JUS-Letter
September 2010 | Jahrgang 10 | Ausgabe 3

BDAktuell

In dieser Ausgabe:

BGH: Telefonische Aufklärung bei „Routineeingriffen“ zulässig / Einwilligung bei minderjährigen Patienten 503

Beweislast bei Lagerungsschaden 506

BERUFSVERBAND DEUTSCHER ANÄSTHESISTEN

- Justitiare -
Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg, Deutschland
Telefon: 0911 9337817
0911 9337827
Telefax: 0911 3938195
E-Mail: Justitiare@bda-ev.de
Internet: www.bda.de

BGH: Telefonische Aufklärung bei „Routineeingriffen“ zulässig / Einwilligung bei minderjährigen Patienten

- BGH, Urteil vom 15.06.2010, Az. VI ZR 204/09 -

Ass. iur. E. Weis, Nürnberg

Dr. iur. T. Gaibler, München Rechtsanwältin/Fachanwältin für Medizinrecht, Kanzlei Ulsenheimer-Friederich

Die Rechtsprechung fordert vor jedem Eingriff ein (rechtzeitiges) Aufklärungsgespräch zwischen Arzt und Patient. Nun ist höchstrichterlich entschieden, dass das notwendige „vertrauensvolle Gespräch“ zwischen Arzt und Patient auch telefonisch geführt werden kann, allerdings nur bei „einfach gelagerten Fällen“ und unter der Voraussetzung, dass „der Patient damit einverstanden ist“. Das OLG München hatte die Zulässigkeit der telefonischen Aufklärung bereits in seinem Urteil vom 04.06.2009 zumindest bei normalen Eingriffen bejaht, allerdings - da die Frage höchstrichterlich noch nicht entschieden war - die Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) zugelassen[1], so dass sich der BGH mit dieser spannenden Frage zu befassen hatte. In der Gerichtsentscheidung wurde zum wiederholten Male thematisiert, ob beide Elternteile bei minderjährigen Patienten aufgeklärt werden und einwilligen müssen.

Dem mit Spannung erwarteten Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Sachverhalt

Bei einem 3 Wochen alten Mädchen wird eine Leistenhernienoperation durchgeführt, intraoperativ kommt es zu atemwegsbezogenen Komplikationen. Die Sauerstoffsättigung fällt ab, es kommt zu einer Kreislaufdestabilisierung und zum Pulsabfall. Eine Herzdruckmassage ist notwendig. Zunächst wird das Kind mit einer Larynxmaske beatmet, sodann erfolgt eine Intubation. Das Kind erwacht nach Beendigung der Operation nicht aus der Narkose und wird auf die Intensivstation eines Kinderkrankenhauses verlegt. Infolge des Zwischenfalls erlitt es eine schwere zentralmotorische Störung mit Beeinträchtigung der Fein- und Grobmotorik, der Koordinations- und Artikulationsfähigkeit (spastische Tetraparese mit Linksbetonung und dystoner Komponente, Strabismus convergens).

Die Vorgespräche mit den Eltern waren folgendermaßen abgelaufen:

Der Operateur hatte einige Tage vor der Operation bei einem Besuch der Eltern in seinem Behandlungszimmer ein Aufklärungsgespräch mit der Mutter des Kindes geführt. Der Vater befand sich zu diesem Zeitpunkt im Wartezimmer und füllte das Aufklärungsformular über die geplante Operation aus, auf dem er - ebenso wie später die Mutter - durch seine Unterschrift die Einwilligung zu dem Eingriff erklärte.

1 BDAktuell JUS-Letter. Anästh Intensivmed 9/2009, S. 569; Urteil im Volltext: www.bda.de/urteile/db/

Der Anästhesist hatte seinerseits zwei Tage vor dem Eingriff mit dem Vater des Kindes ein ca. 15-minütiges Telefonat über die bevorstehende Anästhesie und deren Risiken geführt, dessen Inhalt im Einzelnen streitig ist. Der Vater schilderte das Telefonat als angenehm und vertrauensvoll. Der Anästhesist hat zudem darauf bestanden, dass beide Elternteile am Tag des Eingriffs anwesend seien. Am Morgen vor der Operation gab er beiden Elternteilen nochmals Gelegenheit zu Fragen. Beide Eltern erteilten sodann das Einverständnis zur Anästhesie, indem sie den Anästhesiebogen (einschließlich der handschriftlich vermerkten Risiken) unterzeichneten.

Mit der Klage wird geltend gemacht, sowohl die chirurgische als auch die anästhesiologische Aufklärung sei unzureichend gewesen. Sie verlangt von dem Operateur und dem Anästhesisten Schmerzensgeld und Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen vermeintlicher Aufklärungsfehler, da nicht beide Elternteile aufgeklärt worden seien. Die Klage ist vor dem Landgericht und Oberlandesgericht und letztlich auch vor dem Bundesgerichtshof erfolglos geblieben.

BGH, Urteil vom 15.06.2010, Az. VI ZR 204/09[2]

Leitsatz:
„In einfach gelagerten Fällen kann der Arzt den Patienten grundsätzlich auch in einem telefonischen Gespräch über die Risiken eines bevorstehenden Eingriffs aufklären, wenn der Patient damit einverstanden ist."

Aufklärung durch den zuständigen Fachvertreter

Nach Auffassung des Geschädigten hätte der Operateur auch über das Anästhesieverfahren aufklären müssen. Diese Auffassung widerspricht schon den in interdisziplinären Vereinbarungen über die Zusammenarbeit zwischen Anästhesist und Operateur geregelten Grundsätzen, nämlich dem Grundsatz der strikten Arbeitsteilung und dem Vertrauensgrundsatz, die die Basis der Vereinbarung zwischen den Fachgebieten sind. Folgerichtig verneint der BGH diese Auffassung und führt in den Entscheidungsgründen aus:

> *„a) … Aufklärungspflichtig ist grundsätzlich jeder Arzt für diejenigen Eingriffs- und Behandlungsmaßnahmen, die er selbst durchführt, und nur soweit sein Fachgebiet betroffen ist.... Da die anästhesiologische Aufklärung durch den Beklagten zu 2 (= Anästhesist)- wenn auch später - erfolgt ist, konnte sich der Bekl. zu 1 (= Chirurg) auf eine Aufklärung über die chirurgischen Risiken des Eingriffs beschränken und musste nicht auch noch - wie die Revision meint - über die Risiken der für den Eingriff erforderlichen Anästhesie aufklären."*

Der BGH wendet konsequent den bei der interdisziplinären Zusammenarbeit geltenden Vertrauensgrundsatz und den Grundsatz der strikten Arbeitsteilung an, auf denen die Vereinbarungen zwischen den Fachgebieten basieren[3].

Aufklärung / Einwilligung beider Elternteile notwendig?

Mit der Klage wird weiter behauptet, beide Elternteile seien aufzuklären; dies sei unterlassen worden. Der BGH differenziert:

> *„Nach gefestigter Rechtsprechung des erkennenden Senats... bedarf es bei einem minderjährigen Kind in den Fällen, in denen die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam zusteht, zu einem ärztlichen Heileingriff der Einwilligung beider Elternteile. Jedoch wird man, jedenfalls in Routienefällen, davon ausgehen können, dass der mit dem Kind beim Arzt erscheinende Elternteil ermächtigt ist, die Einwilligung in die ärztliche Behandlung für den abwesenden Elternteil mitzuerteilen, worauf der Arzt in Grenzen vertrauen darf, solange ihm keine entgegenstehenden Umstände bekannt sind. In anderen Fällen, in denen es um ärztliche Eingriffe schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken geht, wird sich der Arzt darüber hinaus vergewissern müssen, ob der erschienene Elternteil die Ermächtigung des anderen hat und wie weit diese reicht; er wird aber, solange dem nichts entgegensteht, auf eine wahrheitsgemäße Auskunft des erschienenen Elternteils vertrauen dürfen. Darüber hinaus kann es angebracht sein, auf den erschienenen Elternteil dahin einzuwirken, die vorgesehenen ärztlichen Eingriffe und deren Chancen und Risiken noch einmal mit dem anderen Elternteil zu besprechen. Geht es um schwierige und weitreichende Entscheidungen über die Behandlung des Kindes, etwa um eine Herzoperation, 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 nicht von vornherein nahe. Deshalb muss sich der Arzt in einem solchen Fall die Gewissheit verschaffen, dass der nicht erschienene Elternteil mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes einverstanden ist…."*

„3-Stufen-Theorie" des BGH[4]

- **Routinefälle/leichtere Erkrankungen:** „Arzt (darf) sich im allgemeinen ungefragt auf die Ermächtigung des erschienenen Elternteiles zum Handeln für den anderen verlassen"
- **Eingriffe schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken:** „Arzt (muss sich) darüber hinaus vergewissern, ob der erschienene Elternteil die beschriebene Ermächtigung des anderen hat und wie weit diese reicht; er wird aber, solange dem nichts entgegensteht, auf eine wahrheits-

2 Urteil im Volltext: www.bda.de/urteile/db/
3 Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der operativen Patientenversorgung des BDA und des BDC. Anästh Intensivmed 1982, S. 403ff (www.bda.de)
4 BGH, Urteil vom 28.06.1988, Az. VI ZR 288/87 (NJW 1988, 2946 ff.).

gemäße Auskunft des erschienenen Elternteils vertrauen dürfen“

- **schwierige und weitreichende Eingriffe mit erheblichen Risiken:** „Der Arzt (muss sich)... die Gewissheit verschaffen, dass der nicht erschienene Elternteil mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes einverstanden ist“.

Der Operateur führt zwar das Aufklärungsgespräch nur mit der Mutter, konnte aber aufgrund der vorliegenden Umstände des Falles davon ausgehen, dass auch der Vater mit dem aus chirurgischer Sicht relativ einfachen und objektiv dringlichen Eingriff einverstanden war. Denn schließlich war der Vater mit in die Praxis gekommen, begleitete jedoch seine Ehefrau nicht in das Behandlungszimmer, in dem das Aufklärungsgespräch stattfand, sondern füllte das ihm übergebene Aufklärungsformular aus und unterzeichnete es ebenso wie seine Ehefrau. Unter diesen Umständen durfte der Operateur davon ausgehen, dass der Vater die Mutter ermächtigt hatte, das Aufklärungsgespräch allein zu führen.

Telefonische Aufklärung

Auch die anästhesiologische Aufklärung ist nach Auffassung des BGH fehlerfrei. Das Telefongespräch genügte unter den besonderen Umständen des Streitfalles den Anforderungen an ein vertrauensvolles Gespräch zwischen Arzt und Patient. Der BGH führt hierzu aus:

> *„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.... Dem Patienten bleibt es unbenommen, auf einem persönlichen Gespräch zu bestehen. Handelt es sich dagegen um komplizierte Eingriffe mit erheblichen Risiken, wird eine telefonische Aufklärung regelmäßig unzureichend sein“.*

Der BGH räumt ein, dass die Anästhesie „gewisse, durchaus erhebliche, aber insgesamt seltene Risiken“ mit sich bringt. Das Telefonat hatte aber 15 Minuten gedauert und wurde von dem Vater selbst als angenehm und vertrauensvoll bezeichnet. Unter diesen Umständen sieht der BGH im Vorgehen des Anästhesisten eine zulässige und wirksame Aufklärung.

Der BGH misst dabei - wie auch schon in der Vorinstanz das Oberlandesgericht München - dem Umstand besondere Bedeutung bei,

> *„dass der Beklagte zu 2 (= Anästhesist) bei seinem Telefongespräch mit dem Vater darauf bestanden hat, dass beide Elternteile am Morgen vor der Operation anwesend sind, nochmals Gelegenheit zu Fragen erhalten und sodann ihre Einwilligung zur Operation durch Unterzeichnung des Anästhesiebogens einschließlich der handschriftlichen Vermerke erteilen. Dabei durfte der Beklagte zu 2 mangels entgegenstehender Anhaltspunkte aufgrund des vorangegangenen telefonischen Aufklärungsgesprächs mit dem Vater davon ausgehen, dass dieser bereits die vorgesehenen ärztlichen Eingriffe und deren Chancen und Risiken mit der Mutter besprochen hatte.“*

Fazit

Die Entscheidung des BGH ist zu begrüßen, denn für eine telefonische Aufklärung kann es „durchaus ein praktisches Bedürfnis (weite Anreise, Kosten- und Zeitverlust) geben“, so schon das OLG München in der Vorinstanz. Allerdings verlangt der BGH die Beachtung gewisser Kautelen, soll eine fernmündliche Aufklärung wirksam sein.

Ein telefonisches Aufklärungsgespräch muss sehr sorgfältig vorbereitet werden. Es ist nach den Feststellungen des BGH dringend anzuraten, dem Patienten bereits vorab den Aufklärungsbogen zu überreichen oder zu übersenden und mit ihm einen Telefontermin zu vereinbaren. Damit begegnet man von vornherein dem auch im entschiedenen Fall erhobenen Vorwurf, das Telefongespräch hätte unter Zeitdruck „zwischen Tür und Angel“ stattgefunden und der Patient sei „überrumpelt“ worden oder habe sich nicht in aller Ruhe dem wichtigen Gespräch widmen können. Nach der ergangenen Entscheidung muss dem Patienten auch stets die Möglichkeit gegeben werden, ein persönliches Aufklärungsgespräch „von Angesicht zu Angesicht“ mit dem Anästhesisten zu führen, sofern er dies wünscht. Er kann also sicher nicht aus organisatorischen Gründen der Behandlerseite auf eine telefonische Aufklärung verwiesen werden. Hieran besteht nach der Entscheidung des BGH kein Zweifel.

Prozessentscheidend ist letztlich auch eine sorgfältige Dokumentation des Aufklärungsgesprächs, weshalb nach der Entscheidung des BGH neben den Aufklärungsinhalten auch der vereinbarte Telefontermin und unbedingt auch das Einverständnis des Patienten mit der telefonischen Aufklärung schriftlich festgehalten werden sollte.

Tipps für die Praxis

- Telefonische Aufklärung -

- nur bei Routineeingriffen zulässig!
- Aufklärungsbogen vorher überreichen
- Persönliches Gespräch anbieten
- Telefontermin vereinbaren
- Am OP-Tag Gelegenheit zu Fragen geben
- Mündlich erteilte Einwilligung am OP-Tag schriftlich bestätigen lassen
- Sorgfältige Dokumentation
- Minderjährige Patienten: „3-Stufen-Theorie“ beachten
- Voruntersuchung / Vorbefundung sicherstellen.

Auch wenn eine telefonische Aufklärung bei Beachtung der vom BGH aufgestellten Grundsätze zulässig ist, entbindet dies den Arzt keinesfalls von seiner darüber hinaus bestehenden und zu beachtenden Verpflichtung, bei dem Patienten rechtzeitig die vom Fachgebiet für notwendig erachteten Voruntersuchungen durchzuführen, ggfls. Befunde zu erheben und entsprechend zu dokumentieren. Dies ist bei der zeitlichen Planung am OP-Tag organisatorisch zu berücksichtigen.

Beweislast bei Lagerungsschaden

Dr. iur. E. Biermann, Nürnberg

Nach zivilrechtlichen Grundsätzen hat der Patient drei Dinge zu beweisen: den Behandlungsfehler des Arztes, seinen Schaden und dass der Schaden auf dem Behandlungsfehler des Arztes beruht (Kausalzusammenhang). Anders ist es aber dann, wenn feststeht, dass der Schaden des Patienten aus einem Bereich stammt, der vom Krankenhaus bzw. von den Ärzten an sich voll beherrscht werden kann. Dann verlangt die Rechtsprechung, dass Krankenhaus und Arzt sich von einer Verschuldens- oder Fehlervermutung entlasten. Zu solchen „voll beherrschbaren Risikobereichen" gehört nach der Rechtsprechung die Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch.

Mit einem Lagerungsschaden hatte sich auch das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz (Urteil v. 22.10.2009, Az.: 5 U 662/09, MedR 2010, 28: 416 - 418) zu beschäftigen. Ein Patient, Unfallchirurg, klagt postoperativ nach einer mehr als 10-stündigen urologischen Operation über Sensibilitätsstörungen im rechten Arm, die er darauf zurückführt, dass intraoperativ der Nervus ulnaris geschädigt wurde. Er rügt eine nicht sachgemäße Lagerung seines Armes und einen Aufklärungfehler. Der beklagte Arzt schließt eine fehlerhafte Lagerung des Armes aus und weist darauf hin, dass der Patient als unfallchirurgischer Chefarzt das Risiko von Lagerungsschäden gekannt hätte. Das Oberlandesgericht kommt ebenso wie das Landgericht zu dem Ergebnis: die Klage ist nicht begründet. Zwar geht das OLG zugunsten des Patienten davon aus, dass ein Lagerungsschaden intraoperativ entstanden ist. Doch der beklagte Arzt habe sich entlastet, da er beweisen konnte, dass die Lagerung ordnungsgemäß erfolgt ist. Dazu weist das OLG auf Folgendes hin:

> *„Grundsätzlich trifft den Arzt die Darlegungs- und Beweislast für die technische richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch und in der postoperativen Aufwachphase. Auch muss die Behandlungsseite nachweisen, dass sämtliche zum Schutz des Patienten vor etwaigen Lagerungsschäden einzuhaltenden Regeln beachtet wurden. Diese Beweislastverteilung beruht auf der Überlegung, dass es sich um Maßnahmen handelt, die dem Risiko des Krankenhauses und dem ärztlichen Bereich zuzuordnen und voll beherrschbar sind … ."*

An diesen Nachweis sind keine überzogenen, sondern „maßvolle, den Klinikalltag berücksichtigende" Anforderungen zu stellen, sondern, so das OLG, weil

> *„ … richterliche Überzeugung keine mathematische Gewissheit erfordert. Ausreichend ist vielmehr ein Grad von Wahrscheinlichkeit, der vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet. Dass die zur Lagerung des Armes befragten Zeugen nach derart langer Zeit nicht mehr jedes Detail der seinerzeit getroffenen Vorsorge- und Sicherungsmaßnahmen berichten konnten, liegt in der Natur der Sache. Es handelte sich um standardisierte Abläufe im Operationsalltag selbst kleinerer Kliniken, erst recht jedoch in dem einer großen Universitätsklinik. Eine dauerhaft im Gedächtnis haftende Erinnerung an einen bestimmten Einzelfall tritt nach aller Erfahrung nur dann ein, wenn vom Üblichen abgewichen wurde oder wenn es sonst unter der Operation signifikante Besonderheiten gab. Dafür besteht hier keinerlei Anhaltspunkt."*

Anders wäre es nur, wenn eine Prädisposition des Patienten (z. B. vorgeschädigter Arm) bekannt gewesen wäre oder hätte erkannt werden müssen. Eine solche war im konkreten Fall jedoch nicht erkennbar, es konnte auch ausgeschlossen werden, dass eine äußere unsachgemäße Einwirkung Dritter (z. B. Abstützen von Hilfspersonen auf dem Arm) stattgefunden hatte. Nach dem Beweisergebnis steht fest, dass die behandelnden Ärzte alle gebotenen Sicherungsmaßnahmen getroffen hatten.

> *„Hat … die Behandlungsseite den Nachweis geführt, sämtliche Sicherheitsmaßnahmen getroffen zu haben, die nach den seinerzeit bestehenden Erkenntnissen erforderlich waren, dann haftet der Beklagte nicht. Die abweichenden Überlegungen … (des Patienten, Anm. d. Verf.)… zur Reichweite der Beweislast des Arztes überzeugen nicht, weil sie darauf hinauslaufen, die Behandlungsseite für jedweden Lagerungsschaden haften zu lassen. Dies wäre jedoch nicht mit der Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft zu vereinbaren, dass es trotz größtmöglicher Sorgfalt bei der Lagerung des Patienten gleichwohl zu einem Lagerungsschaden kommen kann. …"*

So bleibt es zwar grundsätzlich bei der Verpflichtung von Krankenhaus und Arzt, bei beherrschbaren Risiken - z. B. Lagerung, aber auch Einsatz von Gerätetechnik - darzulegen, was sie zur Abwendung möglicher Gefahren getan bzw. warum sich diese dennoch verwirklicht haben. Aber das Oberlandesgericht kommt dem Krankenhaus und den Ärzten entgegen, indem es deutlich macht, dass gerade bei standardisierten Abläufen an einen Entlastungsbeweis des Krankenhauses und des Arztes maßvolle und nicht überzogene Anforderungen zu stellen sind.

Ein Behandlungsfehler kam also nach Auffassung des OLG nicht in Betracht, weil - wie Arzt und Krankenhaus darlegen konnten - alle erforderlichen Sicherungsmaßnahmen getroffen waren. Es handelte sich also um die Verwirklichung eines schicksalshaften, auch bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt nicht sicher beherrschbaren Risikos. Damit wird dem Patienten dann aber zwangsläufig das nächste Stichwort gegeben: Aufklärungsrüge! So auch hier, „hilfsweise" beklagt der Patient, er sei über den Lagerungsschaden nicht informiert worden. Wie steht es mit diesem Einwand?

Hierzu stellt das OLG fest,

> *„ … dass ein jahrzehntelang als Unfallchirurg tätiger Arzt nicht über die Gefahr eines Lagerungsschadens aufgeklärt werden muss, weil er diese Gefahr aus seinem Berufsalltag kennt … ."*