

Neue Aspekte aus Richtersicht:

Die wohlüberlegte Einwilligung

1. Die Gesetzeslage: § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist jeder medizinische Eingriff sowohl straf- als auch zivilrechtlich eine tatbestandliche Körperverletzung iSd § 823 BGB bzw. § 223 StGB. Er bedarf zu seiner Rechtfertigung einer Einwilligung des Patienten, die nur wirksam ist, wenn eine ausreichende Aufklärung vorangegangen ist. Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen (§ 630 d Abs. 1 S. 1 BGB). Zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Handelns gehört also neben der Indiziertheit des Eingriffs und der Heilbehandlung lege artis das Einverständnis des Patienten in den ärztlichen Eingriff nach ordnungsgemäßer Aufklärung.

Den Umfang der Aufklärungspflicht regelt § 630e BGB. Der Behandelnde ist danach verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Die zeitlichen Umstände, unter denen diese Aufklärung stattzufinden hat, regelt dabei Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 der Norm. Die Aufklärung muss danach so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung **wohlüberlegt** treffen kann. Diese Regelung geht nach der Gesetzesbegründung auf die vorangegangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurück. Danach muß der Patient vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig über dessen Erfolgsaussichten und Risiken aufgeklärt werden, daß er durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise wahren kann (BGH Urt. v. 14-06-1994 - VI ZR 178/93 = NJW 1994, 3010).

2. Die Begründung des Gesetzgebers

Die Gesetzesbegründung (Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten - Patientenrechtegesetz v. 26.02.2013) nimmt zunächst auf die oben zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs Bezug. Dort hatte der BGH - veröffentlicht unter dem einprägsamen Titel „Aufklärung vor der Tür des Operationssaals“ - über die Frage zu entscheiden, wieviel Zeit zwischen der Aufklärung und dem eigentlichen Eingriff liegen müsse, um noch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren. Dabei verwies der BGH auf seine in einer früheren Entscheidung (BGH Urteil vom 07-04-1992 - VI ZR 192/91 = NJW 1992, 2351) niedergelegten Grundsätze, wonach der Patient noch Gelegenheit haben müsse, zwischen der Aufklärung und dem Eingriff das Für und Wider der Operation abzuwägen. Dieser Zeitpunkt lasse sich nicht generell bestimmen, sondern nur unter Berücksichtigung der im Einzelfall gegebenen Umstände. Allgemein könne aber gesagt werden, dass dies bereits zu dem Zeitpunkt erfolgen müsse, in dem der Arzt den Patienten von der Notwendigkeit der Operation überzeugt und von ihm eine Vorentscheidung über die durchzuführende OP verlangt. Dementsprechend müsse in diesem Zeitpunkt die Risikoaufklärung erfolgen.

In der Begründung des Gesetzes (a.a.O. S. 35) heißt es dazu, bestimmte Fristen *für die Zeit zwischen der Aufklärung und der Einwilligung* (!) ließen sich nicht pauschal festlegen. Es könnten viele verschiedene Aspekte zu berücksichtigen sein, die im jeweiligen Einzelfall zu sehr unterschiedlichen Fristen führen könnten, die zwischen Aufklärung, *Einwilligung* und Beginn der Maßnahme liegen sollten. Im Weiteren stellt die Gesetzesbegründung sodann beispielhaft darauf ab, dass es bei operativen Eingriffen regelmäßig ausreiche, wenn die Aufklärung am Vortage des Eingriffs erfolge, eine Verkürzung der Bedenkzeit könne aber in eiligen Fällen geboten sein, eine halbe Stunde zwischen Aufklärung und Einleitung der Narkose sei im Regelfall aber zu kurz.

Fazit: der Gesetzgeber – und ihm vorhergehend der BGH - sprechen überwiegend den zeitlichen Abstand zwischen der Aufklärung und dem Eingriff an, die Einwilligung tritt dabei als gesondertes Momentum nicht in Erscheinung - es scheint, als falle sie zeitlich mit der Aufklärung zusammen.

3. Bisherige Problemlagen

In der bisher veröffentlichten Rechtsprechung und Literatur - soweit ich sie richtig überblicke - wird ebenfalls dem Zeitpunkt der Einwilligung keine eigenständige Bedeutung eingeräumt. Die Aufklärung muss rechtzeitig sein, „rechtzeitig“ bedeutet, dass die Aufklärung erfolgen kann, wenn die Entscheidung nicht mehr vom Vorliegen weiterer Untersuchungsbefunde abhängt; es müssen also alle Daten der Diagnose vorliegen. Der Patient muss in der Lage sein, durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise zu wahren. Das setzt voraus, dass der Patient auch Gelegenheit hat, in dem Zeitraum zwischen dem Gespräch und dem Eingriff das Für und Wider der Operation abzuwägen. Er muss ferner im Vollbesitz seiner Entscheidungsfähigkeit und Entscheidungsfreiheit sein; dabei muss ihm eine angemessene Überlegungsfrist verbleiben. Es muss Gelegenheit bleiben, mit der Familie oder Vertrauenspersonen zu sprechen, bzw. einen oder mehrere andere Ärzte zu konsultieren.

Die dazu ergangenen Entscheidungen beschäftigen sich daher in erster Linie mit der Frage, wieviel Zeit zwischen der Risikoaufklärung und dem eigentlichen Eingriff liegen darf. In einem Fall des OLG Stuttgart (Urteil vom 7. Dezember 1977 – 1 U 46/77 –, juris) wurde die Klägerin erst unmittelbar vor dem Eingriff aufgeklärt, zu einem Zeitpunkt, als die Vorbereitungshandlungen bereits weitgehend abgeschlossen waren. Es wird - so das OLG - kaum einen Patienten geben, der in einer solchen Situation noch fähig wäre, die für und wider den Eingriff sprechenden Gesichtspunkte richtig zu würdigen und in Ruhe abzuwägen, und der außerdem couragiert genug wäre, sich sozusagen in letzter Sekunde gegen die vom Arzt bereits eingeleitete Maßnahme zu stellen. Das LG Berlin (Urt. v. 8.10.2009 - 6 O 568/04 - Juris) hielt eine

Aufklärung um 20.00 h des Vorabends der - nicht dringlichen - Operation für verspätet, da der Patientin nicht ausreichend Zeit zur Überlegung verblieben sei. Der BGH lässt bei ambulanten und diagnostischen Eingriffen im Regelfall eine Aufklärung am Tage des Eingriffs zu, bei Operationen soll wegen der damit meistens verbundenen höheren Risiken die Aufklärung regelmäßig spätestens am Vortage erfolgen (BGH Urteil vom 25. 3. 2003 - VI ZR 131/02 = NJW 2004, 3703).

Auf der Grundlage dieser Rechtslage hat sich die Praxis entwickelt, im Anschluss an die Aufklärung die Einwilligung des Patienten einzuholen. Lag dann zwischen Aufklärung/Einwilligung ausreichend Zeit, in der der Patient sein Selbstbestimmungsrecht ausüben konnte, so begnügte man sich mit der Möglichkeit, dass der Patient seine Einwilligung zurücknehmen und so von der schon beschlossenen Operation quasi zurücktreten konnte. Ob dies für den Patienten zumutbar ist, hatte das OLG Celle in einem obiter dictum schon 1979 angezweifelt, als es um die Frage ging, ob die Aufklärung schon vor der stationären Aufnahme stattfinden müsse: *„Insbesondere aber entfällt dann (Anmerkung des Verf.: rechtzeitig vor Aufnahme in das Krankenhaus) die psychische Barriere, die den Patienten nach einem Aufklärungsgespräch am Vorabend der Operation trotz besserer Erkenntnis davon abhalten könnte, seine Operationsbereitschaft zu widerrufen, nachdem er bereits zwei Tage lang im Krankenhaus auf die Operation vorbereitet worden ist, zumal er sich noch überlegen müsste, wer die Kosten dieses dann nutzlosen Aufenthaltes trägt. In der Regel wird in derartigen Fällen das Aufklärungsgespräch deshalb schon vor der stationären Aufnahme geboten sein“* (OLG Celle, Urteil vom 10.07. 1978 - 1 U 40/77 = NJW 1979, 1251, 1253 m. krit. Anmerkung von Wachsmuth). Dem folgend hatte der BGH in seiner Entscheidung vom 7.04.1992 (a.a.O. S. 2352) judiziert, dass „keine medizinischen Interessen erkennbar seien, die es generell geboten sein lassen, mit der Risikoaufklärung zu warten, etwa bis zur Aufnahme des Patienten zu dem vorbestimmten Termin“.

4. Die Entscheidung des OLG Köln v. 16.01.2019 (5 U 29/17)

Soweit ersichtlich erstmals hatte sich das OLG Köln mit der Frage des Zeitpunkts der Einwilligung befasst. Dem lag verkürzt folgender Sachverhalt zugrunde:

Nach einem häuslichen Sturz hatte sich die spätere Klägerin am Abend des 1.08.2013 in das Krankenhaus der Beklagten begeben, wo nach einer Röntgenuntersuchung ein nicht dislozierter, geschlossener Bruch des medialen Oberschenkelhalses festgestellt wurde. Der Krankenhausarzt führte daraufhin mit der Klägerin anhand eines schriftlichen Aufklärungsformulars das präoperative Aufklärungsgespräch, wobei die Klägerin sich bereits zu diesem Zeitpunkt sowohl hinsichtlich der Indikation als auch der Notwendigkeit einer Operation und der Qualifikation der behandelnden Ärzte skeptisch zeigte. Gleichwohl unterzeichnete sie unmittelbar nach dem Gespräch (auf Drängen des Arztes) die vordruckte Einwilligungserklärung bezüglich der auf den Mittag des Folgetags (2.08.) geplanten Operation. Diese wurde indes am folgenden Tag vorgezogen, so dass die Klägerin bereits in den Vormittagsstunden des 2.08.22 operiert wurde. Ihr Ehemann, der sich in der Zwischenzeit beim Hausarzt erkundigt und dem dieser abgeraten hatte, kam zu spät.

Das OLG Köln hielt die Zeit zwischen Aufklärung und Einwilligung für zu kurz und bejahte damit eine fehlerhafte Aufklärung. Es müsse - jedenfalls bei nicht dringlichen Eingriffen - eine ausreichende Bedenkzeit verbleiben, die hier bis kurz vor dem Eingriff gereicht habe. Eine Einwilligung, die unmittelbar nach dem Aufklärungsgespräch erklärt werde, erfolge unter dem Eindruck einer großen Fülle von dem Patienten regelmäßig unbekanntem und schwer verständlichen Informationen und geschehe in einer persönlich schwierigen Situation. Sie stehe damit quasi unter dem Vorbehalt, dass der Patient die ihm verbleibende Zeit nutze, um die erhaltenen Informationen zu verarbeiten und um das Für und Wider des Eingriffs für sich abzuwägen und anders zu entscheiden. In einem solchen Fall sei es nicht Aufgabe des Patienten, sich durch eine ausdrückliche Erklärung von seiner zuvor gegebenen Einwilligung wieder zu lösen, sondern Aufgabe der operierenden Ärzte, sich davon zu überzeugen, dass die gegebene Einwilligungserklärung noch dem freien Willen des Patienten entspricht. Während es für die Behandlerseite ohne weiteres möglich gewesen sei, dem

Patienten nach Verstreichen der angemessenen Bedenkzeit die Unterschrift abzuverlangen, bestehe für den Patienten in der vorliegenden Situation die psychologische Barriere, die bereits erteilte Einwilligung zurückzunehmen und damit dem Arzt den Vorwurf zu machen, bei der Hergabe der Unterschrift quasi überfahren worden zu sein.

Tatsächlich ist die Entscheidung in einem Punkt unklar, wie Nußstein in seiner Anmerkung (VersR 2019, 1500) herausgearbeitet hat: es kommt nämlich nicht darauf an, dass der aufklärende Arzt sich vor der Operation noch einmal hätte vergewissern müssen, ob die (nach Meinung des OLG ja unwirksame!) Einwilligung fortbestand. Vielmehr hätte die Behandlerseite die Einwilligung vor dem Eingriff (wirksam) einholen müssen. Nußstein (a.a.O.) sieht die Behandler in Fällen wie diesem in der Pflicht, den Patienten über die Unverbindlichkeit seiner bisher erteilten Einwilligung aufzuklären und ihm die Gelegenheit zu geben, nunmehr noch einmal neu über seine Zustimmung zum Eingriff zu entscheiden. Zustimmend dazu im Übrigen auch: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 131, Martis/Winkhardt-Martis MDR 2020, 1421, 1422), Spickhoff, NJW 2021, 1713, 1717), Etterer (Der Krankenhaus-Justitiar 2019, S. 45)

5. Die Entscheidung des OLG Bremen v. 25.11.2021 (5 U 63/20)

Der Kläger in unserem Verfahren litt unter einer chronischen Pansinusitis (Entzündung der Nasennebenhöhlen) sowie unter chronisch rezidivierenden Ohrenentzündungen mit Paukenergüssen. In der Ambulanz der Klinik der Beklagten wurde ihm deswegen zunächst die Durchführung einer Nasenseptumplastik (Begradigung der Nasenscheidewand) zur Verbesserung der Belüftung und 6-8 Wochen später eine Operation an den Ohren vorgeschlagen. Am 1.11.2013 begab sich der Kläger in die Klinik der Beklagten und führte dort mit einer Fachärztin ein Aufklärungsgespräch. Unmittelbar nach diesem Gespräch unterzeichnete er – auf Bitten der Ärztin - eine formularmäßige Einwilligungserklärung. Am 4.11.2013 wurde der Kläger in der Klinik aufgenommen und operiert. Dabei kam es zu einer Duraverletzung. Der Kläger hatte

u.a. geltend gemacht, er sei am 1.11. nicht ausreichend aufgeklärt worden, insbesondere habe er keine ausreichende Bedenkzeit zwischen Aufklärung und Einwilligung gehabt. Das Landgericht, das die Klage abgewiesen hat, hielt diesen Vorwurf für unbegründet. Der Kläger sei - anders als in dem vom OLG Köln entschiedenen Fall - nicht von der aufklärenden Ärztin zur Unterschrift gedrängt worden. Er habe - anders als dort - keine Bedenken gegen den Eingriff, seine Indikation und die Befähigung der Ärzte geäußert. Der Eingriff sei auch erst drei Tage nach der Aufklärung durchgeführt worden und der Kläger habe sich, indem er sich zu diesem Zeitpunkt freiwillig in die Klinik begeben habe, nochmals mit der Durchführung einverstanden erklärt.

Der Senat hat demgegenüber eine fehlerhafte Einwilligung angenommen. Eine wohlüberlegte Entscheidung könne nur derjenige treffen, der ausreichend Zeit zum Überlegen habe. Bei der im Krankenhaus der Beklagten praktizierten Übung, die Einwilligung unmittelbar nach dem Aufklärungsgespräch einzuholen, könne nicht von einer wohl überlegten Entscheidung ausgegangen werden, denn diese Erklärung werde unter dem Eindruck einer großen Fülle von dem Patienten regelmäßig unbekanntem und schwer verständlichen Informationen sowie in einer für diesen schwierigen Situation abgegeben. Der Kläger habe auch nicht durch den Umstand, dass er sich drei Tage später in die Behandlung des Krankenhauses begeben habe, konkludent seine Einwilligung erteilt. Aus der - maßgeblichen - Sicht der Erklärungsempfängerin - der Beklagten - habe am 1.11.2013 eine Einwilligungserklärung vorgelegen, die - wie es § 630f Abs. 2 S. 1 BGB vorsieht - in die Patientenakte aufgenommen worden sei. Diese habe der Kläger zu keinem Zeitpunkt widerrufen. Es gebe daher keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte Anlass hatte, den Eintritt des Klägers in ihr Krankenhaus als Einwilligung in die bevorstehende Operation zu betrachten.

6. Die Reaktionen in der Literatur

Hippeli (jurisPR-MedizinR 5/22 Anm. 5) und Teile der Anwaltschaft haben sich zustimmend geäußert.

Rehborn (GesR 2022, 91 ff.) ist hingegen der Meinung, der Senat (und die übrigen o.g. Stimmen in der Literatur) hätten den Wortlaut des Gesetzes überspannt. Die Vorschrift des § 630e Abs. 2 BGB fordere lediglich, dass der Patient seine Entscheidung wohlüberlegt treffen könne und beziehe sich damit, wie auch die Stellung der Norm im Gesetz belege, nur auf den Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs und dessen Abstand zum Eingriff. Zu welchem Zeitpunkt der Patient einwillige, sei seine Sache; es gebe hier unterschiedliche Patiententypen (Schnellentschlossene oder Zauderer). Nur der aufklärende Arzt könne letztendlich sicher beurteilen, an welchem Punkt des Überlegungsprozesses sich der Patient befinde, so dass es geboten sei, dass beide beim Einwilligungsprozess zusammenwirkten. Es müsse auch bedacht werden, dass der Patient die Abgabe der Einwilligungserklärung als erleichternd empfinden könne. Schließlich könne die Erklärung des Patienten, keine Zeit mehr für weitere Überlegungen zu benötigen, auch konkludent abgegeben werden, so dass es ausreiche, wenn dieser von sich aus keine ausdrückliche Bitte um weitere Überlegungszeit äußere. Außerdem meint Rehborn, dass der mündige Patient durch sein Eintreten in das Krankenhaus die Einwilligung durchaus konkludent erteilt haben kann.

Dass die Stellung des § 630e BGB eine andere Auslegung des Begriffs „wohlüberlegt“ nahelegt, sehe ich nicht. Die zweidimensionale Sichtweise - Aufklärung+Einwilligung einerseits und Eingriff andererseits - folgt jedenfalls für mich nicht zwingend aus der Gesetzesbegründung. Immerhin ist dort (S. 35 s.o.) von „Fristen für die Zeit zwischen Aufklärung und Einwilligung“ die Rede. Das Argument, nur der Arzt könne sicher beurteilen, ob der Überlegungsprozess beim Patienten abgeschlossen ist und es handele sich ja um eine gemeinsam zu bewältigende Aufgabe, erscheint nur auf den ersten Blick überzeugend: wenn man nämlich annähme, es reiche aus, wenn der Arzt feststelle, dass der Patient seine Überlegungen unmittelbar nach der Aufklärung abgeschlossen habe, so bedürfte es dann auch keines zeitlichen Abstands mehr zum Eingriff, was jedenfalls die bisherige Rechtslage auf den Kopf stellen würde. Den dann folgenden Überlegungen Rehborns zur konkludenten Erklärung des Patienten, er benötige keine weitere Überlegungszeit kann man entgegenhalten, dass dies nicht so ohne Weiteres mit der Regelung des § 630f Abs. 2 S.1 BGB in

Einklang zu bringen sein dürfte, wonach Einwilligungen und Aufklärungen in der Patientenakte zu dokumentieren sind, was m.E. auch die Erklärung umfassen dürfte, ausreichend aufgeklärt worden zu sein bzw. auf weitere Zeit zur Überlegung zu verzichten. Das mag nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen, kann aber im Prozess bei der Beweiserhebung bedeutsam werden.

7. Ausblick

Ob die Entscheidung, wie die Beklagte seinerzeit argumentierte, der allerorts gelebten Praxis der Aufklärungsgespräche, wonach die Einwilligung immer im Anschluss daran erteilt werde, widerspricht (was Hippeli a.a.O. bezweifelt), mag dahinstehen, denn eine falsche Praxis kann nicht den Willen des Gesetzgebers brechen. Tatsächlich hat die Beklagte Revision eingelegt, über die der BGH am 22.12.22 mündlich verhandeln will.