

## JUS-Letter

Juni 2022 | Jahrgang 22 | Ausgabe 2

# BDAktuell

### In dieser Ausgabe:

**Bedenkzeit zwischen  
Risikoauflklärung und  
OP-Einwilligung** V93

**Anspruch auf intensivmedizini-  
sche Maximaltherapie –  
aber nicht unbegrenzt!** V95

### Bedenkzeit zwischen Risikoauflklärung und OP-Einwilligung

**RAin Andrea Pfundstein, Nürnberg**

#### Hanseatisches OLG Bremen, Urt. v. 25.11.2021, Az. 5 U 63/20

Wie schon das OLG Köln mit seinem Urteil vom 16.01.2019<sup>1</sup>, so greift nun auch das OLG Bremen in der Entscheidung vom 25.11.2021 (Az. 5 U 63/20)<sup>2</sup> tief in die Krankenhausorganisation ein. Zwar hat das Urteil zunächst nur den Rechtsstreit zwischen den Parteien entschieden. Gleichwohl sorgt dieser Fall schon jetzt für erhebliche Unruhe und stellt die bisher geübte Praxis infrage. Dies jedenfalls bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH), bei dem die maßgebliche Frage unter dem Az. VI ZR 375/21 in Revision anhängig ist: Welche Bedenkzeit muss dem Patienten zwischen Aufklärungsgespräch und Entscheidung über die Einwilligung gemäß § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB eingeräumt werden, damit die Einwilligung zum Eingriff (noch) wirksam ist?

#### Der Fall

Der Kläger litt unter chronisch rezidivierenden Ohrenentzündungen und Paukenergüssen. Am 28.10.2013 erfolgte eine Beratung in der Ambulanz der HNO-Klinik der Beklagten mit der Empfehlung einer operativen Begradigung der Nasenscheidewand und Nasennebenhöhlenoperation zur Optimierung der Nasenluftpassage. Erst im Anschluss

sollte über eine Operation der Ohren entschieden werden. Am 01.11.2013 unterzeichnete der Kläger nach einem Aufklärungsgespräch die Operationseinwilligung und wurde am 04.11.2013 stationär aufgenommen. Unter der OP trat eine stärkere arterielle Blutung auf, postoperativ war der Kläger nicht erweckbar. Im CT zeigte sich eine Hirnblutung. Die neurochirurgische Intervention ergab eine Verletzung der vorderen Hirnschlagader und die Durchtrennung eines Riechnervs infolge der ersten OP. Intubiert und beatmet wurde der Kläger auf der Intensivstation neurochirurgisch behandelt und am 08.11.2013 erneut operiert. Nach weiteren stationären und ambulanten Behandlungen in den beiden Folgejahren verbleibt eine gesundheitliche Beeinträchtigung mit einem Grad der Behinderung von 90 und Pflegestufe 2.

#### Aufklärungsrüge

In der 1. Instanz rügte der Kläger neben dem Vorwurf der unzureichenden präoperativen Diagnostik und der technisch fehlerhaften Operation am 04.11.2013 vor allem Aufklärungsfehler: Es habe keine Aufklärung über Behandlungsalternativen gegeben. Weder sei er auf ein mögliches Zuwarten und die weitere Behandlung der Ohren hingewiesen worden, noch darauf, dass die Nasen-OP gerade nicht dringlich oder vital indiziert

<sup>1</sup> <https://openjur.de/u/2152648.html>

<sup>2</sup> <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Bremen&Datum=25.11.2021&Aktenzeichen=5%20U%2063%2F20>



**Berufsverband  
Deutscher Anästhesisten e. V.**

- Justitiare -

Roritzerstraße 27  
90419 Nürnberg

Telefon: 0911 93378 17  
0911 93378 19  
0911 93378 27

Internet: [www.bda.de](http://www.bda.de)

gewesen sei. Auch ein Gespräch über die mit der OP allgemein verbundenen sowie die erkennbar hohen individuellen Risiken habe nicht stattgefunden. Der Kläger gab an, er hätte in Kenntnis eben dieser Risiken den Eingriff nicht durchführen lassen, sondern die Behandlung der Ohren fortgesetzt.

Mit seiner Klage auf Zahlung von 125.000 € Schmerzensgeld und Schadensersatz scheiterte der Kläger vor dem Landgericht Bremen (Urteil vom 02.12.2020, Az. 1 O 1708/17). Das Gericht sah die behaupteten Behandlungsfehler nicht als bewiesen an, die Aufklärung sei ausreichend gewesen.

In der Berufungsinstanz stellte der Kläger nun unter Hinweis auf das Urteil des OLG Köln vom 16.01.2019<sup>1</sup> insbesondere darauf ab, dass das Landgericht zu Unrecht eine wirksame Einwilligung in die Operation angenommen habe. Ihm sei keine hinreichende Bedenkzeit zwischen Aufklärungsgespräch und Operationseinwilligung zugestanden worden. Das beklagte Klinikum hielt dagegen, dass der Kläger im Beratungsgespräch vom 28.10.2013 über den Eingriff und die Alternativen und sodann im ärztlichen Aufklärungsgespräch am 01.11.2013 über den Eingriff und die damit verbundenen Risiken aufgeklärt und keineswegs zur Unterschrift gedrängt worden sei – wie es aber im Fall der Entscheidung des OLG Köln zutrif. Zudem werde im verwendeten Aufklärungsformular ausdrücklich auf die Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung hingewiesen. Jedenfalls habe der Kläger mit der tatsächlichen stationären Aufnahme am OP-Tag die (erneute) Erteilung oder Wiederholung seiner Einwilligung gegeben, sodass der Abstand von drei Tagen zwischen Aufklärung und Aufnahme in der Klinik ausreichend für eine wirksame Aufklärung sei. Der gerichtliche Sachverständige habe diese dem bundesweit allgemein üblichen Klinikstandard entsprechende Praxis der Beklagten nicht beanstandet. Rein vorsorglich berief sich die Beklagte auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung<sup>4</sup>.

Das OLG Bremen urteilte gleichwohl dem Grunde nach zugunsten des Klä-

gers, hob das Urteil 1. Instanz auf und ließ die Revision zum BGH in Bezug auf die Frage der Bedenkzeit zu.

### § 630e Abs. 2 S. 2 BGB

Das OLG Bremen stützt sich in seiner Urteilsbegründung auf § 630e Abs. 2 S. 2 BGB, wonach die Aufklärung so rechtzeitig erfolgen muss, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann.

Das Gericht führt dazu aus:

„Die Einwilligung des Kl., die dieser am 01.11.2013 mit Unterzeichnung des Aufklärungsbogens erteilte, war jedoch unwirksam, weil der Kl. keinerlei Bedenkzeit zwischen Aufklärung über die Risiken des Eingriffs und der Entscheidung über die Einwilligung gemäß § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB hatte. Eine wohlüberlegte Entscheidung kann schon nach dem Wortlaut des § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB nur treffen, wer ausreichend Zeit zum Überlegen hat. Wenn ein Krankenhaus aus organisatorischen Gründen die Übung hat, den Patienten unmittelbar im Anschluss an die Aufklärung zur Unterschrift unter die Einwilligungserklärung zu bewegen, kann in einem solchen Fall nicht von einer wohl überlegten Entscheidung ausgegangen werden... Sie wird vielmehr unter dem Eindruck einer großen Fülle von dem Patienten regelmäßig unbekanntem und schwer verständlichen Informationen und in einer persönlich schwierigen Situation abgegeben (...) Unstreitig hat der Kl. unmittelbar nach dem Aufklärungsgespräch am 01.11.2013 über die teils erheblichen Risiken, die mit der Operation verbunden sind, auf Bitten der Zeugin A. die Einverständniserklärung betreffend die streitgegenständliche Operation unterschrieben und damit nicht lediglich einen Nachweis über das stattgehabte Aufklärungsgespräch unterzeichnet, sondern seine Einwilligungserklärung (...) erteilt. Unbeachtlich ist insoweit, ob die Zeugin den Kl. zur Unterschrift gedrängt

hat... Entscheidend ist vielmehr, dass dem Kl. die bereits nach dem Wortlaut des § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB vorgesehene (Wohl-)Überlegungszeit nicht eingeräumt wurde und die Einwilligung daher unwirksam war.“

Ebenso unbeachtlich war der Termin des Klägers in der Beratungssprechstunde der Klinik drei Tage vor dem Eingriff. Denn hier wurde unstreitig keine Risiko-aufklärung vorgenommen.

### Einwilligung bei stationärer Aufnahme

Das OLG Bremen führt zu diesem Einwand der Beklagten aus, dass zwar die Einwilligung in einen Eingriff ausdrücklich oder konkludent – sprich durch faktisches Handeln wie eben die Aufnahme in die Klinik – erklärt werden kann, denn eine Form ist nicht verpflichtend vorgeschrieben. Für die Annahme einer solchen konkludenten Einwilligungserklärung des Klägers hätte er die am 01.11.2013 erteilte, schriftliche Einwilligung widerrufen müssen und die HNO-Klinik hätte zu Recht annehmen müssen, dass der Kläger erst mit der Aufnahme in die Klinik seine Einwilligung erteilt. Weder hat der Kläger einen solchen Widerruf erklärt, noch konnte die beklagte Klinik dies annehmen. Sie hat – nachvollziehbarerweise – den Patienten bei der Aufnahme auch nicht darauf hingewiesen, dass seine vorausgehende schriftliche Einwilligung unwirksam sei und er daher mit der Aufnahme seine rechtlich wirksame Einwilligung gebe.

### Hilfsweise hypothetische Einwilligung

Auch den Weg der hypothetischen Einwilligung durch die stationäre Aufnahme am 04.11.2013 ließ das Gericht nicht zu. Denn der Kläger hat bereits erstinstanzlich deutlich gemacht, dass er in Kenntnis aller Umstände die Einwilligung nicht erteilt hätte<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> BDAktuell JUS-Letter März 2022 (<https://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/jusletter/themenindex.html>)

## Auswirkung auf das Aufklärungs- und Einwilligungsprozedere?

Die Aufklärung muss so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann. In der Begründung zum Gesetzesentwurf von § 630e BGB (BT-Drks.17/10488 vom 15.08.2012) heißt es:

„Ein wichtiges Element der Neuregelung betrifft die Regelungen über die Einwilligung und über die Informations- und Aufklärungspflichten des Behandelnden. Ausdrücklich festgeschrieben werden soll, dass Patientinnen und Patienten verständlich und umfassend informiert werden müssen, etwa über erforderliche Untersuchungen, Diagnosen und beabsichtigte Therapien. Die geplante Regelung zur Aufklärung sieht vor, dass vor jedem Eingriff, der einer Einwilligung bedarf, umfassend über die konkrete Maßnahme und ihre Risiken aufgeklärt werden muss. Dazu muss grundsätzlich ein persönliches Gespräch geführt werden, damit die Patientin oder der Patient Zeit hat, sich die Entscheidung gut zu überlegen und Fragen zu stellen. Verstößt der Behandelnde gegen diese Aufklärungsanforderungen, ist die Einwilligung in den Eingriff unwirksam.“

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Regelung des § 630e BGB unter der Überschrift „Aufklärungspflichten“ eingeordnet und nicht (wie § 630d BGB) unter „Einwilligung“. Diese Bestimmung bezieht sich mithin auf den Zeitpunkt, zu dem das Aufklärungsgespräch stattgefunden hat; dabei ist der Zeitraum zwischen Aufklärungsgespräch und Beginn der Behandlung maßgeblich<sup>4</sup>. Aus § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB lässt sich jedoch nicht auf den allein zulässigen Zeitpunkt schließen, zu dem der Patient wirksam seine Einwilligung erteilen kann.

Richtig ist, dass der Patient die Möglichkeit haben muss, Überlegenszeit in Anspruch zu nehmen. Deshalb empfiehlt es sich, im Anschluss an das Aufklärungsgespräch den Patienten danach

zu fragen, ob er weitere Informationen benötigt oder noch Fragen zu den angesprochenen oder anderen Punkten hat, und ergänzend, ob er seine Entscheidung jetzt treffen kann oder noch Bedenkzeit im Hinblick auf seine Einwilligung benötigt. Dabei kann kein zeitliches Raster stereotyp zur Anwendung kommen, entscheidend ist der individuelle Patient, der sich manchmal schneller entscheidet und in anderen Fällen – natürlich auch abhängig von der Art des Eingriffs und den damit verbundenen Risiken – mehr Zeit für sich in Anspruch nehmen will. Dies ist klar mit dem Patienten zu kommunizieren und dessen Fragen sowie die Reaktion auf den Hinweis der Bedenkzeit sind schon aus Beweisgründen zu dokumentieren.

Diese Vorgehensweise wäre auch der Rat für die Praxis, bis sich der BGH geäußert hat. Da der zuständige 6. Zivilsenat aktuell mit dem Diesel-Skandal beschäftigt ist, wird mit einem Urteil über die Bedeutung der „wohlüberlegten Entscheidung“ in diesem Kalenderjahr allerdings nicht mehr zu rechnen sein.

### Anspruch auf intensivmedizinische Maximaltherapie – aber nicht unbegrenzt!

RA Dr. Philip Schelling, München<sup>5</sup>

#### Zur Beendigung der Maximaltherapie bei weggefallener Indikation am Beispiel der ECMO-Therapie bei Corona-Patienten

Entscheidungen über lebenserhaltende Maßnahmen für Patienten zu treffen, gehört zum Alltag insbesondere von Intensivmedizinern. Bisweilen geht es hier auch darum, den mutmaßlichen oder in einer Patientenverfügung formulierten Willen des nicht mehr einsichtsfähigen Patienten (in Abstimmung mit dem Betreuer oder Vorsorgebevollmächtigten) im Sinne eines Verzichts auf oder Abbruchs von lebenserhaltenden Maßnahmen umzusetzen.

Gelegentlich sehen sich Ärzte aber auch mit der „umgekehrten“ Situation konfrontiert, dass Angehörige oder der Betreuer die Fortführung einer lebenser-

haltenden Maßnahme fordern, obwohl bei infauster Prognose eine medizinische Indikation hierfür weggefallen ist.

Insbesondere bei der Behandlung von intensivmedizinisch versorgten COVID-Patienten kann hier wegen begrenzter Kapazitäten bei gleichzeitig steigender Zahl intensivpflichtiger Patienten ein zusätzlicher „Ressourcen-Konflikt“ hinzutreten, wie folgender Fallbericht zeigt:

#### Fall

Ein leitender Oberarzt einer intensivmedizinischen Abteilung ruft an und schildert folgendes Problem: Auf seiner Intensivstation läge ein 65-jähriger COVID-Patient und werde mittels ECMO therapiert. Dem Patienten gehe es sehr schlecht, die medizinische Indikation für die ECMO sei mittlerweile weggefallen, sodass er die Therapie ein- und auf ein palliatives Behandlungsregime umstellen wolle, auch um den ECMO-Platz für andere, dringend wartende COVID-Patienten „freizumachen“, welche von der Therapie noch „wirklich“ profitieren könnten. Eine Patientenverfügung gebe es nicht, der als Betreuer bestellte Sohn des Patienten lehne aber einen Behandlungsabbruch strikt ab mit dem Hinweis, die Fortführung der ECMO-Therapie „bis zum Schluss“ entspräche auch dem mutmaßlichen Willen seines Vaters. Falls die Behandlung eingestellt würde, behalte er sich eine Strafanzeige gegen ihn vor.

#### Rechtslage

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung des BGH ist die Rechtslage wie folgt:

- a) Ist bei dem Patienten bei infauster Prognose ein kurativer Ansatz mit der ECMO-Therapie nicht mehr zu verfolgen und damit die medizinische Indikation hierfür eindeutig weggefallen, muss die Therapie nicht mehr fortgeführt werden. So stellt der BGH angesichts des Fortschritts medizinischer Technologie zutreffend fest:

<sup>4</sup> BDAktuell JUS-Letter März 2010 (<https://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/jusletter/themenindex.html>)

<sup>5</sup> Dr. Philip Schelling, Fachanwalt für Medizinrecht und Strafrecht, Kanzlei Ulsenheimer-Friedrich, Maximiliansplatz 12, 80333 München

„Es gibt keine Rechtsverpflichtung zur Erhaltung eines erlöschenden Lebens um jeden Preis. Maßnahmen zur Lebensverlängerung sind nicht schon deswegen unerlässlich, weil sie technisch möglich sind“. Nicht alles medizinisch Machbare muss auch gemacht werden, vielmehr „bestimmt nicht die Effizienz der Apparatur, sondern die an der Achtung des Lebens und der Menschenwürde ausgerichtete Einzelfallentscheidung die Grenze ärztlicher Behandlungspflicht“<sup>6</sup>.

Wo also – wie vorliegend – die medizinische **Indikation für** eine möglicherweise **lebensverlängernde Maßnahme fehlt**, besteht auch **kein Anspruch mehr** darauf. Vielmehr begrenzt die Indikation insoweit den Inhalt des ärztlichen Heilauftrags.

Und nur zur Klarstellung: Um eine „**Triage-Entscheidung**“, die darauf gerichtet ist, unter mehreren um nur einen verfügbaren Behandlungsplatz konkurrierenden Patienten (z. B. nach dem Kriterium der größtmöglichen Überlebenswahrscheinlichkeit) auszuwählen, **handelt es sich hier nicht**. Dass bei nicht mehr bestehender Indikation auch der Anspruch auf Fortführung der Therapie entfällt, gilt vielmehr grundsätzlich, also auch dann, wenn sich das Problem der Ressourcenknappheit gar nicht stellt.

- b) Hieraus folgt dann aber auch: Selbst wenn das Verhalten des Sohns, alles zu unternehmen, um einen Abbruch der ECMO-Therapie und damit den Tod seines Vaters zu verhindern, menschlich nachvollziehbar ist, ist eine **Umstellung auf ein palliativ-medizinisches Behandlungsregime trotz seines „Vetos“ rechtlich erlaubt**. Zu verweisen ist hier auf eine grundlegende Entscheidung des BGH (Az. XII ZB 2/03), in der es wörtlich heißt:

„(...) die Frage, welche lebensverlängernden oder -erhaltenden Maßnahmen der Betroffenen beanspruchen und der Betreuer folglich als sein gesetzlicher Vertreter für ihn einfordern kann, (ist) nicht vom Betreuungsrecht zu beantworten (...) Für eine Einwilligung des Betreuers in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung ist von vornherein kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung nicht angeboten wird – sei es, dass sie nach Auffassung der behandelnden Ärzte von vornherein nicht indiziert, sinnlos geworden oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist (...)“.

Nur soweit also ärztlicherseits eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung als indiziert erachtet und angeboten wird, ist eine Einwilligung des Betreuers als gesetzlicher Vertreter des einwilligungsunfähigen Patienten überhaupt erforderlich. Gleiches gilt dann für die **Zustimmung des Betreuers** im Falle der Therapiebeendigung: Sie ist dann **entbehrlich, wenn die Indikation zur Fortsetzung der Therapie entfallen** ist.

### Verhaltenshinweise

Alleine mit der Feststellung, dass ein Umstellen der ECMO-Therapie auf eine Palliativtherapie trotz Veto des Betreuers rechtlich zulässig ist, ist das Risiko einer Strafanzeige durch den Sohn und die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens freilich nicht beseitigt. Deshalb gilt:

- (1) Über das Fehlen bzw. den Wegfall der Indikation entscheiden die Mediziner in eigener Verantwortung. Der Befund muss deshalb **zweifelsfrei feststehen**. Er sollte nicht zuletzt wegen seiner forensischen Bedeutung niemals von einem einzelnen Arzt gestellt, sondern auch von (konsilia-

risch hinzugezogenen) Kollegen aus **anderen Fachdisziplinen**, von Seiten der Pflege sowie – falls vorhanden – von einer **Ethikkommission** breit und **einstimmig mitgetragen** werden.

- (2) Der Befund und das Votum sowie die jeweiligen Gründe hierfür müssen außerdem alleine schon aus beweisrechtlichen Gründen ausführlich und (auch für einen ggfs. später beauftragten Sachverständigen) nachvollziehbar **dokumentiert** werden. Dies schafft nicht nur ein Höchstmaß an Objektivität, sondern verteilt auch die Last der Verantwortung und reduziert das Risiko, wegen eines Totschlagdelikts oder unterlassener Hilfeleistung strafrechtlich verfolgt und belangt zu werden.
- (3) Der **Sohn/Betreuer** sollte in den Prozess der Feststellung der fehlenden Indikation auf allen Ebenen **eng miteinbezogen** werden.
- (4) Gelingt es auch auf diesem Wege nicht, den Betreuer (auch mit dem Hinweis auf die Rechtslage) „umzustimmen“, empfiehlt es sich, **zusätzlich das Betreuungsgericht** einzuschalten, um damit Transparenz zu zeigen. Stellt das Gericht fest, dass es im Falle der fehlenden Indikation nicht zuständig ist, ist damit zugleich dokumentiert, dass die **Grundsätze der Rechtsprechung (s.o.) im konkreten Fall zu Anwendung kommen** und damit das Veto des Betreuers unbeachtlich ist. Auch dies kann einer Staatsanwaltschaft die Entscheidung erleichtern, von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abzusehen bzw. dieses mangels hinreichenden Tatverdachts einzustellen.

<sup>6</sup> BGHSt 32, 367 (379 f.); Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl., Rn. 720.