

Robert Schenk

Die medizinische Grundaufklärung

Aufklärung im Großen und Ganzen,
Grundaufklärung und Basiswissen als
Zurechnungsebenen eines Haftungssystems
für medizinische Aufklärungsfehler

MedR Schriftenreihe Medizinrecht

Herausgegeben von
Andreas Spickhoff, Göttingen, Deutschland

Weitere Bände siehe
<http://www.springer.com/series/852>

Robert Schenk

Die medizinische Grundaufklärung

Aufklärung im Großen und Ganzen,
Grundaufklärung und Basiswissen als
Zurechnungsebenen eines Haftungssystems
für medizinische Aufklärungsfehler

 Springer

Robert Schenk
Gießen
Deutschland

Erstgutachter: PD. Dr. Patrick Gödicke
Zweitgutachter: Prof. Dr. Jens Adolphsen
Tag der mündlichen Prüfung: 20.05.2014

ISSN 1431-1151

ISBN 978-3-662-44511-2

ISBN 978-3-662-44512-9 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-662-44512-9

Springer Heidelberg Dordrecht London New York

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Gedruckt auf säurefreiem Papier

Springer ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Meinem Vater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommer 2013 abgeschlossen und im Frühjahr 2014 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem verehrten Doktorvater PD Dr. Patrick Gödicke, der mir jeder Zeit mit offenem Ohr zur Seite stand und dessen Anregungen stets für die Entwicklung der Arbeit förderlich waren. Danken möchte ich ihm aber auch für seine guten Worte, die mir die Weiterarbeit nach einer jeden Besprechung doch etwas erleichterten.

Herzlich möchte ich mich bei Prof. Dr. Jens Adolphsen bedanken nicht nur für die Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für die Zurverfügungstellung von Arbeitsbedingungen während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter, die ich mir nicht besser hätte wünschen können.

Ferner danke ich Herrn Prof. Dr. Andreas Spickhoff für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe Medizinrecht.

Danken möchte ich auch Frau Prof. Dr. Gabriele Wolfslast, die mir erste Einblicke in das wissenschaftliche Arbeiten bereits während meines Studiums ermöglichte und die das Interesse für medizinrechtliche Fragestellungen schärfte.

Dankbar bin ich darüber hinaus meinen Geschwistern, die mich während des Schreibens immer wieder ermunterten, insbesondere aber meinem Bruder Philipp Schenk, der mir bei der redaktionellen Arbeit sehr behilflich war.

Danken möchte ich Dr. med. habil. Adelbert Tennstedt, der sich in gewohnter Manier und Akribie der Korrektur des Manuskripts hingab.

Großer Dank geht weiterhin an PD Dr. med. Cornelia Tennstedt-Schenk. Sie half mir fortwährend mit klugen Ratschlägen weiter und ließ mich auf ihre eigene Weise Rückhalt spüren, der das Arbeiten deutlich erleichterte.

Liebevolle Gedanken gehen auch an meine Mutter Dr. med. Eva-Maria Schenk, die ohne es je zu wissen erst den Grundstein für die Aufnahme des juristischen Studiums legte.

Mein größter Dank gilt meinem Vater Dr. med. Olaf Schenk, dessen uneingeschränkter Unterstützung ich in sämtlichen Belangen vertrauen konnte und der mir

unermüdlich mit Rat und Tat zur Seite stand. Er ist für mich stets ein Vorbild in Sachen Einsatzbereitschaft, die unverzichtbar für das Entstehen dieser Arbeit war.

Herzlichster Dank gebührt meiner lieben Frau Dr. med. Johanna Schenk, die mir medizinische Zusammenhänge erklärte, bei der Beantwortung medizinischer Fragen half und für die medizinisch-fachliche Richtigkeit Sorge trug. Daneben danke ich ihr für ihre Geduld und mentale Unterstützung.

Besonderer Dank gilt auch meinem Sohn Johann, der diese Zeilen zwar noch nicht lesen kann, sich aber schon dafür verantwortlich zeigte, dass für mich selbst bei Schlechtwetter die Sonne schien.

Gießen, im Juni 2014

Robert Schenk

Inhaltsverzeichnis

Teil I Zur unbeschränkten Haftung des Arztes bei fehlerhafter Grundaufklärung wegen nahezu gänzlich vereitelter Bilanzentscheidung des Patienten

I. Einführung	3
1. Die Aufklärungsfehlerhaftung im haftungsrechtlichen System der Arzthaftung	4
2. Statistische Relevanz	6
3. Das Phänomen der Grundaufklärung	9
II. Typologie der Fälle zur Grundaufklärung	17
1. Haftung für Verwirklichung nicht aufklärungsbedürftiger Risiken	17
a) Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Fällen der Verwirklichung nicht aufklärungspflichtiger Risiken	18
b) Nicht aufklärungsbedürftige Risiken	22
2. Haftung trotz Aufklärung über aufklärungsbedürftige Risiken	25
III. Die Notwendigkeit einer Grundaufklärung	29
1. Der durch die Grundaufklärung bezweckte Rechtsgüterschutz	29
a) Schutz vor körperlicher Unversehrtheit als Ausdruck der Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung	29
b) Die Selbstbestimmung als Ausdruck des Persönlichkeitsrechts	30
c) Verhältnis zwischen den Rechtsgütern – praktische Relevanz	32
aa) Rechtsprechung und Teile der Literatur für ein Nebeneinander körperlicher Integrität und Selbstbestimmung	32
bb) Die Aufklärungspflichtverletzung als ausschließliche Verletzung des Selbstbestimmungsrechts	34
cc) Auswirkung auf die Beweislast	34
dd) Auswirkung auf die Haftungsausfüllung	37
ee) Eigenständigkeit	42

- 2. Erfordernis und Berechtigung der Grundaufklärung 46
 - a) Grundaufklärung als Erfordernis zur sachgerechten Korrektur des Zurechnungszusammenhangs 47
 - b) Der Grundaufklärung gegenüberstehende Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung 50
 - aa) Enges Verständnis des Zurechnungszusammenhangs 51
 - bb) Heranziehung des rechtmäßigen Alternativverhaltens 51
 - cc) Teilbarkeit der Einwilligung 52

IV. Inhaltliche Anforderungen der Grundaufklärung 55

- 1. Umfang und Inhalt 55
- 2. Form 58
- 3. Zeitpunkt 59
- 4. Aufklärungsempfänger 60
- 5. Aufklärungspflichtiger 62

Teil II Die medizinische Grundaufklärung im Spannungsfeld von Aufklärung im Großen und Ganzen und Basiswissen

V. Abgrenzung der Grundaufklärung zur Aufklärung im Großen und Ganzen 65

- 1. Umfang und Maß der Aufklärung im Großen und Ganzen 66
 - a) Aufklärung im Großen und Ganzen als Maß für die Dichte der zu vermittelnden Informationen 67
 - b) Berücksichtigung individueller Umstände und Einzelfallbezogenheit als Maßstab für die Aufklärung im Großen und Ganzen 71
 - c) Zusammenfassung 76
- 2. Inhalt der Aufklärung im Großen und Ganzen 76
 - a) Risikoaufklärung 76
 - aa) Keine oder relative Indikation 78
 - aaa) Kosmetische Operationen 78
 - bbb) Diagnostik 82
 - ccc) Seltene Risiken 85
 - ddd) Aufschieben oder abwartende Behandlung 90
 - eee) Zusammenfassung 91
 - bb) Vitale oder absolute Indikation 92
 - aaa) Reduzierung der Aufklärungspflicht auf null 93
 - bbb) Exkurs – Grundaufklärung in den Fällen mutmaßlicher Einwilligung 93
 - ccc) Medizinischer Notfall 94
 - ddd) Sonstige Fälle vitaler oder absoluter Indikation 96
 - eee) Umwandlung einer Selbstbestimmungsaufklärung in eine nachträgliche Sicherungsaufklärung 99
 - fff) Zusammenfassung 100

cc) Komplikationsdichte vs. Belastung für die Lebensführung	100
aaa) Das Erfordernis einer Verwirklichungsgrenze	101
bbb) Die Belastung des verwirklichten Risikos für die Lebensführung	104
ccc) Zusammenfassung	106
dd) Zusammenfassung zur Risikoaufklärung	106
b) Aufklärung über Behandlungsalternativen	109
aa) Aufklärungspflicht bei echter Wahlmöglichkeit	111
bb) Aufklärung über weniger weit reichende und konservative Versorgungs- bzw. Behandlungsmöglichkeiten	114
cc) Risikodifferenzierung und Behandlungstechniken	115
dd) Aufklärung über in der Diskussion befindliche Risiken und Alternativen	119
ee) Aufklärung über neue bzw. noch nicht zum Standard gehörende Alternativen	120
ff) Die Entscheidung „Robodoc“ und „Racz“ und deren Auswirkung für die Grundaufklärung	122
gg) Umgekehrte Proportionalität	127
hh) Keine Aufklärungspflicht über die personelle und sachliche Ausstattung	128
ii) Zusammenfassung zur Aufklärung über Behandlungsalternativen ...	128
c) Verlaufsaufklärung	130
aa) Aufklärung über den voraussehbaren Ablauf der Behandlung	130
bb) Aufklärung über Nichtvornahme der Behandlung und postoperativen Zustand	131
cc) Zusammenfassung zur Verlaufsaufklärung	133
3. Abgrenzung der Aufklärung im Großen und Ganzen von der Grundaufklärung	133
VI. Abgrenzung der Grundaufklärung zum Basiswissen	141
1. Inhaltliche Aspekte des Basiswissens	142
a) Beschränkung auf allgemeine Risiken	142
b) Nichtanwendung des Grundsatzes umgekehrter Proportionalität	144
aa) Keine oder relative Indikation	145
bb) Vitale oder absolute Indikation	147
c) Einzelfallbeurteilung und durchschnittlich verständiger Patient	149
d) Vermeintliche Problemfälle	152
2. Zusammenfassung und Abgrenzung zur Grundaufklärung	155
Teil III Definition, korrigierte Rechtsprechung und Ausblick der medizinischen Grundaufklärung	
VII. Versuch der Definition der Grundaufklärung	161

**VIII. Verifizierung der Ergebnisse anhand eines Vergleichs zur
Prospekthaftung** 163

IX. Fehleinordnungen der Rechtsprechung 167

1. Die Gleichsetzung von Grundaufklärung und Aufklärung im Großen
und Ganzen 168

2. Die Nichtbeachtung der Grundaufklärung 170

3. Urteil des OLG Frankfurt 8 U 10/07 vom 29.05.2007 171

4. Zusammenfassung 173

**X. Ausblick – Übertragbarkeit auf andere Aufklärungsarten, insbes.
therapeutische- und Sicherungsaufklärung** 175

XI. Fazit 179

Anhang A 183

Anhang B 189

Literatur 191

Teil I

Zur unbeschränkten Haftung des Arztes bei fehlerhafter Grundaufklärung wegen nahezu gänzlich vereitelter Bilanzentscheidung des Patienten

Der erste Teil der Bearbeitung führt zunächst in den Kontext der Haftung für medizinische Aufklärungsfehler sowie den Begriff der Grundaufklärung ein (I.). Damit wird die Grundlage geschaffen, um in einem weiteren Schritt die für die Grundaufklärung relevanten Fälle herauszuarbeiten und die Konstellationen, in denen die Grundaufklärung von besonderer Relevanz ist, aufzuzeigen (II.). Anschließend wird das Wertungssystem, das hinter der Grundaufklärung steckt, offengelegt und der Frage nach der Erforderlichkeit und Sinnhaftigkeit der Grundaufklärung nachgegangen (III.). Schließlich werden die bislang zur Grundaufklärung bekannten inhaltlichen Anforderungen zusammengetragen (IV.).

I. Einführung

Der Begriff der Grundaufklärung tauchte erstmals in einem Urteil des BGH aus dem Jahr 1989 auf.¹ Nachdem er das Grundgefüge der sonst in beharrlichen Bahnen verlaufenden Aufklärungsfehlerhaftung etwas auf den Kopf zu stellen drohte, wurde der Begriff – und die hinter ihm stehende Konstellation – trotz seiner Erheblichkeit für den Ausgang von Arzthaftungsprozessen kaum mehr von Rechtsprechung und Literatur aufgegriffen und thematisiert. Hintergrund ist, dass damals wie heute kaum jemand diesen Begriff der Grundaufklärung richtig einzuordnen vermochte. Die Bedeutung und der Inhalt der Grundaufklärung sind bislang völlig unklar. Ein Großteil der Rechtsprechung und des juristischen Schrifttums ist sich im Umgang mit der Grundaufklärung daher unsicher und uneinig. Es verwundert in der Folge nicht, dass selbst der Gesetzgeber durch das am 26.02.2013 in Kraft getretene Patientenrechtegesetz², das den Behandlungsvertrag erstmals im Bürgerlichen Gesetzbuch kodifizierte, die Grundaufklärung unberücksichtigt lässt. Der Gesetzgeber lässt allerdings die bislang richterrechtlich entwickelten Grundsätze des Arzthaftungsrechts weiterhin gelten³ und gestattet trotz der Regelungen der §§ 630 a ff. BGB sich der relevanten Thematik zuwenden zu dürfen.

Damit die Rechtsfigur der Grundaufklärung ihr Schattendasein verliert und von Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgeber mehr Beachtung findet und künftig im richtigen Kontext aufgegriffen wird, steht sie im Zentrum der folgenden Bearbeitung.

Die Grundaufklärung ist Teil eines ausdifferenzierten Systems der Aufklärungsfehlerhaftung, das in der medizinischen und juristischen Praxis zunehmend an Bedeutung gewinnt. Nachdem dieses System zunächst in den Kontext des Arzthaftungsrechts eingeordnet wird (1.), soll die Bedeutung der Aufklärungsfehlerhaftung in tatsächlicher Hinsicht kenntlich gemacht werden (2.). Daran anschließend werden

¹ BGH – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533.

² Am 29.3.2012 hat der Bundestag den „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ bzw. auch bekannt als Patientenrechtegesetz beschlossen. Das Gesetz ist seit dem 01.02.2013 in Kraft.

³ Das geht aus dem Gesetzentwurf BT-Drs 17/10488, S. 9 hervor.

die Problematik und das Phänomen der Grundaufklärung vor Augen geführt (3.), das immer wieder im Mittelpunkt dieser Bearbeitung steht.

1. Die Aufklärungsfehlerhaftung im haftungsrechtlichen System der Arzthaftung

Im Arzthaftungsrecht gibt es zwei Anknüpfungspunkte, auf die zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gestützt werden können. Ein Ansatzpunkt ist die Haftung des Arztes wegen eines Behandlungsfehlers. Ein Behandlungsfehler ist nach § 630 a Abs. 2 BGB immer dann gegeben, wenn die Behandlung zum Zeitpunkt ihrer Durchführung gegen bestehende, allgemein anerkannte fachliche Standards verstößt.⁴ Neben der Behandlungsfehlerhaftung kommt als selbstständiger Haftungstatbestand die Haftung wegen fehlender oder fehlerhafter Aufklärung in Betracht, die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehen wird. Ein Aufklärungsfehler liegt gem. § 630 e Abs. 1 BGB vor, wenn der Patient über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände nicht aufgeklärt wird, insbesondere nicht über Art, Umfang, Durchführung zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können. Diese sich aus dem gesetzlich geregelten Behandlungsvertrag ergebenden Pflichten zur fachlichen Standard entsprechenden Behandlung sowie zur ordnungsgemäßen Aufklärung gelten inhaltsgleich für das Deliktsrecht mit der Folge, dass bei deren Nichtbeachtung Ansprüche nahezu unterschiedslos sowohl aus Vertrag als auch aus dem Recht der unerlaubten Handlung hergeleitet werden können.⁵

Die zivilrechtlichen Ansprüche gegen den Behandelnden⁶ werden aus prozesstaktischen Gründen sowie aus rechtsberatender Perspektive nicht selten vor allem auch zur Vermeidung einer eventuellen Anwaltshaftung zweispurig verfolgt und damit sowohl auf Behandlungs- als auch auf Aufklärungsfehler gestützt. Beweisrechtlich ist es i. d. R. allerdings schwieriger, einen Behandlungsfehler nachzuweisen – für den der Kläger grundsätzlich Beweis zu erbringen hat – als Fehler im Rahmen der Aufklärung, für deren vollständige Vornahme grundsätzlich der Behandelnde

⁴ Leitbild für den am 02.01.2013 in Kraft getretenen § 630a BGB war die bisher zum Behandlungsfehler ergangene Rechtsprechung, die von einem weiten Behandlungsfehlerbegriff ausgeht und danach fragt, „ob der Arzt unter Einsatz der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen im konkreten Fall vertretbare Entscheidungen über die diagnostischen sowie therapeutischen Maßnahmen getroffen und diese Maßnahmen sorgfältig durchgeführt hat.“ BGH – VI ZR 88/86, VersR 1987, 770.

⁵ BGH – VI ZR 270/83, NJW 1985, 2749; BGH – VI ZR 37/88, VersR 1988, 1273; BGH – VI ZR 320/90, NJW 1991, 2960.

⁶ Der Begriff des Behandelnden meint im Folgenden sowohl den Arzt als auch den Zahnarzt.

beweispflichtig ist.⁷ Diese Ungleichverteilung der Beweislast ergibt sich – rein deliktsrechtlich orientiert – daraus, dass die Behandlungsseite darlegen muss, dass der generell als tatbestandliche Körperverletzung deklarierte ärztliche Eingriff gerechtfertigt ist, will sie eine Haftung vermeiden.⁸ Seit der Körperverletzungsdoktrin⁹ wird jeder medizinische Eingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung qualifiziert.¹⁰ Um der Aufklärungsfehlerhaftung zu entgehen, ist es erforderlich, den medizinischen Eingriff durch die Einwilligung des Patienten als gerechtfertigt darzulegen. Zunächst nur im Rahmen medizinischer Forschung,¹¹ später infolge der Elektroschockurteile¹² auch für die Heilbehandlung geltend, ist für die Erteilung einer Einwilligung die vorherige „Aufklärung im Großen und Ganzen“ nach ganz etablierter Rechtsprechung Wirksamkeitsvoraussetzung. Der Patient kann nur, aber immer auch schon dann eine wirksame Einwilligung erteilen, sofern ihm zuvor angemessen im Großen und Ganzen die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen, die für oder gegen die Vornahme der Behandlung sprechen, im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs vermittelt wurden. Die „Aufklärung im Großen und Ganzen“, die zunächst im Grundsatz jedem Patienten geschuldet wird, ist Maßstab für die Beurteilung, ob von einem wirksamen Einverständnis in die Behandlung auszugehen ist.¹³ Fehlt dieser „informed consent“, ist die medizinische Behandlung grundsätzlich rechtswidrig, selbst wenn der Eingriff medizinisch indiziert und *lege artis* durchgeführt wurde.¹⁴

Neben der Aufklärung im Großen und Ganzen spricht die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Aufklärungsfehlerhaftung – wenn auch uneinheitlich – von den Begriffen der sog. Grundaufklärung und des sog. Basiswissens. Die Grundaufklärung, die im Zentrum dieser Bearbeitung steht, ist als ein Teilbereich der Aufklärung im Großen und Ganzen zu begreifen, der nur zur Beantwortung ganz bestimmter, im Rahmen des Zurechnungszusammenhangs relevant werdender Fragestellungen danach, ob für den Eintritt eines Risikos gehaftet wird oder nicht, herangezogen

⁷ Müller, Festschrift für Geiß, S. 466.

⁸ *Frahm/Nixdorf*, Arzthaftungsrecht, S. 80, Rn. 109.

⁹ RGSt 25, 375.

¹⁰ A.A. die *lege artis* durchgeführte medizinische Behandlung sei wegen ihrer sozialen Sinnhaftigkeit und ihrer Ausrichtung auf das Wohl des Patienten keine Körperverletzung. So grundlegend *Wiethölter*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, S. 79 ff.; *Laufs*, NJW 1969, 529; heute v. a. noch *Büttner*, Festschrift für Geiß, S. 355 ff.; *Brüggemeier*, Haftungsrecht S. 468 f. und 489 ff.; *Hart*, Festschrift für Heinrichs, 308 ff.

¹¹ Überblick bei *Gödicke*, Formularerklärungen in der Medizin, S. 55 ff.; *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 69 ff.; *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 3 ff.

¹² Elektroschockurteil I = BGH – VI ZR 45/54, NJW 1956, 1106 ff.; Elektroschockurteil II = BGH – VI ZR 203/57, NJW 1959, 811 ff.; dazu auch *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 31 ff.; Im Strafrecht ist das sog. Myom-Urteil das Grundsatzurteil für das Erfordernis der informierten Einwilligung durch Aufklärung = BGH – 4 StR 525/57, NJW 1958, 267.

¹³ BGH – IV ZR 174/82, NJW 1984, 1397; BGH – VI ZR 238/86, NJW 1988, 763; BGH – VI ZR 48/99, NJW 2000, 1784; *Hager*, in: Staudinger § 823 Rn. I 83; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, S. 109, Rn. 19.

¹⁴ *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, S. 103, Rn. 5; *Martis/Winkhart* Arzthaftungsrecht aktuell, S. 58; *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, S. 143 f.

wird.¹⁵ Was allerdings konkret unter der Grundaufklärung zu verstehen ist und wie sie sich von der Aufklärung im Großen und Ganzen unterscheidet, ist bislang nahezu unbekannt und wird Gegenstand dieser Arbeit sein.

Neben den beiden Begriffen der Aufklärung im Großen und Ganzen und der Grundaufklärung unterscheidet die Rechtsprechung den Bereich des Basiswissens. Dieser ist als eine Rechtsfigur zu verstehen, die Informationen enthält, die der Aufklärungspflicht nicht unterfallen.¹⁶ Auch der Begriff des Basiswissens ist bislang weitestgehend unerforscht. Die Bearbeitung wird auch diesem Begriff mehr Konturen und Struktur verleihen.

2. Statistische Relevanz

Um die Bedeutung der Aufklärungsfehlerhaftung in tatsächlicher Hinsicht darzustellen, ist es erforderlich zu wissen, wie häufig Aufklärungspflichten verletzt werden und zu Ansprüchen der Patienten gegen ihren Behandelnden führen. Eine solche statistische Erhebung könnte darüber hinaus in Form eines Fehlervermeidungssystems erheblichen präventiven Nutzen bringen, indem zunächst aufgeschlüsselt werden würde, in welchem medizinischen Bereich der Aufklärung defizitär gehandelt wird. Anschließend wäre es möglich, Fehlerhäufigkeiten zu erkennen, die im Rahmen von fachspezifischen Fortbildungs- und Qualitätssicherungsveranstaltungen zur künftigen Fehlervermeidung genutzt werden können.

Tatsächlich ist eine solche statistische Aufschlüsselung der Aufklärungsfehler zurzeit nicht möglich. Die Ärztekammern der Länder (LÄK) arbeiten allerdings seit 2006 daran, Daten mithilfe eines EDV-gestützten Medical Error Reporting-Systems (MERS) bundeseinheitlich zu erfassen, die durch die Bundesärztekammer zusammengeführt werden. Die durch die LÄK bislang gewonnenen Daten ermöglichen jedoch keine Aussage darüber, wie häufig in welchem medizinischen Bereich welche Art von Aufklärungsfehler begangen wurden. Eine exakte Aussage über das betroffene Fachgebiet und den Umfang der Aufklärungsfehlerhaftung lässt sich mangels statistischer Erhebung also nicht treffen.

Jedoch können aus den vorhandenen Materialien folgende Aussagen getroffen werden. Ca. $\frac{1}{4}$ aller Arzthaftungsfälle gelangen zu den Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen der Ärztekammern der Länder.¹⁷ Die Bundesärztekammer hat diese Fälle für das Jahr 2011 zusammengetragen. Danach wurden im Jahr 2011 über 11.100 Anträge zur Erstellung eines Gutachtens gestellt, die sich mit der Haftungsfrage des Arztes auseinandersetzen sollten.¹⁸ Davon fanden ca. 7.500 Fälle

¹⁵ Hierzu insbesondere die Abschn. II. und V. der Bearbeitung.

¹⁶ Die Darstellung des Basiswissen und der Abgrenzung zur Grundaufklärung erfolgt in Abschn. VI.

¹⁷ *Bundesärztekammer*, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Ärztekammern – Ein Wegweiser, S. 11.

¹⁸ *Bundesärztekammer*, Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für das Statistikjahr 2011, S. 3.

eine gutachterliche Auseinandersetzung. In ca. 30 % dieser Fälle wurde der Patientenvorwurf für begründet erachtet. Nur ein geringer Prozentsatz (unter 5 %) der Vorwürfe richtete sich dabei ausschließlich auf eine fehlerhafte Aufklärung. In ca. 25 % der Fälle wurde ein „Behandlungsfehler/Risikoaufklärungsmangel“ angenommen. Dies bedeutet, dass ein Aufklärungsfehler allein nur selten geltend gemacht wird. Stattdessen werden Aufklärungsfehler parallel zum Behandlungsfehler erhoben. Welches Gewicht die Aufklärungsfehlerhaftung innerhalb der Gruppe „Behandlungsfehler/Risikoaufklärungsmangel bejaht“ einnimmt, kann mangels weiterer Angaben und Differenzierung nicht beurteilt werden.

Ähnlich verhält es sich bei der Behandlungsfehlerstatistik des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) von 2011.¹⁹ Der MDK hat im Jahr 2011 12.686 Behandlungsfehlervorwürfe prüfen lassen, wobei knapp $\frac{1}{3}$ bestätigt wurden. Eine exakte Differenzierung zwischen Behandlungsfehler und Aufklärungsfehler wird auch hier nicht vorgenommen. Festgehalten werden kann weiterhin nur, dass die Vorwürfe sich zu $\frac{2}{3}$ an Krankenhäuser und zu $\frac{1}{3}$ an niedergelassene Ärzte richten.

Eine Urteilsstatistik über die im Arzthaftungsrecht abgeschlossenen Verfahren gibt es nicht. Eine solche Statistik wäre auch nur schwer zu führen, da für die Ansprüche aus dem Arzthaftungsrecht auf die allgemeinen Anspruchsgrundlagen der §§ 280 ff. BGB bzw. § 823 BGB zurückgegriffen wird und somit eine Differenzierung zu anderen Schadensersatzansprüchen deutlich erschwert wird. Ein Vorteil der durch das Patientenrechtegesetz (PatRG) am 01.02.2013 neu eingeführten §§ 630 a ff. BGB besteht darin, dass Arzthaftungsfälle, insbesondere der Aufklärungsfehlerhaftung (§ 630 h BGB), künftig voraussichtlich statistisch unkomplizierter dargestellt und herausgefiltert werden können, da insoweit Spezialvorschriften existieren.

Da es keine umfassende statistische Erhebung zur gerichtlichen Auseinandersetzung mit der Aufklärungsfehlerhaftung gibt, haben sich einzelne Untersuchungen partiell mit der gerichtlichen Geltendmachung von Aufklärungsfehlern auseinandergesetzt. So ergibt sich aus einem Gutachten anlässlich des 52. Deutschen Juristentages, dass Aufklärungsfehler nur selten alleiniger Auslöser haftpflichtrechtlicher Ansprüche sind.²⁰

Auffallend ist allerdings, dass wegen der für den Patienten günstigen Beweislastverteilung eine Aufklärungsfehlerhaftung als Auffangtatbestand herangezogen wird, wenn ein Behandlungsfehler nur noch schwer nachweisbar ist. Aus dem Gutachten von Weyers²¹ geht hervor, dass Verstöße gegen die Aufklärungspflicht zunächst nur zu 20 % der Fälle vorgebracht wurden. Weitere 40 % wurden aber dann nachträglich vorgebracht, wenn sich ein Behandlungsfehlervorwurf nicht erhärten ließ.

¹⁹ Pressemitteilung Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen e. V. (MDS), 5. September 2012.

²⁰ Weyers, Gutachten 52. DJT, A 43.

²¹ Weyers, Gutachten 52. DJT, A 43.

Dies lässt sich auch den Untersuchungen *Seehafer*²² entnehmen. Danach wurden in knapp 2 % der ausgewerteten Fälle Klagen auf Aufklärungspflichtverletzung gestützt, in ca. 42 % wurden Behandlungsfehler und Aufklärungsfehler parallel geltend gemacht, wobei in fast ¼ der Fälle die Aufklärungsfehlerhaftung nachträglich herangezogen wurde.

Neben den Zahlen, die jedenfalls einen ungefähren Eindruck von der Häufigkeit des Rückgriffs auf die Aufklärungsfehlerhaftung vermitteln, lässt sich deren Bedeutung auch anhand des zeitlichen Faktors vor Augen führen. Das Arzt-Patienten-Verhältnis ist weitgehend verrechtlicht. Der Aufenthalt des Patienten in der Praxis oder Klinik eines Behandelnden ist von rechtlichen Regelungen oder richterrechtlichen Ausprägungen nahezu lückenlos bestimmt. Dies beginnt bereits mit der Vorlage der Versichertenkarte zur Vergewisserung der Berechtigung, Leistungen der vertragsärztlichen oder vertragszahnärztlichen Versorgung in Anspruch zu nehmen (§ 291 SGB V), der anschließenden Pflicht zur Anamnese, der Vornahme geeigneter Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (§ 11 MBO-Ä), eines ordnungsgemäßen Aufklärungsgesprächs (§ 630 e BGB, § 8 MBO-Ä), der Verpflichtung zur Durchführung der Behandlung auf anerkanntem fachlichen Standard (§ 630 a Abs. 2 BGB), der Dokumentation des Behandlungsgeschehens (§ 630 f BGB, § 10 MBO-Ä) usw. Das Aufklärungsgespräch nimmt, gemessen am Gesamtaufenthalt des Patienten, in diesem durch rechtliche Regelungen determinierten Ablauf einen nicht unerheblichen zeitlichen Aufwand ein. Studien ist zu entnehmen, dass abhängig vom jeweiligen medizinischen Fachgebiet Aufklärungsgespräche i. d. R. ca. zwischen 5 min 30 s und 12 min dauern,²³ die in der Spitze aber auch 30 min bis zu 2 h Zeit in Anspruch nehmen können.²⁴ Dies legt nahe, dass aufgrund der allgemeinen Verrechtlichung des Behandlungsgeschehens auch der Aufklärung eine nicht unerhebliche Relevanz aus haftungsrechtlicher Sicht zukommt, die den Gesetzgeber veranlasst hat, § 630 e BGB einzuführen.

Es ist zu vermuten, dass der Zeitaufwand für das Aufklärungsgespräch weiter steigen wird, da sich die Anforderungen, die nun durch das Gesetz, insbesondere aber durch die Rechtsprechung an sie gestellt werden, zunehmend verschärfen. Es ist in der Folge allerdings nicht zu hoffen, dass der Behandelnde künftig eine ökonomische Abwägung derart durchführt, dass er die Dauer von Aufklärungsgesprächen der Haftungswahrscheinlichkeit für eine unterbliebene oder fehlerhafte Aufklärung gegenüberstellt und sich im Zweifel gegen die Durchführung einer ordnungsgemäßen Aufklärung entscheidet. Berücksichtigt werden muss, dass die haftungsrechtlichen Voraussetzungen der Aufklärungsfehlerhaftung nicht aufgrund des Stellenwertes

²² *Seehafer*, Der Arzthaftungsprozess in der Praxis, S. 62 ff.

²³ Für den Fall der Kinder- und Jugendpsychiatrie *Braun*, Die modifizierte Aufklärungsgespräch-Bewertungsskala für Arzt-Eltern Gespräche, S. 55; Zur Anästhesieaufklärung *Möller*, Studie zur audiovisuell-unterstützten Anästhesieaufklärung unter besonderer Berücksichtigung der Patientenzufriedenheit und Patientenangst, S. 24.

²⁴ <http://www.fr-online.de/gesundheit/das-aufklaerungsgespraech-vor-der-op,3242120,10854636.html> (zuletzt abgerufen am 21.06.2013).

des Aufklärungsgesprächs an sich zugenommen haben. Vielmehr wächst der Stellenwert des Aufklärungsgesprächs stetig, weil die rechtlichen Ansprüche, die die Rechtsprechung an die Aufklärung stellt, in der Vergangenheit gestiegen sind.

Die statistischen Werte, die die ungefähre tatsächliche Ausprägung der Aufklärungsfehlerhaftung anschaulich beschreiben und künftig für ein Fehlervermeidungssystem fruchtbar zu machen sind, können jedoch nicht das Bewusstsein für den Missstand, der mit der haftungsrechtlichen Geltendmachung von Aufklärungsfehlern einhergeht und welcher zugleich Motivation dieser Bearbeitung ist, vor Augen führen.

Wird der Behandelnde mit dem Vorwurf unzureichender Aufklärung und somit einem Haftpflichtanspruch konfrontiert, ist dies sowohl in persönlicher Hinsicht als auch für die Reputation der Praxis oder des Krankenhauses mitunter sehr belastend, unabhängig davon, ob der Vorwurf begründet ist oder nicht.

Tritt zu dieser Belastung Rechtsunsicherheit hinzu, weil durch teilweise diffuse Anforderungen an die Aufklärung selbst durch fachanwaltliche Beratung das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arzthaftungsanspruchs nicht zuverlässig eingeschätzt werden kann, ist dies für den oder die Betroffenen äußerst unangenehm. Dieser Umstand wird dadurch verstärkt, dass eine endgültige Entscheidung über das Vorliegen eines Aufklärungsfehlers und die daraus resultierende Haftpflicht oftmals nur durch eine gerichtliche Entscheidung festgestellt werden kann, die aufgrund der Verfahrensdauer zu einer länger anhaltenden Ungewissheit beiträgt und damit eine erhebliche Belastung nicht nur für den Patienten, sondern auch für den Behandelnden darstellt.

Der Gipfel absoluter Rechtsunsicherheit ist spätestens erreicht, sobald ein Fall vorliegt, in dem die Grundaufklärung relevant wird.

3. Das Phänomen der Grundaufklärung

Unsicherheiten treten – wie sogleich zu sehen sein wird – gerade im Umgang mit der Grundaufklärung auf, da zunächst die Ausnahme von der Annahme, dass bei fehlerhafter Aufklärung grundsätzlich eine Haftung anzunehmen ist, scheinbar ohne erkennbaren Grund uneinheitlich gehandhabt wird. Inwieweit die Grundaufklärung relevante Ausnahmen dieses Haftungsgrundsatzes zulässt, ist innerhalb der Rechtsprechung unklar. Außerdem wird dieses Problem dadurch verschärft, dass die inhaltlichen Anforderungen, die an die Grundaufklärung zu stellen sind, wenig präzise sind. In der Folge ist die Abgrenzung zu anderen relevanten Begriffen, insbesondere zur Aufklärung im Großen und Ganzen, sowohl aus inhaltlicher als auch systematischer Sicht schwierig. Dieses Bündel an Unklarheiten führt schließlich zu erheblicher Unsicherheit in der Handhabung der Grundaufklärung.

Das Zusammenspiel von Einwilligung nach erfolgter Aufklärung – informed consent – ermöglicht es erst, die tatbestandliche Körperverletzung zu rechtfertigen und somit der Haftpflicht entgegenzutreten.

Dass dem Erfordernis der Aufklärungspflicht nicht mehr allein das Wohlergehen des Patienten (*salus aegroti suprema lex*), sondern auch dessen Wille (*voluntas aegroti suprema lex*) als Ausprägung seines Selbstbestimmungsrechts als oberster Grundsatz zu Grunde liegt und als Begründung für den informed consent herangezogen wird, ist mittlerweile einheitlich und uneingeschränkt auch in der Ärzteschaft anerkannt.²⁵

Dieser Konsens über Ziel und Zweck der Aufklärung bedeutet allerdings nicht das Ende der Diskussionen zwischen Medizin und Recht.²⁶ Streit löst nunmehr die Frage nach dem Inhalt, Umfang und der Form der Aufklärung aus. In der erst seit Kurzem kodifizierten Rechtsmaterie des Arzthaftungsrechts wurden die Anforderungen der Aufklärung bislang anhand Richterrechts für jeden Einzelfall beurteilt. Die nahezu für sämtliche medizinische Fachgruppen existierende Kasuistik hat somit für die Ärzteschaft einen kaum mehr zu überblickenden Umfang angenommen. Das Ärgernis der Ärzteschaft ist groß, denn die Anforderungen, die die Judikatur an die Aufklärung stellt, seien nicht mehr umsetzbar und praxisgerecht. Die Behandlungsseite sieht sich heute nicht mehr in der Lage, die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen voll zu erfüllen.²⁷

Selbst für Juristen hat die Aufklärungsjudikatur wegen der ständig erweiterten Ausdifferenzierung und der zunehmenden Verästelung derzeit ein Maß an Unübersichtlichkeit erreicht, das es der beratenden Praxis schwermacht, ihren Mandanten verbindliche rechtliche Vorgaben an die Hand zu geben, ohne die Rechtsprechung im Hinblick auf den jeweiligen Einzelfall abzuwarten.²⁸ Die Arbeit setzt an dieser Stelle an und möchte einen Beitrag zur Strukturierung des Systems der Aufklärungsfehlerhaftung leisten. Es soll aber nicht nur ein äußerer Überblick dieser Systematik verschafft werden, sondern auch die innere Struktur einzelner wesentlicher Aufklärungsarten soll aufgebaut und gefestigt werden, die den späteren Umgang und das Verständnis für Sachverhalte mit Bezug zum Aufklärungsfehlerrecht erleichtern.

Zusätzliche Brisanz erfährt die Aufklärungsfehlerhaftung, seitdem der BGH erstmals in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1989 von einer sog. „Grundaufklärung“ gesprochen hat.²⁹ Was er unter Grundaufklärung – insbesondere in Abgrenzung zu

²⁵ *Jaeger* in: Prütting, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, § 280, Rn. 3; An dieser Entwicklung zweifelnd: *Eibach/Schaefer*, MedR 2001, 21, 26: „Die Ermittlung und Beachtung ihres [des Patienten] Wohlergehens ist ihnen wichtiger als die Respektierung ihres Willens [. . .] Anders ausgedrückt: Ihr Wohlergehen ist ihnen in der Krankheit wichtiger als ihr Autonomie.“

Mit der Verschiebung von der alleinigen Beachtung des Wohles des Patienten hin zur Berücksichtigung des Willens müsste auch die Genfer Deklaration des Weltärztebundes geändert bzw. vervollständigt werden, die als zeitgerechte Formulierung des Hippokratischen Eids allein das Wohl des Patienten in den Vordergrund stellt: „Die Gesundheit meines Patienten soll oberstes Gebot meines Handelns sein.“

²⁶ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 351.

²⁷ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 352; *Pelz*, in: Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch, Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 55; *Ehlers*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 143.

²⁸ *Franzki*, MedR 1994, 171 (176).

²⁹ BGH – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533.