

## **Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht II – Die Aufklärung des Patienten**

Rechtsanwalt Rüdiger Martis, Kanzlei Martis, Maier, Roman-Josse, Enslin, Schumm, Schwäbisch Gmünd und Rechtsanwältin Martina Winkhart-Martis, Fachanwältin für Medizinrecht

*Die Autoren des Standardwerkes „Martis / Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage 2010“ stellen im Anschluss an die Vorjahresberichte (MDR 2009, 609 – 617; MDR 2009, 1082 - 1090) die aktuelle, obergerichtliche Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht dar. Ein in Kürze erscheinender Folgebeitrag beschäftigt sich mit der zu den Fallgruppen der „Beweislastumkehr“ (grobe Behandlungsfehler, unterlassene Befunderhebung, voll beherrschbare Risiken u. a.), der Verjährung und verschiedenen prozessualen Problemen ergangenen Rechtsprechung.*

### **I. Aufklärung „im Großen und Ganzen“**

Ärztliche Heileingriffe bedürfen grundsätzlich der Einwilligung des Patienten, um rechtmäßig zu sein. Die Einwilligung des Patienten ist nur dann wirksam, wenn er über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, seine Risiken und möglichen Behandlungsalternativen u. a. rechtzeitig aufgeklärt worden ist (vgl. hierzu Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz C 2, 3, 3a, 19, 21, 23; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rz 366 ff., 377, 449, 466; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 59, Rz 11 ff., 21 und § 60, Rz 3 ff. sowie § 63 Rz 4 ff.; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz A 501 ff., A 513 ff., A 834 ff.).

Dem Patienten müssen aber nicht alle denkbaren medizinischen Risiken exakt oder in allen möglichen Erscheinungsformen dargestellt werden. Die Aufklärung muss dem Patienten aber einen **zutreffenden, allgemeinen Eindruck von der Schwere des Eingriffs, den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken und der Art der Belastung vermitteln**, die sich für seine körperliche Integrität und seine Lebensführung aus der vorgesehenen ärztlichen Maßnahme ergeben können (BGH, Urt. v. 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220, 1221 = GesR 2010, 481, 482, Rz. 11 = juris, Rz 11; OLG Jena, Urt. v. 1.6.2010 – 4 U 498/07, juris, Rz. 56; OLG Naumburg, Urt. v. 12.11.2009 – 1 U 59/09, MDR 2010, 325 = VersR 2010, 1185 = NJW 2010, 1758; OLG Brandenburg, Urt. v. 13.11.2008 – 12 U 104/08, MDR 2009, 568, 569; OLG Brandenburg, Urt. v. 9.7.2009 – 12 U 75/08, juris, Rz 19; vgl. auch Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, Rz C 86, 90, 94; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rz 466 ff.; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz A 834 – A 926).

Der Patient muss „**im Großen und Ganzen**“ erfahren, welche Krankheit vorliegt, welcher Eingriff geplant ist, wie dringlich er ist, wie er abläuft und welche nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegenden Risiken damit verbunden sind (BGH, Urt. v. 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220 = GesR 2010, 481, 482 Rz. 11 = juris, Rz 11; OLG Koblenz, Urt. v. 9.4.2009 – 5 U 621/08, VersR 2010, 770, 771).

**Nicht aufgeklärt** werden muss über Risiken, die außergewöhnlich und nicht vorhersehbar sind sowie über **allgemeine Operationsrisiken**, die jedem operativen Eingriff anhaften

können (OLG Jena, Urt. v. 1.6.2010 – 4 U 498/07, juris, Rz. 56; Geiß/Greiner, Rz. C 47 und Martis/Winkhart, Rz. A 950 ff. m.w.N.: z.B. über das allgemeine Infektionsrisiko, Wundheilungsstörungen, Thrombosen, Embolien u.a.).

Je weniger dringlich der medizinische Eingriff erscheint, desto weiter reicht die ärztliche Aufklärungspflicht. Bei einem Wahleingriff, etwa einer Mastektomie ohne Karzinomverdacht bei Vorliegen einer schmerzhaften knotigen Veränderung des Brustdrüsengewebes, ist auch über entfernt liegende Risiken, etwa eine Perforation der Haut oder eine Nekrosenbildung, aufzuklären (OLG Koblenz, Urt. v. 9.4.2009 – 5 U 621/08, VersR 2010, 770, 771; vgl. zur Aufklärung vor Durchführung einer elektiven Mastektomie auch OLG Köln, Beschl. v. 17.3.2010 – 5 U 51/09, GesR 2010, 409, 411 f.).

Für die ärztliche Hinweispflicht auf ein bestimmtes Risiko ist dabei **nicht der statistische Grad der Risikodichte (Angabe von Prozentzahlen) entscheidend**; maßgebend ist vielmehr, ob das Risiko sich im Fall seiner Verwirklichung **für die Lebensführung des Patienten als schwer belastend** darstellt und trotz seiner Seltenheit für den Eingriff spezifisch und **für den Laien überraschend** ist (BGH, Urt. v. 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220, 1221 = GesR 2010, 481, 482, Rz. 11 = juris, Rz 11: sehr seltenes Risiko einer Querschnittlähmung; BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, VersR 2010, 115, 116, Rz 11; OLG Brandenburg, Urt. v. 9.7.2009 – 12 U 75/08, juris, Nr. 19; OLG Oldenburg, Urt. v. 25.6.2008 – 5 U 10/08, NJW-RR 2009, 1106, 1107; OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Rz 61, 62; OLG Koblenz, Urt. v. 17.11.2009 – 5 U 967/09, MDR 2010, 443, 444).

Vor einer chiropraktischen Manipulation an der HWS muss der Patient über das **Risiko der Verletzung der Arteria vertebralis (Halsschlagader) mit Durchblutungsstörungen einzelner Hirnareale bis hin zur bleibenden Lähmung oder Todesfolge** aufgeklärt werden. Dem Patienten muss vor einer solchen Maßnahme eine dahingehende, allgemeine Vorstellung von dem Ausmaß der Risiken und Gefahren vermittelt werden (OLG Oldenburg, Urt. v. 25.6.2008 – 5 U 10/08, NJW-RR 2009, 1106, 1107: Kausalität aber fraglich, da eine Vertebralisdissektion in den meisten Fällen durch sogenannte Bagatelletraumata wie Kopfwendungen und Kopfbewegungen bei sportlichen Aktivitäten, etwa beim Golfen oder Tanzen, ausgelöst wird).

Den Anforderungen an eine Aufklärung „im Großen und Ganzen“ ist genügt, wenn der Patient vor der Implantation einer Totalendoprothese (TEP) des linken Knies darauf hingewiesen wird, dass es zu einer „frühzeitigen Lockerung“ kommen kann, wenn dann ca. drei Jahre später aufgrund einer Instabilität ein Rezidiveingriff erforderlich wird und erhebliche Beschwerden verbleiben (OLG Köln, Urt. v. 11.5.2009 – 5 U 15/08, juris, Rz 10, 14).

Wird der Patient vor einer Wirbelsäulenoperation darauf hingewiesen, dass es zu **Nerven-, Gefäß- und Organverletzungen** kommen kann, ist hiervon auch das Risiko einer Milzruptur mit nachfolgendem **Verlust der Milz** erfasst (OLG München, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 U 2464/10, juris, Rz. 2, 9).

Der Hinweis auf mögliche „**Nervenverletzungen**“ im Aufklärungsbogen vermittelt dem Patienten aber **kein hinreichendes Bild** der Auswirkungen einer als Risiko des Eingriffs möglichen **Peroneusverletzung (Schädigung des „Fußhebernervs“)**.

Auch wenn der Patient nur „im Großen und Ganzen“ aufzuklären ist, kann er diesem Hinweis entnehmen, dass eine ganz erhebliche und noch dazu dauerhaft verbleibende Funktionsbeeinträchtigung in Form einer Fußheberparese eintreten kann (OLG Koblenz, Urt.

v. 12.2.2009 – 5 U 927/06, VersR 2009, 1077, 1078; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.3.2006 – VI ZR 279/04, VersR 2006, 838, 840: der Hinweis auf eine „mögliche Nervenschädigung“ erfasst nicht das äußerst seltene Risiko des Eintritts chronischer, unbeherrschbarer Schmerzen und/oder dauerhafter Lähmungen; Einzelheiten bei Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz. A 852 ff.; A 865 ff.; A 977 ff.; A 1120 ff.; OLG Nürnberg, Urt. v. 16.7.2004 – 5 U 2383/03, AHR III, 4650/322: der Hinweis auf die Risiken „Misserfolg, Nachblutung, Infektion, Gefäß- und Nervenverletzungen, Thrombose, Embolie, Morbus Sudeck, Implantatlockerung, Bruch, anhaltende Schmerzen insbesondere des Oberschenkels, Beinlängendifferenz“ erfasst nicht das Risiko dauerhafter Lähmungen bei der Implantation einer Hüftkopfdoprothese).

## II. Seltene Risiken

Auch auf seltene Risiken eines Eingriffs hat der Arzt dann hinzuweisen, wenn das betreffende Risiko **dem Eingriff spezifisch anhaftet und bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belasten würde** (BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, NJW-RR 2010, 833, 834 = VersR 2010, 115, 116, Rz 12: sehr seltenes, aber lebensbedrohliches Risiko eines Herz-Kreislauf-Schocks sowie einer Querschnittlähmung bei der Anästhesie einer ansonsten einfachen Operation; BGH, Urt. v. 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220, 1221 = GesR 2010, 481, 481 = juris, Rz 11, 13, 15: jedenfalls seit 2002 bekanntes Risiko einer Querschnittlähmung bei einer CT-gestützten periradikulären Therapie/PRT im Bereich der Nervenwurzel C 7; OLG Koblenz, Urt. v. 17.11.2009 – 5 U 967/09, MDR 2010, 443, 444; OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Rz 61; OLG Koblenz, Urt. v. 12.2.2009 – 5 U 927/06, VersR 2009, 1077, 1078: Nervverletzungen; OLG Brandenburg, Urt. v. 9.7.2009 – 12 U 75/08, juris, Rz 19; OLG Köln, Urt. v. 25.4.2007 – 5 U 180/05, VersR 2008, 1072, 1073: Risiko einer Gebärmutterverletzung bei Ausschabung von 1 : 10.000).

Sind bleibende Lähmungen bis hin zur **Querschnittlähmungen nach wirbelsäulennahen Injektionen** sehr selten, aber im Allgemeinen bei Eingriffen im Bereich der Wirbelsäule nicht auszuschließen, kann das Tatgericht das Bestehen einer Aufklärungspflicht entgegen der Wertung des Sachverständigen nicht mit der Argumentation verneinen, das seltene Risiko sei in der medizinischen Literatur für die konkrete Behandlung im Bereich von Nervenwurzeln (hier: CT-gestützte periradikuläre Therapie/PRT im Bereich C 7) erst ein Jahr nach dem streitgegenständlichen Eingriff erwähnt worden, er sei zu diesem Zeitpunkt nur theoretischer Natur gewesen (BGH, Urt. v. 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220, 1221 = GesR 2010, 481, 482 = juris, Rz 13, 15, 16: zur weiteren Aufklärung, ob das Risiko dem niedergelassenen Orthopäden bekannt sein mußte, an das OLG Hamburg zurückverwiesen).

Der Patient muss darauf hingewiesen werden, dass ein Ureterorenoskopie (endoskopische Entfernung eines Harnleitersteins) in seltenen Fällen zu einem Harnleiterabriss und damit mittelbar zu einem **Funktionsverlust der betroffenen Niere** führen kann (OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Rz 60, 62: im Ergebnis wegen dort bejahter, hypothetischer Einwilligung des Patienten offen gelassen). Auch vor der Durchführung einer Nierenbeckenplastik ist der Patient über das seltene Risiko einer **Anastomoseninsuffizienz (hier: Undichtigkeit des Harnleiters)**, deren Verwirklichung wiederum zu einer Nachoperation mit dem erhöhten Risiko des Verlustes der Niere verbunden sein kann, hinzuweisen (OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Nr. 62 im Anchl. an BGH, Urt. v. 9.7.1996 – VI ZR 101/95).

Vor einer Bypass-Operation am Herzen muss der Patient über das **seltene Risiko einer Erblindung** aufgeklärt werden. Der Hinweis auf „Gehirnschäden“ infolge mangelnder

Durchblutung nach Kreislaufstörungen, einer Embolie oder einer Thrombose reicht nicht aus. Damit wird das Risiko der Erblindung nach seiner „Stoßrichtung“ nicht erfasst (BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, VersR 2010, 115, 116, Rz 11, 12).

Auch vor einem Routineeingriff (hier: Krampfaderoperation) muss der Patient im Rahmen der Anästhesieaufklärung darauf hingewiesen werden, dass es bei bzw. nach einer Spinalanästhesie oder einer Lumbalpunktion zum **Entstehen eines subduralen Hämatoms bzw. Hygroms (Entzündung mit Ergussbildung im Gehirn)** mit dem Erfordernis einer Kopfoperation oder der Gefahr von Dauerschäden kommen kann (OLG Brandenburg, Urt. v. 9.7.2009 – 12 U 75/08, juris, Rz 19, 20).

Wenngleich der Arzt grundsätzlich nicht verpflichtet ist, den Patienten über die statistische Wahrscheinlichkeit einer möglichen Komplikation zu informieren, entbindet ihn dies nicht von der Verpflichtung, auf eine im konkreten Fall vorliegende **signifikante Erhöhung des Schlaganfallrisikos von 0,5 % auf 1,0 % bei einer geplanten cerebralen angiografischen Untersuchung** hinzuweisen. Der Hinweis, das Risiko sei „sehr selten“, genügt nicht (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 258, Rz 15, 16).

Umstritten ist, ob ein Zahnarzt einen Patienten auch über das Risiko einer dauerhaften **Schädigung des Nervus lingualis bzw. des Nervus alveolaris durch eine Leitungsanästhesie** zur Schmerzausschaltung etwa vor der Extraktion eines Weisheitszahns aufklären muss.

Nach einer Ansicht besteht keine Aufklärungspflicht, da der Eintritt dieses seltenen Risikos außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt und bei einem verständigen Patienten für seinen Willensentschluss nicht ernsthaft ins Gewicht fallen kann. Jedenfalls der unter starken Zahnschmerzen leidende Patient wird seine Entscheidung vernünftigerweise nicht davon abhängig machen, dass der Nervus lingualis durch die erforderliche Anästhesie dauerhaft geschädigt werden kann (OLG Stuttgart, Urt. v. 17.11.1998 – 14 U 69/97, VersR 1999, 1500: Leitungsanästhesie vor der Ausbohrung und Füllung des Zahns 47, Komplikationsdichte 0,4 %; OLG Zweibrücken, Urt. v. 22.2.2000 – 5 U 25/99, VersR 2000, 892; OLG Köln, Beschl. v. 6.10.2008 – 5 U 84/08, VersR 2009, 834, 835; weitere Nachweise bei Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz A 1112 – 1117 und A 2572 – 2575). So muss über das **Risiko einer dauerhaften Schädigung des Nervus lingualis vor einer Zahnextraktion (hier: Zahn 36) nicht aufgeklärt** werden, wenn dieses Risiko dem Eingriff nicht spezifisch anhaftet (OLG Köln, Beschl. v. 6.10.2008 – 5 U 84/08, VersR 2009, 834, 835).

Die Gegenansicht bejaht eine Aufklärungspflicht trotz der äußerst geringen Risikodichte. Eine Schädigung des Nervus lingualis kann zu einer ggf. dauerhaften Geschmacks- und Gefühllosigkeit eines größeren Zungenbereichs mit persistierenden Beschwerden führen (OLG Koblenz, Urt. v. 13.5.2005 – 5 U 41/03, VersR 2005, 118, 119; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.12.2007 – I-8 U 19/07, VersR 2009, 546, 547; OLG Jena, Urt. v. 26.4.2006 – 4 U 416/05, OLGR 2006, 710, 712 und die Nachweise bei Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 1112, 1114, 1116: hypothetische Einwilligung bei starken Zahnschmerzen möglich, kein ernsthafter Entscheidungskonflikt bei Durchführung durch einen Kieferchirurgen bzw. erfahrenen Zahnarzt).

Auch nach Auffassung des OLG Köln (Urt. v. 22.4.2009 – 5 U 152/08, juris, Rz 35) muss der Zahnarzt den Patienten jedenfalls dann auf das Risiko einer **Verletzung des Nervus**

**alveolaris inferior und des Nervus mentalis vor einer Implantatbehandlung** (hier: regio 44 – 47) hinweisen, wenn wegen der geringen Knochendimension über dem Nervkanal selbst bei Verwendung der kürzesten zur Verfügung stehenden Implantate eine extreme Nervnähe besteht und der übliche Sicherheitsabstand (2 mm) nicht eingehalten werden kann.

### III. Verharmlosung; Misserfolgsrisiko

Die Einwilligung des Patienten ist unwirksam, wenn der aufklärende Arzt das mit der Vornahme oder Unterlassung des Eingriffs bestehende Risiko verharmlost hat. Insbesondere bei zweifelhafter oder nur **relativer Operationsindikation mit hohem Misserfolgsrisiko** müssen Verschlechterungsmöglichkeiten deutlich angesprochen werden (vgl. BGH, NJW 1994, 793 = VersR 1994, 102: extrem seltenes Erblindungsrisiko verharmlost; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz C 90, 91; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 473, 475 zur Verharmlosung).

Vor einer Kieferhöhlen-Operation durch die Nase, bei der die Siebbeinzellen mit betroffen sein können, muss der Patient darauf hingewiesen werden, dass es zu **schwerwiegenden Sehstörungen** bis zum völligen Sehverlust kommen kann. Die Aufklärung über mögliche Nervenverletzungen in der Kieferhöhle und Taubheitsgefühle in den Wangen reicht nicht aus. Hat der Patient den Arzt gefragt, ob auch eine Verletzung des Auges möglich sei, liegt in der Äußerung des Arztes, dass ihm „solches noch nicht vorgekommen sei“, eine **unzulässige Verharmlosung des operationstypischen, wenngleich sehr seltenen Risikos schwerwiegender Sehstörungen bis hin zum völligen Sehverlust** (OLG Koblenz, Urt. v. 17.11.2009 – 5 U 967/09, MDR 2010, 443, 444).

Auch vor einer Bypass-Operation am Herzen muss der Patient über das seltene Risiko einer Erblindung aufgeklärt werden. Hier genügt der Hinweis auf „Gehirnschäden“ infolge mangelnder Durchblutung nach Kreislaufstörungen nicht (BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, VersR 2010, 115, 116, Rz 11, 12).

Der Arzt muss seinen Patienten in der Regel über das **Risiko eines schlechten postoperativen Ergebnisses** aufklären, das nicht unabhängig vom Verletzungsbild beurteilt werden kann. Wurde der Patient darüber aufgeklärt, dass der Knochen nicht oder in einer Fehlstellung zusammenwachsen, sich ein „Falschgelenk“ bilden und es zu starken Vernarbungen und Verkalkungen in der Umgebung des Gelenks kommen kann und sich schwere Funktionsstörungen bis zur völligen Versteifung nicht stets vermeiden lassen, wird hiervon das Misserfolgsrisiko mit verbleibenden Bewegungseinschränkungen erfasst (OLG Naumburg, Urt. v. 12.11.2009 – 1 U 59/09, VersR 2010, 1185 = MDR 2010, 325 = juris, Rz 28, 30, 35).

Über ein bestehendes **Misserfolgsrisiko** ist nicht unter Angabe konkreter Prozentzahlen aufzuklären. Es reicht grundsätzlich aus, wenn dem Patienten mitgeteilt wird, dass die Operation trotz aller ärztlichen Kunst fehlschlagen kann und sich die Leiden, Ausfälle und Beschwerden nicht bessern oder **sogar verschlimmern** können. Es dann Sache des Patienten, die statistische Wahrscheinlichkeit eines negativen Verlaufs weiter zu hinterfragen (OLG Naumburg, Urt. v. 11.12.2009 – 1 U 59/09, VersR 2010, 1185, 1186 = MDR 2010, 325 = juris, Rz 33; OLG Koblenz, Urt. v. 1.4.2004 – 5 U 844/03, MDR 2004, 881: Misserfolg und Verschlimmerung der Beschwerden bei einer Hüftgelenkoperation).

### IV. Behandlungsalternativen

Die Wahl der richtigen Behandlungsmethode ist zwar grundsätzlich Sache des Arztes. Diesem steht ein Ermessensspielraum zu. Er muss im Allgemeinen nicht ungefragt erläutern, welche Behandlungsmethoden oder Operationstechniken theoretisch in Betracht kommen und was für und gegen die eine oder andere dieser Methoden spricht, solange er eine Therapie anwendet, die **dem medizinischen Standard genügt** (BGH, Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 323/04, VersR 2006, 1073, 1074 = GesR 2006, 411, 412; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.3.2009 – 15 U 18/08, GesR 2009, 529, 530; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz C 22; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 188, 443, 694; Laufs/Kern, 4. Aufl. 2010, § 60, Rz 4 ff. und § 107, Rz 22; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 1220 – A 1608 mit umfangreichen Nachweisen).

Stehen jedoch für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie **mehrere Behandlungsmethoden** zur Verfügung, die zu jeweils **unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und/oder Erfolgschancen** bieten, muss der Patient selbst prüfen können, was er an Belastungen und Gefahren im Hinblick auf möglicherweise unterschiedliche Erfolgschancen der verschiedenen Behandlungsmethoden auf sich nehmen will (OLG Naumburg, Urt. v. 12.11.2009 – 1 U 59/09, MDR 2010, 325, 356 = NJW 2010, 1758, 1759 im Anschl. an BGH, Urt. v. 22.5.2007 – VI ZR 35/06, VersR 2007, 1273, 1275; OLG Koblenz, Urt. v. 9.4.2009 – 5 U 621/08, VersR 2010, 770, 771: mehrere Operationsmethoden mit unterschiedlichen Risiken und Chancen; OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Nr. 53: mehrere Behandlungsmethoden, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.3.2009 – 15 U 18/08, MedR 2009, 532, 534: mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte Behandlungsmethoden, die **wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen** aufweisen; OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Rz 53: unterschiedliche Belastungen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz C 21, 23: wenn die Behandlungsalternativen zu jeweils *wesentlich* unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder *wesentlich* unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten; ebenso Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 1231, 1233, 1248, 1502).

Leidet die Patientin an einer schmerzhaften knotigen Veränderung des Brustdrüsengewebes (Mastopathie), muss sie darauf hingewiesen werden, dass – wie bisher – mit radiologischen Kontrolluntersuchungen und Punktierungen fortgefahren, weiter zugewartet oder vor einem operativen Eingriff auch eine Hormontherapie anstatt eine sofortigen, **elektiven Mastektomie (Entfernung der Brustdrüsenkörper unter Erhaltung der Brusthaut) bei fehlendem Karzinomverdacht** durchgeführt werden kann (OLG Koblenz, Urt. v. 9.4.2009 – 5 U 621/08, VersR 2010, 770, 771; auch OLG Köln, Beschl. v. 17.3.2010 – 5 U 51/09, GesR 2010, 409, 411 f.: erzielbare Verbesserung der Sicherheit, Risiken und Möglichkeit genetischer und regelmäßiger kernspintomographischer Untersuchungen vor elektiver Mastektomie mit der Patientin „besonders zu besprechen“).

Dabei darf sich der operierende Arzt eines auch wegen der Schwierigkeit der Diagnose eingeschalteten spezialisierten Brustzentrums nicht darauf verlassen, dass der überweisende Gynäkologe die Patientin umfassend und vollständig über die nur relative Indikation der elektiven Mastektomie, deren Risiken und konservative Alternativen (MRT- und genetische Untersuchungen) aufgeklärt hat (OLG Köln, Beschl. v. 17.3.2010 – 5 U 51/09, GesR 2010, 409, 411 f.).

Vor der Anwendung einer **manuellen Chirotherapie** muss der Arzt darauf hinweisen, dass auch **Schmerztherapien oder konservative Behandlungsmethoden** wie das Tragen einer Schanz'schen Krawatte in Betracht kommen, mögen diese konservativen Alternativen im

Einzelfall auch nicht so effektiv sein wie eine Chirotherapie, die aber mit wesentlich höheren Risiken (Verletzung der Arteria vertebralis/Halsschlagader mit Durchblutungsstörungen einzelner Hirnareale bis hin zu bleibenden Lähmungen oder Todesfolge) verbunden ist (OLG Oldenburg, Urt. v. 25.06.2008 – 5 U 10/08, NJW-RR 2009, 1106, 1107).

Hat der Patient einen **Bandscheibenvorfall** (hier: L5/S1 mit Sequester) erlitten, muss er auch bei ständigen, erheblichen Beschwerden darauf hingewiesen werden, dass anstatt einer Operation mit voraussichtlich schnellerer Schmerzfreiheit, aber dem Risiko eines „Postnukleotomiesyndroms“ mit Vernarbungen und Verwachsungen im Wirbelkanal, schmerzhaften Beschwerden und irreversibler Segmentinstabilität zunächst noch eine **konservative Behandlung mit wesentlich geringeren Risiken** in Betracht kommt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Patient der vorgeschlagenen Operation skeptisch gegenüberstand (OLG Frankfurt, Urt. v. 12.3.2009 – 15 U 18/08, GesR 2009, 529, 530 = MedR 2009, 532, 534: auch Entscheidungskonflikt des Patienten plausibel; OLG Bremen, VersR 2001, 340, 341: Zuwarten nach Bandscheibenvorfall als Alternative; OLG Dresden, Urt. v. 28.2.2002 – 4 U 2811/00, VersR 2003, 1257, 1259: Fortsetzung der konservativen Therapie; OLG Hamm, Urt. v. 7.7.2004 – 3 U 264/03, VersR 2005, 942, 943: konservative Therapie bzw. Schmerztherapie noch nicht ausgeschöpft). Die Einleitung oder Fortsetzung der konservativen Behandlung eines Bandscheibenleidens stellt jedoch **keine ernsthafte, aufklärungspflichtige Alternative** (mehr) dar, wenn sie seit mehreren Monaten kein befriedigendes Ergebnis hervorgebracht hat und bei der Aufnahmeuntersuchung zur Durchführung operativer Maßnahmen erhebliche Deformationen von zwei Bandscheiben beim Patient festgestellt wurden (OLG Naumburg, Urt. v. 14.2.2008 – 1 U 66/07, OLGR 2008, 503, 504; weitere Beispiele bei Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 1259 ff., A 1535).

Auch die **Versorgung des Kniegelenks mit einer Prothese** ist gegenüber einer Umstellungsosteotomie eine echte Behandlungsalternative, auf die der Patient hingewiesen werden muss. Liegt die Empfehlung des Arztes für eine Umstellungsosteotomie unter Berücksichtigung aller entscheidungserheblichen medizinischen Tatsachen im Rahmen des Vertretbaren, so ist die therapeutische Aufklärung nach einem Hinweis auf die grundsätzlich bestehende Alternative auf die Versorgung mit einer Prothese nicht zu beanstanden (OLG Koblenz, Urt. v. 12.2.2009 – 5 U 927/06, VersR 2009, 1077, 1078).

Handelt es sich bei der anderen Behandlungsmöglichkeit aus medizinischer Sicht objektiv nicht um eine echte **Alternative, weil sie im konkreten Einzelfall nicht indiziert** ist, ein erheblich höheres Risiko aufweist oder wesentlich geringere Heilungschancen bietet, so muss der Arzt über solche theoretische Behandlungsmöglichkeiten nicht ungefragt aufklären (OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Rz 53; OLG München, Urt. v. 5.11.2009 – 1 U 3028/09, juris, Rz 13, 30, 37; vgl. auch OLG Koblenz, Urt. v. 12.10.2006 – 5 U 456/06, VersR 2007, 111 = MedR 2007, 175: verschiedene OP-Methoden ohne eindeutigen Vorteil).

So stellt im Fachgebiet der Urologie die **Ureterorenoskopie die Standardmethode bei der Entfernung eines Harnleitersteins** dar. Die Stoßwellentherapie als alleinige Behandlung ist keine aufklärungspflichtige, ernsthafte Behandlungsalternative (OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Rz 55).

Eine intraligamentäre Anästhesie (ILA) stellt gegenüber einer Terminal- oder Leitungsanästhesie jedenfalls dann keine echte, aufklärungspflichtige Behandlungsalternative für die Betäubung des Operationsbereichs (hier: Behandlung des Zahns 36) dar, wenn eine

**akuter Entzündungsprozess** besteht (OLG Köln, Beschl. v. 6.10.2008 – 5 U 84/08, VersR 2009, 834, 835).

Erleidet der Patient bei einem Sturz eine **Mittelfußfraktur** (Bruch des inneren Würfelbeins), so fällt dem behandelnden Unfallchirurgen bzw. Orthopäden **kein Aufklärungsfehler** zur Last, wenn er den Patienten nicht darauf hinweist, dass die – einem operativen Eingriff vorzuziehende – richtigerweise vorgeschlagene **konservative Behandlung entweder durch Entlastung mit Teilmobilisation oder durch Eingipsen** erfolgen kann. Die funktionelle Nachbehandlung vermeidet das mit einem Gips verbundene Thromboserisiko und die Beeinträchtigungen von Muskulatur und Knochen, die mit der durch den Gips erzwungenen weitgehenden Inaktivität verbunden sind, sodass die Ruhigstellung durch Eingipsen keine Behandlungsalternative mit geringeren Risiken oder höheren Heilungschancen darstellt (OLG München, Urt. v. 5.11.2009 – 1 U 3028/09, juris, Rz 13, 30, 37).

Ist eine bestimmte Operation indiziert, so ist es **Aufgabe des Patienten** vorzutragen, dass es zu der tatsächlich erfolgten Operation eine echte, gleichwertige Behandlungsalternative gegeben hätte, über die er hätte aufgeklärt werden müssen (OLG Köln, Urt. v. 11.5.2009 – 5 U 15/08, juris, Rz 13; ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.9.2001 – 7 U 92/99, OLGR 2002, 20 und Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 1254: Patient hat darzulegen, über welche alternativen Behandlungsmethoden eine Aufklärung erforderlich gewesen sein soll).

## V. Hypothetische Einwilligung und Entscheidungskonflikt

Eine unterlassene, unvollständige, fehlerhafte oder nicht rechtzeitige Aufklärung führt nicht zur Haftung des Arztes, wenn dieser darlegen und beweisen kann, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den **konkreten, gerade durch den betreffenden Arzt bzw. in der betreffenden Abteilung des Krankenhauses vorgenommenen Eingriffs eingewilligt hätte** (BGH, Urt. v. 17.4.2007 – VI ZR 108/06, VersR 2007, 999, 1000; OLG Oldenburg, Urt. v. 4.7.2007 – 5 U 106/06, VersR 2008, 124, 125; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz C 137; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 521).

Der Einwand der „hypothetischen Einwilligung“ muss von der Behandlungsseite aber **bereits in erster Instanz erhoben** werden, wenn aufgrund eines Beweisbeschlusses zumindest in Betracht gezogen werden muss, dass eine Verurteilung wegen unzureichender Aufklärung erfolgen könnte, selbst wenn der erstinstanzlich angehörte Sachverständige anschließend keinen Aufklärungsfehler feststellt (OLG Oldenburg, Urt. v. 27.5.2009 – 5 U 43/08, VersR 2010, 1221, 1223 = GesR 2010, 207; ebenso bereits OLG Oldenburg, Urt. v. 4.7.2007 – 5 U 106/06, VersR 2008, 124, 125, bestätigt von BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 258 = MDR 2009, 281, 282).

Erst wenn sich die Behandlungsseite auf die „hypothetische Einwilligung“ berufen hat, muss der Patient darlegen und beweisen, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung **in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt** darüber befunden haben würde, ob er dem Eingriff zustimmen soll oder nicht (BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 259 MDR 2009, 281, 282 = GesR 2009, 154, 157). Hierfür ist regelmäßig die **persönliche Anhörung des Patienten** erforderlich (BGH, Urt. v. 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220, 1221 = GesR 2010, 481, 484, Rz 17; BGH, Urt. v. 27.3.2007 – VI ZR 55/05, VersR 2007, 995, 998; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 522, 524).

Ein „ernsthafter Entscheidungskonflikt“ des Patienten ist **plausibel dargelegt**, wenn er ausführt, in Kenntnis der gravierenden Risiken eines chiropraktischen Eingriffs (Verletzung



der Arteria vertebralis mit Durchblutungsstörungen einzelner Hirnareale bis hin zur bleibenden Lähmung oder Todesfolge) hätte er sich zunächst für eine andere, keinen schnellen Erfolg versprechende, **konservative Therapie** entschieden, wenn zum Zeitpunkt der Behandlung **kein starker Leidensdruck vorlag und die Beschwerden erst einige Tage lang bestanden** (OLG Oldenburg, Urt. v. 25.6.2008 – 5 U 10/08, NJW-RR 2009, 1106, 1108).

Wurde der Patient vor einer nicht bzw. **nicht zwingend indizierten Bandscheibenoperation** nicht über die Möglichkeit einer – wenngleich langwierigeren und mit geringeren Erfolgsaussichten verbundenen – **konservativen Therapie** hingewiesen, ist ein Entscheidungskonflikt des Patienten (hier: Arzt im Praktikum) **plausibel**, wenn er der vorgeschlagenen Operation trotz sich verstärkender Beschwerden von vornherein skeptisch gegenüberstand und bereits um eine Verschiebung des Operationstermins gebeten hatte. An die Substantiierungspflicht für die Darlegung eines ernsthaften Entscheidungskonflikts dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (OLG Frankfurt, Urt. v. 12.3.2009 – 15 U 18/08, MedR 2009, 532, 535 = GesR 2009, 529, 530).

Sind die **konservativen Behandlungsmöglichkeiten** (hier: bei jahrelangen, erheblichen Schulterschmerzen) zum Zeitpunkt der Durchführung des Aufklärungsgesprächs **objektiv noch nicht ausgeschöpft**, kann es aber an dem für eine Haftung erforderlichen **Aufklärungsverschulden fehlen**, wenn die behandelnden Ärzte aufgrund der ihnen erteilten, möglicherweise nicht ganz zutreffenden oder unvollständigen Informationen davon ausgehen konnten, dass die grundsätzlich zur Verfügung stehenden konservativen Behandlungsalternativen keinen Erfolg bzw. keine wesentliche Besserung erbracht haben (OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2010 – I – 3 U 134/09, juris, Rz. 57).

Über die mit einer **Ausschabung der Gebärmutterhöhle** verbundenen Risiken, insbesondere das mit 1 : 1000 sehr seltene Risiko eines Asherman-Syndroms (Verklebung des Uterus durch Bildung von Narbenzügen) mit der Folge der Unfruchtbarkeit muss eine 28 Jahre alte Patientin aufgeklärt werden. Ein **Entscheidungskonflikt ist zu bejahen**, wenn die Patientin vorträgt, bei erteiltem Hinweis hätte sie zunächst Rücksprache mit ihrem behandelnden Gynäkologen gehalten, weil dieser ihr erklärt hatte, die Ausschabung der Gebärmutter sei bei ihr nicht zwingend erforderlich (OLG Köln, Urt. v. 25.4.2007 – 5 U 180/05, OLGR 2008, 769, 771 = VersR 2008, 1072, 1073).

Eine Nervläsion kann auch bei ordnungsgemäßer Zahnextraktion nicht ausgeschlossen werden. Über solche typischen, wenngleich seltenen Risiken ist der Patient nach h. M. aufzuklären (s. o.). Der Vortrag des Patienten, er hätte die Einwilligung in die Zahnextraktion verweigert oder noch zugewartet, ist dann **plausibel, wenn er keine Beschwerden hatte und die Extraktion nicht vital indiziert war** (OLG Koblenz, Urt. v. 13.5.2004 – 5 U 41/03, VersR 2005, 118, 119). Leidet der Patient dagegen unter erheblichen Schmerzen und wird die Zahnextraktion von einem erfahrenen Zahnarzt (ggf. Kieferchirurg) vorgenommen, ist ein ernsthafter Entscheidungskonflikt regelmäßig **nicht plausibel** (OLG Jena, Urt. v. 26.4.2006 – 4 U 416/05, OLGR 2006, 710, 713; OLG Zweibrücken, Urt. v. 22.2.2000 – 5 U 25/99, OLGR 2000, 549).

Beruft sich ein Zahnarzt nach fehlender oder unzureichender Aufklärung über das Risiko einer Nervverletzung bei **Durchführung einer Implantatbehandlung** in regio 44 – 47 auf eine „hypothetische Einwilligung“, ist ein Entscheidungskonflikt des (vorliegend medizinisch vorgebildeten) Patienten **nicht plausibel**, wenn es sich bei dem Behandler um einen Facharzt für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie (MKG) handelt, der Patient nachweislich keinen

herausnehmbaren Zahnersatz wünschte und gegenüber einem vom Gericht eingeschalteten Sachverständigen zur Feststellung seiner behaupteten Berufsunfähigkeit angegeben hat, sein Wissen um die Risiken hätten an seinem Entschluss zur Durchführung der Operation nichts geändert (OLG Köln, Urt. v. 22.4.2009 – 5 U 152/08, juris, Rz 41, 42, 45).

Ist die **endoskopische Entfernung eines Harnleitersteins alternativlos indiziert**, weil der Verzicht auf den Eingriff nach der eindeutigen Darstellung des hinzugezogenen Sachverständigen im weiteren Verlauf mit Sicherheit zum Verlust der Nierenfunktion geführt hätte, ist die Behauptung des Patienten, er hätte sich bei korrekter Aufklärung über das Risiko eines Funktionsverlustes der betroffenen Niere als möglicher indirekter Folge des Eingriffs für ein Zuwarten oder eine weniger invasive Stoßwellentherapie entschieden, **nicht plausibel** (OLG Naumburg, Urt. v. 10.5.2010 – 1 U 97/09, juris, Rz 60, 64).

Die allgemeine Erklärung eines Patienten, er hätte im Fall einer vollständigen Aufklärung (hier: über das Risiko des Verlustes der Milz vor einer Wirbelsäulenoperation) noch **einen anderen Arzt konsultiert und erst dann entschieden**, ob er sich dem Eingriff unterzieht, stellt keine plausible Darlegung eines ernsthaften Entscheidungskonfliktes dar, wenn der Patient über zahlreiche andere, schwerwiegende Risiken aufgeklärt worden ist (hier: „Nerven-, Gefäß- und Lungenverletzungen im Sinne von Organverletzungen“) und er präoperativ unter einem **erheblichen Leidensdruck** stand (hier: aufsteigendes Taubheitsgefühl mit Gangunsicherheit, freie Gehstrecke wenige hundert Meter). Denn diese Überlegung kann der Patient für jeden beliebigen Aufklärungsmangel vorbringen. Würde eine solche Aussage stets genügen, **wäre der Einwand der „hypothetischen Einwilligung“ obsolet** und hätte unter keinen Umständen mehr Aussicht auf Erfolg, zumal zu erwarten ist, dass der Patient entsprechend anwaltlich beraten wird (so zutreffend OLG München, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 2464/10, juris, Rz. 12 und Beschl. v. 6.8.2010 – 1 U 2464/10, juris Rz. 8).

## **VI. Aufklärungspflichtiger**

Jeder behandelnde Arzt ist verpflichtet, den Patienten hinsichtlich **der von ihm übernommenen Behandlungsaufgaben** aufzuklären. Grundsätzlich kann sich kein an der Behandlung beteiligter Arzt ohne entsprechende Verständigung oder sonstige sichere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass ein anderer Arzt die Aufklärung besorgt hat oder besorgen werde (OLG Koblenz, Beschl. v. 14.5.2005 – 5 U 1610/04, VersR 2006, 123 = GesR 2005, 407; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 1751, 1752).

So muss sich der Operateur direkt davon überzeugen, dass die ihm zugewiesene Patientin in Kenntnis und objektiv richtiger Einschätzung aller wesentlichen Umstände in die Operation eingewilligt hat. Keinesfalls darf er sich darauf verlassen, dass eine gegenüber dem niedergelassenen Gynäkologen erklärte Einwilligung in den von ihm durchzuführenden operativen Eingriff auf einer sachgerechten Aufklärung beruht. Der Operateur in Rechnung stellen, dass eine solche Aufklärung möglicherweise nicht bzw. nicht vollständig stattgefunden hat (OLG Köln, Beschl. v. 17.3.2010 – 5 U 51/09, GesR 2010, 409, 411 = juris, Rz 30, 31: kein Vertrauen auf umfassende Aufklärung über die Indikation, Risiken und Alternativen einer elektiven Mastektomie durch den überweisenden Gynäkologen).

Ein Chefarzt, der die Risikoaufklärung eines Patienten einem nachgeordneten Arzt überträgt, muss darlegen, welche organisatorischen Maßnahmen er ergriffen hat, um eine ordnungsgemäße Aufklärung sicherzustellen. Er muss sich vor Durchführung einer Operation **durch einen Blick in die Krankenakte vergewissern**, dass dem Patienten die spezifischen

Risiken des Eingriffs vermittelt worden sind. Ist das mit dem Eingriff verbundene spezifische Risiko einer Fußheberparese („Steppergang“ u. a.) nicht erwähnt, muss die Aufklärung rechtzeitig vor dem Eingriff nachgeholt werden (OLG Koblenz, Urt. v. 12.2.2009 – 5 U 927/06, VersR 2009, 1077, 1078 im Anschl. an BGH, Urt. v. 7.11.2006 – VI ZR 206/05, VersR 2007, 209, 210 = NJW-RR 2007, 310, 311, Rz 9, 10: Chef- bzw. Oberarzt muss beweisen, welche organisatorischen Maßnahmen er ergriffen hat, um eine ordnungsgemäße Aufklärung sicherzustellen).

## VII. Aufklärungsadressat

Im Allgemeinen kann ein Arzt davon ausgehen, dass der **mit dem Kind erschienene Elternteil ermächtigt** ist, die Einwilligung in die ärztliche Behandlung auch für den abwesenden Elternteil mit zu erteilen, wenn es sich um einen **Routineeingriff** bei leichteren Erkrankungen bzw. Verletzungen handelt und dem Arzt keine entgegenstehenden Umstände bekannt sind. Geht es um Eingriffe schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken, wird sich der Arzt darüber hinaus vergewissern müssen, ob eine Ermächtigung des erschienenen Elternteils vorliegt. Er wird aber, solange dem nichts entgegensteht, **auf eine Auskunft des erschienenen Elternteils vertrauen** dürfen.

So darf der Operateur davon ausgehen, dass der Vater des nur wenige Wochen alten Kindes die Mutter ermächtigt hatte, das Aufklärungsgespräch vor der Durchführung einer **Leistenhernieoperation mit nicht unerheblichen Anästhesierisiken** (atemwegbezogene Komplikationen, Abfall der Sauerstoffsättigung, Auftreten einer schweren zentralmotorischen Störung) allein zu führen, wenn die Mutter den auch von ihm unterzeichneten Aufklärungsbogen vorlegt (BGH, Urt. v. 15.6.2010 – VI ZR 204/09, GesR 2010, 479, 481 = NJW 2010, 2430, 2431 = juris, Rz 15, 17; ebenso OLG München, Urt. v. 4.6.2009 – 1 U 3200/08, OLGR 2009, 848, 849 als Vorinstanz).

Geht es dagegen um schwierige und weitreichende Entscheidungen über die Behandlung des Kindes, etwa um eine **Herzoperation bzw. einen vergleichbaren Eingriff**, die mit erheblichen Risiken für das Kind verbunden sind, dann liegt eine Ermächtigung des einen Elternteils zur Einwilligung in ärztliche Eingriffe bei dem Kind durch den anderen Elternteil nicht von vornherein nahe. In einem solchen Fall muss sich der Arzt die **Gewissheit verschaffen, dass der nicht erschiene Elternteil mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes einverstanden** ist (BGH a. a. O., Rz 15; OLG München a. a. O.).

## VIII. Beschränkung der Einwilligung

Will ein Patient abweichend von den Grundsätzen des „totalen Krankenhausaufnahmevertrages“ seine **Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff auf einen bestimmten Arzt (i. d. R. den Chefarzt) beschränken**, muss er seinen entsprechenden Willen eindeutig zum Ausdruck bringen. Der von einem Patienten geäußerte Wunsch oder seine subjektive Erwartung, von einem bestimmten Arzt operiert zu werden, reichen für die Annahme einer auf eine bestimmte Person beschränkten Einwilligung nicht aus. Dies gilt auch dann, wenn der Chefarzt auf die Bitte des Patienten in einem Vorgespräch erklärt hat, er werde die Operation, sofern möglich, selbst durchführen.

Denn **beim „totalen Krankenhausaufnahmevertrag“ kann der Patient grundsätzlich nicht erwarten, von einem bestimmten Arzt behandelt zu werden** (BGH, Urt. v. 11.5.2010 – VI ZR 252/08, MDR 2010, 1038, 1039 = VersR 2010, 1038, 1039 = NJW 2010, 2580, 2581, Rz 9, 10 unter Aufhebung des Urt. d. OLG Köln v. 25.8.2008, VersR 2009, 785).

## IX. Rechtzeitigkeit der Aufklärung

Ein Patient muss vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig aufgeklärt werden, dass er durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Hintergründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise wahren kann. Das Aufklärungsgespräch muss so früh stattfinden, dass der Patient nicht unter dem Eindruck steht, sich nicht mehr aus einem in Gang gesetzten Geschehensablauf lösen zu können. Ein Arzt, der einem Patienten eine Entscheidung über die Duldung eines operativen Eingriffs abverlangt und für diesen Eingriff bereits einen Termin bestimmt, muss ihn schon in diesem Zeitpunkt auf die Risiken des Eingriffs hinweisen (OLG Koblenz, Urt. v. 9.4.2009 – 5 U 621/08, VersR 2010, 770, 772; auch Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 484, 485 und Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 1635 ff.).

Eine **erneute Aufklärung ist aber dann nicht erforderlich**, wenn die Patientin **neun Tage vor dem Eingriff** über die möglicherweise auch schwerwiegenden Risiken aufgeklärt worden ist (OLG Koblenz a. a. O.). Je nach den Vorkenntnissen des Patienten von dem bevorstehenden Eingriff **genügt eine Aufklärung im Verlauf des Vortages** vor dem Eingriff regelmäßig, jedenfalls wenn sie zu einer Zeit erfolgt, zu der sie dem Patienten die Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts erlaubt (BGH, Urt. v. 25.3.2003 – VI ZR 131/02, VersR 2003, 1441 = GesR 2003, 264, 265; OLG Brandenburg, Urt. v. 8.11.2007 – 12 U 53/07, juris, Rz 28 und Urt. v. 17.7.2008 – 12 U 221/07, juris, Rz 8: Aufklärung am Vortag einer Schilddrüsen-OP).

Die Aufklärung **am Vortag einer Schulteroperation** ist jedenfalls dann rechtzeitig, wenn die Patientin bereits zuvor in groben Zügen über den vorgesehenen Eingriff informiert worden ist (OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2010 – I – 3 U 134/09, juris, Rz. 58, 59). Eine Aufklärung der Patientin gegen **20.00 Uhr am Vorabend einer gynäkologischen Operation (Gebärmutterentfernung) ist jedoch verspätet** (LG Berlin, Urt. v. 8.10.2009 – 6 O 568/04, VersR 2010, 482; auch BGH a. a. O.: Aufklärung am Vorabend einer OP verspätet, wenn dabei erstmals auf gravierende Risiken hingewiesen wird, die die persönliche Lebensführung des Patienten entscheidend beeinträchtigen können).

## X. Kausalität und Zurechnungszusammenhang

Ein Aufklärungsversäumnis führt nur dann zur Haftung des Arztes bzw. Krankenhauses, wenn es **für den eingetretenen Körper- bzw. Gesundheitsschaden kausal** geworden ist (BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, VersR 2010, 115, 116, Nr. 13; OLG Naumburg, Urt. v. 12.11.2009 – 1 U 59/09, MDR 2010, 568 = VersR 2010, 1185, 1186 = NJW 2010, 1758, 1759 = juris, Rz 39, 40; OLG Brandenburg, Urt. v. 9.7.2009 – 12 U 75/08, juris, Rz 22). So scheidet ein Schadensersatzanspruch des nicht bzw. nicht rechtzeitig oder vollständig aufgeklärten Patienten aus, wenn der vom Gericht beauftragte Sachverständige ausführt, es sei wahrscheinlich, dass es sich bei den festgestellten Schmerzen und Bewegungseinschränkungen um **schicksalhafte Folgen des erlittenen Trümmerbruchs** handelt (OLG Naumburg, Urt. v. 12.11.2009 – 1 U 59/09, MDR 2009, 568 VersR 2010, 1185, 1186 = juris, Nr. 39, 40).

Der Beweis, dass eine unterlassene oder fehlerhafte Aufklärung über das Risiko des Auftretens eines subduralen Hämatoms oder Hygroms (Entzündung mit Ergussbildung im Gehirn mit der Gefahr erheblicher Dauerschäden) bei einer Spinalanästhesie einen Gesundheitsschaden des Patienten hervorgerufen hat, ist jedoch nicht geführt, wenn der Sachverständige darlegt, es komme auch eine zufällig zeitgleiche Bildung des Hygroms in

Betracht (OLG Brandenburg, Urt. v. 9.7.2009 – 12 U 75/08, juris, Nr. 22). Gibt der Sachverständige den **Grad der Wahrscheinlichkeit mit 90 %** an, reicht dies für die Bejahung des Kausalzusammenhangs aber regelmäßig aus (OLG Köln, Urt. v. 25.4.2007 – 5 U 180/05, OLGR 2008, 769, 771).

Hat sich gerade dasjenige Risiko verwirklicht, über das zumindest „im Großen und Ganzen“ aufgeklärt werden musste und tatsächlich aufgeklärt worden ist, ist es unschädlich und führt nicht zur Haftung des Arztes, wenn bei der Aufklärung auch andere Risiken hätten erwähnt werden müssen, die sich aber nicht realisiert haben (BGH, Urt. v. 13.6.2006 – VI ZR 323/04, VersR 2006, 1073, 1075; OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2010 – I – 3 U 134/09, juris Rz. 51, 52, 54; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz C 157; Steffen/Pauge, 11. Aufl. 2010, Rz 533, 534; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 2116, 2117). Es fehlt dann unter **Schutzzweckgesichtspunkten am Zurechnungszusammenhang zwischen der verletzten Aufklärungspflicht und dem geltend gemachten Schaden** (OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2010 – I – 3 U 134/09, juris Rz. 51, 52, 54; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz. A 2116, A 2117, A 2188).

## **XI. Verschulden**

Ein Aufklärungsmangel führt auch dann nicht zur Haftung, wenn **dem Arzt insoweit kein Verschulden** zur Last fällt (BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, VersR 2010, 115, 116, Rz 12; VersR 2010, 1220 = GesR 2010, 481, 483 = juris, Rz 12, 16 a.E.; BGH, Urt. v. 7.11.2006 – VI ZR 206/05, VersR 2008, 209, 210; OLG Koblenz, Urt. v. 12.6.2008 – 5 U 1630/07, MDR 2008, 1397 = MedR 2008, 672, 674; OLG Koblenz, Urt. v. 12.2.2009 – 5 U 927/06, VersR 2009, 1077, 1079; OLG Brandenburg, Urt. v. 9.7.2009 – 12 U 75/08, juris, Rz 20, 21; OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2010 – I – 3 U 134/09, juris Rz. 56, 57; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 2209 ff.).

Ist ein Risiko im Zeitpunkt der Behandlung nicht bekannt, besteht keine Aufklärungspflicht. Ist ein bestehendes Risiko dem behandelnden Arzt nicht bekannt und musste es ihm auch nicht bekannt sein, etwa weil es **im Zeitpunkt der Behandlung in der medizinischen Wissenschaft noch nicht bzw. nicht ernsthaft** (BGH, Urt. v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, VersR 2010, 115, 116, Rz 12) oder **nur in anderen Spezialgebieten der medizinischen Wissenschaft diskutiert** wurde (BGH, Urt. v. 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220 = GesR 2010, 481, 483 = juris, Rz 12, 16 a.E.:zur weiteren Aufklärung dieser Frage an das OLG Hamburg zurückverwiesen), entfällt seine Haftung mangels Verschuldens

So ist das Aufklärungsversäumnis dann nicht verschuldet, wenn **nur eines der drei vom Sachverständigen als Standardlehrbücher bezeichneten Werke die mögliche Komplikation beschreibt** bzw. beschrieben hat (OLG Brandenburg, Urt. v. 9.7.2009 – 12 U 75/08, juris, Rz 20, 21).

Ist ein Aufklärungsmangel aufgrund der vom Arzt nachgewiesenen Unterrichtung des Patienten (hier: vom Patienten unterzeichneter Aufklärungsbogen, der den Hinweis auf die wesentlichen Risiken des Eingriffs enthält, wobei die grundsätzliche Durchführung eines Aufklärungsgesprächs unstreitig ist) ausgeschlossen, so ist die Behauptung des Patienten, **bestimmte Informationen nicht zur Kenntnis genommen** oder nicht verstanden zu haben, unerheblich, wenn vom Patienten nicht aufgezeigt und bewiesen wird, dass sich dem aufklärenden Arzt ein unzureichendes Verständnis seiner Sachinformationen erschließen musste. Eine Haftung des Arztes wegen unzureichender Aufklärung kommt in einem

derartigen Fall auch mangels Verschuldens nicht in Betracht (OLG Koblenz, Urt. v. 12.6.2008 – 5 U 1630/07, GesR 2009, 383, 385).

Bestehen bei jahrelangen, erheblichen Schulterschmerzen zum Zeitpunkt der Durchführung des Aufklärungsgesprächs **objektiv noch konservative Behandlungsmöglichkeiten**, die als ernsthafte und damit aufklärungspflichtige Alternativen in Betracht kommen, scheidet eine Haftung der Behandlungsseite **mangels Verschuldens** aus, wenn die behandelnden Ärzte aufgrund der ihnen erteilten, möglicherweise nicht ganz zutreffenden oder unvollständigen Informationen davon ausgehen konnten, dass die grundsätzlich zur Verfügung stehenden konservativen Behandlungsalternativen keinen Erfolg bzw. keine wesentliche Besserung erbracht hatten (OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2020 – I – 3 U 134/09, juris, Rz. 57).

Hat der operierende Oberarzt die **irrige Vorstellung, der Assistenzarzt hätte den Patienten sachgemäß aufgeklärt**, so kann es ebenfalls am Verschulden fehlen. Der Operateur muss aber vortragen, welche Vorstellungen er vom Inhalt des Aufklärungsgesprächs hatte und einen auch die Fahrlässigkeit ausschließenden Irrtum beweisen (OLG Koblenz, Urt. v. 12.2.2009 – 5 U 927/06, VersR 2009, 1077, 1079).

## **XII. Aufklärungsgespräch und Dokumentation der Aufklärung**

Der von der Behandlungsseite zu führende Nachweis einer vollständigen und zutreffenden Aufklärung kann nicht allein mit Hilfe eines „Aufklärungsbogens“ oder der Eintragung in der Patientenakte geführt werden. Die Aushändigung und Unterzeichnung von Aufklärungsbögen ersetzen das grundsätzlich erforderliche Aufklärungsgespräch nicht. Ein **vom Patienten unterzeichnetes Aufklärungsformular indiziert jedoch die Durchführung eines entsprechenden Aufklärungsgesprächs** (OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.2.2008 – 1 W 4/08, GesR 2009, 41, 42; OLG Oldenburg, Urt. v. 27.5.2009 – 5 U 43/08, GesR 2010, 207 = VersR 2010, 1221, 1222: im entschiedenen Fall aber keine glaubhaften Angaben des Arztes; OLG München, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 U 2464/10, juris, Rz. 8; OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2010 – I – 3 U 134/09, juris, Rz. 32; Kern, GesR 2009, 1, 5 und 8; Geiß/Greiner, 6. Aufl. 2009, Rz C 134, 135; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 2270 ff., A 2280).

Grundsätzlich kann sich der Arzt in einfach gelagerten Fällen auch **in einem telefonischen Aufklärungsgespräch** davon überzeugen, dass der Patient die entsprechenden Hinweise und Informationen verstanden hat. Ein Telefongespräch gibt ihm ebenfalls die Möglichkeit, auf individuelle Belange des Patienten einzugehen und eventuelle Fragen zu beantworten. So reicht es aus, den Vater des minderjährigen Kindes telefonisch auf die **Risiken eines einfachen chirurgischen Eingriffs** (hier: Leistenhernieoperation des wenige Wochen alten Kindes) sowie die durchaus erheblichen, aber insgesamt seltenen Anästhesierisiken (hier: Kreislaufdestabilisierung und Pulsabfall mit der Folge einer schweren zentralmotorischen Störung) hinzuweisen, wenn ein von beiden Eltern unterzeichneter Aufklärungsbogen vorliegt, der die Risiken beschreibt und der Operateur aufgrund des vorangegangenen Telefonats davon ausgehen kann, dass der Vater dem vorgesehenen Eingriff und dessen Risiken auch mit der Mutter des Kindes besprochen hatte (BGH, Urt. v. 15.6.2010 – VI ZR 204/09, NJW 2010, 2430, 2431 = GesR 2010, 479, 481 = juris, Rz 20, 21; ebenso OLG München, Urt. v. 4.6.2009 – 1 U 3200/08, OLGR 2009, 848, 850 als Vorinstanz).

Zum Nachweis der Durchführung eines Aufklärungsgesprächs reicht die **glaubhafte Angabe des aufklärenden Arztes**, das entsprechende Risiko im konkreten Fall erwähnt zu haben oder im Rahmen seiner ständigen Aufklärungsübung stets anzusprechen, regelmäßig aus, wenn der **Patient einen Aufklärungsbogen unterzeichnet** hat, der auch **handschriftliche Notizen des**

**Arztes zu den möglichen Risiken** enthält (OLG München, Urt. v. 4.6.2009 – 1 U 3200/08, OLGR 2009, 848, 849; OLG München, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 U 2464/10, juris, Rz. 8: handschriftlich ausgefülltes und vom Patienten unterzeichnetes Aufklärungsformular; OLG München, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 2213/08, juris, Rz 40, 42: unterzeichneter Aufklärungsbogen und Zeugenaussage einer Arzthelferin; OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2010 – I – 3 U 134/09, juris, Rz. 32, 33, 35: glaubhafte Angabe des Arztes, Punkt für Punkt des Aufklärungsbogens ausnahmslos mit allen Patienten durchzugehen; OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.3.2005 – I-8 U 56/04, OLGR 2006, 12, 14: unterzeichneter Aufklärungsbogen mit handschriftlichem Hinweis auf das Risiko; OLG Frankfurt, Urt. v. 5.8.2008 – 8 U 267/07, juris, Rz 23, 26, 29: Risiko im Aufklärungsbogen erwähnt und Zeugenaussage einer Arzthelferin; OLG Koblenz, Urt. v. 12.6.2008 – 5 U 1630/07, OLGR 2008, 796, 798: handschriftliche Eintragung im Aufklärungsbogen; OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.11.2006 – 1 U 121/06: unterzeichneter Aufklärungsbogen mit handschriftlichen Ergänzungen unter Darstellung der „ständigen Aufklärungsübung“ durch den hierzu angehörten Arzt; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 2271, 2272, 2273, 2299, 2304).

Ist der Beweis für die Durchführung eines gewissenhaften Aufklärungsgesprächs etwa durch Vorlage eines vom Patienten unterzeichneten Aufklärungsbogens und der glaubhaften **Darstellung der ständigen und ausnahmslosen Aufklärungsübung** des Arztes erbracht, **sollte dem Arzt im Zweifel geglaubt werden**, dass die Aufklärung auch im fraglichen Einzelfall in der gebotenen Weise durchgeführt worden ist (OLG Koblenz, Urt. v. 9.4.2009 – 5 U 621/08, VersR 2010, 770, 771; OLG München, Beschl. v. 24.6.2010 – 1 U 2464/10, juris, Rz. 8; OLG München, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 2213/08, juris, Rz 40, 42; OLG München, Beschl. v. 12.3.2007 – 1 U 5826/09, juris, Rz 4, 9; OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2010 – I – 3 U 134/09, juris, Rz. 32; OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.5.2008 – I-8 U 38/07, OLGR 2009, 199, 201; OLG Frankfurt, Urt. v. 5.8.2008 – 8 U 276/07, juris, Rz 23, 26, 29 = GesR 2009, 83, 84).

Nach h. M. ist dem Arzt der **Nachweis der Aufklärung** des Patienten nicht verwehrt, wenn er sie **nicht dokumentiert hat bzw. der Aufklärungsbogen nicht (mehr) aufzufinden** ist (OLG Hamm, Urt. v. 21.1.2004 – 3 U 186/03, AHRS III, 6805/315: glaubhafte Bekundung des Arztes, er hätte den nicht mehr auffindbaren Standard-Aufklärungsbogen mit dem Patienten entsprechend dem ständigen, üblichen Vorgehen durchgesprochen, kann ausreichen; OLG Hamm, Urt. v. 16.12.2000 – 3 U 90/00, AHRS III, 6805/305: ständige Übung in einer auf Hüftoperationen spezialisierten Klinik, auf das Risiko von Nervschädigungen hinzuweisen; Martis/Winkhart, 3. Aufl. 2010, Rz A 2275, 2291). Hier wird es – wie meist -auf den Einzelfall ankommen.

Verhält sich die schriftlich dokumentierte Risikoaufklärung unmittelbar vor dem Eingriff über eine Operationsmethode, die nachfolgend gar nicht angewandt wurde, kann die gebotene Anhörung des aufklärenden Arztes dem Gericht gleichwohl die Überzeugung vermitteln, dass er auch über die Risiken des tatsächlich durchgeführten Eingriffs aufgeklärt hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn die wesentlichen Risiken des dann tatsächlich durchgeführten Eingriffs (hier: Verlagerung und „Durchscheuern“ der Prothese, Hautperforation) vom aufklärenden Arzt oder Tage zuvor von einem anderen Behandler genannt worden sind (OLG Koblenz, Urt. v. 9.4.2009 – 5 U 621/08, VersR 2010, 770, 771).

Auch wenn eine **Risikoaufklärung in den Behandlungsunterlagen nicht dokumentiert** ist (hier: Risiko von Nervverletzungen mit anhaltendem Taubheitsgefühl im Bereich des rechten Unterkiefers vor einer invasiven Zahnbehandlung), kann sich das Gericht von der

Durchführung des Aufklärungsgesprächs überzeugen, wenn ein **Vorgespräch mit der Erörterung bestehender Besonderheiten** beim Patienten zwischen den Parteien **unstreitig** ist und der Arzt glaubhaft versichert, bei der speziellen Ausgangssituation sei auch die Gefahr einer Nervverletzung besprochen worden, zumal diese Gefahr auf der Hand lag, die vom Arzt aufgezeigte, **ständige und ausnahmslose Aufklärungsübung von einer Zahnarzhelferin bestätigt** und die Rechnung an den Privatpatienten zur Begründung des angesetzten Steigerungsfaktors den Hinweis auf die „sehr große Gefahr der Verletzung des Nervus alveolaris“ enthält (OLG Köln, Urt. v. 22.4.2009 – 5 U 152/08, juris, Nr. 37, 38, 39).