
MedR	Medizinrecht
Neurologie	Fortschritte der Neurologie, Psychiatrie und ihrer Grenzgebiete
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖKZ	Österreichische Krankenhaus-Zeitung
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht

Pr	Die Praxis: Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts einschliesslich Sozialversicherungsentscheide
RdM	Recht der Medizin
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
SAeZ	Schweizerische Ärztezeitung/Bulletin des médecins suisses/ Bollettino dei medici svizzeri
Schweiz.med.	
Wschr.	Schweizerische Medizinische Wochenschrift/Journal Suisse de Médecine
SemJud	La Semaine Judiciaire
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung/Revue Suisse de Jurisprudence
SMZahnmed	Schweizer Monatsschrift für Zahnmedizin/Revue mensuelle suisse d'odontostomatologie/Rivista mensile svizzera di odontologia e stomatologia
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen
StG	Strafgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
Teilbd.	Teilband
u. a.	und anderen/unter anderem
Unter- teilbd.	Unterteilband
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche

WarnRspr	Rechtsprechung des Reichsgerichtes auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichtes abgedruckt ist (hrsg. von Otto Warneyer)
WMW	Wiener Medizinische Wochenschrift
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht/Revue de droit suisse/ Rivista di diritto svizzero
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung/Revue valaisanne de Jurisprudence
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Rechtsprechungsregister

I. Deutschland

1. Entscheidungen des *Reichsgerichtes* in Zivilsachen
2. Entscheidungen des *Reichsgerichtes* in Strafsachen
3. Entscheidungen des *Bundesgerichtshofes* in Zivilsachen
4. Entscheidungen des *Bundesgerichtshofes* in Strafsachen
5. Entscheidungen der *Oberlandesgerichte*
6. Entscheidungen der *Landgerichte*
7. Entscheidungen der *Amtsgerichte*

II. Österreich

1. Entscheidungen des *Obersten Gerichtshofes* in Zivilsachen
2. Entscheidungen des *Obersten Gerichtshofes* in Strafsachen
3. Entscheidungen der *Oberlandesgerichte*

III. Schweiz

1. Entscheidungen des *Bundesgerichtes*
2. Entscheidungen der *Kantonalgerichte*

I. *Deutschland*1. Entscheidungen des *Reichsgerichtes* in Zivilsachen

Datum	Aktenzeichen	RGZ	JW	DR	Sonstige
27.05.1908	VI 408/07	68, 431	1908, 408		
01.03.1912	III 231/11	78, 432	1912, 528		
13.10.1916	III 145/16	88, 433			
04.05.1920	III 416/19				WarnRspr 1920 Nr. 109
19.05.1931	III 202/30		1932, 3328		HRR 1931 Nr. 2030
27.10.1931	III 423/30				WarnRspr 1932 Nr. 71
19.06.1936	III 298/35	151, 349	1936, 3112		
24.11.1936	III 23/36		1937, 927		HRR 1937 Nr. 434
03.02.1939	III 91/38			1939, 1159	
30.06.1939	III 189/38			1939, 2161	
08.12.1939	III 34/39			1940, 506	
08.03.1940	III 117/39	163, 129		1940, 1288	
21.06.1940	III 134/39				WarnRspr 1941 Nr. 14
03.12.1941	III 68/41	168, 206			
17.05.1943	III 81/42	171, 168			
13.08.1943	III 36/43			1944, 182	

2. Entscheidungen des *Reichsgerichtes* in Strafsachen

Datum	Aktenzeichen	RGSt	JW	DR	Sonstige
31.05.1894	1406/94	25, 375			
29.02.1932	2 D 57/32	66, 181	1933, 2062		
19.03.1937	1 D 19/37		1937, 3087		HRR 1937 Nr. 1429
22.12.1939	1 D 708/39			1940, 684	

3. Entscheidungen des *Bundesgerichtshofes* in Zivilsachen

Datum	Aktenzeichen	BGH Z	NJW	VersR	Sonstige
11.04.1951	II ZR 68/50	1, 383			
13.12.1951	III ZR 144/50	4, 138	1952, 382		
26.03.1953	III ZR 220/52	9, 145	1953, 778	1953, 199	
16.12.1953	VI ZR 143/52			1954, 98	LM Nr. 9 zu § 823 (Aa) BGB
10.07.1954	VI ZR 45/54		1956, 1106	1954, 496	
21.12.1955	VI ZR 127/55		1956, 1835	1956, 499	
10.02.1956	VI ZR 189/54			1956, 406	
06.03.1956	VI ZR 2/55			1956, 449	
11.04.1956	VI ZR 20/55			1956, 479	
10.07.1956	VI ZR 199/55		1956, 1638	1956, 577	
05.12.1958	VI ZR 266/57	29, 33	1959, 811	1959, 308	
09.12.1958	VI ZR 203/57	29, 46	1959, 811	1959, 153	
16.01.1959	VI ZR 179/57	29, 176	1959, 814	1959, 312	
26.01.1959	III ZR 213/57			1959, 355	
28.04.1959	VI ZR 51/58		1959, 1583	1959, 598	
10.07.1959	VI ZR 87/58		1959, 2299	1959, 811	
22.12.1959	VI ZR 151/58			1960, 475	
22.01.1960	VI ZR 121/58			1960, 416	
20.12.1960	VI ZR 45/60		1961, 261		
07.02.1961	VI ZR 69/60			1961, 421	
11.04.1961	VI ZR 135/60			1961, 725	
26.09.1961	IV ZR 124/60		1961, 2302	1961, 1036	
26.09.1961	VI ZR 225/60		1961, 2203	1961, 1039	
17.10.1961	VI ZR 253/60			1961, 1118	
20.10.1961	VI ZR 39/61			1962, 155	
24.10.1961	VI ZR 106/61			1962, 46	
06.03.1962	VI ZR 31/61				DMW 1962, 1751
26.06.1962	VI ZR 113/61			1962, 960	
16.10.1962	VI ZR 198/61		1963, 393	1963, 232	
06.11.1962	VI ZR 29/62		1963, 389	1963, 65	
13.11.1962	VI ZR 214/61			1963, 67	
04.12.1962	VI ZR 101/62			1963, 168	
26.03.1963	VI ZR 122/62			1963, 659	
11.02.1964	VI ZR 183/62			1964, 614	
13.10.1964	VI ZR 169/63		1965, 345	1964, 1264	
18.05.1965	VI ZR 4/64		1965, 2005	1965, 718	
11.06.1965	VI ZR 64/64				JZ 1965, 540
04.01.1966	VI ZR 172/64				DMW 1966, 1424
03.02.1967	VI ZR 111/65			1967, 495	

Datum	Aktenzeichen	BGH Z	NJW	VersR	Sonstige
04.04.1967	VI ZR 175/65			1967, 663	
11.04.1967	VI ZR 61/66		1967, 1508		
02.02.1968	VI ZR 115/67			1968, 558	
12.03.1968	VI ZR 85/66		1968, 1185	1968, 498	
11.06.1968	VI ZR 116/67		1968, 2291		
17.12.1968	VI ZR 212/67		1969, 553		
21.10.1969	VI ZR 82/68		1970, 1230	1969, 1148	
13.01.1970	VI ZR 121/68		1970, 511	1970, 324	
03.03.1970	VI ZR 171/68			1970, 544	
10.11.1970	VI ZR 83/69		1971, 241	1971, 227	
22.06.1971	VI ZR 230/69		1971, 1887	1971, 929	
21.09.1971	VI ZR 122/70		1972, 334	1971, 1123	
16.11.1971	VI ZR 76/70		1972, 335	1972, 153	
16.05.1972	VI ZR 7/71		1972, 1520	1972, 887	
05.10.1972	III ZR 168/70	59, 310	1973, 554		
28.11.1972	VI ZR 133/71		1973, 556	1973, 244	
05.07.1973	VII ZR 12/73	61, 118	1973, 1688		
27.11.1973	VI ZR 167/72		1974, 604	1974, 486	
12.02.1974	VI ZR 141/72		1974, 1422	1974, 752	
09.12.1974	III ZR 131/72	63, 265	1975, 589	1975, 283	
09.12.1974	VII ZR 182/73	63, 306	1975, 305		
04.11.1975	VI ZR 226/73		1976, 363	1976, 293	
25.11.1975	VI ZR 122/73		1976, 365	1976, 369	
29.06.1976	VI ZR 68/75	67, 48	1976, 1790	1976, 1088	
02.11.1976	VI ZR 134/75		1977, 337	1977, 255	
27.09.1977	VI ZR 162/76		1978, 587	1978, 41	
11.10.1977	VI ZR 110/75		1978, 584	1978, 82	
14.03.1978	VI ZR 213/76		1978, 1681	1978, 542	
09.05.1978	VI ZR 81/77		1978, 1683	1978, 764	
27.06.1978	VI ZR 183/76	72, 132	1978, 2337	1973, 244	
15.05.1979	VI ZR 70/77		1979, 1933	1979, 720	
10.07.1979	VI ZR 196/78			1979, 1012	
23.10.1979	VI ZR 197/78		1980, 633	1980, 68	
22.01.1980	VI ZR 263/78		1980, 1333	1980, 428	
18.03.1980	VI ZR 65/78				MedR 1983, 25, 27
18.03.1980	VI ZR 247/78	76, 265	1980, 1452		
22.04.1980	VI ZR 37/79		1980, 1905	1981, 456	
22.04.1980	VI ZR 121/78	77, 74	1980, 1901	1980, 768	
24.06.1980	VI ZR 7/79		1980, 2751	1980, 940	
23.09.1980	VI ZR 189/79		1981, 633	1980, 1145	
02.12.1980	VI ZR 175/78		1981, 630	1981, 278	
27.01.1981	VI ZR 138/79			1981, 462	
24.02.1981	VI ZR 168/79		1981, 1319	1981, 532	
10.03.1981	VI ZR 202/79		1981, 2002	1981, 730	

Datum	Aktenzeichen	BGH Z	NJW	VersR	Sonstige
14.04.1981	VI ZR 39/80			1981, 677	
19.05.1981	VI ZR 220/79			1981, 752	
21.05.1981	VII ZR 172/80	80, 366			
16.06.1981	VI ZR 38/80		1981, 2513	1981, 954	
14.07.1981	VI ZR 35/79		1981, 2360	1981, 1033	
27.10.1981	VI ZR 69/80		1982, 697	1982, 147	
27.10.1981	VI ZR 63/81		1982, 700	1982, 74	
03.11.1981	VI ZR 119/80		1982, 699	1982, 161	
10.11.1981	VI ZR 92/80			1982, 168	
11.05.1982	VI ZR 171/80		1982, 2121	1982, 771	
21.09.1982	VI ZR 302/80	85, 212	1983, 333	1982, 1193	
21.09.1982	VI ZR 192/81			1982, 1142	
09.11.1982	VI ZR 23/81		1983, 332	1983, 151	MedR 1983, 67
30.11.1982	VI ZR 77/81	85, 393			
01.02.1983	VI ZR 104/81		1983, 2630	1983, 443	
10.05.1983	VI ZR 270/81		1983, 2080	1983, 729	
07.06.1983	VI ZR 284/81			1983, 983	
21.06.1983	VI ZR 108/82			1983, 957	
27.09.1983	VI ZR 230/81	88, 248	1984, 655		
22.11.1983	VI ZR 85/82	89, 95	1984, 658	1985, 186	
10.01.1984	VI ZR 122/82		1984, 1408	1984, 354	
10.01.1984	VI ZR 158/82	89, 263	1984, 1400	1984, 356	
10.01.1984	VI ZR 297/81	89, 250	1984, 1820	1984, 264	
19.01.1984	III ZR 172/82		1985, 677	1984, 460	
24.01.1984	VI ZR 203/82		1984, 1403	1984, 386	
07.02.1984	VI ZR 174/82	90, 103	1984, 1397	1984, 465	
07.02.1984	VI ZR 188/82	90, 96	1984, 1395	1984, 468	
28.02.1984	VI ZR 70/82		1984, 1807	1984, 538	
28.02.1984	VI ZR 106/82		1984, 1810	1984, 470	
03.04.1984	VI ZR 195/82		1984, 2629	1984, 582	
23.10.1984	VI ZR 24/83		1985, 676	1985, 60	
08.01.1985	VI ZR 15/83		1985, 1399	1985, 361	
26.02.1985	VI ZR 124/83		1985, 2192	1985, 639	
19.03.1985	VI ZR 227/83		1985, 2193	1985, 736	
07.05.1985	VI ZR 224/83		1985, 2193	1985, 782	
18.06.1985	VI ZR 234/83	95, 63		1985, 1043	
25.06.1985	VI ZR 270/83		1985, 2749	1985, 1068	
09.07.1985	VI ZR 8/84			1985, 969	
17.09.1985	VI ZR 12/84			1985, 1187	
01.10.1985	VI ZR 19/84		1986, 1541	1986, 183	
19.11.1985	VI ZR 134/84		1986, 780	1986, 342	
03.12.1985	VI ZR 106/84		1986, 1540	1986, 366	
18.03.1986	VI ZR 215/84		1986, 2365	1986, 788	
25.03.1986	VI ZR 90/85	97, 273	1986, 2364	1986, 866	

Datum	Aktenzeichen	BGH Z	NJW	VersR	Sonstige
13.05.1986	VI ZR 142/85		1986, 2885	1986, 970	
24.06.1986	VI ZR 21/85		1987, 705	1986, 1121	
24.06.1986	VI ZR 202/85		1986, 2883		
30.09.1986	VI ZR 172/85			1987, 200	
13.01.1987	VI ZR 82/86		1987, 1481	1987, 667	
03.02.1987	VI ZR 56/86	99, 391	1987, 1482	1987, 1089	
10.02.1987	VI ZR 68/86		1987, 1479	1987, 686	
10.03.1987	VI ZR 88/86		1987, 2291	1987, 770	
28.04.1987	VI ZR 171/86	100, 363	1987, 2289	1987, 990	
19.05.1987	VI ZR 167/86		1987, 2293	1987, 1092	
02.06.1987	VI ZR 174/86		1988, 762	1987, 1238	
30.06.1987	VI ZR 257/86		1987, 2925	1987, 1040	
07.07.1987	VI ZR 193/86		1987, 2923	1988, 155	
22.09.1987	VI ZR 238/86	102, 17	1988, 763	1988, 179	
27.10.1987	VI ZR 288/86	102, 106	1988, 759	1988, 272	
10.11.1987	VI ZR 39/87		1988, 1513	1988, 293	
24.11.1987	VI ZR 65/87		1988, 765	1988, 190	
22.12.1987	VI ZR 32/87		1988, 1514	1988, 493	
12.01.1988	VI ZR 55/87				AHRS 3110/27
23.02.1988	VI ZR 56/87		1988, 1516	1988, 495	
08.03.1988	VI ZR 161/87			1988, 1032	AHRS 1050/36b
14.03.1988	II ZR 302/87				NJW-RR 1988, 831
29.03.1988	VI ZR 185/87		1988, 2303	1988, 721	
26.04.1988	VI ZR 246/86		1988, 2298		
05.05.1988	I ZR 151/86				NJW-RR 1988, 1066
28.06.1988	VI ZR 210/87		1988, 2948	1989, 145	
28.06.1988	VI ZR 217/87		1988, 2949	1989, 80	
07.07.1988	VI ZR 277/87		1989, 771	1988, 1031	
20.09.1988	VI ZR 296/87	105, 189	1989, 769	1989, 1270	
29.11.1988	VI ZR 231/87			1989, 189	
29.11.1988	VI ZR 140/88			1989, 478	
06.12.1988	VI ZR 132/88	106, 153	1989, 1538	1989, 253	
13.12.1988	VI ZR 22/88		1989, 1541	1989, 289	
13.12.1988	VI ZR 179/88			1989, 519	AHRS 5000/28
24.01.1989	VI ZR 170/88		1988, 2330	1989, 512	
14.02.1989	VI ZR 65/88	106, 391	1989, 1533	1989, 514	
28.03.1989	VI ZR 157/88		1989, 2320	1989, 700	MedR 1989, 243
18.04.1989	VI ZR 221/88		1989, 2332	1989, 701	
25.04.1989	VI ZR 175/88	107, 222	1989, 2318	1989, 702	

Datum	Aktenzeichen	BGH Z	NJW	VersR	Sonstige
30.05.1989	VI ZR 200/88		1989, 2321	1989, 851	
06.07.1989	III ZR 79/88	108, 230		1989, 1050	
12.12.1989	VI ZR 83/89		1990, 1528	1990, 522	
15.02.1990	III ZR 100/88				MedR 1990, 268
08.05.1990	VI ZR 227/89		1990, 2929	1990, 1010	
26.06.1990	VI ZR 289/89		1990, 2928	1990, 1238	
06.11.1990	VI ZR 8/90		1991, 2349	1991, 227	
27.11.1990	VI ZR 30/90		1991, 748	1991, 308	
11.12.1990	VI ZR 151/90		1991, 1543	1991, 315	
18.12.1990	VI ZR 169/90		1991, 1540		
08.01.1991	VI ZR 102/90		1991, 1541		
05.02.1991	VI ZR 108/90		1991, 2342	1991, 547	
19.02.1991	VI ZR 224/90			1991, 928	
12.03.1991	VI ZR 232/90		1991, 2346	1991, 777	
19.03.1991	VI ZR 199/90			1991, 779	
16.04.1991	VI ZR 176/90		1991, 2344	1991, 812	
12.11.1991	VI ZR 7/91	116, 60			
12.11.1991	VI ZR 369/90		1992, 741	1992, 237	
26.11.1991	VI ZR 389/90		1992, 754	1992, 238	
03.12.1991	VI ZR 48/91		1992, 1558	1992, 358	
17.12.1991	VI ZR 40/91	116, 379	1992, 743	1992, 314	
10.03.1992	VI ZR 64/91		1992, 1560	1992, 745	
07.04.1992	VI ZR 192/91		1992, 2351	1992, 960	
07.04.1992	VI ZR 216/91		1992, 2354	1992, 747	
07.04.1992	VI ZR 224/91		1992, 2353	1992, 831	
07.07.1992	VI ZR 211/91			1993, 228	
14.07.1992	VI ZR 214/91		1992, 2962	1992, 1263	
12.11.1992	III ZR 19/92	120, 176		1993, 435	
08.12.1992	VI ZR 349/91	120, 376	1993, 704	1993, 357	
19.01.1993	VI ZR 60/92		1993, 1524	1993, 835	
16.02.1993	VI ZR 300/91		1993, 2372	1993, 703	
02.03.1993	VI ZR 104/92		1993, 2378	1993, 749	
23.03.1993	VI ZR 26/92		1993, 2375	1993, 836	
15.06.1993	VI ZR 175/92		1993, 2989	1993, 1231	
26.10.1993	VI ZR 155/92		1994, 801	1994, 52	
02.11.1993	VI ZR 245/92		1994, 793	1994, 104	
09.11.1993	VI ZR 248/92		1994, 799	1994, 682	
16.11.1993	VI ZR 105/92	124, 128	1994, 788	1994, 425	
14.12.1993	VI ZR 67/93			1994, 480	
01.02.1994	VI ZR 65/93			1994, 562	
09.06.1994	IX ZR 125/93	126, 217			
14.06.1994	VI ZR 178/93		1994, 3009	1994, 1235	
14.06.1994	VI ZR 260/93		1994, 2414	1994, 1302	
07.07.1994	III ZR 52/93	126, 386	1994, 3012	1994, 1228	

Datum	Aktenzeichen	BGH Z	NJW	VersR	Sonstige
04.10.1994	VI ZR 205/93		1995, 778	1995, 46	
29.11.1994	VI ZR 189/93		1995, 776		
24.01.1995	VI ZR 60/94			1995, 539	
14.02.1995	VI ZR 272/93	129, 6	1995, 1611		
04.04.1995	VI ZR 95/94		1995, 2410		
27.06.1995	VI ZR 32/94		1995, 2407		
14.11.1995	VI ZR 359/94		1996, 777		
21.11.1995	VI ZR 329/94		1996, 776		
21.11.1995	VI ZR 341/94		1996, 779	1996, 330	
13.02.1996	VI ZR 402/94	132, 47	1996, 1589	1996, 633	
29.02.1996	III ZR 238/94			1996, 976	
16.04.1996	VI ZR 190/95			1996, 976	
11.06.1996	VI ZR 172/95		1996, 2428		
09.07.1996	VI ZR 101/95		1996, 3073	1996, 1239	
24.09.1996	VI ZR 303/95		1997, 794	1996, 1535	
01.10.1996	VI ZR 10/96		1997, 796	1997, 362	
19.11.1996	VI ZR 350/95		1997, 798		
14.01.1997	VI ZR 30/96			1997, 451	
24.06.1997	VI ZR 94/96		1997, 3090	1997, 1357	
13.01.1998	VI ZR 242/96	138, 1	1998, 1780	1998, 457	
27.01.1998	VI ZR 339/96		1998, 1782	1998, 585	
17.02.1998	VI ZR 42/97		1998, 1784	1998, 716	
19.02.1998	III ZR 169/97		1998, 1778		
17.03.1998	VI ZR 74/97			1998, 766	
29.09.1998	VI ZR 268/97		1999, 863	1999, 190	
06.10.1998	VI ZR 239/97		1999, 860	1999, 60	
03.11.1998	VI ZR 253/97		1999, 862	1999, 231	

4. Entscheidungen des *Bundesgerichtshofes* in Strafsachen

Datum	Aktenzeichen	BGH St	NJW	VersR	Sonstige
30.09.1955	2 StR 206/55				LM Nr. 6 zu § 230 StGB
28.11.1957	4 StR 525/57	11, 111	1958, 267		
10.02.1959	5 StR 533/58	12, 379	1959, 825	1959, 319	
28.06.1963	4 StR 202/63				JZ 1964, 231
22.05.1981	4 StR 225/81				DRiZ 1981, 310
25.09.1990	5 StR 342/90				BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2
29.06.1995	4 StR 760/94				MedR 1996, 22

5. Entscheidungen der *Oberlandesgerichte*

Kammergericht Berlin

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
30.04.1990	20 U 1833/89		1991, 928		

OLG Braunschweig

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
19.12.1986	2 U 71/86		1988, 1032	1989, 147	
19.12.1986	2 U 102/86		1988, 382		
10.04.1997	1 U 21/96		1998, 459		

OLG Bremen

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
21.10.1953	3 U 287/53		1954, 63		
04.02.1992	3 U 117/91	1992, 2366	1993, 440		

OLG Celle

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
10.07.1978	1 U 40/77	1979, 1251	1979, 744		
15.06.1981	1 U 34/80		1981, 1184		

OLG Düsseldorf

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
20.12.1962	8 U 9/62	1963, 1679	1963, 1060		
15.03.1984	8 U 95/83		1985, 552		
28.06.1984	8 U 202/83		1985, 458		

OLG Frankfurt am Main

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
07.03.1951	2 U 225/49		1954, 180		

OLG Hamburg

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
25.06.1987	3 U 221/86	1987, 2937			

OLG Hamm

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
19.12.1979	13 U 268/78		1981, 686		AHRS 5400/5
04.11.1981	3 U 104/81		1983, 565		
15.06.1994	3 U 31/94	1995, 790			

OLG Jena

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
03.12.1997	4 U 687/97		1998, 586		

OLG Karlsruhe

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
03.05.1967	1 U 144/67	1967, 1512			
16.03.1983	7 U 136/82	1983, 2643	1983, 1084	1983, 190	

OLG Koblenz

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
09.10.1990	3 U 425/90			1991, 335	

OLG Köln

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
31.05.1967	13 U 27/66				MDR 1968, 240
15.11.1984	7 U 47/84		1986, 300		
21.10.1985	7 U 50/85	1987, 2304			
21.07.1986	7 U 147/86		1987, 792		
26.03.1987	7 U 320/86		1988, 744		
19.05.1988	7 U 139/87		1988, 1185		
28.09.1988	27 U 41/88		1990, 489		

OLG München

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
28.07.1983	1 U 1459/83	1984, 1412	1984, 1054		

OLG Oldenburg

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
16.01.1987	6 U 3/86		1988, 408		

OLG Stuttgart

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
07.12.1977	1 U 46/77	1979, 2355	1979, 1016		
19.05.1988	14 U 34/87		1989, 519		

OLG Zweibrücken

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
10.03.1983	4 U 76/82	1983, 2094			

6. Entscheidungen der *Landgerichte*

LG Braunschweig

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
27.03.1986	7 S 407/85	1988, 777			

LG Bremen

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
07.01.1965	4 S 496/64	1965, 2015			
01.06.1990	9 O 164/1990b	1991, 2353			

LG Hamburg

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
01.04.1987	4 S 65/86	1987, 2301			

LG Hannover

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
04.02.1981	11 S 244/80	1981, 1320			

LG Köln

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
23.02.1983	9 S 9/82		1983, 960		

LG Nürnberg-Fürth

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
12.11.1991	13 O 3909/91	1992, 2369			

LG Saarbrücken

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
04.05.1984	16 S 1/84	1984, 2632	1991, 351		

LG Wuppertal

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
29.10.1964	7 S 185/64	1965, 349			

7. Entscheidungen der *Amtsgerichte*

AG Düsseldorf

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
28.03.1985	47 C 706/84			1986, 208	

AG Krefeld

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
25.04.1967	1d C 1057/66	1967, 1512			

AG Köln

Datum	Aktenzeichen	NJW	VersR	MedR	Sonstige
06.06.1980	120 C 154/80	1980, 2756			

II. Österreich

1. Entscheidungen des *Obersten Gerichtshofes* in Zivilsachen

Datum	Aktenzeichen	SZ	KRSIlg	EvBl	JB1	Sonstige
11.06.1952	1 Ob 592/51		606		1953, 18	
20.01.1954	1 Ob 5/54		608			
06.10.1954	3 Ob 508/54		609			
16.02.1955	2 Ob 84/55		612			
25.03.1955	7 Ob 111/55	28/83	613	1955/310		
29.06.1955	1 Ob 312/55		615			
16.11.1955	1 Ob 350/55				1956, 258	
15.02.1956	2 Ob 91/56		617			
29.02.1956	2 Ob 75/56	29/16	618	1956/249; 1956/258		
19.12.1956	2 Ob 673/56	29/84	620			
09.01.1957	3 Ob 1/57		621			
04.02.1959	1 Ob 474/58		627		1959, 416	
04.02.1959	1 Ob 504/58		626		1960, 188	
11.02.1959	1 Ob 39/59		628			
24.06.1959	6 Ob 212/59		630			
15.03.1960	4 Ob 508/60		633			
13.02.1962	8 Ob 40/62		635	1962/309		
02.03.1962	2 Ob 65/62					ZVR 1962/256
10.02.1964	1 Ob 15/64			1964/294	1964, 515	
23.06.1964	8 Ob 145/64		693			
15.12.1964	8 Ob 342/64		639	1965/217		
17.02.1966	1 Ob 2/66			1966/257		
16.07.1969	7 Ob 106/69		648			
11.11.1969	8 Ob 212/69		650			
11.12.1969	1 Ob 237/69	42/188				
18.04.1973	1 Ob 66/73		662; 669			ÖRZ 1973/167 (S. 170)
10.02.1976	5 Ob 509/76		666			
12.06.1979	2 Ob 73/79					ZVR 1980/151
18.03.1981	1 Ob 743/80		672		1982, 491	ÖRZ 1982/20 (S. 60)
30.03.1981	6 Ob 582/81		673			
07.04.1981	5 Ob 550/81		674			
23.06.1982	3 Ob 545/82	55/114	678	1983/5	1983, 373	VersR 1983, 744
13.07.1982	5 Ob 521/82		679			
15.02.1983	5 Ob 557/81		685			
15.02.1983	5 Ob 652/81		686			

Datum	Aktenzeichen	SZ	KRSIlg	EvBl	JB1	Sonstige
23.05.1984	1 Ob 550/84	57/98	688	1985/32	1985, 159	VersR 1985, 1173
02.10.1984	3 Ob 560/84		712			
19.12.1984	3 Ob 562/84	57/207	690	1985/85	1985, 548	
02.01.1985	3 Ob 560/84		696			
07.05.1985	2 Ob 544/85				1986, 576	
23.01.1986	6 Ob 683/84	59/18	699	1987/31		
13.02.1986	8 Ob 63/85					ZVR 1987/74
09.09.1986	2 Ob 599/85				1987, 104	
01.04.1987	3 Ob 645/86		705			
11.11.1987	3 Ob 623/86				1988, 244	
12.11.1987	7 Ob 708/87		707			
26.04.1988	4 Ob 531/88				1989, 110	
07.02.1989	1 Ob 713/88	62/18	720			VersR 1990, 510
16.03.1989	8 Ob 525, 526/88	62/53	721			ÖRZ 1990/276 (S. 101)
21.09.1989	8 Ob 535/89	62/154	730		1990, 459	VersR 1990, 879
25.01.1990	7 Ob 727/89		733	1990/87		VersR 1991, 488
31.05.1990	6 Ob 702/89	63/90	737			
12.07.1990	7 Ob 593/90		739		1991, 316	VersR 1991, 683; MedR 1991, 340
12.09.1990	1 Ob 651/90	63/152	740		1991, 455	
12.03.1991	5 Ob 514/91					ecolex 1991, 453
04.07.1991	6 Ob 558/91		750	1993/3	1992, 520	VersR 1992, 1498
10.10.1991	6 Ob 604/91		753	1993/32	1992, 522	
18.10.1991	8 Ob 620/91		754			
14.01.1992	5 Ob 1573/91				1992, 391	ÖRZ 1993/60 (S. 174)
17.06.1992	2 Ob 538/92		764		1993, 316	
12.11.1992	8 Ob 628/92		767		1994, 336	RdM 1994/2 (S. 28)
12.11.1992	8 Ob 646/92		772			ecolex 1993, 660
28.04.1993	6 Ob 542/93		769			RdM 1994/20 (S. 92)
08.07.1993	2 Ob 590/92		774		1994, 540	
07.10.1993	10 Ob 503/93		776			RdM 1994/1 (S. 27)
27.10.1993	6 Ob 1641/93		777			

Datum	Aktenzeichen	SZ	KRSIlg	EvBl	JB1	Sonstige
25.01.1994	1 Ob 532/94	67/9	778		1995, 245	RdM 1994/25 (S. 121)
23.06.1994	6 Ob 555/94					RdM 1995/1 (S. 16)
26.01.1995	6 Ob 502/95		782			RdM 1995/11 (S. 69)
31.01.1995	4 Ob 509/95			1995/149	1995, 453	RdM 1995/15 (S.91)
07.11.1995	4 Ob 554/95	68/207			1996, 181	RdM 1996/7 (S. 54)
11.01.1996	2 Ob 505/96					RdM 1996/11 (S. 87)
16.01.1996	4 Ob 1690/95					RdM 1996/12 (S. 90)
13.03.1996	7 Ob 521/96					RdM 1997/10 (S. 53)
03.09.1996	10 Ob 2350/96b					RdM 1997/4 (S. 22)
24.10.1996	6 Ob 2211/96g					RdM 1997/28 (S. 153)
25.10.1996	1 Ob 2318/96f					RdM 1997/17 (S. 90)
29.01.1997	7 Ob 12/97h					RdM 1997/18 (S. 90)
20.03.1997	6 Ob 2391/96b					RdM 1997/29 (S. 154)

2. Entscheidungen des *Obersten Gerichtshofes* in Strafsachen

Datum	Aktenzeichen	SSt	KRSIlg	EvBl	JB1
11.09.1984	9 Os 121/84	55/59	812	1985/48	1985, 304

3. Entscheidungen der *Oberlandesgerichte*

Linz

Datum	Aktenzeichen	Fundstelle
03.06.1982	5 R 90/82	ÖKZ 1982, 524
20.11.1991	1 R 186/91	ÖRZ 1994/22 (S.65)

III. Schweiz

1. Entscheidungen des *Bundesgerichtes*

Datum	BGE	Sonstige
20.06.1921	47 II 213	Pr 10 (1921) Nr. 124
23.11.1927	53 II 419	
06.05.1931	57 II 196	
29.05.1935	61 II 106	Pr 24 (1935) Nr. 126
14.06.1938	64 II 200	
20.02.1940	66 II 34	Pr 29 (1940) Nr. 26
10.10.1944	70 II 207	Pr 33 (1944) Nr. 178
29.05.1956	82 II 321	
10.07.1962		BIZR 62 (1963) 85 (Nr. 33)
31.01.1967	93 II 19	
14.09.1973	99 IV 208	Pr 63 (1974) Nr. 95
03.07.1975	101 II 177	Pr 65 (1976) Nr. 2
13.02.1976	102 II 45	Pr 65 (1976) Nr. 142
13.11.1979	105 II 284	Pr 69 (1980) Nr. 135
12.01.1982	108 II 59	Pr 71 (1982) Nr. 122
25.09.1984	110 II 375	Pr 74 (1985) Nr. 59
26.03.1985	111 II 149	Pr 74 (1985) Nr. 208
11.11.1986	112 Ib 334	Pr 76 (1987) Nr. 59
03.11.1987	113 II 429	Pr 77 (1988) Nr. 16
08.12.1987	113 Ib 420	Pr 77 (1988) Nr. 278
26.10.1988	114 Ia 350	Pr 78 (1989) Nr. 266
17.05.1989	115 Ib 175	Pr 78 (1989) Nr. 251
23.10.1990	116 II 519	Pr 80 (1991) Nr. 72
28.05.1991	117 Ib 197	Pr 82 (1993) Nr. 31; AJP 1992, 265
26.11.1992	118 Ia 427	
27.12.1993	119 II 456	Pr 84 (1995) Nr. 72; SJZ 90 (1994) 146 (Nr. 7)
29.07.1994	120 II 248	AJP 1995, 227
25.10.1994	120 Ib 411	
14.12.1995		Pr 85 (1996) Nr. 181
11.03.1996	122 III 101	Pr 85 (1996) Nr. 188

2. Entscheidungen der *Kantonalgerichte*

a) Kanton Appenzell - Ausserrhoden

Entscheidungen des Obergerichtes

Datum	Fundstelle
22.04.1958	SJZ 57 (1961) 252 (Nr. 101)

b) Kanton Basel - Stadt

Entscheidungen des Appellationsgerichtes

Datum	Fundstelle
08.03.1940	SJZ 37 (1940/41) 197 (Nr. 32)
06.02.1964	SJZ 60 (1964) 344 (Nr. 232)

c) Kanton Bern

Entscheidungen des Appellationshofes

Datum	Fundstelle
20.12.1954	ZBJV 92 (1956) 32; SJZ 52 (1956) 113 (Nr. 60)

d) Kanton Fribourg/Freiburg

Entscheidungen des Appellationshofes

Datum	Fundstelle
20.10.1958	SJZ 56 (1960) 144 (Nr. 69)

e) Kanton Genève

Entscheidungen des Cour de Justice

Datum	Fundstelle
24.01.1947	SJZ 45 (1949) 45 (Nr. 17)
11.10.1955	SJZ 52 (1956) 344 (Nr. 156)
03.02.1961	SemJud 84 (1962) 214

f) Kanton St. Gallen

Entscheidungen des Kantonsgerichtes

Datum	Fundstelle
21.08.1991	AJP 1992, 270

g) Kanton Valais/Wallis

Entscheidungen des Kassationsgerichtes

Datum	Fundstelle
14.10.1992	ZWR 1992, 370

h) Kanton Vaud

Entscheidungen des Tribunal cantonal

Datum	Fundstelle
08.07.1963	SJZ 60 (1964) 42 (Nr. 29)

i) Kanton Zürich

Entscheidungen des Obergerichtes

Datum	Fundstelle
11.09.1948	SJZ 44 (1948) 326 (Nr. 113); BIZR 49 (1950) 56 (Nr. 31)
19.10.1951	BIZR 54 (1955) 370 (Nr. 183)
28.11.1961	BIZR 62 (1963) 84 (Nr. 33)
15.02.1979	SJZ 76 (1980) 383 (Nr. 46); BIZR 78 (1979) Nr. 83 (S. 202)
17.11.1988	SJZ 85 (1989) 119 (Nr. 20); BIZR 88 (1989) Nr. 66 (S. 209)

Entscheidungen der Bezirksgerichte

Bezirksgericht Dielsdorf

Datum	Fundstelle
01.12.1982	SJZ 79 (1983) 376 (Nr. 65)

Bezirksgericht Hinwil

Datum	Fundstelle
22.02.1977	BIZR 76 (1977) 76 (Nr. 43)

Bezirksgericht Zürich

Datum	Fundstelle
29.04.1948	SJZ 44 (1948) 326 (Nr. 113)
02.06.1959	BIZR 62 (1963) 82 (Nr. 33)
30.06.1988	BIZR 88 (1989) 86 (Nr. 27)

Entscheidungen des Kassationsgerichtes

Datum	Fundstelle
06.12.1995	BIZR 95 (1996) 201 (Nr. 67)

„Flucht in die defensive Medizin“? – Ausgehend von der Kritik an der Rechtsprechung wegen der durch sie ausgelösten Tendenz zur Totalaufklärung untersucht die vorliegende Arbeit die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Anschluss an das Reichsgericht rechtsvergleichend zur Entwicklung in Österreich und in der Schweiz. Neben den anderen Arten der Aufklärung – der Sicherungsaufklärung, der Diagnoseaufklärung und der wirtschaftlichen Aufklärung – steht die Aufklärung des Patienten vor der Durchführung von ärztlichen Eingriffen, die so genannte Eingriffsaufklärung, im Vordergrund und wird unter Berücksichtigung der zivilprozessualen Situation in Bezug gesetzt zur Haftung für ärztliche Behandlungsfehler.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN-10: 3-938616-68-7

ISBN-13: 978-3-938616-68-0

Universitätsdrucke Göttingen