

JUS-Letter

September 2017 | Jahrgang 17 | Ausgabe 3

BDAktuell

In dieser Ausgabe:

Aufklärung fremd- sprachiger Patienten	513
Alternativlos – gibt's nicht?	515

Aufklärung fremdsprachiger Patienten

– Oberlandesgericht (OLG) Köln,
Urt. v. 09.12.2015, Az. 5 U 184/14 –

Dr. iur. Elmar Biermann, Nürnberg

Aufklärung muss verständlich sein

Nach § 630e Abs. 2 Ziff. 3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) muss die Aufklärung für den Patienten verständlich sein. Haben die Patienten nicht schon das notwendige Entscheidungswissen (vorherige Aufklärung, eigenes medizinisches Fachwissen etc.) oder auf nähere Aufklärung ausdrücklich verzichtet (§ 630e Abs. 3 BGB), dann ist die vorherige, rechtzeitige und adäquate Aufklärung Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung der Patienten. Die Informationsvermittlung wird bei ausländischen, nicht hinreichend deutsch verstehenden Patienten problematisch. Denn kann der Patient „dem in deutscher Sprache geführten Aufklärungsgespräch“ nicht folgen, „muss das Aufklärungsgespräch in einer dem Patienten verständlichen Sprache geführt oder in eine solche übersetzt werden“¹. In solchen Fällen kann eine Kommunikation mit dem Patienten ohne Hinzuziehung eines Sprachmittlers wohl kaum erfolgen. Leider schweigt das Patientenrechtegesetz zur Qualifikation eines solchen Sprachmittlers. Häufig begleiten Angehörige oder Bekannte den Patienten. Doch muss sich der Arzt in diesen Fällen vergewissern, dass diese Begleitpersonen als Übersetzer insoweit in Frage kommen, als sie die deutsche

Sprache hinreichend verstehen und in der Lage sind, das ärztlich Mitgeteilte dem Patienten zu vermitteln.

Den Beweis einer ausreichenden und verständlichen Aufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung müssen die behandelnden Ärzte führen.

Der Fall des OLG Köln

Im Fall des OLG Köln ging es um einen türkischen Patienten, der deutschen Sprache kaum mächtig, dem eine Hüftendoprothese implantiert wurde. Das Aufklärungsgespräch führte einer der Operateure mit dem Patienten und seiner Ehefrau. Der Operateur vermerkte auf dem Aufklärungsbogen „Frau als Übersetzerin anwesend“. Infolge des operativen Eingriffs kam es bei dem Patienten zu einer Ischiadikusparese, der Patient klagt und erhebt neben dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers die Aufklärungsrüge. Er behauptet, seine Ehefrau spreche nur unzureichend deutsch, deswegen hätte ein Dolmetscher hinzugezogen werden müssen.

Ordnungsgemäße Aufklärung nicht bewiesen

Nach Auffassung des OLG Köln haben die Ärzte den Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung und damit einer wirksamen Einwilligung des Patienten nicht geführt. Denn der Senat ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht davon überzeugt, „dass dem Kläger eine Aufklärung zu Teil wurde, die er auch



**Berufsverband
Deutscher Anästhesisten**

- Justitiare -

Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg

Telefon: 0911 93378 17
0911 93378 19
0911 93378 27

Telefax: 0911 3938195

E-Mail: Justitiare@bda-ev.de
Internet: www.bda.de

¹ OLG Hamm, Urt. v. 11.09.2000, VersR 2002, 1992

verstehen konnte. Dabei geht der Senat zunächst davon aus, dass der Beklagte zu 2 (Anm. d. Verf.: einer der Operateure) in dem mit dem Kläger und seiner Ehefrau ... durchgeführten Gespräch den Eingriff als solchen und seine Risiken erläutert hat. ...“

Informationen müssen verstanden werden

Trotzdem geht das OLG Köln nicht von einer wirksamen Aufklärung aus: „Zweifel an einer ordnungsgemäßen Aufklärung sind jedoch deswegen verblieben, weil auch nach Anhörung des Beklagten zu 2 und Vernehmung des Zeugen Dr. T nicht mit der notwendigen Sicherheit angenommen werden kann, dass der Kläger die Ausführungen des Beklagten zu 2 auch verstanden hat. Unstreitig ist der aus der Türkei stammende Kläger der deutschen Sprache kaum mächtig und war deswegen ohne Übersetzungshilfe nicht in der Lage, dem Aufklärungsgespräch zu folgen. Der Beklagte zu 2 musste daher sicherstellen, dass dem Kläger durch eine Übersetzung von der deutschen in die türkische Sprache der Inhalt des Aufklärungsgesprächs vermittelt wurde. Die Beklagten haben behauptet, die Ehefrau des Klägers habe aus der deutschen Sprache ins Türkische übersetzt. Für den Senat sind nach Anhörung des Klägers und des Beklagten zu 2 sowie nach Vernehmung der Zeugin T2 D und Dr. T jedoch Zweifel verblieben, ob die Sprachkenntnisse der Zeugin D ausreichend waren, um eine ausreichende Übersetzung zu gewährleisten.“

Überprüfung des Sprachvermögens

Wovon muss sich der Arzt nach Auffassung des OLG Köln überzeugen? „Wird ein der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtiger Patient in deutscher Sprache aufgeklärt und werden die Erläuterungen des aufklärenden Arztes ... durch einen Familienangehörigen übersetzt, muss der Arzt in geeigneter Weise überprüfen, ob der als Dolmetscher agierende Familienangehörige seine Erläuterungen verstanden hat. Hierzu muss der Arzt sich zumindest einen ungefähren Eindruck von den sprachlichen Fähigkeiten des Überset-

zers verschaffen. Anschließend muss er durch eigene Beobachtung feststellen, dass dem Patienten übersetzt wird und er muss aus der Länge des Übersetzungsvorgangs den Schluss ziehen können, dass eine vollständige Übersetzung vorliegt. Zum Schluss muss der Arzt sich durch Rückfrage an den Patienten einen Eindruck davon verschaffen, ob dieser die Aufklärung auch verstanden hat. Hat der aufklärende Arzt Zweifel, ob der Patient seine Ausführungen verstanden hat oder muss er solche Zweifel haben, ist er gehalten, sich der Hilfe eines Dolmetschers zu bedienen, von dessen ausreichenden Sprachfähigkeiten er hinreichend sicher ausgehen kann.“

Sprachvermögen hinreichend geprüft?

Das OLG Köln ist nicht der Auffassung, dass der Arzt sich von den sprachlichen Fähigkeiten der Ehefrau in einem ausreichenden Maß überzeugt hat: „Der Beklagte zu 2 hat im Rahmen seiner mündlichen Verhandlung nicht dargelegt, dass und wie er sich von den sprachlichen Fertigkeiten der übersetzenden Person überzeugt. Nach dem Ergebnis der Vernehmung der Zeugin D sind für den Senat auch erhebliche Zweifel verblieben, ob die Zeugin überhaupt so gut deutsch verstehen konnte, dass sie eine Aufklärung über eine Operation mit Implantation einer Hüft-Totalendoprothese und über deren Risiken inhaltlich folgen konnte. ... Der Senat geht ... davon aus, dass die Zeugin sehr wohl über einen Wortschatz verfügt, der ihr eine Kommunikation im Alltag ermöglicht. Aus den aus Sicht des Senates zweifellos bestehenden, offenbar nicht nur rudimentären Deutschkenntnissen der Zeugin D lässt sich jedoch nicht der Schluss ziehen, dass sie auch den Ausführungen des Beklagten zu 2 im Rahmen des medizinischen Aufklärungsgesprächs so folgen konnte, dass eine umfassende und zutreffende Übersetzung an den Kläger möglich war. Dem im Hause der Beklagten verwendeten Aufklärungsbogen, an dem sich der Beklagte zu 2 bei seiner mündlichen Aufklärung orientiert hat und den er mit entsprechenden Unterstreichungen

versehen hat, lässt sich entnehmen, dass der Beklagte zu 2 über eine Vielzahl von Komplikationen und Risiken aufgeklärt hat, was – selbst bei unterstelltem Weglassen von medizinischen Fachbegriffen – einer gewissen Sprachfertigkeit des Übersetzers bedarf, die über das hinausgeht, was man für eine Kommunikation im Alltag braucht. Soweit der Beklagte zu 2 beispielsweise über Allergien, Wundheilungsstörungen, Blutvergiftung, Herzinnenwandentzündungen, Narbenwucherungen, Nachblutungen, Blutgerinnselbildungen, aufgeklärt hat, ist für den Senat nicht ersichtlich, wie Sinn und Bedeutung dieser Risiken einer Person mit nur geringen Sprachkenntnissen verständlich gemacht werden können. ... Auch nach den Bekundungen des Zeugen Dr. T, der die anästhesiologische Aufklärung durchgeführt hat, steht nicht fest, dass die Zeugin D so gut deutsch verstehen konnte, dass eine Übersetzung möglich war. Der Zeuge hatte schon keine sichere Erinnerung mehr daran, ob die Ehefrau bei der Aufklärung anwesend war.“

Pflicht des Arztes nach elektiven Eingriffen

Das OLG Köln fasst dann zusammen: „Der Senat übersieht nicht die Schwierigkeiten, im Fall einer medizinischen Aufklärung von sprachunkundigen Patienten einen Weg zu finden, der einerseits sicherstellt, dass der Patient die Aufklärung versteht und andererseits aber auch im klinischen Alltag praktikabel ist. Zumindest im Fall einer umfangreichen und komplexen Aufklärung über eine nicht eilbedürftige Operation an der Hüfte, wie sie hier anstand, muss der aufklärende Arzt aber im Zweifelsfall durch Hinzuziehung eines professionellen Dolmetschers, eines gut sprachkundigen Angehörigen oder eines für eine Übersetzung geeigneten Mitglieds des Krankenhauspersonals sicherstellen, dass der Patient dem Aufklärungsgespräch inhaltlich folgen kann.“

Hypothetische Einwilligung

Dennoch hat der klagende Patient auch vor dem OLG keinen Erfolg. Nach § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB können sich die Ärzte auch dann, wenn die Aufklärung

mangelhaft war, darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte (sog. hypothetische Einwilligung). Davon geht das OLG Köln aus. Angesichts des Leidensdrucks des Patienten ist das OLG nicht davon überzeugt, dass der Patient, wenn er ordnungsgemäß über den Eingriff und seine Risiken aufgeklärt worden wäre, ernsthaft vor der Frage gestanden hätte, ob er seine Einwilligung in die Operation erteilt oder nicht. Der klagende Patient konnte dem OLG Köln einen von ihm behaupteten Entscheidungskonflikt nicht plausibel machen. Damit hat der Patient den Haftungsprozess in beiden Instanzen verloren.

Konsequenzen für die Praxis

Drängt sich den behandelnden Ärzten der Eindruck auf, dass die eingesetzten Sprachmittler – und es muss sich, dies hat ja auch das OLG Köln anerkannt, nicht stets um staatlich geprüfte und anerkannte Dolmetscher handeln – nicht in der Lage sind, dem Patienten die Aufklärungsinhalte zu verdeutlichen oder wirkt der Patient verunsichert, dann müssen die Ärzte – von zeitlich dringenden Notfällen abgesehen, bei denen notwendige ärztliche Maßnahmen in der Regel unter dem Aspekt der mutmaßlichen oder eventuell hypothetischen Einwilligung erlaubt sind – die Behandlung aufschieben oder u. U. sogar verweigern, bis für einen geeigneten Sprachmittler gesorgt werden kann. Dabei gilt: Die Anforderungen an die Qualität der Übersetzung und die Überprüfung des Verständnisvermögens sind umso höher, je risikoreicher und schwerwiegender die geplante Maßnahme ist.

Kosten

Aus der Tatsache, dass Arzt und Krankenhaussträger verpflichtet sind, für Sprachmittler bei der Versorgung nicht hinreichend deutsch verstehender Patienten zu sorgen, lässt sich aber nicht die Pflicht ableiten, dass die Kosten eines Sprachmittlers/Dolmetschers zulasten des Krankenhauses/der Ärzte gingen. Der Wortlaut des Patientenrechtegesetzes schweigt, allerdings führt die Bundesregierung in der Begründung zum

Gesetzentwurf – quasi als Zusammenfassung des hier Dargelegten – aus: „Bei Patienten, die nach eigenen Angaben oder nach der Überzeugung des Behandelnden der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig sind, hat die Aufklärung in einer Sprache zu erfolgen, die der Patient versteht. Erforderlichenfalls ist eine sprachkundige Person oder ein Dolmetscher auf Kosten des Patienten hinzuzuziehen.“²

Alternativlos – gibt's nicht?
– Oberlandesgericht (OLG) Hamm,
Urt. v. 07.12.2016, Az. 3 U 122/15 –

Dr. iur. Elmar Biermann, Nürnberg

Sachverhalt

Nach mehreren Voruntersuchungen, an die sich jeweils eine Bedenkzeit für die Eltern des 9-jährigen Patienten anschloss und einem Aufklärungsgespräch im November 2012, sollte eine Operation eine neue Verbindung zwischen dem Nierenbecken und dem Harnleiter des Jungen schaffen, um die Abflussverhältnisse der linken Niere, die nur noch eine Funktion von 22% aufwies, zu verbessern. Aufgrund nicht vorhersehbarer anatomischer Besonderheiten stellte sich intraoperativ heraus, dass die geplante Rekonstruktion nicht möglich war. Daraufhin wurde der Eingriff unterbrochen, den Eltern – die Mutter war im Krankenhaus persönlich anwesend, der Vater wurde telefonisch erreicht – teilten die Ärzte die veränderte Situation mit und empfahlen eine sofortige Entfernung der Niere. Die Eltern erteilten mündlich die Einwilligung in die Entfernung der Niere, der Eingriff wurde fortgeführt und die linke Niere des Patienten entfernt. In der Folge erhebt das Kind, vertreten durch die Eltern, Klage, behauptet Behandlungsfehler und macht Aufklärungsmängel geltend.

Entscheidung der ersten Instanz

Das Landgericht (LG) weist die Klage ab. Behandlungsfehler seien nicht feststellbar. Eine Aufklärungspflichtverletzung liege nicht vor. Vor dem Eingriff sei von einer ordnungsgemäßen Aufklärung und einer wirksamen Einwilligung auszugehen. Während des Eingriffs habe eine

Aufklärung über die Alternativen nicht stattfinden können, da einerseits Zeitdruck bestand, andererseits auch ein besonderer Druck durch die Situation des anästhesierten und in der Operation befindlichen Kindes und wegen der Angst der Eltern um ihr Kind; in einer solchen Situation könnten medizinisch denkbare differential-therapeutische Alternativen mit den Kindeseltern als Laien nicht besprochen und abgewogen werden.

Entscheidung des OLG

Das OLG sieht zwar auch keinen Behandlungsfehler, meint jedoch, dass die intraoperative Aufklärung nicht ausreichend sei und begründet dies so:

„Als sich intraoperativ herausstellte, dass der linke Harnleiter atrophiert und sehr dünnwandig war und die – auch sehr dünnen – Fäden keine Verankerung des äußerst zarten Harnleiters im Nierenbecken zuließen, so dass die ursprünglich geplante Rekonstruktion des Nierenbeckenabgangs aufgrund der anatomischen Besonderheiten des Harnleiters nicht möglich war, lag eine neue Situation vor, die eine Änderung der Behandlung erforderlich machte. Dies erforderte auch eine neue Aufklärung und eine neue Einwilligung der sorgeberechtigten Eltern... Von einem solchen erneuten Einwilligungserfordernis sind in der Akutsituation auch die Beklagten (Anm. d. Verf.: der Krankenhaussträger und die beklagte Operateurin) ausgegangen, denn die Operation wurde unterbrochen, die Beklagte zu 2 (Anm. d. Verf.: die Operateurin) verließ den Operationsaal, um mit den Eltern des Klägers (Anm. d. Verf.: geschädigtes Kind) über das weitere Vorgehen zu sprechen.“

Alternative oder spekulative Verfahren?

Präoperativ hatten die Eltern zwar die Zustimmung zum operativen Eingriff erteilt, sich aber unstreitig ausdrücklich gegen eine von den Beklagten empfohlene Nierenentfernung anstelle der Rekonstruktion des Nierenbecken-Harnleiterübergangs ausgesprochen. Das OLG

² Bundesdrucksache 17/10488 v. 15.08.2012

stellt fest, dass die Operateurin „den Kindeseltern anlässlich der Unterbrechung der Operation die neue Situation erläutert und die Entfernung der linken Niere – sofort oder nach einer Übergangslösung (mit einem Abfluss nach außen über eine Fistel) in einem weiteren Eingriff – als alternativlos dargestellt und die sofortige Nierenentfernung empfohlen hat. Über die Möglichkeit zum Erhalt der Niere hat die Beklagte zu 2 mit den Kindeseltern nicht gesprochen, weil diese für sie nicht in Betracht kamen.“

OP-Abbruch?

„Nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. F. – bestand intraoperativ keine zwingende Notwendigkeit, die Niere sofort und unmittelbar zu entfernen. Es wäre möglich gewesen, die Operation dergestalt zu beenden, dass das Nierenbecken verschlossen und die Niere über eine Nieren-Haut-Fistel abgeleitet wird, um danach die weitere Vorgehensweise mit den Eltern zu besprechen.“

Riskante, nicht empfohlene „Alternativen“?

„Die Nierenentfernung ist auch nicht unumgänglich gewesen. Neben der Nierenentfernung hätte in einem zweizeitigen Eingriff auch die Möglichkeit bestanden, nierenerhaltend zu operieren (entweder durch einen Harnleitersatz, durch Darm- oder durch eine Nierenautotransplantation) und dadurch eventuell die Restfunktion der linken Niere zu erhalten. Diese nierenerhaltenden Operationen wären – so der Sachverständige im Senatstermin – mit einem höheren Risiko und sehr zweifelhaftem Erfolg verbunden gewesen. ...“

Weiter stellt das OLG Folgendes fest: „Diese sind zwar schwierig und riskant und würden deshalb vom Sachverständigen in einem von ihm geführten Aufklärungsgespräch auch nicht empfohlen. Die Operationen stellten jedoch, wenn eine Nierenentfernung unter keinen Umständen in Betracht kommt, nach den Ausführungen des Sachverständigen die dann verbleibenden Möglichkeiten dar. Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht des Senates nicht von Bedeutung, dass es sich nach Einschätzung des

Sachverständigen um eher spekulative Maßnahmen handelt, die im regulären Aufklärungskatalog nicht primär vorkommen und 90-95% der Urologen dies nicht machen würden, sondern die Niere entfernen würden.“

Das OLG führt weiter aus, „dass eine intraoperative Aufklärung über die Einzelheiten der nierenerhaltenden Eingriffe angesichts der Kürze der bei einer Operationsunterbrechung zur Verfügung stehenden Zeit und der Komplexität dieser Operationsmethoden nicht möglich und auch nicht geboten war, zumal die Eltern in der überraschend aufgetretenen neuen Situation, die der Sachverständige im Kammertermin als „Horrorsituation“ bezeichnet hat und die unstreitig zu einer Überforderung der Kindeseltern führte, keine ausreichende Zeit für eine Abwägung der verschiedenen Möglichkeiten und ggfs. eine Beratung durch Dritte gehabt hätten.“

OP-Abbruch zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes?

Doch meint das OLG, es hätte „zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts jedoch der intraoperativen Aufklärung dahingehend bedurft, dass neben der sofortigen, aus Sicht der Beklagten besseren und zu empfehlenden Nierenentfernung auch ein Abbruch der Operation mit einer Ableitung des Harns nach außen für eine Übergangszeit war, in der dann eine Aufklärung, Beratung und Entscheidung in Bezug auf mögliche andere, aber riskante und schwierige Wege der Nierenerhaltung, die aus Sicht der Beklagten ungünstige Erfolgsaussicht haben, erfolgen konnte.“ Nach Sicht des Senates ist nicht erforderlich, „dass die nierenerhaltenden Operationen eine echte Behandlungsalternative zur Nierenentfernung waren, also medizinisch gleichermaßen indiziert, üblich und gleichwertig, aber mit unterschiedlichen Risiken und Erfolgchancen behaftet. Denn die Kindeseltern mussten intraoperativ nur entscheiden, ob der Eingriff mit einer Übergangslösung und einer dadurch eröffneten Überlegungsfrist in Bezug auf das weitere Vorgehen oder mit einer bereits endgültigen Nierenentfernung beendet werden sollte. Die

Beendigung mit einer Harnableitung nach außen und einer Urinsammlung in einem externen Beutel wäre für den Kläger nach Ausführung des Sachverständigen im Senatstermin machbar gewesen und hätte die Lebensqualität des Klägers nur etwas eingeschränkt. Dem Kläger drohten aus dem Abbruch der Operation und der Übergangslösung also keine besonderen Gefahren; es wäre dann jedoch auf jeden Fall ein weiterer Eingriff erforderlich gewesen, der jedenfalls mit dem allgemeinen Operationsrisiko und den eingriffsspezifischen Risiken verbunden gewesen wäre.“

Fasst man die Überlegungen des OLG zusammen, dann hätte man dem kleinen Patienten in jedem Fall eine weitere Operation zumuten müssen, damit seine Eltern die Zeit gewinnen, in aller Ruhe zu erkennen, dass es zur Entfernung der Niere keine ernsthafte, dem Wohl des Kindes entsprechende Alternative gab, – wenn man davon ausgeht, dass die nierenerhaltende Operation nicht indiziert und damit keine echte Alternative ist, wie das OLG ja selbst einräumt. Vorausgesetzt, die Ausführungen des Sachverständigen treffen zu, wäre jede andere Entscheidung als die, die Niere zu entfernen, medizinisch wohl unvernünftig gewesen. Zwar kann der ein-sichtsfähige Patient für sich selbst durchaus auch unvernünftige Entscheidungen treffen, an die der Arzt, sofern eine Behandlung abgelehnt wird, auch gebunden ist. Aber der Patient kann den Arzt nicht zu einer aus Sicht des Arztes unvernünftigen Operation drängen. Das gilt erst recht, wenn Entscheidungen zulasten Dritter, hier durch die sorgeberechtigten Eltern zulasten ihres Kindes, getroffen werden. Im Ergebnis verschafft das OLG Hamm den Eltern zwar Zeit, die von den Ärzten schon intraoperativ gestellte Indikation zur Nierenentfernung und die „medizinische Unvernunft anderer Alternativen“ in Ruhe nachvollziehen zu können, zwingt aber das Kind dazu, einen weiteren Eingriff über sich ergehen zu lassen. Ist dies die „Kehrseite freier Selbstbestimmung“ oder eher eine Fehldeutung des Kindeswohls?
