

**HDI**

Das ist Versicherung.

Medletter ■ Ausgabe 1/2018

## Haftung des Durchgangsarztes für Eingangsdiagnose und Erstversorgung

Der Durchgangsarzt (D-Arzt) ist ein Facharzt für „Orthopädie und Unfallchirurgie (mit der Zusatzbezeichnung „Spezielle Unfallchirurgie“)“ oder für „Chirurgie mit Schwerpunkt Unfallchirurgie“, der von den Trägern der Gesetzlichen Unfallversicherung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zum D-Arzt bestellt wurde. Er hat die Aufgabe, nach Arbeits- und Wegeunfällen über den weiteren Therapieverlauf zu bestimmen und zu entscheiden, welche Fachärzte anderer Fachrichtungen gegebenenfalls hinzugezogen werden, ob er den Patienten in eigener Behandlung behält oder welche Nachsichtetermine er – bei Weiterbehandlung durch einen anderen Arzt – durchführt (sog. Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Heilbehandlung).

Bei seiner Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Heilbehandlung erfüllt der D-Arzt als Beliehener eine Pflicht des Unfallversicherungsträgers nach § 34 Siebtes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII) und damit ein öffentliches Amt. Unterläuft ihm dabei ein Fehler, haftet nicht er persönlich, sondern der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung – Amtshaftungsansprüche nach Art. 34 Grundgesetz (GG) i. V. m. § 839 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Ob der D-Arzt auch bei der Erstversorgung des Verletzten ein öffentliches Amt i. S. v. Art. 34 GG ausübt, war lange Zeit streitig. Die Rechtsprechung ging von einer sog. „doppelten Zielrichtung“ des Arztes aus, die bei Sorgfaltsverletzungen eine Abgrenzung der ärztlichen Berufsausübung gegenüber seinen Amtshandlungen als D-Arzt forderte.

Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof (BGH) mit Urteil vom 29.11.2016 (VI ZR 208/15) aufgegeben: Das Gericht stellt klar, dass Erstuntersuchung und -versorgung auch Teil der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des D-Arztes sind, sodass die Unfallversicherungsträger für Fehler in diesem Bereich haften.

## Sachverhalt

In dem zu entscheidenden Fall wurde der Kläger nach einem Arbeitsunfall in ein Krankenhaus eingeliefert und dort von einer Ärztin, durch die sich der Chefarzt in seiner Funktion als D-Arzt vertreten ließ, untersucht und erstbehandelt.

Nachdem Röntgenaufnahmen angefertigt wurden, wurde im D-Arztbericht die Erstdiagnose „Prellung der Brustwirbelsäule“ notiert, die Erstversorgung erfolgte „symptomatisch“. Als Art der Heilbehandlung wurde „allgemeine Heilbehandlung durch anderen Arzt“ angeordnet. Der Kläger wurde dann als „arbeitsfähig“ entlassen. Erst ein anderer D-Arzt erkannte 9 Tage später eine Fraktur des ersten Lendenwirbels. Der Kläger wurde operiert und erhielt wegen der verbliebenen Unfallfolgen eine vorläufige Erwerbsminderungsrente.

Der Kläger machte einen Behandlungsfehler der behandelnden Ärztin geltend, weil sie die Fraktur nicht erkannt habe. Die Fraktur hätte bei korrekter Diagnose durch Ruhigstellung ohne Operation ausheilen können. Folgen seien eine dauerhafte Minderung der Erwerbsfähigkeit und eine Minderbeweglichkeit der Wirbelsäule. Er verlangte Schadenersatz vom Chefarzt, da er als D-Arzt und Chefarzt für die Fehlbehandlung bei der Eingangsdiagnose und Erstversorgung verantwortlich sei.

Die Klage war in allen drei Instanzen erfolglos, weil der Kläger seine Schadenersatzansprüche gegenüber dem falschen Beklagten geltend gemacht hatte. In letzter Instanz entschied der VI. Zivilsenat des BGH, dass nicht der beklagte D-Arzt für die behauptete Pflichtverletzung persönlich haftet. Vielmehr ist die Berufsgenossenschaft als Unfallversicherungsträger in Anspruch zu nehmen.

Das Gericht stellte klar, dass zwischen der Diagnosestellung und den sie vorbereitenden Maßnahmen sowie der Entscheidung über die richtige Heilbehandlung regelmäßig ein innerer Zusammenhang besteht. Alle diese Maßnahmen sind deshalb der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Durchgangsarztes zuzuordnen. Demzufolge haften die Unfallversicherungsträger für Fehler in diesem Bereich.

Der nach einem Arbeitsunfall aufzusuchende D-Arzt entscheidet für die Berufsgenossenschaft – damit in Ausübung eines öffentlichen Amtes – darüber, ob eine allgemeine oder eine besondere (fachärztliche Behandlung einer Unfallverletzung, die wegen Art oder Schwere einer besonderen unfallmedizinischen Qualifikation bedarf) Heilbehandlung durchgeführt werden muss.

Die dieser Entscheidung vorausgehende Befunderhebung und die Erstversorgung des Verletzten gehören ebenfalls zu der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des D-Arztes. Kommt es bei den vorbereitenden Maßnahmen oder der Erstversorgung zu Behandlungsfehlern, haftet somit die Berufsgenossenschaft.

Wenn der D-Arzt dann – nachdem er eine Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Heilbehandlung getroffen hat – im Rahmen der allgemeinen oder besonderen Heilbehandlung die Weiterbehandlung des Patienten übernimmt, und ihm dabei ein Behandlungsfehler unterläuft, haftet er nach allgemeinen Grundsätzen zivilrechtlich selbst.

## Fazit

Mit der vorliegenden Entscheidung hat der BGH die Haftung für Fehler von Durchgangsarzten der gesetzlichen Unfallversicherung neu geregelt und seine bisherige anderslautende Rechtsprechung der „doppelten Zielrichtung“ aufgegeben. Bisher wurde daraus eine Doppelnatur der Handlungen des D-Arztes abgeleitet, nämlich einerseits öffentlich-rechtlich, andererseits privatrechtlich, wobei sich beide Bereiche überschneiden.

Hier hat der BGH für Rechtsklarheit gesorgt: Für Schadenersatzansprüche aus der D-ärztlichen Erstuntersuchung und -versorgung haftet ausschließlich der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung als Dienstherr. Dieser kann – im Falle seiner Inanspruchnahme – entsprechend den beamtenrechtlichen Haftungsregeln bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln den D-Arzt ggf. in Regress nehmen.

## Unser Tipp

Mit dem „MedLetter“ informiert HDI Sie regelmäßig über neue Entwicklungen der Rechtsprechung aus der beruflichen Tätigkeit in der ambulanten Medizin und in den Gesundheitsfachberufen.

Wir legen besonderen Wert darauf aktuelle, juristische Sachverhalte, wichtige Urteile und Entscheidungen allgemeinverständlich und damit insbesondere für Nichtjuristen aufzubereiten.

Gerade Themen wie Haftung, aktuelle Rechtsprechung, Schadenfälle, Riskmanagement und versicherungsrechtliche Fragen sind ständig in Bewegung und betreffen Sie unmittelbar. Mit dem MedLetter erhalten Sie wichtige Informationen und Hinweise für Ihre Berufspraxis und sind immer auf dem Laufenden.

Melden Sie sich am besten gleich an unter:

[www.hdi.de/medletter](http://www.hdi.de/medletter)



**Autor**



Rechtsanwalt Mark Hesse,  
HDI Versicherung AG, Hannover

**HDI**

Das ist Versicherung.

Medletter ■ Ausgabe 1/2018

## Wird das jetzt zu speziell?

Entwickelt sich der Generalist unter den Ärzten zur Ausnahme und als Allrounder zukünftig gleichwohl wieder zur Schlüsselposition?

Früher hatte der Facharzt für Chirurgie oder Orthopädie ein sehr abwechslungsreiches OP- und Behandlungsspektrum und behandelte alle anstehenden Erkrankungen seines Fachgebietes. Das bot ein sehr breites und interessantes Behandlungsfeld und immer wieder neue und spannende Fälle. Dabei gab es neben der Allgemeinen Chirurgie auch schon Spezialgebiete wie Gelenkchirurgie, Gefäßchirurgie, Viszeralchirurgie, Kinderchirurgie etc.

Analog der Forderung nach bestimmten Mindest-Fallzahlen in Krankenhäusern zur Qualitätsverbesserung werden zwischenzeitlich auch im ambulanten Bereich Stimmen laut, die eine zunehmende Spezialisierung befürworten.

Ohne Zweifel reagiert ein Arzt, der einen Eingriff schon x-fach gemacht hat, auf seltene oder unvorhersehbare Zwischenfälle routinierter und ruhiger als ein Arzt, der diese Behandlung selten durchführt und damit auch bei Schwierigkeiten eher in's Schleudern gerät.

Die Spezialisierung ist überall dort möglich, wo wir es mit planbaren Operationen zu tun haben, bei denen der Patient wochenlang im Voraus weiß, was auf ihn zukommt und sich so ganz bewusst für einen Operateur entscheiden kann. Aufgrund der zunehmend hohen Mobilität nehmen Patienten für die Reise zu „Ihrem“ Operateur durchaus auch größere Wegstrecken in Kauf.

## Trend in Privatpraxen

Im Bereich großer Privatpraxen entwickelt sich der Trend noch extremer. So geht die Spezialisierung so weit, dass sich diese Profis sogar innerhalb der Gelenkchirurgie nur auf 1 Gelenk, z.B. Knie, Hüfte, Schulter etc. festlegen. Auch die Hand- und Fußchirurgie ist so diffizil, dass eine Spezialisierung sinnvoll ist und sich qualitativ niederschlägt. Die Bewer-

tungen dieser Ärzte und ihr Renommee sind meist exzellent, da die Spezialisierung auch ein hohes Maß an Qualität bewirkt.

Bei der Bewertung von Ultraschall- oder Röntgenbildern führt eine hohe Fallzahl ebenfalls zu einer Zunahme der Diagnosesicherheit. So gibt es in großen Radiologie-Zentren inzwischen auch Spezialisierungen auf Brust, Thorax etc.

## Jede Medaille hat zwei Seiten

Die Kehrseite der Medaille ist, dass sich die Ärzte dann nur noch in einem Spezialgebiet auskennen und die Spezialisierung häufig schon zu so einem frühen Stadium der Weiterbildung beginnt, so dass das Fach sich für junge Ärzte unattraktiv darstellt, da die Vielschichtigkeit fehlt. Zudem gestaltet sich die Vertretung eines ausgefallenen Kollegen aufgrund der Spezialisierungs-grade innerhalb der Fachbereiche wesentlich schwieriger.

Die Medizin benötigt auf jeden Fall auch weiterhin den Generalisten, der sich in mehreren Bereichen auskennt und sowohl im Rahmen der nicht im Voraus geplanten operativen Versorgung, der Notfallbehandlung, bei Unfällen als auch bei nicht eindeutig einer Körperregion zuordenbaren Erkrankungen agieren kann.

So ist es durchaus zu begrüßen, wenn niedergelassene Ärzte planbare Operationen, die sie selten machen an einen Spezialisten überweisen statt sich an wenigen Patienten „zu versuchen“. Insbesondere schwierige Operationen mit hohen Risiken für den Patienten gehören in die Hand eines routinierteren Operateurs. Und es zeugt von Größe und hilft durchaus dauerhaft in der Patientenbindung, an einen guten und spezialisierten Kollegen zu verweisen.

Eine vergleichbare Situation gibt es auch bei den Allgemeinmedizinern, die nur unregelmäßig intraartikuläre oder gar wirbelsäulennahe Injektionen durchführen. Uns erreicht dann häufig die Frage: „Der Arzt macht das aber ganz selten, führt das nicht zu einer Prämienreduktion aufgrund des geringeren Risikos?“ Diese Frage kann man schnell beantworten, wenn man sich in die Position des Patienten versetzt und sich selbst die Frage stellt: „Von wem möchte ich lieber behandelt werden? Von einem Arzt, der diese OP/ die Behandlung aus dem ff kennt und regelmäßig ausführt und somit auch unvorhergesehene Ereignisse im Griff hat oder von einem Arzt, der diesen Eingriff nur 2 x pro Jahr macht?“

Hinzu kommt, dass die Erwartungshaltung der Menschen trotz hohen Alters gestiegen ist. Jeder möchte mobil und agil bleiben, so dass ein suboptimales Ergebnis auch nicht hingenommen wird. Und spätestens bei der Gutachterwahl für eine vermeintlich missglückte Behandlung wird auf jeden Fall der Spezialist zu Rate gezogen.

## Tendenz über alle Fachgebiete

Der Trend zur Spezialisierung ist kein spezielles Phänomen der Chirurgie oder Orthopädie sondern greift vielmehr auch bei anderen Fachgebieten wie Gynäkologie, Augenheilkunde und vor allem auch in der Inneren Medizin. Hier haben sich die meisten Diversifikationen entwickelt. Es gibt den Spezialisten für die Onkologie, Rheumatologie, Diabetes, Gastroenterologie etc. Innerhalb der Fachabteilung für Innere im Krankenhaus finden sich extrem viele Spezialgebiete nebeneinander und auch im niedergelassenen Bereich setzen sich diese Konzentrationen fort.

Die zunehmende Bildung größerer Praxen mit mehreren Ärzten eines Fachgebietes, bei dem dann jeder seinen Schwerpunkt und sein „Lieblingsgebiet“ hat, in der er sich weiterentwickelt, verstärkt die Möglichkeiten einer Spezialisierung, so dass der Patient kompetent in einer Praxis betreut wird.

## Fazit

Der Königsweg liegt vermutlich in der Parallelität von Spezialist und Generalist, die im besten Fall sogar die jeweiligen Vorteile des anderen nutzen können.

Der Generalist ist notwendig zur allgemeinen Versorgung, für die ganzheitliche Betrachtung des Patienten, für übergreifende Thematiken und Erkrankungen, zur Sicherstellung der ärztlichen Gesamtversorgung, im Bereich der Leitungsfunktion für diverse (kleinere) Spezialabteilungen, in der Weiterbildung und auch zur Weiterentwicklung des Fachbereiches.

Der Spezialist ist sinnvoll sowohl bei speziellen und sehr seltenen Eingriffen sowie bei weit im Voraus planbaren Operationen.



### Autorin

Annette Dörr, HDI Vertriebs AG, Saarbrücken

## Unser Tipp

Mit dem „MedLetter“ informiert HDI Sie regelmäßig über neue Entwicklungen der Rechtsprechung aus der beruflichen Tätigkeit in der ambulanten Medizin und in den Gesundheitsfachberufen.

Wir legen besonderen Wert darauf aktuelle, juristische Sachverhalte, wichtige Urteile und Entscheidungen allgemeinverständlich und damit insbesondere für Nichtjuristen aufzubereiten.

Gerade Themen wie Haftung, aktuelle Rechtssprechung, Schadenfälle, Riskmanagement und versicherungsrechtliche Fragen sind ständig in Bewegung und betreffen Sie unmittelbar. Mit dem MedLetter erhalten Sie wichtige Informationen und Hinweise für Ihre Berufspraxis und sind immer auf dem Laufenden.

Melden Sie sich am besten gleich an unter:

[www.hdi.de/medletter](http://www.hdi.de/medletter)

**HDI**

Das ist Versicherung.

Medletter • Ausgabe 1/2018

## Superunfreundlich und eingebildet!

Diese Originalbewertung mit Schulnote 6,0 aus Jameda wird den betreffenden Internisten nicht erfreut haben (auch wenn die anderen 12 Bewertungen alle im Schulnotenbereich von 1,0 bis 1,8 lagen). Wenn potenzielle Patienten dadurch der Praxis fernbleiben, kann dies schnell wirtschaftliche, wenn nicht sogar existenzielle Folgen für den Arzt haben.

2014 hatte allerdings der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass das Recht auf Meinungs- und Medienfreiheit von Jameda überwiegt.

Mit Spannung wurde daher erwartet, ob der BGH in der Klage einer Kölner Dermatologin mit Wunsch auf vollständige Löschung ihrer Daten bzw. ihres Profils anders entscheidet.

### Ausgangslage

Der BGH hatte mit Urteil vom 23.09.2014 (VI ZR 358/13) für das von der Beklagten betriebene Bewertungsportal im Grundsatz entschieden, dass eine Speicherung der personenbezogenen Daten mit einer Bewertung der Ärzte durch Patienten zulässig sei und Ärzte keinen Löschantrag haben.

Ärzte müssen es wegen des öffentlichen Interesses und im Sinne der freien Arztwahl hinnehmen, dass sie in Portalen auftauchen und dort bewertet werden. Das sei wichtiger als das Persönlichkeitsrecht der Mediziner.

Mit Urteil vom 01.03.2016 (VI ZR 34/15) hielt der BGH zwar am Grundsatz der Anonymität des Bewertenden fest, erlegte dem Bewertungsportal aber deutlich weitergehende Prüfungspflichten auf, als dies bis zu diesem Zeitpunkt der Fall war.

So muss das Bewertungsportal nach einer Beanstandung den Bewertenden zu einer genauen Beschreibung der angeblichen Behandlung auffordern und dieser muss zukünftig die angeblich stattgefundenene Behandlung konkret belegen

(z. B. durch Bonushefte, Rezepte).

Der BGH ging sogar noch einen Schritt weiter und verlangt, dass diese Informationen und Unterlagen dann auch an den Arzt weitergeleitet werden müssen, falls es sich nicht um personenbezogene Daten des Bewertenden handelt, die zur Bereitstellung des Teledienstes notwendig waren (§ 12 Abs. 1 Telemediengesetz).

Zu dem Beanstandungsverfahren durch den Arzt bzw. die Anforderungen an die Betreiber der Bewertungsportale verweisen wir auf den Artikel „Bewertungsportale für Ärzte im Internet – Reputationsschutz“ aus unserer MedLetter-Ausgabe 2/2017.

### Die Beklagte und Ihr Geschäftsmodell

Die Beklagte betreibt unter der Internetadresse [www.jameda.de](http://www.jameda.de) ein Arztsuche- und Arztbewertungsportal, auf dem Informationen über Ärzte und Träger anderer Heilberufe kostenfrei abgerufen werden können.

Nach Angaben des Münchner Unternehmens, das zum Burda-Konzern gehört, nutzen im Monat mehr als sechs Millionen Patienten das kostenlose Angebot, um sich online zu informieren. Als eigene Informationen der Beklagten werden immer die sog. „Basisdaten“ eines Arztes angeboten. Zu ihnen gehören – soweit Jameda bekannt – akademischer Grad, Name, Fachrichtung, Praxisanschrift, weitere Kontaktdaten sowie Sprechzeiten und ähnliche praxisbezogene Informationen. Der Basis-Eintrag ist die kostenfreie Darstellung. Daneben sind Bewertungen abrufbar, die Nutzer in Form eines Notenschemas, aber auch in Form von Freitextkommentaren abgegeben haben.

Darüber hinaus bietet die Beklagte den Ärzten den kostenpflichtigen Abschluss von Verträgen an (= Premium-Paket), bei denen ihr Profil – anders als das Basisprofil der nicht zahlenden Ärzte – mit einem Foto und zusätzlichen Informationen versehen wird.

## Die Klägerin und Ihr Anliegen

Die Klägerin ist niedergelassene Dermatologin und Allergologin. Als „Nichtzahlerin“ wird sie bei Jameda mit den Basisdaten geführt.

Sie beanstandete schon im Jahr 2015 insgesamt 17 abrufbare Bewertungen auf dem Portal der Beklagten und erreichte deren Löschung; wodurch ihre Gesamtnote von 4,7 auf 1,5 stieg.

Gleichwohl fühlt sich die Klägerin durch das Geschäftsmodell von Jameda benachteiligt. Bei Abruf ihres Profils auf dem Portal der Beklagten werden die Werbeanzeigen anderer zahlender Fachkollegen aus der Umgebung eingeblendet. Dadurch würden „Patienten, die sich für die Klägerin interessieren, gezielt von ihr weggelockt“, argumentiert ihre Anwältin. Die Klägerin fordert von Jameda die vollständige Löschung ihres Profils und ihrer Daten.

## Die Entscheidung des BGH

Die Klage hatte Erfolg. Nach Auffassung des BGH sind personenbezogene Daten nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig ist, was vorliegend der Fall gewesen sei.

Der vorliegende Fall unterscheide sich von dem Fall aus 2014 (VI ZR 358/13) in einem entscheidenden Punkt. Durch ihre Praxis der Sonderkonditionen für zahlende Ärzte verlasse die Beklagte ihre Stellung als „neutraler“ Informationsmittler.

Während sie bei den nicht zahlenden Ärzten dem ein Arztprofil aufsuchenden Internetnutzer die „Basisdaten“ nebst Bewertung des betreffenden Arztes anzeige und ihm mittels des eingeblendeten Querbalkens „Anzeige“ Informationen zu örtlich konkurrierenden Ärzten biete, lasse sie auf dem Profil ihres „Premium“-Kunden – ohne dies dort dem User hinreichend offenzulegen – solche über die örtliche Konkurrenz unterrichtenden werbenden Hinweise nicht zu.

Gibt Jameda somit ihre Objektivität zugunsten ihres Werbeangebots auf, dann könne sie ihre auf das Grundrecht der Meinungs- und Medienfreiheit gestützte Rechtsposition gegenüber dem Recht der Klägerin auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten auch nur mit geringerem Gewicht geltend machen.

Das führe hier zu einem Überwiegen der Grundrechtsposition der Klägerin, sodass ihr ein „schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Speicherung“ ihrer Daten (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG) zuzubilligen sei.

## Reaktion Jameda

Trotz des Urteils wird Jameda nach eigenen Angaben kein Arztprofil löschen: Anzeigen (der Premium-Kunden) auf Arztprofilen, die Grund für das Urteil gewesen waren, seien nach den Vorgaben der Bundesrichter aus Karlsruhe mit sofortiger Wirkung entfernt worden. Das konkrete Anzeigenmodell existiert nun nicht mehr und damit entfallt auch der Löschrund.

## Fazit

Internet-Bewertungsportale erfreuen sich großer Beliebtheit. Für viele Patienten sind die Angaben hilfreich auf der Suche nach einem Mediziner. Diesem Segen von Bewertungsportalen steht der Fluch gegenüber, wenn es zu einer Diffamierung oder Benachteiligung von Personen ausgenutzt wird.

Das oben dargestellte Grundsatzurteil gilt auch für andere Bewertungsportale, wenn sie den Boden der Neutralität verlassen. Im Umkehrschluss folgt, dass bei neutraler Darstellung der Ärzte die vom BGH angeführte Grundrechtsabwägung wieder zugunsten der Bewertungsportale ausfällt.

Stand heute werden die Ärzte also auch in Zukunft bei neutralen Portalen weiterhin mit Kritik leben müssen und in der Konsequenz des Urteils ist ihnen angeraten, ihr Profil auf Jameda etc. in regelmäßigen Abständen zu prüfen.

Betroffene sollten sich im Fall von unangemessenen oder unwahren Kommentaren an den Betreiber des jeweiligen Portals wenden, um entsprechende Beiträge löschen zu lassen. Entscheidet sich ein Arzt für eine Gegendarstellung, empfehlen wir, diese nicht emotional im „ersten Ärger“ zu schreiben, sondern eine Nacht darüber zu schlafen und dann am nächsten Tag mit klaren Gedanken ein möglichst sachliches Statement zu verfassen.

Für unseren anfangs erwähnten Internisten bleibt zu hoffen, dass der mündige Portalnutzer die richtigen Schlüsse aus dessen Bewertungsverlauf zieht.



**Autorin**

Assessor jur. Stephan Euschen,  
HDI Versicherung AG, Saarbrücken

**HDI**

Das ist Versicherung.

Medletter ■ Ausgabe 1/2018

## Aktive Sterbehilfe oder unnötige Lebensverlängerung

Die Frage der Zulässigkeit lebensverlängernder Maßnahmen bei Schwerst-Demenzkranken stellt sich in unserer überalterten Gesellschaft immer häufiger. Vor allem aber für Ärzte, die entsprechende Patienten in Pflegeheimen betreuen, hat sie besondere Bedeutung. Nach den gesetzlichen Vorgaben ist in Fällen einer (wirksamen) Patientenverfügung diese gemäß § 1901a I BGB zu beachten und für den Betreuer und den behandelnden Arzt wegweisend. Fehlt eine entsprechende schriftliche Erklärung des Patienten, so muss der Betreuer den mutmaßlichen Willen des Erkrankten für die weiteren ärztlichen Maßnahmen ermitteln und entsprechend entscheiden (§ 1901a II BGB). Den Arzt trifft dabei die Pflicht, zu prüfen, welche Behandlungsmaßnahmen hinsichtlich der Prognose des Patienten indiziert sind. Diese Behandlungsmaßnahmen hat er sodann mit dem Betreuer vor dem Hintergrund des Patientenwillens zu erörtern (§ 1901b I BGB).

### Sachverhalt

Der verstorbene Patient stand wegen eines ausgeprägten demenziellen Syndroms unter der Betreuung eines Rechtsanwalts. Eine verbale Kommunikation war nicht mehr möglich. Es bestanden spastische Tetraparesen und es wurde eine konstante Opiatbehandlung durchgeführt. Bereits sechs Jahre vor dem Versterben des Patienten und auch vor dem Behandlungsbeginn des verklagten Hausarztes wurde dem Patienten wegen Mangelernährung und Austrocknung des Körpers eine PEG-Sonde gelegt.

Durch diese wurde er bis zu seinem Tod künstlich ernährt. Ohne entsprechende Ernährungstherapie wäre es bei dem zu oraler Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme unfähigen Patienten unweigerlich zu einem Verhungern bzw. Verdursteten gekommen.

Eine fortgeschrittene Grunderkrankung, die zum Tode geführt hätte, lag nicht vor. Im streitgegenständlichen Zeitraum fanden wiederholt stationäre Aufenthalte – mit Zu-

stimmung des Betreuers – statt. Der Patient verstarb schließlich nach einer Aspirationspneumonie im Krankenhaus. Der Sohn, als Erbe, behauptet, dass die künstliche Ernährung in den letzten beiden Jahren nicht mehr medizinisch indiziert gewesen sei. Sie habe lediglich zu einer sinnlosen Lebensverlängerung geführt, ohne dass eine Aussicht auf Besserung bestanden habe. Trotz des zerstrittenen Verhältnisses zu seinem Vater sei er der Auffassung, dass dieser einer unnötigen Leidensverlängerung nicht zugestimmt hätte. Er beansprucht deshalb ein vererbtes Schmerzensgeld mit der Begründung, der betreuende Arzt hätte das Sterben des Vaters unter palliativmedizinischer Betreuung durch Beendigung der Sondenernährung zulassen müssen. Der verantwortliche Arzt ging indes bis zuletzt von einer fortbestehenden Indikationslage aus, zumal die PEG-Sonde einverständlich bereits durch den Vorbehandler gelegt worden sei.

### Rechtliche Würdigung

Das Landgericht wies die Klage zurück. Demgegenüber wurde dem Erben vom Oberlandesgericht im Dezember 2017 ein Schmerzensgeldanspruch zugesprochen. Beide Gerichte gehen davon aus, dass die Indikation für eine Ernährung über eine PEG-Sonde in den letzten zwei Jahren durchaus zweifelhaft gewesen sein könnte. Die Indikation könnte gefehlt haben, wenn die lebenserhaltende Maßnahme lediglich Leiden verlängert hätte.

Entscheidend für die Indikationslage sei daher, ob noch Behandlungsziele neben der rein zeitlichen Verlängerung verfolgt würden. Hierbei seien zwangsläufig auch subjektive Bewertungen maßgebend. Oftmals befürworteten Erkrankte in leidvollen Situationen eine weitere Nahrungszufuhr. Es gäbe daher nach den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung und auch nach den Feststellungen des Sachverständigen keine Verpflichtung für den behandelnden Arzt, selbsttätig die künstliche Ernährung abzubrechen.

Es sei aber eine ärztliche Nebenpflicht (Beratungspflicht zur Indikation nach § 1901 I BGB) verletzt, weil eine umfassende Erörterung über die mit der künstlichen Ernährung noch erreichbaren Ziele zwischen dem Arzt und dem Betreuer unstrittig nicht stattgefunden hätten.

Insoweit stellte sich die Frage, welche Entscheidung der Betreuer bei ordnungsgemäßer Erörterung für den Patienten getroffen hätte. Nach Auffassung beider Instanzen konnte die Beweisaufnahme diese Frage nicht klären.

Während das Landgericht diese Erörterungspflicht des Arztes als therapeutische Aufklärung bzw. Sicherungsaufklärung einstuft (Beweislast beim Patienten), sieht das Berufungsgericht hierin einen Bestandteil der Eingriffsaufklärung mit der Folge, dass das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Aufklärung von dem Behandler zu beweisen sei. Die Nichtaufklärbarkeit der Entscheidung des Betreuers bei unterstellter Aufklärung gehe daher nach Auffassung des OLG zulasten des Arztes.

Auf einen entlastenden Rechtsirrtum könne sich der behandelnde Arzt ebenfalls nicht berufen, weil insofern die Vorschriften des BGB eindeutig seien. Die entsprechende Kenntnis wäre für ihn als Allgemeinmediziner, der regelmäßig unter Betreuung stehende Patienten behandle, geboten und zumutbar gewesen. Soweit ethische Einwände des behandelnden Arztes bestünden, bliebe lediglich die Möglichkeit eines Behandlungsrückzugs.

## Fazit

Die Verletzung des Integritätsinteresses eines Patienten, dessen Leben mit diskussionswürdiger Indikation verlängert wird, kann einen Schmerzensgeldanspruch auslösen. Dieser Anspruch ist uneingeschränkt vererblich. Die grundsätzliche Kenntnis und Beachtung der Betreuungsregelungen werden dabei seitens des behandelnden Arztes vorausgesetzt. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Falls wird der BGH im Wege der Revision über die obigen Feststellungen entscheiden. Hierbei bleibt abzuwarten, wie er die Erörterungspflicht des Arztes (§ 1901b I BGB) rechtlich einordnen und gewichten wird.

Ungeachtet dieser Rechtsfrage ist für die Entscheidung über weitere Behandlungsmaßnahmen immer der (mutmaßliche) Patientenwille maßgeblich, der selbst bei vorhandener Patientenverfügung selten eindeutig sein wird. Vor diesem Hintergrund wird die Nichtaufklärbarkeit der Entscheidung eher die Regel als die Ausnahme darstellen.



**Autorin**

Assessor jur. Daniela Lubberich, HDI Versicherung AG Köln

## Unser Tipp

Mit dem „MedLetter“ informiert HDI Sie regelmäßig über neue Entwicklungen der Rechtsprechung aus der beruflichen Tätigkeit in der ambulanten Medizin und in den Gesundheitsfachberufen.

Wir legen besonderen Wert darauf aktuelle, juristische Sachverhalte, wichtige Urteile und Entscheidungen allgemeinverständlich und damit insbesondere für Nichtjuristen aufzubereiten.

Gerade Themen wie Haftung, aktuelle Rechtssprechung, Schadenfälle, Riskmanagement und versicherungsrechtliche Fragen sind ständig in Bewegung und betreffen Sie unmittelbar. Mit dem MedLetter erhalten Sie wichtige Informationen und Hinweise für Ihre Berufspraxis und sind immer auf dem Laufenden.

Melden Sie sich am besten gleich an unter:

[www.hdi.de/medletter](http://www.hdi.de/medletter)

**HDI**

Das ist Versicherung.

Medletter • Ausgabe 1/2018

## Risikoaufklärung bei nicht zwingend indizierter Vollnarkose am Beispiel einer Zahnbehandlung

In den letzten Jahren ist ein Trend zu den unbegrenzten Möglichkeiten des bequemen und komfortablen Lebens festzustellen, der auch die Erwartungen an die medizinische Versorgung erfasst hat. Erwartet werden eine weitgehend schmerzfreie Behandlung und ein zügiger Heilungsprozess, der den Patienten/die Patientin nach Möglichkeit wenig beeinträchtigen soll. So wird Patienten vor der Implantation eines neuen Kniegelenks in Aussicht gestellt: „Am Tag danach stellen wir Sie schmerzfrei auf Ihre Beine.“ Und dies trifft in vielen Fällen auch zu. Natürlich ist es begrüßenswert und notwendig, dass in der Medizin die Angst und der Schmerz des Patienten ernst genommen werden und sich Verfahren etabliert haben, die diese unangenehmen Seiten der Behandlung minimieren. Allerdings ist auch dies wiederum oft mit Risiken verbunden, über die vorab aufgeklärt werden muss. Es müssen alternativ auch die zur Verfügung stehenden, vermeintlich „unangenehmeren“ Behandlungsmöglichkeiten aufgezeigt werden, insbesondere, wenn diese risikoärmer zum gleichen Ergebnis führen können. Dies gilt zum Beispiel für Zahnbehandlungen, die in Lokalanästhesie durchgeführt werden könnten, aber auf Wunsch des Patienten, der von allem nichts mitbekommen will, unter Vollnarkose vorgenommen werden.

Rechtliche Risiken ergeben sich daher, auch wenn die Narkose lege artis unter Wahrung aller medizinischen Erfordernisse von apparativer Ausstattung durch Fachpersonal durchgeführt wird, im Bereich der Aufklärung.

Leider haben sich die Risiken einer solchen Behandlung in einem Fall dramatisch verwirklicht, als für einen Patienten Anfang 20, der gerade seine Ausbildung abgeschlossen hatte, eine Entfernung der Weisheitszähne anstand.

### Sachverhalt

Der junge Mann stellte sich aufgrund von Beschwerden im Bereich beider Kiefergelenke bei seinem Zahnarzt vor. Der Zahnarzt diagnostizierte vier verlagerte Weisheitszähne, deren operative Entfernung dringend indiziert war. Der Patient war entsetzt. Zum einen litt er unter einer erheblichen Zahnarztangst, darüber hinaus hatte er auch in seinem Bekann-

tenkreis von beängstigenden Erlebnissen zum Thema Weisheitszahnentfernung gehört. Daher stand für ihn fest, dass er, wenn überhaupt, den ambulanten Eingriff in Vollnarkose durchführen lassen wollte. Der Zahnarzt erläuterte daraufhin das geplante Vorgehen unter Vollnarkose, ohne jedoch auf die risikoärmere Behandlungsalternative einzugehen.

Der Anästhesist meldete sich einige Tage vor dem Eingriff telefonisch und führte ein Aufklärungsgespräch durch. Hierbei wurden die mit der Vollnarkose typischerweise verbundenen Risiken besprochen. Am Tag der Operation wurden zunächst eine körperliche Untersuchung und sodann nochmals ein Gespräch durchgeführt, um etwaige noch offene Fragen zu klären. Der Patient unterzeichnete schließlich, ohne weitere Fragen zu stellen, den Aufklärungsbogen.

Während der Operation kam es jedoch zu Komplikationen bei der Beatmung, die trotz Ergreifens aller erforderlichen Maßnahmen seitens des Anästhesisten aufgrund einer zunehmenden Muskelsteife zunächst erschwert und sodann schließlich unmöglich war. Es kam zur Sauerstoffunterversorgung mit der Folge eines Herzstillstands und einer kardiopulmonalen Reanimation. Zeitnah wurde der Notarzt gerufen. Gleichwohl traten schwerwiegende Schäden ein.

Im Nachgang ließ der Patient vortragen, dass er in Kenntnis der möglichen Behandlungsalternativen, die derart risikobehaftete Behandlung unter Vollnarkose abgelehnt und sich in mehreren Einzelsitzungen hätte behandeln lassen.

Die fachmedizinische Begutachtung stellte die Indikation einer Vollnarkose infrage, weil ein Eingriff in Lokalanästhesie bei dem erwachsenen, ansonsten gesunden Patienten möglich und ausreichend gewesen wäre. Die Durchführung der Narkose und das Notfallmanagement wurden hingegen als dem anästhesiologischen Standard entsprechend bewertet.

### Rechtliche Würdigung

Auch wenn der Patient von vornherein mitteilt, für ihn komme aufgrund einer zu erwartenden Angstreaktion nur ein

Eingriff in Vollnarkose infrage, so ist sicher von dem behandelnden Zahnarzt zu verlangen, dem Patienten ein realistisches Bild über Nutzen und Risiken aller in Betracht kommenden Behandlungsalternativen zu verschaffen, damit der Patient in freier Willensentschließung entscheiden kann, welcher Behandlung er sich unterziehen und insbesondere welche damit verbundenen Risiken er eingehen möchte. Vorliegend war der Patient demnach über die Risiken der Weisheitszahnextraktion innerhalb mehrerer Behandlungsabschnitte im Vergleich zur Extraktion aller Weisheitszähne in einer Sitzung aufzuklären. Insbesondere waren dem Patienten die Risiken einer Vollnarkose im Vergleich zur möglichen Lokalanästhesie aufzuzeigen.

§ 630e BGB verlangt insoweit eine mündliche Aufklärung, die durch den Behandler oder eine Person stattfinden muss, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt. Durch die „Mündlichkeit“ soll sichergestellt sein, dass der Patient auch Fragen stellen kann. In einfach gelagerten Fällen kann eine Aufklärung auch telefonisch durchgeführt werden, wenn der Patient hiermit ausdrücklich einverstanden ist.

Die Anforderungen an die Aufklärung orientieren sich dabei an dem Umfang der mit dem Eingriff einhergehenden Risiken. Als Faustformel gilt hier: je höher die Risiken, desto höher auch die Anforderungen an die Aufklärung. Sind die Risiken eines Eingriffs erheblich, so sind sie dem Patienten in aller Deutlichkeit und Verständlichkeit darzulegen. Dies gilt umso mehr, wenn risikoärmere Behandlungsmethoden zur Wahl stehen. Erfolgt die Aufklärung nicht in der gebotenen Verständlichkeit und Deutlichkeit, steht die Rechtswidrigkeit des Eingriffs und damit eine Körperverletzung zur Diskussion.

Ist im Rahmen einer Behandlung eine Vollnarkose nicht zwingend indiziert, sondern diese auch unter Lokalanästhesie möglich, so ist selbst der von vornherein zur Vollnarkose als vermeintlich „angenehmeren“ Variante entschlossene Patient detailliert über die Möglichkeit der Lokalanästhesie aufzuklären. Nur wenn ihm eine realistische Vorstellung aller im Vergleich der beiden Varianten innewohnenden Risiken vermittelt wird, kann er sich rechtswirksam für die aus seiner Sicht „angenehmere“ Vollnarkose entscheiden.

Auch muss die Aufklärung rechtzeitig stattfinden, um dem Patienten den für eine freie Willensentschließung notwendigen Raum zu geben. Auch hier gilt: Je risikoreicher der Eingriff, desto rechtzeitiger muss die Aufklärung erfolgen.

Die Aufklärung muss zudem im Detail dokumentiert werden. Allein an die Verletzung der Dokumentationspflicht knüpfen sich zwar keine unmittelbaren Haftungsfolgen. Allerdings führt die mangelhafte oder fehlende Dokumentation zu erheblichen Beweinsnachteilen bis hin zur Beweislastumkehr im Prozess.

## Fazit

Obgleich die Behandlung lege artis durchgeführt wurde, war der Eingriff vorliegend rechtswidrig, weil dem Patienten die mögliche und deutlich risikoärmere Behandlungsalternative der Lokalanästhesie durch den behandelnden Zahnarzt nicht aufgezeigt wurde. Aufgrund der erheblichen Risiken war auch nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten auszugehen. Dessen Einlassung, dass er in Kenntnis der Behandlungsalternativen die besonderen Risiken einer Vollnarkose nicht eingegangen wäre, war plausibel und deshalb nicht zu widerlegen. Der Zahnarzt hat insoweit die Schadenfolgen mangels einer wirksamen Aufklärung im vollen Umfang zu vertreten.



**Autorin**

Assessor jur. Gabi Anstoos, HDI Versicherung AG, Köln

## Unser Tipp

Mit dem „MedLetter“ informiert HDI Sie regelmäßig über neue Entwicklungen der Rechtsprechung aus der beruflichen Tätigkeit in der ambulanten Medizin und in den Gesundheitsfachberufen.

Wir legen besonderen Wert darauf aktuelle, juristische Sachverhalte, wichtige Urteile und Entscheidungen allgemeinverständlich und damit insbesondere für Nichtjuristen aufzubereiten.

Gerade Themen wie Haftung, aktuelle Rechtsprechung, Schadenfälle, Riskmanagement und versicherungsrechtliche Fragen sind ständig in Bewegung und betreffen Sie unmittelbar. Mit dem MedLetter erhalten Sie wichtige Informationen und Hinweise für Ihre Berufspraxis und sind immer auf dem Laufenden.

Melden Sie sich am besten gleich an unter:

[www.hdi.de/medletter](http://www.hdi.de/medletter)

**HDI**

Das ist Versicherung.

Medletter ■ Ausgabe 1/2018

## Ein Produkt für größere Praxen!

Immer häufiger schließen sich Ärzte mit anderen Kollegen zusammen und bilden sogenannte „Großpraxen“. Die Gründe für diese Praxiszusammenschlüsse sind vielfältig. In vielen Branchen und Berufsgruppen wird die Vereinbarkeit von Beruf und Familie immer wichtiger und ein essenzieller Bestandteil in der Berufswahl, auch junge Ärzte versuchen diesen „Spagat“ zwischen Arbeit und Privatleben. Ein großes Thema gerade für junge Berufsanfänger ist das Thema Arbeitszeitmodelle.

So findet man heute z. B. auch das Thema „Teilzeit“ in Arztpraxen, in denen sich mehrere Ärzte zusammenschließen. Die Möglichkeit, Praxiszeiten durch Vertretungsregelungen mehrerer Ärzte derselben Fachrichtung aufeinander abzustimmen, können Anreize für solche Modelle bieten. Aber auch das Thema Kostenminimierung bei Praxiseröffnung oder die Flexibilität bei der Planung von Weiterbildungen.

### Wie sieht es jedoch mit der Berufshaftpflichtversicherung aus?

Bei einem Neuzusammenschluss in eine „Großpraxis“ sind die zusammenkommenden Partner oftmals bereits bei unterschiedlichen Versicherungsgesellschaften versichert und die erneute Überprüfung der Berufshaftpflicht steht bei der Praxisneugründung nicht unbedingt an erster Stelle, da sich für den einzelnen Arzt grundsätzlich erst mal nichts durch den Zusammenschluss in seiner ärztlichen Tätigkeit ändert. Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung aller in der Großpraxis tätigen Ärzte ist jedoch gerade bei der Neugründung die Überprüfung essenziell und eine Vereinheitlichung über alle Partner erforderlich, denn bei fehlerhafter Behandlung eines Patienten haftet nicht nur der unmittelbar Behandelnde, sondern auch der nicht an der Behandlung beteiligte Kollege der Gemeinschaftspraxis. Folglich stellen unterschiedliche Deckungssummen und Vertragsbedingungen sowie damit einhergehende Deckungslücken schnell ein existenzgefährdendes Risiko dar.

Auch die Versicherer beobachten diesen Trend seit Jahren. HDI bietet ein speziell auf größere Praxiszusammenschlüsse ausgerichtetes Berufshaftpflicht-Konzept – das Großpraxenkonzept (GPK) für Praxen ab drei Partnern.

Die Vorteile des Konzepts haben wir nachfolgend zusammengestellt:

- **Eine Risikoanalyse für alle Ärzte**  
Entfall der Einzelbetrachtung jedes einzelnen Arztes und Zusammenfassung in eine vereinheitlichte und nur einmalige Erfassung der Risiken zur Großpraxis für alle Mitarbeiter und versicherten Ärzte.
- **Ein Vertrag mit einer 3-jährigen Versicherungsdauer**  
Ein Versicherungsvertrag und nur eine Police für alle versicherten Ärzte.
- **Vertragsbetreuung aus einer Hand**  
Alle Ärzte und Risiken der Großpraxis werden in nur einem Vertrag gebündelt und die Inhalte und Deckungen aufeinander abgestimmt. Somit wird das Risiko von Deckungslücken vermieden.
- **Anpassung von Risikoänderungen in nur einem Vertrag**  
Scheidet ein Partner oder angestellter Arzt aus der Praxis aus oder aber das Tätigkeitsspektrum verändert sich, muss die Meldung lediglich einmal an den aktuellen Versicherer erfolgen.
- **Schadenbearbeitung aus einer Hand**  
Geht doch einmal etwas schief, erfolgt die Schadenbearbeitung aus einer Hand. Der Schaden muss nur einmal gemeldet werden und die Bearbeitung erfolgt durch einen in der Berufshaftpflicht für Ärzte spezialisierten Schadensachbearbeiter.
- **Prämienfreie Mitversicherung neu einsteigender Inhaber und Teilhaber bis zu zwei Monaten (subsidiär)**  
Für neu einsteigende Inhaber oder Teilhaber ist die prämienvfreie Mitversicherung bis zu zwei Monate (subsidiär) ohne Zuschlag gegeben.
- **10 Mio. Euro Deckungssumme für Personen-, Sach- und Vermögensschäden 3-fach maximiert**
- **DIL-/DIC-Deckung (Konditionen- und Deckungssummendifferenz-Deckung bis zu einem Jahr)**  
Ist ein Partner bei Vertragsbeginn noch bei einem anderen Versicherer versichert und der Vertrag erst innerhalb der kommenden 12 Monate kündbar, so besteht die Möglichkeit des individuellen Einschlusses gegen Zuschlag. Somit greift bei einem eventuellen Schaden der aktuelle Versicherungsschutz sofort und füllt ggf. fehlenden oder nicht ausreichenden Deckungsumfang der „Altpolice“ aus.

Die Berufshaftpflicht ist insbesondere für den Arztberuf von essenzieller Bedeutung und sollte daher regelmäßig durch einen sachkundigen Spezialisten überprüft und ggf. angepasst werden. Ob Einzel- oder Großpraxis, HDI bietet für Ärzte individuelle Konzepte und Versicherungslösungen.



**Autorin**

Anna Koch, HDI Versicherung AG, Hannover

## Unser Tipp

Mit dem „MedLetter“ informiert HDI Sie regelmäßig über neue Entwicklungen der Rechtsprechung aus der beruflichen Tätigkeit in der ambulanten Medizin und in den Gesundheitsfachberufen.

Wir legen besonderen Wert darauf aktuelle, juristische Sachverhalte, wichtige Urteile und Entscheidungen allgemeinverständlich und damit insbesondere für Nichtjuristen aufzubereiten.

Gerade Themen wie Haftung, aktuelle Rechtssprechung, Schadenfälle, Riskmanagement und versicherungsrechtliche Fragen sind ständig in Bewegung und betreffen Sie unmittelbar. Mit dem MedLetter erhalten Sie wichtige Informationen und Hinweise für Ihre Berufspraxis und sind immer auf dem Laufenden.

Melden Sie sich am besten gleich an unter:

[www.hdi.de/medletter](http://www.hdi.de/medletter)

**HDI**

Das ist Versicherung.

Medletter ■ Ausgabe 1/2018

## Lehrreiches Beispiel für die außerordentlich bedeutsame Rolle der Aufklärung über Alternativen

**Urteil des Kammergerichts Berlin vom 13.03.2017 – 20 U 238/15**

### I.

Ein Feld voller juristischer Stolpersteine bietet bekanntlich die ärztliche Risikoaufklärung, die wegen der ganz auf der Behandlungsseite liegenden Beweislast und außerordentlich strenger rechtlicher Anforderungen in nahezu jeder Patientenklage in irgendeinem Punkt als fehlerhaft gerügt wird. Dabei spielt in der Justizpraxis die Pflicht zur Aufklärung über Alternativen eine außerordentlich bedeutsame Rolle. Ein lehrreiches Beispiel für diese Feststellung ist die Entscheidung des Kammergerichts vom 13.3.2017 – Az. 20 U 238/15, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Die Patientin litt seit einiger Zeit unter Herzrasen, sodass ihre Hausärztin sie an eine Kardiologin überwies. Diese nahm nach Durchführung eines EKGs eine elektrophysiologische Herzkatheteruntersuchung (EPU) vor und danach eine Katheterablation (Radiofrequenztherapie). Dabei erlitt die Patientin einen AV-Block dritten Grades, der zwei Tage später die Implantation eines Herzschrittmachers notwendig machte. Aufgrund der streitgegenständlichen Behandlung entwickelte die Patientin eine „Angststörung mit Depressivität und deutlich somatoformen Beschwerden und eine post-traumatische Belastungsstörung“, was zu einer insgesamt 11-monatigen Arbeitsunfähigkeit führte.

### II.

In ihrer Klageschrift, mit der die Patientin Schadenersatz und Schmerzensgeld begehrte, machte sie zunächst verschiedene Behandlungsfehler und Aufklärungsmängel geltend, die das Landgericht als unbegründet zurückwies. In der Berufungsinstanz ließ die Patientin daraufhin den Behandlungsfehlervorwurf fallen und stützte ihre Klage ausschließlich auf die fehlerhafte Aufklärung, wobei im Zentrum ihrer Argu-

mentation die unterlassene Aufklärung über die bestehende – konservativ-medikamentöse – Behandlungsmöglichkeit stand.

Der Sachverständige hatte diese Alternative als „zweitbeste“ Therapie, als „zweite Wahl“, aber „grundsätzlich denkbar“ bezeichnet, während er die EPU mit Ablationstherapie als Behandlung „erster Wahl“ qualifizierte, die den Vorteil einer Heilung der Herzrhythmusstörungen habe und deshalb „aus ärztlicher Sicht empfehlenswert gewesen“ sei.

Das Landgericht vertrat die Ansicht, insoweit habe es sich um keine „echte“ Behandlungsalternative gehandelt, doch wies das Kammergericht diese Auffassung mit Nachdruck als rechtsfehlerhaft zurück. Seine diesbezüglichen Ausführungen sind m. E. überzeugend und im Kontext mit den zitierten Aufklärungsgrundsätzen wichtig.

### III.

1. Zunächst erinnert das KG an die Beweislast des Arztes im Rahmen der von ihm geschuldeten Risikoaufklärung, doch dürften insoweit „keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen“ gestellt werden. Vielmehr müsse „der Trichter die besondere Situation, in der sich der Arzt während der Behandlung des Patienten befindet, ebenso berücksichtigen wie die Gefahr, die sich aus dem Missbrauch seiner Beweislast durch den Patienten zu haftungsrechtlichen Zwecken ergeben“ könne.

Im Anschluss daran folgt ein – in vielen Prozessen übersehenes – Zitat des Bundesgerichtshofs:

„Ist einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht, sollte dem Arzt im Zweifel geglaubt werden, dass die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist; dies auch mit Rücksicht darauf, dass aus vielerlei verständlichen Gründen Patienten sich im Nachhinein an den genauen Inhalt solcher Gespräche, die für sie etwa von therapeutischer Bedeutung waren, nicht

mehr erinnern. In jedem Fall bedarf es einer verständnisvollen und sorgfältigen Abwägung der tatsächlichen Umstände, für die der Tatrichter einen erheblichen Freiraum hat (ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. zuletzt Urteil vom 28.01.2014 – VI ZR 143/13, Rn 11 ff).“

2. In diesem Zusammenhang nimmt das Kammergericht auch zur prozessualen Bedeutung der Aufklärungsbögen Stellung:

„Besondere Bedeutung kommt dabei schriftlichen Aufzeichnungen zu, obgleich deren Fehlen umgekehrt nicht zwangsläufig dazu führt, dass der Beweis nicht erbracht worden ist. Diese Aufzeichnung bzw. insbesondere ein schriftliches Aufklärungsformular ist ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs, sodass es für den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung nicht unbedingt erforderlich ist, dass sich der Arzt an das konkrete Aufklärungsgespräch erinnert.“

3. Im Anschluss an diesen – wenn man so will – „allgemeinen“ und unstrittigen Teil der richterlichen Darlegungen zum Komplex Aufklärung kommt das Kammergericht zu der entscheidenden Meinungsdivergenz mit dem Landgericht, die zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und zum Erfolg der Klage führte.

a) Wie sich aus § 630e Abs. 1 S. 3 BGB ergibt, ist „bei der Aufklärung auch auf Alternativen hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können“. Damit hat der Gesetzgeber vor einigen Jahren eine jahrzehntelange höchst-richterliche Rechtsprechung übernommen, die ihre Wurzeln im Selbstbestimmungsrecht des Patienten hat. Zwar ist die „Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes, sofern diese dem medizinischen Standard entspricht“, aber der Patient muss über eine in Betracht kommende alternative Behandlungsmöglichkeit unterrichtet werden, wenn diese mit unterschiedlichen Belastungen, Risiken und Erfolgchancen für den Patienten verbunden ist.

b) Wie bereits ausgeführt, war eine solche Situation im vorliegenden Fall gegeben: Außer der invasiven Therapie (EPU mit anschließender Katheterablation) bestand die „Möglichkeit der medikamentösen Behandlung bzw. des Absehens von einer Behandlung“. Die Durchführung der EPU mit Ablationstherapie war „kein Muss“ im Sinne einer absoluten Indikation, vielmehr war die bei der Patientin durchgeführte Herzkatheteruntersuchung „nur relativ indiziert“. Alternativ standen „andere, nicht invasive Methoden zur Verfügung“, die zwar keine Aussicht auf Heilung brachten, andererseits aber „nicht mit den teils erheblichen Risiken der invasiven Herzkatheteruntersuchung und der Ablationstherapie verbunden“ sind.

c) Gerade wegen dieser erheblichen Unterschiede zwischen den beiden Behandlungsalternativen besteht im Hinblick auf

das Selbstbestimmungsrecht der Patientin die Notwendigkeit, die Patientin selbst entscheiden zu lassen, ob sie sich den Risiken und Belastungen des invasiven Eingriffs „aussetzen will oder lieber die Symptome medikamentös bekämpfen oder gar die Behandlung zum jetzigen Zeitpunkt verschieben möchte“. Dass die konservative Methode im Verhältnis zur invasiven Therapie nur „zweite Wahl“ war, ist unerheblich, da die medikamentöse Behandlung zum damaligen Standard gehörte und „sehr wohl grundsätzlich erfolgversprechend“ war. Die EPU mit Ablationstherapie war wegen der Heilungschancen sicherlich vorzugswürdig und daher „aus ärztlicher Sicht als Behandlung erster Wahl empfehlenswert“, doch musste auf die bestehenden konservativen Möglichkeiten „innerhalb des standardgemäßen Behandlungskorridors“ hingewiesen werden. Die Aufklärung der beklagten Kardiologin war daher nicht ordnungsgemäß.

d) Ihr Einwand, die Patientin hätte sich bei zutreffender Aufklärung ebenfalls dem invasiven Eingriff unterzogen, ist grundsätzlich beachtlich (sog. hypothetische Einwilligung). Das war im vorliegenden Fall jedoch nicht durchschlagend. Denn die Patientin hatte nach Ansicht des Senats „einen Entscheidungskonflikt plausibel gemacht“, also persönliche Umstände vorgetragen, die es nachvollziehbar erscheinen ließen, „dass die Klägerin bei zutreffender Aufklärung von einer Radiofrequenztherapie – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt – Abstand genommen hätte“. Damit war diese in vielen Arzthaftungsprozessen wirksamste Argumentation der Beklagtenseite ausgeschaltet.

4. Da mangels ordnungsgemäßer Aufklärung die von der Beklagten getroffenen ärztlichen Maßnahmen rechtswidrig waren, hat sie der Klägerin für alle Beeinträchtigungen und Schäden, die durch den Eingriff entstanden sind, Schadenersatz und Schmerzensgeld zu leisten.

Das ausgeurteilte Schmerzensgeld in Höhe von 40.000,00 Euro erscheint hoch, doch ist in den letzten Jahren insgesamt bezüglich des zuerkannten Schmerzensgeldes eine Steigerungstendenz erkennbar.



**Autor**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Klaus Ulsenheimer,  
Ulsenheimer Friederich Rechtsanwälte, München