

Die ärztliche Nichtaufklärung

Aufklärungsverzicht bei eigenem Wissen des Patienten
oder als „therapeutisches Privileg“

Nach dem Editorial „Allseitige Patienten-Aufklärung“ von Professor Dr. med. Hans-Joachim Wagner in Heft 46 vom 12. November 1986, Seite 3198 bis 3200, folgt hier ein weiteres Editorial, das sich mit den Fragen der Nichtaufklärung des Patienten aus der Sicht eines Juristen beschäftigt.

1. Die vergessenen Fälle ärztlicher Nichtaufklärung

Das Problem ärztlicher Aufklärungspflicht ist erst mit der Zeit der Aufklärung aktuell geworden. Die ärztliche Information dient dazu, das medizinisch Notwendige vorzubereiten und zu unterstützen. Sie steht darum, wie der Rechtslehrer Adolf Laufs (1) es ausgedrückt hat, in vollem Einklang mit dem höchsten Standesgrundsatz: „Salus aegroti suprema lex.“ Die ärztliche Aufklärung dient zugleich der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, das sich aus der verfassungsmäßigen Garantie freier Entfaltung der Persönlichkeit sowie des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit in Artikel 2 des Grundgesetzes ergibt (2). Nach heute allgemeiner Meinung setzt eine wirksame Einwilligung des Patienten voraus, daß dieser das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs in seinen Grundzügen erkannt hat (3).

Die ursprünglich strenge und starre Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Aufklärungspflicht fand bei der Ärzteschaft ebensowenig Verständnis wie bei vielen Patienten, die oftmals die schreckliche Wahrheit nicht ohne Schaden ertragen mußten. Der Rechtslehrer Eberhard Schmidt hat seinem Gutachten zum 44. Deutschen Juristentag 1964 zur Frage einer gesetzlichen Regelung der ärztlichen Aufklärungspflicht das Motto aus dem west-östlichen Diwan, Hikmet Nameh, Buch der Sprüche, vorangestellt: „Wofür ich Allah höchlich danke? Daß er Leiden und Wissen getrennt. Verzweifeln müßte jeder Kranke, das Übel kennend, wie der Arzt

es kennt.“ Immer wieder werden in der juristischen und medizinischen Literatur Fragen ärztlicher Aufklärungspflicht erörtert. Unbeachtet bleiben diejenigen Fälle, in denen der Arzt berechtigt oder gar verpflichtet ist, von einer Vollaufklärung des Patienten abzusehen. Diese aber gewinnen besondere Bedeutung im Bereich tödlicher Erkrankungen des Patienten.

2. Der aufklärungsunfähige Patient

Bevor der Arzt den Patienten aufklärt, muß er prüfen, ob der Patient einsichts- und willensfähig ist. Bei Schwerstkranken fehlt es oft an der Aufklärungsfähigkeit, weil sie entweder bewußtlos sind oder aufgrund der Medikation oder eines fortgeschrittenen Persönlichkeitsabbaus außerstande sind, die mitgeteilte Diagnose zu begreifen und eine rechtlich bindende Erklärung abzugeben. Ist der Patient ohne Bewußtsein und kann wegen der Eilbedürftigkeit der Maßnahme die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht eingeholt werden, so darf der Eingriff oder die Behandlung gemäß § 683 BGB trotzdem durchgeführt werden, wenn sie im Interesse des Kranken liegt und dessen mutmaßlichem Willen entspricht (4).

3. Verzicht auf Aufklärung

Der Patient kann ausdrücklich oder konkludent auf die ärztliche Aufklärung verzichten (5).

(1) *Arztrecht*, 3. Aufl., München 1984 Rdn. 110.

(2) Vgl. BVerfGE 52, 131; RGSt 25, 375; E. Deutsch/K.-H. Matthies, *Arzthaftungsrecht*, Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, Köln 1985, S. 46 (RWS-Skript Nr. 148).

(3) BGH *Neue juristische Wochenschrift* 1956, 1106; A. Laufs, *Arztrecht*, Rdn. 111.

(4) BGH *Versicherungs-Recht* 1983, 957; OLG Celle, *Versicherungs-Recht* 1984, 444; E. Deutsch/K.-H. Matthies, *Arzthaftungsrecht* . . . , S. 45; W. H. Eberbach, *Die ärztliche Aufklärung unheilbar Kranker*, *Medizinrecht* 1986, S. 180, 181.

(5) BGHZ 29, 46 = *Neue Juristische Wochenschrift* 1959, 811; H. Franzki, *Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arztes*, 2. Aufl. Köln 1981 S. 28 (RWS-Skript 26); E. Deutsch, *Haftungsfreistellung von Arzt und Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, S. 1351.

Im anglo-amerikanischen Recht wird als Beispiel eines Falles schlüssigen Aufklärungsverzichts (implied consent) häufig der Fall O'Brian v. Cunard S. & Co. zitiert (6). Mary O'Brian hatte sich als Fahrgast eines Ozeandampfers der Cunard Reederei in eine Schlange von Passagieren eingeordnet, die alle geimpft werden sollten. Als sie selbst an die Reihe kam, hob sie ihren Arm und ließ sich ohne weitere Informationen ebenfalls impfen.

4. Der wissende Patient

Eine Aufklärung kann auch dann unterbleiben, wenn der Patient selbst über genügende medizinische Kenntnisse verfügt (7). Oder wenn sich der Patient von einem vorbehandelnden Arzt oder aufgrund früherer Behandlung als bereits genügend aufgeklärt erweist (8). Hier ist jedoch Vorsicht geboten: Der Arzt darf sich nicht ohne weiteres darauf verlassen, daß ein Kollege den Patienten bereits aufgeklärt hat (9).

Die Aufklärung darf nur in den Fällen unterbleiben, in denen der Arzt aufgrund der erfragten Umstände überzeugt sein darf, daß sein Patient ausreichend informiert ist (10). Verfügt ein Patient aufgrund seiner beruflichen Ausbildung und Tätigkeit über genügende Kenntnisse, so kann die Aufklärung entfallen oder nur in eingeschränktem Umfang erforderlich bleiben. Aber auch hier ist Vorsicht geboten: Im Streitfall ist der Arzt beweispflichtig, wenn er sich in einem späteren Schadensersatzverfahren darauf beruft, es habe einer Aufklärung des wissenden Patienten nicht bedurft (11).

Dagegen entlastet die Kenntnis oder das Aufgeklärtsein des Patienten den Arzt auch dann, wenn dieser sich nicht von dessen Vorhandensein überzeugt hatte (12). Der Bundesgerichtshof (13) hat bei einer gelernten Krankenschwester mit langjähriger Erfahrung auf dem Gebiet der Krankenpflege angenommen, sie habe gewußt, daß bei einer Kropfoperation die

Kropflappen aus dem Bereich des Halses mit seinen engzusammengedrängten lebenswichtigen Gebilden zu entfernen seien, bei deren Verletzung Komplikationen auftreten könnten. Von einer Ärztin muß erwartet werden, daß sie sich über den Begriff „Mastektomie“ im klaren ist und sie zumindest die objektive Bedeutung des Eingriffs erkennt (14). Das Landgericht Duisburg dagegen (15) verurteilte einen Arzt wegen fehlender Aufklärung, weil er einen Patienten, der sich zum Zeitpunkt der Operation im letzten Ausbildungsabschnitt eines Medizinstudiums befand, über das Risiko einer Schädigung des nervus accessorius bei einer Lymphknotenextirpation nicht aufgeklärt hatte. Im Zweifel sollte der Arzt auch bei „wissenden Patienten“ durch Rückfrage klarstellen, ob eine Aufklärung notwendig ist oder nicht.

5. „Therapeutisches Privileg“ des Arztes zur Nichtaufklärung

Nicht nur in der Bundesrepublik, sondern auch in anderen Ländern wird seit vielen Jahren die Frage diskutiert, ob es vor allem bei tödlichen Erkrankungen Fälle gibt, in denen die Aufklärung aus therapeutischen Gründen ganz oder teilweise unterbleiben kann. Zutreffend wird in der Literatur immer wieder darauf hingewiesen, daß es sich insoweit eigentlich nicht um ein „Privileg“ des Arztes zur Nichtaufklärung handelt, sondern um die Frage, was medizinisch indiziert beziehungsweise kontraindiziert ist (16). Aus dem amerikanischen Rechtskreis wird von Richard W. Abbuhl und Timothy G. Gerking (17) der hypothetische Fall einer neurotischen Patientin geschildert, die unter Operationsphobie und Todesfurcht litt. Hier wird der Arzt als berechtigt angesehen, der Patientin die völlige Komplikationslosigkeit eines Eingriffs vorzuspiegeln. In einem anderen Fall litt die Patientin an Brustkrebs. Sie suchte einen Chirurgen auf und erklärte, daß sie Selbstmord verüben werde, wenn der Arzt bei ihr Krebs feststelle (18). ▷

(6) 154 Mass. 272, 28 N. E. 266 (Sup. Jud. Ct. 1891).
(7) BGH Neue Juristische Wochenschrift 1961, S. 2302; OLG Karlsruhe, Versicherungs-Recht 1979, S. 58.
(8) BGH Versicherungs-Recht 1963, S. 659; BGH Neue Juristische Wochenschrift 1976, S. 1790; 1980, S. 633; OLG Köln Versicherungs-Recht 1978, 551; OLG Celle Neue Juristische Wochenschrift 1979, S. 1251.
(9) So zutreffend H.-J. Rieger, Lexikon des Arztrechts, Berlin/New York 1984, Rdn. 262.
(10) BGH Neue Juristische Wochenschrift 1961, S. 2203; 1979, 1933, 1934; OLG Hamm Neue Juristische Wochenschrift 1976, 1157, 1158.
(11) BGH Versicherungs-Recht 1984, S. 538, 539; Giesen, Juristen-Zeitung 1985, S. 239.
(12) BGH Versicherungs-Recht 1984, S. 538; kritisch hierzu Kern, Medizinrecht 1986, S. 176, 179.
(13) BGH Versicherungs-Recht 1961, 1036, 1037.

(14) OLG Karlsruhe, Versicherungs-Recht 1979, S. 58.
(15) Medizinrecht 1984, S. 196, 197.
(16) Vgl. E. Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, Berlin/Heidelberg/New York, 1983, Rdn. 83 ff.; ders., Neue Juristische Wochenschrift 1980, S. 1305 ff.; R. Bodenburg, Neue Juristische Wochenschrift 1981, S. 601, 603; H.-L. Schreiber, Der Internist, 24 (1983), S. 185 187; W. H. Eberbach, Die ärztliche Aufklärung unheilbar Kranker, Medizinrecht 1986, S. 180, 181.
(17) Informed Consent of the Emotionally Disturbed Patient, 303 Legal Medicine Annual 215 ff. (1975).
(18) Smith, Therapeutic Privilege to Withhold Special Diagnosis from Patients Sick with Serious or Fatal Illness, 19 Tenn. L. Rev. 349, 355 (1946).

Das „therapeutic privilege“ wird in den USA aber nur in seltenen Ausnahmefällen anerkannt. Das französische Recht ist ähnlich wie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs „brutaler“: Das „droit du malade à la vérité“ habe als erste Grenze die Fähigkeit des Leidenden, die Wahrheit ohne „dommage majeur“ ertragen zu können. Nur soweit die Eröffnung der Diagnose den Zustand des Kranken verschlimmern könne, und zwar „réellement et sérieusement“, dürfe der Arzt von der Aufklärung absehen oder diese einschränken oder der Familie zuteil werden lassen (19). In der französischen Literatur wird immer wieder darauf hingewiesen, das Prinzip der Lüge zerstöre auch das Vertrauen der Leidenden zum Arzt, der sie damit systematisch als „mineurs“ behandle. Schließlich stelle die Wahrheit gewöhnlich das beste Mittel dar, sich der Mitarbeit des Kranken bei der Behandlung zu versichern.

Im deutschen Rechtsschrifttum findet sich oft der Hinweis, daß bisher höchstrichterliche Entscheidungen zur Zulässigkeit der „barmherzigen Lüge“ nicht ergangen seien (20). Dabei hat schon das Reichsgericht seine ursprünglich vertretene strenge Auffassung aufgegeben und das therapeutische Privileg in Form einer „gnädigen Mystifikation“ anerkannt, wenn dies von der Sache her berechtigt war (21). Richtig ist, daß die deutschen Gerichte Kontraindikationen oder ein „therapeutisches Privileg“ des Arztes zur Nichtaufklärung nur in begrenztem Umfang anerkennen. So hat der Bundesgerichtshof (BGHZ 29, 176) festgestellt, nur in dem besonderen Falle, daß die mit der Aufklärung verbundene Eröffnung der Natur des Leidens zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung des Patienten führen würde, könne ein Absehen von der Aufklärung gerechtfertigt sein. Und in einer anderen Entscheidung (BGHZ 29, 46) heißt es, der Arzt solle nicht gezwungen sein, „durch eine zu weitgehende Aufklärung den Heilerfolg selbst zu beeinträchtigen“. Es sei „seine Aufgabe, darzutun, daß triftige Gründe für das Unterlassen der Aufklärung gegeben waren“. Demgegenüber erklärt der

dem „Arztsenat“ des BGH angehörige Bundesrichter E. Steffen (22), Aufklärungsbefreiung aus therapeutischen Rücksichten sei zwar möglich, bisher aber vom BGH nicht anerkannt worden. Keineswegs gebe es ein „therapeutisches Privileg“. Dagegen hat das schweizerische Bundesgericht (BGE 105, II, 284) das therapeutische Privileg für den Fall anerkannt, daß der an Darmkrebs erkrankte Patient durch die Offenbarung der Diagnose „in einen gesundheits-schädlichen Zustand der Angst“ versetzt wird.

W. H. Eberbach (23) hat neuerdings Empfehlungen zur Aufklärung des Patienten bei infauster Prognose gegeben. Bejahe der Arzt die Aufklärungsfähigkeit des Patienten, so müsse er weiterhin prüfen, ob einer jener Ausnahmefälle vorliege, bei denen der Patient psychophysisch von der Aufklärung bleibend „überfordert“ wäre. Der Arzt solle aber daran denken, daß jeder Mensch bei der Eröffnung der infausten Prognose stärkster Belastung ausgesetzt sei. Die Nichtaufklärung sei therapeutisch deshalb nur in den Fällen gerechtfertigt, in denen der Patient auch bei langsamer, schonender und stufenweiser Aufklärung der Nachricht über seinen tatsächlichen Zustand auf keinen Fall gewachsen sei. Halte der Arzt die Ausnahme, also die Kontraindikation der Aufklärungspflicht, oder die Voraussetzungen für ein „therapeutisches Privileg“ für gegeben, so sollte er „in keinem Fall vergessen, die Gründe wiederum kurz im Krankenblatt zu notieren“. Der Dokumentation kommt in einem späteren Haftungsprozeß wegen Verletzung der Aufklärungspflicht entscheidende Bedeutung zu. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß es für die Nichtaufklärung keineswegs genügt, daß der Patient nur beunruhigt oder in seiner Gemütsverfassung depressiv beeinträchtigt wird (24). Betrachtet man die ärztliche Aufklärung nicht nur als eine defensive Formularpraxis, sondern als einen echten und von Vertrauen getragenen „Gemeinschaftsakt zwischen Arzt und Patient“, so dürfte die Anwendung des „therapeutischen Privilegs“ auch in der Praxis dazu führen, daß die derzeitige Überbetonung der ärztlichen Aufklärungspflicht wieder auf das gebotene Maß zurückgeführt wird.

- (19) Einzelheiten bei D. Eberhardt, Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands, Karlsruhe 1968, S. 128.
 (20) Vgl. E. Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, Köln 1984, S. 58 (RWS-Skript 137); P. Rumler-Detzel, Zur Praxis des Arzthaftungsprozesses, Köln 1984, S. 38.
 (21) Vgl. RGZ 163, 129, 136; BGHZ 29, 176, 183; E. Deutsch/K.-H. Matthies, Arzthaftungsrecht . . . , S. 59; E. Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, S. 51; A. Laufs, Arztrecht, Rdn. 130.
 (22) Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, S. 58.

Prof. Dr. jur. Wilhelm Uhlenbruck
 Friedrich-Schmidt-Straße 39
 5000 Köln 41

- (23) Die ärztliche Aufklärung unheilbar Kranker, Medizinrecht 1986, 180, 185.
 (24) Vgl. BGH Neue Juristische Wochenschrift 1956, 1106, 1107; BGHSt 11, 115; H.-J. Rieger, Lexikon des Arztrechts, Rdn. 264.