

Aufklärungspflicht bei medizinischer Behandlung

Eine Information des SVV
für Ärztinnen und Ärzte

ASA | SVV

Schweizerischer Versicherungsverband
Association Suisse d'Assurances
Associazione Svizzera d'Assicurazioni

Herausgeber:

Schweizerischer Versicherungsverband SVV
C.F. Meyer-Strasse 14
Postfach 4288, CH-8022 Zürich
Tel. +41 44 208 28 28
Fax +41 44 208 28 00

Zuständiges Gremium:

Fachkommission Allgemeine Haftpflicht

Bestelladresse:

www.svv.ch
info@svv.ch

© 2007 Schweizerischer Versicherungsverband, Zürich
2. Auflage
Stand 1. Mai 2007

Vorwort	5
1. Entwicklung der Ärztehaftung in den letzten Jahren	6
2. Arten der medizinischen Aufklärung	7
3. Funktion der Eingriffsaufklärung	8
4. Elemente der Eingriffsaufklärung	9
5. Umfang der Eingriffsaufklärung	10
6. Vorgehen bei der Eingriffsaufklärung	13
7. Eingriffsaufklärung bei fremdsprachigen Patienten	14
8. Verhalten bei einer Operationserweiterung	14
9. Zeitpunkt der Eingriffsaufklärung	15
10. Zuständigkeit bezüglich Eingriffsaufklärung	15
11. Adressat der Eingriffsaufklärung	16
12. Verzicht auf die Eingriffsaufklärung	17
13. Dokumentation der Eingriffsaufklärung	18
14. Folgen bei fehlender oder fehlerhafter Eingriffsaufklärung	19

Vorwort

Die Ärzthaftpflicht hat in den letzten Jahren eine Entwicklung erfahren, die auch die Versicherungswirtschaft in zunehmendem Mass beschäftigt.

Die Arzthaftungsprozesse haben zugenommen. In wichtigen Fragen ist der notwendige Grundkonsens zwischen Ärzten und Juristen verloren gegangen. Zwischen den beiden Berufsgruppen hat sich ein Graben interdisziplinärer Verständnisschwierigkeiten aufgetan. Dies zeigt sich namentlich bei der Aufklärungspflicht der Ärztin oder des Arztes.

Die vorliegende Broschüre geht auf diese Problematik näher ein. Sie möchte dazu beitragen, die Verständigung zu stärken und mithelfen, dass die Ärztin oder der Arzt richtig und hinreichend informiert und dabei immer auch das Wohl der Patientin und des Patienten im Auge behält.

Ihr Schweizerischer Versicherungsverband SVV

1. Entwicklung der Ärzthaftung in den letzten Jahren

Die privat- und öffentlich-rechtliche Haftung des Arztes werden sowohl in den Massenmedien als auch in der medizinischen und juristischen Literatur äusserst lebhaft diskutiert. In Analogie zu anderen Dienstleistungshaftungen ist auch in der Schweiz eine deutliche *Ver-schärfung der Ärzthaftungspflicht* festzustellen. Zudem hat die Anzahl der Arzthaftungsprozesse – wenn auch nicht im gleich starken Ausmass wie in Deutschland – in den letzten Jahren deutlich zugenommen.

Als Gründe für die Zunahme der Arzthaftungsprozesse sind insbesondere folgende Umstände hervorzuheben:

- *erhöhtes Anspruchsbewusstsein* der Patienten verbunden mit mangelnder Bereitschaft, ein unbefriedigendes Behandlungsergebnis als persönlichen Schicksalsschlag hinzunehmen;
- *patientenfreundlichere Gerichtspraxis*; dies gilt insbesondere für die Bereiche der Haftung wegen ungenügender Aufklärung und fehlender Einwilligung sowie bei Fragen der Beweiserleichterung. Ferner hat das Bundesgericht die früher angewendete Beschränkung der ärztlichen Haftung auf grobe Verstösse gegen die Sorgfaltspflichten fallen gelassen;
- der enorme *medizinische Fortschritt* bewirkt vielfach eine überzogene Erwartungshaltung des Patienten, welche dazu führt, dass generell eine erfolgreiche Behandlung und die Wiederherstellung der Gesundheit gefordert werden;
- Patienten sind heute aufgrund von *Medienberichterstattungen* in Gesundheitsfragen besser informiert und kennen zunehmend Möglichkeiten alternativer Behandlungsmethoden. Das früher weit verbreitete vorbehaltlose Vertrauen in die Ärzte ist nicht mehr vorhanden. Auch Skandalmeldungen in den Medien führen dazu, dass die Hemmschwelle, Ansprüche geltend zu machen, sinkt;

- die *Anonymität* der Grosskliniken und der so genannten Apparatemedizin verbunden mit der Hektik der überfüllten Sprechstunden vermindern die psychologische Hemmschwelle des Patienten, gegen einen Arzt gerichtlich vorzugehen;
- zunehmende Bedeutung des *Organisationsverschuldens* als Haftungstatbestand;
- *verstärkte Aktivitäten der Krankenkassen* im Regressbereich bei möglichen Haftpflichtfällen.

Problematisch erweist sich auch die Tatsache, dass in wichtigen Fragen der notwendige Grundkonsens zwischen Ärzten und Juristen verloren gegangen ist. Zwischen den beiden Disziplinen hat sich ein tiefer Graben interdisziplinärer Verständnisschwierigkeiten aufgetan. Dies zeigt sich namentlich bei der Aufklärungspflicht des Arztes, auf welche nachfolgend näher eingegangen wird. Die Aufklärungspflicht bestimmt sich je nach anwendbarem Recht aufgrund auftragsrechtlicher Bestimmungen im Obligationenrecht (OR) oder kantonaler Erlasse. Im Kanton Zürich wurde zum Beispiel ein Patientinnen- und Patientengesetz erlassen, welches für die stationäre und ambulante medizinische Versorgung von Patientinnen und Patienten in allen Spitälern des Kantons gilt, d. h. für öffentliche und private, staatsbeitragsberechtigte und nicht staatsbeitragsberechtigte Spitäler und damit auch für sämtliche Behandlungsverhältnisse dieser Spitäler, seien sie öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur. Dieses Gesetz enthält spezielle Bestimmungen betreffend Aufklärung und Information. Auch andere Kantone haben zum Teil in ihren Patientenverordnungen, Patientendekreten etc. Bestimmungen betreffend die Aufklärung statuiert. Der Geltungsbereich dieser Verordnungen, Dekrete etc. ist unterschiedlich geregelt.

Auch wenn die jeweiligen kantonalen Erlasse in der Regel mit den nachfolgenden Ausführungen, welche sich auf die auftragsrechtliche Aufklärungspflicht beziehen, übereinstimmen, sollten diese zum Zwecke der Rechtssicherheit ebenfalls beachtet werden.

2. Arten der medizinischen Aufklärung

Allgemeine Aufklärungspflicht	<p>Gestützt auf die im OR verankerten Sorgfalts- und Treuepflichten sowie die Pflicht zur Rechenschaftsablegung im Auftragsrecht ist der Arzt verpflichtet, den Patienten unaufgefordert grundsätzlich alles mitzuteilen, was für diesen von Interesse sein kann.</p>
Eingriffsaufklärung	<p>Die Eingriffs- oder Selbstbestimmungsaufklärung schafft erst die Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs. Mängel in der Eingriffsaufklärung können neben strafrechtlichen Konsequenzen zu einem zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch des Patienten führen. Elemente der Eingriffsaufklärung sind die Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung.</p>
Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung	<p>Die dem Arzt obliegende Sicherungs- oder therapeutische Aufklärung bezweckt, den Patienten durch Information über seinen Zustand, über die Wirkungsweise von Medikamenten oder über den Verlauf von Heilprozessen und dergleichen zu therapiegerechtem Verhalten zu bewegen.</p>
Aufklärung über wirtschaftliche Aspekte	<p>Eine Aufklärungspflicht des Arztes besteht auch bezüglich der wirtschaftlichen Besonderheiten der Behandlung, wozu insbesondere auch Hinweise zur Kostenübernahme eines Eingriffs durch die Krankenkasse gehören.</p>

Nachfolgend sollen die Funktion der Eingriffsaufklärung und deren Anforderungen im Sinne einer Orientierungshilfe dargelegt werden, da insbesondere in diesem Bereich sowohl aus rechtlicher als auch medizinischer Sicht ein hohes Mass an Unsicherheit besteht.

3. Funktion der Eingriffsaufklärung

Ziel der Eingriffsaufklärung ist, dem Patienten Art, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zumindest in seinen Grundzügen erkennbar zu machen, um ihm eine *Abschätzung des Für und Wider* zu ermöglichen. Dabei ist nicht entscheidend, was der Aufklärungspflichtige sagt, sondern allein, was der Patient versteht. So einleuchtend dieser Grundsatz auch ist, so schwierig ist seine Umsetzung in der täglichen Praxis.

Vereinfacht ausgedrückt soll dem Patienten – im Rahmen der Eingriffsaufklärung seinem (vom Arzt angenommenen) Verständnishorizont entsprechend – plausibel gemacht werden, was, wann, warum und wie mit ihm geschieht bzw. geschehen wird.

Der Arzt muss somit richtig und hinreichend informieren, dabei jedoch auch das Wohl des Patienten im Auge behalten. So hat der Arzt nicht nur die Verantwortung für die Richtigkeit seiner Aussagen, sondern auch für deren Wirkung auf den Patienten. So wird der Arzt im Zweifel eher dazu tendieren, die Richtigkeit der Aufklärung wegen der vermuteten Wirkung auf den Patienten zurückzustellen, während der Jurist im Zweifel die Richtigkeit höher als die Wirkung bewertet. Hier entsteht ein nahezu unlösbarer Widerspruch, der nach heutiger Rechtsprechung, will der Arzt Haftungsrisiken vermeiden, letztlich sogar zu Lasten des Patienten gehen kann, der unter Umständen Informationen erhält, die er im Interesse seiner Gesundheit (da zuweilen die volle Wahrheit kontraindiziert sein kann) besser nicht erhalten hätte.

Aus juristischer Sicht handelt es sich bei der Eingriffsaufklärung des Arztes um eine Rechtspflicht, die sowohl dem *Schutz der körperlichen Integrität als auch dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten* dient.

Nach geltender Rechtsprechung ist stets der Wille des Patienten ausschlaggebend und nicht das, was nach Auffassung des Arztes im Interesse des Patienten angezeigt ist. Deshalb erfüllen ärztliche Eingriffe, auch wenn sie nach Auffassung des Arztes medizinisch indiziert sind und kunstgerecht durchgeführt werden, jedenfalls insoweit den Tatbestand der Körperverletzung, als sie entweder in die Körpersubstanz eingreifen (z.B. Operationen) oder mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohlbefinden des Patienten nicht nur unerheblich beeinträchtigen oder verschlechtern. Der Eingriff kann somit nur durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden.

Diese Einwilligung wirkt jedoch nur dann rechtfertigend, wenn sie in voller Kenntnis des Eingriffs und dessen Folgen erteilt wird. Im Falle einer nicht ordnungsgemässen Aufklärung haftet der Arzt für sämtliche Folgen des Eingriffs, dies unabhängig davon, ob ein Behandlungsfehler begangen wurde. Das normalerweise vom Patienten getragene Risiko des medizinischen Eingriffs geht damit auf den Arzt über, wenn er ohne die Zustimmung des ausreichend informierten Patienten handelt.

Ein Eingriff ist nur dann ohne Einwilligung des Patienten zulässig, wenn sie der Arzt nicht einholen kann, zum Beispiel bei Bewusstlosigkeit des Patienten in Notfällen. In solchen Fällen muss die Aufklärung so bald als möglich nachgeholt werden.

Dass sich die Haftung für eine nicht ordnungsgemässe Eingriffsaufklärung in den letzten Jahren zu einem bedeutenden, eigenständigen Haftungstatbestand entwickelt hat, ist wohl auch darauf zurückzuführen, dass die *Beweislast für eine hinreichende Aufklärung beim Arzt liegt*.

4. Elemente der Eingriffsaufklärung

Zunächst ist der Patient über den Zustand, wie er sich aufgrund der durchgeführten Untersuchungen präsentiert, zu informieren (*Diagnoseaufklärung*). Der Arzt hat dabei den Befund und dessen Bedeutung zu erläutern und zwar in einer auch dem Laien verständlichen Form.

Daraufhin soll dem Patienten die Angemessenheit des Eingriffs aufgezeigt werden. Dazu gehört einerseits die aus der Diagnose abgeleitete *Prognose* über die weitere Entwicklung der Krankheit bei Nichtbehandlung. Diese Information ist für den Patienten von grosser Bedeutung, da dieser nur auf diese Weise die Risiken der unbehandelten Krankheit den Risiken der Behandlung gegenüberstellen kann. Weiter sind der Ablauf des Eingriffs und seine Wirkung zu beschreiben (*Verlaufsaufklärung*).

Informationen über die *Erfolgschancen* oder negativ ausgedrückt über die *Versagerquote* sind ebenfalls Teil der Eingriffsaufklärung (*Risikoaufklärung*). Da jeder

Patient bei einer Behandlung mit der Besserung seines Zustandes oder mit seiner Genesung rechnet, ist ihm die Möglichkeit des Fehlschlages zu eröffnen. Lehre und Rechtsprechung haben sich schon viele Gedanken darüber gemacht, welche Anforderungen an den Umfang der Risikoaufklärung zu stellen sind, ohne allerdings eine befriedigende Lösung aufgezeigt zu haben.

Untersuchungen haben gezeigt, dass eine Wissensvermittlung im Rahmen der Eingriffsaufklärung dergestalt, dass der unwissende zum wissenden Patienten wird, nicht in dem Ausmass stattfindet, wie das von der Rechtsprechung konstruierte Idealbild dies erwarten liesse. Für das angestrebte Wissen scheinen folgende Aspekte wesentlich zu sein: Vorkenntnisse des Patienten, Lernfähigkeit, Wollen des Patienten und die Fähigkeit des Arztes, Wissen patientengerecht zu vermitteln. An all diesen Aspekten kann ein Aufklärungsgespräch scheitern.

5. Umfang der Eingriffsaufklärung

Von verschiedenen Seiten wurden schon zahlreiche Versuche unternommen, verlässliche Kriterien zu erarbeiten, welche im Interesse der Rechtssicherheit Aufschluss über die aufklärungspflichtigen Risiken geben sollen. Genannt werden etwa Häufigkeit und Gewicht der Komplikationen oder Gebotenheit des Eingriffs in sachlicher und zeitlicher Hinsicht. Die Schwierigkeit, den Umfang der Aufklärung zu konkretisieren, besteht insbesondere darin, dass dieser nicht abstrakt umschrieben werden kann, weil es den durchschnittlichen Patienten mit durchschnittlichen Bedürfnissen nicht gibt. *Das Mass der geforderten Aufklärung wird immer durch die Besonderheiten des Einzelfalles bestimmt.*

Auch wenn weder der erfahrenste Arzt noch der in diesem Metier spezialisierte Jurist in der Lage sind, auch nur mit einiger Treffsicherheit vorherzusagen, wie ein Gericht in diesem oder jenem Fall – ex post – wohl entscheiden wird, sollen nachstehend einige in der Rechtsprechung und Literatur entwickelte *Grundsätze zum Umfang der Eingriffsaufklärung* dargelegt werden.

- Aufklärung und Einwilligung haben allen diagnostischen und therapeutischen Behandlungsmassnahmen vorzugehen, gleich ob es sich um eine Medikation, Injektion und Bestrahlung oder eine Narkose und Operation handelt. Der Arzt schuldet dem Patienten *Auskunft über die Krankheit, die Art, den Schweregrad und den Verlauf des Eingriffs, die Risiken und mögliche Nebenwirkungen*. Der Patient ist nicht in allen Einzelheiten, aber den Grundzügen nach mit dem ärztlichen Befund, seiner Tragweite und Dringlichkeit sowie Bedeutung, dem Ablauf und den Folgen eines ärztlichen Eingriffs nebst den Risiken und Heilungschancen vertraut zu machen. Der Patient ist über die Mortalitätsrate, Funktionsbeeinträchtigung wichtiger Organe, Inkontinenz, einen künstlichen Darmausgang, Störungen des Bewegungsapparats, Dauerschmerzen, körperliche Verunstaltungen (Narben) wie auch notwendig werdende Nachoperationen ins Bild zu setzen. Bei der Aufklärung sind auch besondere Risiken des Einzelfalles (z.B. Allergien, Unverträglichkeiten) sowie die Auswirkungen des Eingriffs auf die private und berufliche Lebensführung des Patienten zu berücksichtigen.
- Der Patient soll über den Eingriff oder die Behandlung so weit unterrichtet sein, dass er seine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage geben kann. Der Patient ist über Risiken mit einer gewissen *statistischen Häufigkeit* sowie über ein *statistisch seltenes Risiko* aufzuklären, wenn es sich um ein für die Operationsart spezifisches Risiko handelt, welches bei dessen Verwirklichung schwere Auswirkungen auf die Lebensgestaltung des Patienten hätte, wie die Schädigung von Organen oder das Versagen wichtiger Körperfunktionen (z.B. Para- oder Tetraplegie).
- Teilweise wurde versucht, die Grenze der Aufklärungspflicht mit statistischen *Risikoprozenten* beziehungsweise *-promillen* zu bestimmen. Die in Prozenten angegebene Risikohäufigkeit gilt nicht als notwendiges Element des Aufklärungsumfanges; sie kann jedoch als Indiz zur Verdeutlichung herangezogen werden und dem Arzt als Beurteilungskriterium dienen.
- Nicht oder nur in beschränktem Masse aufzuklären hat der Arzt über *statistisch äusserst seltene Komplikationen* (ausser die Komplikation kann zu einem erheblichen Schaden führen, der die Lebensführung des Patienten schwer belasten könnte). Eine umfassende Aufklärung bewirkt hier eher eine Verunsicherung des Patienten, als dass sie der Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts dient. Umstritten ist die Frage der Notwendigkeit, auf das Risiko einer Infektion mit Hepatitis oder AIDS bei einer Transfusion von Fremdblut und einer allenfalls möglichen Eigenblutspende hinzuweisen. Nach der deutschen Rechtsprechung soll eine solche Aufklärungspflicht bestehen.
- Über *alltägliche Massnahmen*, die keine besondere Gefahr und keine endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit sich bringen, muss nicht aufgeklärt werden.
- Umstritten ist die Frage, wie weit die Aufklärungspflicht über *Komplikationen* geht, *die mit einem grösseren Eingriff regelmässig verbunden sind oder ihm folgen können*, wie z.B. Blutungen, Infektionen, Thrombosen oder Embolien. Nach Auffassung des Bundesgerichts, welches allerdings davon ausgeht,

dass es sich hierbei um allgemein bekannte Gefahren handelt (was zu bezweifeln ist), besteht bezüglich solcher Komplikationen keine Aufklärungspflicht. Bei Zweifeln über das Vorhandensein derartiger Kenntnisse sollte stets auch darüber aufgeklärt werden.

- Es besteht grundsätzlich ein umgekehrt proportionaler Zusammenhang zwischen *der Notwendigkeit des Eingriffs* und der Aufklärungspflicht. Je mehr ein Eingriff dem eigenen Komfort oder dem subjektiven Wohlbefinden dient und nicht als lebensrettende Massnahme anzusehen ist (z.B. bei kosmetischen Korrekturen), desto grösser ist die Pflicht zur umfangreichen Information über mögliche Komplikationen.
- Eine erhöhte Aufklärungspflicht trifft den Arzt bei Anwendung einer *neuen Behandlungsmethode* sowie in Fällen *zweifelhafter Operationsindikation mit einem hohen Risiko des Fehlschlagens*. Fehlt es an jeglicher dringenden Indikation zur Operation, kann sich ein verständiger Patient bei Abwägung dessen, was er an Beschwerden und möglichen, wenn auch entfernten, Risiken auf sich nehmen muss, durchaus für den Verzicht auf eine Operation entscheiden. Ist der Erfolg der Operation zweifelhaft, muss der Operationsentschluss in besonderem Masse dem Patienten anheim gestellt werden. Deshalb genügt nicht nur eine kurze Schilderung des Operationsverlaufs und die unmissverständliche Aufklärung darüber, dass ernsthaft mit einem Fehlschlag zu rechnen ist. Dem Patienten muss klar gesagt werden, welche Unannehmlichkeiten und Schmerzen er auf sich nimmt, welche Heilungskomplikationen eintreten können und wie langwierig und schmerzhaft deren Beseitigung sein kann. Vor allem darf ihm nicht verschwiegen werden, dass es – etwa bei einer Operation zur Beseitigung von Hornschwielen an der Ferse – im Ergebnis sogar zu einer Verschlechterung des vor der Operation bestehenden Zustands kommen kann. Speziell bei *kosmetischen Operationen* ist dem Patient das Risiko eines Misserfolgs deutlich vor Augen zu führen.
- Auch wenn die Risikoauflklärung umfassend erfolgt ist und mit der vorgeschlagenen Behandlung die letzte Chance besteht, therapieresistente Beschwerden zu beheben oder zu lindern, befreit die Einwilligung den Arzt nicht von der Haftung für schädliche Folgen, wenn er nicht darauf hingewiesen hat, dass der *Eingriff gemäss der medizinischen Wissenschaft als eindeutig kontraindiziert qualifiziert wird*.
- Die Aufklärung hat sich an den *persönlichen Bedürfnissen und der konkreten Situation des Patienten* zu orientieren. Selbst wenn die vom Arzt vorgenommene Aufklärung grundsätzlich den objektiven Anforderungen genügt, kann eine Pflichtverletzung darin bestehen, dass der Arzt das persönliche Aufklärungsbedürfnis seines Patienten nicht hinreichend erkannt hat. Vor einer Handoperation hat sich deshalb ein Operateur nach dem Beruf des Patienten zu erkundigen. Hat er einen professionellen Klavierspieler vor sich, muss der Chirurg davon ausgehen, dass dieser Patient ein erhöhtes individuelles Informationsbedürfnis aufweist. In einem solchen Fall wird er auch über seltene Risiken spontan informieren oder jedenfalls seinen Patienten auf die Möglichkeit einer umfassenderen Aufklärung hinweisen müssen. Bezüglich weitergehender individueller Aufklärungsbedürfnisse, die über die objektiven Anforderungen hinausgehen, besteht hingegen auch eine *Mitwirkungspflicht des Patienten* (z.B. bei bekannten Allergien und Unverträglichkeiten). Insofern darf die Nachforschungspflicht des Arztes nicht überzogen werden.
- Die Aufklärung hat sich auch auf Tatsachen zu erstrecken, welche aus rein medizinischer Sicht *nebensächlich oder selbstverständlich erscheinen* mögen, aus der Perspektive des Patienten aber von Bedeutung sind; z.B. die Länge eines Schnittes oder die Schmerzhaftigkeit einer Rektoskopie. Dies gilt auch für die Information über die vorübergehenden oder dauernden Auswirkungen einer Behandlung, z.B. Funktionseinbussen, Unfruchtbarkeit infolge einer Gebärmutterentfernung etc.
- Die Aufklärung *darf keinen für die Gesundheit des Patienten schädlichen Angstzustand hervorrufen*. Wenn aufgrund der Konstitution des Patienten die Offenbarung einer deprimierenden Diagnose oder hoher Risiken zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit führt, ist diese Aufklärung kontraproduktiv und zu unterlassen, da sie die Selbstbestimmung des Patienten vereiteln würde. Die Information ist deshalb so zu gestalten und zu begrenzen, dass der Empfänger sie verarbeiten kann. Darüber hinausgehende

Informationen sind nur auf dessen ausdrücklichen Wunsch und Anfrage zu erteilen. Mit diesem so genannt *therapeutischen Privileg* ist jedoch *zurückhaltend umzugehen*, da der vermeintlich zu Recht nicht aufgeklärte Patient anlässlich einer späteren Auseinandersetzung behaupten könnte, dass ihm eine umfassende Aufklärung hätte zugemutet werden können.

- Der Arzt hat über *alternative Behandlungsmethoden*, ihre jeweiligen Risiken und ihre Erfolgsaussichten aufzuklären, soweit die medizinische Wissenschaft diese im konkreten Fall nicht als ungeeignet erachtet. Informationen über alternative Behandlungsmethoden, welche ausserhalb des Bereichs der Schulmedizin liegen, sind nur, aber auch immer dann geboten, wenn diese Behandlungsmöglichkeiten einen gewissen Anerkennungsgrad haben, wie z.B. die Therapierung allergischer oder rheumatischer Erkrankungen durch Akupunktur oder die chemische/thermische Therapie als Alternative bei Prostata. Eine Aufklärungspflicht besteht auch, wenn eine Operation durch eine konservative Behandlung vermieden werden kann. Die Operation ist dann nur relativ indiziert und es besteht eine aufklärungsbedürftige Behandlungsalternative.
- In einer normalen Entbindungssituation braucht der geburtsleitende Arzt nicht von sich aus die *Möglichkeit einer Schnittentbindung* zur Sprache zu bringen. Anders liegt es jedoch, wenn für das Kind ernst zu nehmende Gefahren (Beckenendlage) drohen, daher im Interesse des Kindes gewichtige Gründe für eine Kaiserschnittentbindung sprechen und diese, unter Berücksichtigung auch der Konstitution und der Befindlichkeit der Mutter in der konkreten Situation, eine medizinisch verantwortbare Alternative darstellt. In einer solchen Lage darf sich der Arzt, der vielmehr auf die Möglichkeit einer Schnittentbindung hinzuweisen hat, nicht eigenmächtig für eine vaginale Geburt entscheiden. Vielmehr muss er die Mutter über die für sie und das Kind bestehenden Risiken aufklären und sich ihrer Einwilligung für die Art der Geburt versichern. Es ist Sache der Mutter, zwischen den für sie selbst bei einer Schnittentbindung auftretenden Risiken einerseits und den Risiken für das Kind bei vaginaler Entbindung andererseits zu entscheiden.
- Schlägt der Arzt eine zwar *indizierte, aber mit ungleich höheren Risiken behaftete Massnahme im Verhältnis zu einer alternativ möglichen Massnahme* vor, die besonders schmerzhaft ist, weil der Patient die erneute Durchführung der schmerzhaften Behandlungsmassnahme ablehnt, dann muss er dem Patienten die erhöhten Risiken in einer vergleichenden Betrachtung eindringlich vor Augen führen.
- Nicht in allen Einzelheiten ist der Patient aufzuklären, wenn ihm aufgrund früherer ähnlicher oder identischer Operationen die *einschlägigen Risiken bereits bekannt* sein müssen oder er *keine Aufklärung benötigt* (z.B. wenn der Patient selbst Arzt oder Krankenpfleger ist).
- Wenn mit einem Patienten die Person des *Operateurs verbindlich vereinbart* wurde, besteht keine Einwilligung in die Operationsdurchführung durch andere Ärzte.

6. Vorgehen bei der Eingriffsaufklärung

Die Aufklärung bedarf keiner bestimmten Form. Sie kann somit schriftlich oder mündlich erfolgen. Die grundsätzliche Formfreiheit der Aufklärung wird jedoch de facto dadurch eingeschränkt, dass die lediglich schriftlich erfolgte Aufklärung in der Regel den von Lehre und Rechtsprechung aufgestellten inhaltlichen Anforderungen nicht genügt. Insbesondere lässt sich die individuelle Aufklärungsbedürftigkeit unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls mit notwendigerweise generell gehaltenen Formularen nicht bewerkstelligen. Auch bei Abgabe von Merkblättern hat deshalb ein Aufklärungsgespräch stattzufinden, in dem auf die Besonderheiten des Eingriffs am individuellen Patienten einzugehen ist. Der Einsatz von Merkblättern in Verbindung mit dem Aufklärungsgespräch bildet die Basis für die Durchführung der so genannten *Stufenaufklärung*, die sich in der Praxis bewährt hat.

Nach dem Konzept der Stufenaufklärung soll der Arzt die *Aufklärung in zwei Stufen* vollziehen. In der *ersten Stufe* erfährt der Patient in einem *Merkblatt* alle Basisinformationen über den geplanten Eingriff. Soweit dies möglich ist, sollten eingriffsspezifische Merkblätter verwendet werden, welche über Grund, Alternativen, Bedeutung, Verlauf, Risiken, Erfolgsaussichten und Folgen des Eingriffs in verständlicher Sprache die wesentlichen Angaben enthalten. Mit diesem Merkblatt soll der Patient die nötigen Vorkenntnisse erhalten und besser auf das bevorstehende Aufklärungsgespräch mit dem Arzt vorbereitet werden. Der auf diese Weise vorinformierte Patient soll ermutigt werden, spezifische Fragen zu stellen.

Als zusätzliche Vorbereitung zum Aufklärungsgespräch werden vermehrt *interaktive Informationssysteme* eingesetzt. Dadurch soll dem Patienten ein einfacher und anschaulicher Zugang zur anspruchsvollen Materie ermöglicht werden. Ausgehend von einer kurzen anatomischen Einführung werden das Krankheitsbild, der vorgesehene Eingriff, der postoperative Verlauf sowie Risiken und Komplikationen des Eingriffs dargestellt. Daraufhin durchläuft der Patient ein Programm mit Kontrollfragen zur Klärung des Verständnisses.

In der *zweiten Stufe*, dem eigentlichen *Aufklärungsgespräch*, erhält der Patient die individuellen Erläute-

rungen zum geplanten Eingriff. Der Arzt hat dabei das Gespräch so zu führen, dass der Patient ihn auch versteht. Er muss also nicht nur die Aufnahmefähigkeit, sondern unter anderem den Bildungsstand des Patienten berücksichtigen. Zur Wahrnehmung des Persönlichkeitsschutzes soll das Aufklärungsgespräch unter Ausschluss unbeteiligter Personen (Besucher, andere Patienten etc.) erfolgen. Die Anwesenheit von Angehörigen mag vielleicht eine vertrauensvolle Atmosphäre erzeugen, kann aber auch als Hindernis für intime Fragen empfunden werden.

Nicht zuletzt aus Gründen der Beweissicherung empfiehlt sich, beim Aufklärungsgespräch ein *Aufklärungsprotokoll* zu verwenden, welches folgende Elemente beinhaltet: Diagnose, voraussichtlicher Verlauf mit/ohne Behandlung, Behandlungsalternativen, mögliche Operationserweiterungen, allgemeine Komplikationen, operationsspezifische Komplikationen, spezielle Risikofaktoren des Patienten sowie Behandlungs- und Pflegeplan nach der Operation.

Das Aufklärungsgespräch ist sodann anhand eines im Protokoll vorgegebenen Gesprächsrasters zu führen. Dieser Raster stellt sicher, dass alle wichtigen Aspekte besprochen werden, und ermöglicht gleichzeitig, den Verlauf des Gesprächs mit wenigen Stichworten zu dokumentieren. Besonders wichtig ist nach Erfahrung der Ärzte eine Operationsskizze. Diese unterstützt wesentlich die Vertrauensbildung. Zudem können die direkt in der Skizze notierten Stichworte auch später auf einfache Weise aufzeigen, was besprochen wurde.

Wenn das Aufklärungsgespräch und die Dokumentation im Rahmen eines vertrauensvollen Arzt-Patienten-Verhältnisses erfolgen, wird das Protokoll in aller Regel auch ohne weiteres vom Patient und Arzt unterschrieben.

Eine Kopie des Protokolls erhält der Patient unmittelbar nach erfolgtem Aufklärungsgespräch, auch wenn dies organisatorische Konsequenzen für die Spitalorganisation hat. Dies entlastet auch das in der Krankengeschichte abgelegte Protokoll vom Vorwurf einer nachträglichen Korrektur und fördert das Verständnis und Vertrauen des Patienten.

7. Eingriffsaufklärung bei fremdsprachigen Patienten

Der Arzt hat sich zu vergewissern, dass die von ihm erteilte Aufklärung auch von einem fremdsprachigen Patienten verstanden wird. Bei ausländischen Patienten, die der einheimischen Sprache nicht mächtig sind, stehen oft Familienangehörige als ausreichend sprachkundige Übersetzer zur Verfügung. Wo dies nicht der Fall ist und Zweifel daran bestehen, dass der Patient Be-

deutung und Risiken des Eingriffs versteht, muss eine sprachkundige Person beigezogen werden. Versäumt der Arzt schuldhaft die Gelegenheit, für die Übersetzung des Informationsgesprächs zu sorgen, kann darin eine Aufklärungspflichtverletzung liegen.

8. Verhalten bei einer Operationserweiterung

Bei Operationen, bei denen der Arzt die ernsthafte Möglichkeit einer Operationserweiterung oder den Wechsel in eine andere Operationsmethode in Betracht ziehen muss, ist der Patient darüber *vor der Operation entsprechend aufzuklären*.

Hat der Arzt vor der Operation Hinweise auf eine möglicherweise erforderlich werdende Operationserweiterung unterlassen und zeigt sich intraoperativ die Not-

wendigkeit zu einem weiteren Eingriff, dann kann und muss er, soweit dies möglich ist, die Operation beenden und den Patienten nach Abklingen der Narkoseeinwirkung entsprechend aufklären und seine *Einwilligung in den zusätzlichen Eingriff einholen*.

9. Zeitpunkt der Eingriffsaufklärung

Abgesehen von Notfällen muss dem Patienten die *Aufklärung so rechtzeitig erteilt werden, dass er das Für und Wider des bevorstehenden Eingriffs abwägen kann*. Eine genaue Festlegung des Zeitpunktes ist allerdings schwer zu definieren. Dieser ist namentlich auch von der Schwere und der Tragweite des Eingriffs abhängig.

Während bei einem grösseren Eingriff die Aufklärung bereits etwa drei Tage vorher zu erfolgen hat, dürfte in der Regel bei einem Routineeingriff die Aufklärung am Vorabend noch den Anforderungen genügen. Eine auf dem Weg in den Operationssaal oder gar auf dem Operationstisch erfolgte Aufklärung ist somit in jedem Fall zu spät. Der Patient ist dann regelmässig mit der Verarbeitung der ihm mitgeteilten Fakten und der von ihm zu treffenden Entscheidung überfordert. Die reine Narkoseaufklärung kann allerdings am Vorabend der Operation stattfinden.

Wenn kein Aufschub möglich ist, wie so oft bei akuten *Notfällen*, so kann der Arzt dem Patienten unmittelbar vor dem Eingriff – in der gebotenen Kürze – alle für den Entschluss wichtigen Informationen mitteilen.

Auch bei grösseren *ambulanten Eingriffen* mit beträchtlichen Risiken dürfte eine Aufklärung, die erst am Tag des Eingriffes erfolgt, nicht mehr rechtzeitig sein, zumal solchen Operationen gewöhnlich Untersuchungen vorausgehen, in deren Rahmen die erforderliche Aufklärung bereits erteilt werden kann. Bei kleineren ambulanten Eingriffen reicht es in der Regel aus, wenn die Aufklärung am Tag des Eingriffes erfolgt. In solchen Fällen muss jedoch dem Patienten durch die Art und Weise der Aufklärung verdeutlicht werden, dass ihm nicht nur der Eingriff und seine Risiken beschrieben werden, sondern dass die Aufklärung ihm die eigenständige Entscheidung ermöglichen soll, ob er den Eingriff durchführen lassen will.

10. Zuständigkeit bezüglich Eingriffsaufklärung

Grundsätzlich hat die Aufklärung durch den *behandelnden Arzt persönlich* zu erfolgen, da nur dieser über die Besonderheiten des Einzelfalles genügend informiert ist, um richtig aufklären zu können. Die Delegation der Aufklärung an einen anderen Arzt ist grundsätzlich zulässig, sofern dieser über die Besonderheiten des Einzelfalles genügend informiert ist, um richtig aufklären zu können.

Beim *Zusammenwirken von Ärzten* aus verschiedenen Fachrichtungen trifft jeden von ihnen die Aufklärungspflicht für seinen Beitrag an der Behandlung.

Im Falle einer *Überweisung des Patienten* obliegt die Aufklärung grundsätzlich dem hinzugezogenen Arzt. Ausnahmsweise schuldet die überweisende Fachklinik die Aufklärung, wenn sie alle Voruntersuchungen wie auch eine spätere nachoperative Behandlung übernimmt und den Patienten absprachegemäss lediglich zum Zweck eines spezifischen Eingriffs an ein anderes Spital überweist. Das hinzugezogene Spital hat dann nur noch über operationstechnische Fragen einschliesslich der Narkose aufzuklären.

11. Adressat der Eingriffsaufklärung

Empfänger der Aufklärung ist der *Patient*, da grundsätzlich nur er allein die für den Eingriff notwendige Einwilligung erteilen kann. Da der Patient nicht immer selber in der Lage ist, die Einwilligung selber zu geben, stellt sich in solchen Sonderfällen die Frage, wer an seiner Stelle über die Vornahme des Eingriffes zu entscheiden hat.

Vorweg ist dabei an jene Fälle zu denken, in welchen ein *Patient bewusstlos* in die Notfallaufnahme eingeliefert wird. Hier kann der ärztliche Eingriff nach den Grundsätzen der *mutmasslichen Einwilligung* gerechtfertigt sein. Der Arzt hat sich dabei durch allfällige frühere Äusserungen des Patienten leiten zu lassen, die einen Rückschluss auf seinen mutmasslichen Willen gestatten. Ferner hat der Arzt nach Möglichkeit durch Befragung von Angehörigen oder Bezugspersonen den mutmasslichen Willen des Patienten zu eruieren. Dabei ist zu beachten, dass diese Personen nicht etwa Einwilligungsträger sind, sondern nur Auskunftspersonen zur Erhellung des mutmasslichen Willens des Patienten. Kann der Wille des Patienten nicht ermittelt werden, so ist das Gewicht der Indikation gegen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten abzuwägen. Dabei darf der Arzt darauf abstellen, was ein vernünftiger Patient unter den konkreten Umständen gewollt hätte.

Bei *urteilsunfähigen Patienten* liegt der Entscheid über die Erteilung der Einwilligung beim *gesetzlichen Vertreter* des Urteilsunfähigen. Bei der Beurteilung der Urteilsunfähigkeit ist hier darauf abzustellen, ob der Patient die erforderliche Einsichtsfähigkeit bezüglich Bedeutung und Tragweite des konkreten Eingriffes hat. Im Sinne einer generalisierenden Richtlinie gilt, dass bei Kindern unter 12 Jahren die Urteilsfähigkeit bezüglich der Einwilligung in Heileingriffe bloss in seltenen Ausnahmefällen vorliegen dürfte. Bei Kindern zwischen 12 und 16 Jahren ist aufgrund der gesamten Umstände die Urteilsfähigkeit zu eruieren. Bei Jugendlichen ab 16 Jahren kann die für die Einwilligung in eine nicht aussergewöhnlich weit reichende Operation erforderliche Urteilsfähigkeit im Normalfall grundsätzlich angenommen werden. Gesetzliche Vertreter der unmündigen (und auch urteilsunfähigen) Kinder sind die Eltern, wobei die Einwilligung eines Elternteils genügt.

Der urteilsfähige unmündige oder entmündigte Patient ist gleich zu behandeln wie ein voll handlungsfähiger Patient; er selbst ist aufzuklären und trifft die Entscheidung über den Eingriff und nicht etwa sein gesetzlicher Vertreter.

12. Verzicht auf die Eingriffsaufklärung

Nach Auffassung des Bundesgerichts entfällt die Aufklärungspflicht, wenn der Patient bei der Erteilung der Zustimmung zu der vorgeschlagenen Behandlung ausdrücklich oder durch sein unmissverständliches Verhalten auf eine einlässliche Aufklärung *verzichtet*. Allerdings erachtet das Bundesgericht eine minimale Information als unverzichtbar. Dies ist durchaus angezeigt, da man nicht in etwas einwilligen kann, was man nicht kennt.

Ferner entfällt vorerst eine Aufklärungspflicht in *Notfällen*, bei unaufschiebbaren, vitalindizierten Eingriffen zur Beseitigung einer lebensbedrohlichen Situation. In solchen Fällen muss die Aufklärung so bald als möglich nachgeholt werden.

Schliesslich kann ein medizinischer Eingriff am menschlichen Körper gegen den Willen des Patienten ausnahmsweise erlaubt sein. Dies trifft z.B. zu bei Massnahmen zur *Verhütung von Epidemien* wie Untersuchungen, Impfungen oder notfallmässigen Behandlungen. Ähnliche Massnahmen dürfen im gleichen Sinn *im Dienst besonderer zivil- und strafrechtlicher Verfahren* angeordnet werden.

13. Dokumentation der Eingriffsaufklärung

Zu den gerade in den letzten Jahren bedeutsameren Organisationspflichten des Spitals gehört es, für eine dem medizinischen Standard entsprechende Dokumentation der Behandlung zu sorgen. Die Dokumentation in den Krankenunterlagen dient dabei keineswegs nur der eigenen Gedächtnisstütze der aufzeichnenden Ärzte, sondern auch im Rahmen der arbeitsteiligen Medizin der Unterrichtung der an der Behandlung beteiligten Ärzte.

Die Pflicht zur angemessenen Dokumentation betrifft Operationsberichte, Narkoseprotokolle, Krankenblätter, Patientenkarteen, Befundberichte und sonstige ärztliche Aufzeichnungen, die Aufklärung über die erhobenen Befunde und die Art und Weise der ärztlichen Behandlung geben. Auch pflegerische Massnahmen müssen festgehalten werden.

Zur eigenen Absicherung ist es auch unbedingt erforderlich, dass besondere Vorkommnisse in den Krankenunterlagen vermerkt werden, so wenn der Patient eine medizinisch gebotene Behandlung verweigert, gegen den ärztlichen Rat das Spital verlässt oder einen ärztlichen Termin nicht wahrnimmt.

An die Dokumentationspflicht als Behandlungsunterstützung werden formale Anforderungen gestellt. Einerseits sind individuelle ärztliche Kürzel unzulässig, andererseits muss die Dokumentation nicht in patientenverständlicher Form erfolgen. Grundsätzlich genügt die Aufzeichnung von Stichworten, die für einen Fachmann verständlich sind, so dass Irrtümer beim nachbehandelnden Arzt vermieden werden.

Die Verletzung der Dokumentationspflicht kann im Prozess beweisrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Fehlen Aufzeichnungen und Unterlagen, die objektiv

vorhanden sein müssten, hat der Arzt bzw. das Spital die negativen Folgen zu tragen. In solchen Fällen gilt ein nicht dokumentierter Befund als nicht erhoben. Ebenso ist z.B. zu vermuten, dass ein verschwundenes Dokument den Beweis für einen Behandlungsfehler bzw. den Beweis für die Erkennbarkeit einer nicht gestellten Diagnose erbracht hätte, sofern die ernsthafte Möglichkeit hierfür besteht.

Eine besondere Bedeutung kommt aus beweisrechtlichen Gründen der *Dokumentation des Aufklärungsgesprächs* zu.

Das Arzt-Patienten-Gespräch ist an sich das ideale Aufklärungsmittel. Es birgt für den Arzt jedoch die Gefahr, in einem allfälligen Prozess die vor der Einwilligung erfolgte Aufklärung und ihre Angemessenheit nicht beweisen zu können. Das Bundesgericht hat unter dem Gesichtspunkt der Beweistauglichkeit festgehalten, dass es nicht genügt, in der Krankengeschichte nur ganz allgemein zu vermerken, der Patient sei über die geplante Operation und ihre möglichen Komplikationen informiert worden. Nur ein ausführlicher Vermerk über das Aufklärungsgespräch in der Krankengeschichte mit Angabe von Ort und Zeit der Aufklärung, Person des Aufklärenden, stichwortartiger Zusammenfassung des Gesprächs sowie dem Datum der Erstellung des Vermerks vermag eine genügende Aufklärung zu beweisen.

Da der Arzt die Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung trägt, wird er gut daran tun, vor Operationen und anderen schwerwiegenden Eingriffen stets eine *explizite Einwilligung einzuholen*. Idealerweise erfolgt dies durch *Unterzeichnung des in der Stufenaufklärung verwendeten Aufklärungsprotokolls*.

14. Folgen bei fehlender oder fehlerhafter Eingriffsaufklärung

Bei fehlender oder fehlerhafter Aufklärung stellt der Heileingriff des Arztes einen *rechtswidrigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Patienten* dar, dies ungeachtet einer allfälligen Zustimmung zum Eingriff. Darüber hinaus wird regelmässig der *Straftatbestand der Körperverletzung* erfüllt sein.

Selbst bei vitaler Indikation bedarf es der Einwilligung des Patienten, welcher aufgrund des Selbstbestimmungsrechts die Möglichkeit haben muss, über den Eingriff eigenverantwortlich zu entscheiden und ihn gegebenenfalls abzulehnen, auch wenn ein solcher Entschluss medizinisch unvernünftig ist.

Das unerlaubte Verhalten bei Verletzung der Aufklärungspflicht betrifft den ganzen Eingriff und damit alle einzelnen Handlungen, aus denen er sich zusammensetzt, mögen sie auch medizinisch korrekt ausgeführt sein. Daraus ist zu schliessen, dass der Arzt bei ungenügender Aufklärung auch dann haftet, wenn sich ein nicht aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht.

Unabhängig davon, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, *trägt der eigenmächtig handelnde Arzt das Risiko allfälliger Komplikationen und die daraus resultierenden wirtschaftlichen Folgen*. Er haftet somit für allen Schaden, der infolge Misslingens der Operation entstanden ist, und schuldet darüber hinaus allenfalls eine Genugtuung.

Im Falle unzureichender Aufklärung kann der Arzt zu seiner Entlastung geltend machen, dass der Patient auch bei ordnungsgemässer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte. Diese *hypothetische Einwilligung muss vom Arzt bewiesen werden*.

Bei der Beurteilung der Hypothese ist nicht bloss darauf abzustellen, ob ein vernünftiger und besonnener Patient nach erfolgter Aufklärung seine Einwilligung verweigert hätte. Massgebend ist vielmehr, wie sich der in Frage stehende Patient unter den konkreten Umständen verhalten hätte. Dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten kommt in dieser Hinsicht ausschlaggebende Bedeutung zu. Vom Patienten kann allerdings verlangt werden, dass er glaubhaft macht oder wenigstens behauptet, warum er auch bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffs insbesondere aus persönlichen Gründen *verweigert hätte*. Insofern ist ihm eine Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhaltes zuzumuten, weil es um Tatsachen geht, die im Allgemeinen aus seinem Wissensbereich stammen.

Der *Einwand der hypothetischen Einwilligung darf nicht leichthin bejaht werden*, soll die Aufklärungspflicht des Arztes und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht ausgehöhlt werden.

ASA | SVV

Schweizerischer Versicherungsverband
Association Suisse d'Assurances
Associazione Svizzera d'Assicurazioni

Schweizerischer
Versicherungsverband (SVV)
C.F. Meyer-Strasse 14
Postfach 4288
CH-8022 Zürich
Tel. +41 44 208 28 28
Fax +41 44 208 28 00
info@svv.ch
www.svv.ch