

Interview mit Rechtsanwalt Dr. Armin Schwerdtfeger: „Zur Diskussion um die Aufklärung vor Lebendspende“

Thieme Compliance: Am 29. Januar 2019 hat der BGH zwei Urteile verkündet, die auch in der Tagespresse diskutiert wurden. Worum geht es in diesen Entscheidungen?

Dr. jur. Schwerdtfeger: Der BGH hat in den beiden Urteilen vom 29. Januar 2019 (Az. VI ZR 495/16 und Az. VI ZR 318/17) erstmals ausführlich zu den Voraussetzungen einer Aufklärung vor einer Lebendorganspende Stellung genommen. In beiden Fällen hatten die Patienten Schadensersatz verlangt wegen einer formal und inhaltlich ungenügenden Aufklärung. Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht als Berufungsinstanz haben die Klagen als unbegründet abgewiesen. Der BGH gab dagegen den Klagen statt.

Thieme Compliance: Warum haben in beiden Fällen die Vorinstanzen jeweils anders entschieden als nun der BGH?

Dr. jur. Schwerdtfeger: Die Vorinstanzen, nämlich das Landgericht Essen sowie das Oberlandesgericht Hamm, haben sich bei ihren Entscheidungen an der allgemeinen Rechtsprechung orientiert.

Der Vorwurf, die Aufklärung sei allein wegen Verstößen gegen die Vorgaben des [§ 8 Abs. 2 Satz 3 Transplantationsgesetz](#) (Anwesenheit eines neutralen Arztes beim Aufklärungsgespräch) und [§ 8 Abs. 2 Satz 4 TPG](#) (von den Beteiligten zu unterschreibende Niederschrift über das Aufklärungsgespräch) begründet, wurde zurückgewiesen, weil es sich lediglich um Form- und Verfahrensvorschriften handelt.

Wie im PatientenRG ([§ 630 h Abs. 3 BGB](#)) geregelt, führen Dokumentationsfehler lediglich zur Vermutung, dass die Maßnahme unterblieben und vom Arzt nicht getroffen worden ist. Der Arzt kann jedoch die Vermutung durch den Beweis des Gegenteils widerlegen. Verstöße gegen Form- und Verfahrensvorschriften führen also nicht bereits als

solche automatisch zur Unwirksamkeit einer Einwilligung des Patienten.

Was den Vorwurf einer inhaltlich unzureichenden Aufklärung anbelangt, so hatten die Ärzte zwar nur unzureichend aufgeklärt, aber die Vorinstanzen gingen von einer sogenannten hypothetischen Einwilligung der Patienten aus.

Thieme Compliance: Was bedeutet „hypothetische Einwilligung“?

Dr. jur. Schwerdtfeger: Wenn ein Arzt den Patienten nicht oder nicht ausreichend aufklärt, fehlt eine wirksame Einwilligung des Patienten in den Eingriff ([§ 630 d Abs. 2 BGB](#)). Der Eingriff ist daher rechtswidrig. Allerdings kann die Kausalität des ärztlichen Eingriffes für einen etwaigen Schaden und damit auch die ärztliche Haftung entfallen, falls der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung seine Einwilligung in die konkrete, durch den Arzt vorgenommene Maßnahme erteilt hätte („hypothetische Einwilligung“). Die hypothetische Einwilligung ist mittlerweile ebenfalls im Gesetz geregelt ([§ 630 h Abs. 2 Satz 2 BGB](#)).

Allerdings trägt der Arzt die Darlegungs- und Beweislast, d. h. er muss im Einzelnen ausführen, warum im konkreten Fall der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung, also hypothetisch, in den Eingriff eingewilligt hätte.

Der Patient wiederum kann dem Einwand der hypothetischen Einwilligung entgegenhalten, er habe sich in einem echten Entscheidungskonflikt befunden, wobei es auf die subjektiven Verhältnisse des Patienten ankommt, die auch unvernünftige Erwägungen umfassen können.

Thieme Compliance: Warum haben die Vorinstanzen eine hypothetische Einwilligung angenommen?

Dr. jur. Schwerdtfeger: Die Instanzgerichte sind davon ausgegangen, dass die Patienten auch in Kenntnis aller Risiken in jedem Fall bereit gewesen wären, ihren nahen Angehörigen (Vater bzw. die Ehefrau) durch eine Lebendorganspende zu helfen. Auch konnten die Instanzgerichte keinen echten Entscheidungskonflikt für den Fall der Kenntnis aller Risiken erkennen.

Thieme Compliance: Weshalb gelangt der BGH zu einem anderen Ergebnis?

Dr. jur. Schwerdtfeger: Auch der BGH hält die Verstöße gegen die Form- und Verfahrensvorschriften des TPG nicht für ausreichend, um eine Unwirksamkeit der Einwilligung zu begründen. Diese Formverstöße seien jedoch im Rahmen der Beweiswürdigung ein starkes Indiz dafür, dass keine ausreichende Aufklärung stattgefunden habe.

Der BGH hält die inhaltlichen Aufklärungsmängel für relevant. Die Patienten seien nicht ausreichend über die gesundheitlichen Folgen der Organentnahme aufgeklärt worden. Auch hätte das Risiko eines Transplantatverlustes beim Empfänger aufgrund dessen Vorerkrankung thematisiert werden müssen.

Mangels ordnungsgemäßer inhaltlicher Aufklärung seien die erteilten Einwilligungen in die Organentnahme unwirksam und damit der ärztliche Eingriff jeweils rechtswidrig.

Die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung hält der BGH bei Lebendorganspenden für nicht anwendbar, weil das Transplantationsgesetz insoweit abschließende Regelungen enthalte.

Auch nach allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen könne man nicht von einer hypothetischen Einwilligung ausgehen, weil dies dem Schutzzweck der erhöhten Aufklärungsanforderungen bei

Lebendorganspenden ([§ 8 Abs. 2 Sätze 1 und 2 TPG](#)) widerspräche.

Die vom Gesetzgeber bewusst streng formulierten Aufklärungsvorgaben bei Lebendorganspenden dienten dem Schutz des Spenders vor sich selbst. Der Spender befinde sich in einer besonderen Konfliktsituation, in der jede Risikoinformation für ihn relevant sein könne. Vor diesem Hintergrund bleibt nach der Ansicht des BGH für die Grundsätze einer hypothetischen Einwilligung kein Raum.

Zudem sieht der BGH die Gefahr, dass durch die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung die Regelungen des Transplantationsgesetzes unterlaufen werden könnten. Dies würde das notwendige Vertrauen potenzieller Lebendorganspender in die Transplantationsmedizin erschüttern.

Thieme Compliance: Gibt es Gerichtsentscheidungen aus anderen Bereichen, die eine hypothetische Einwilligung ausschließen?

Dr. jur. Schwerdtfeger: Bei sogenannten kosmetischen Eingriffen, also Eingriffen, die nicht medizinisch indiziert und damit keine Heileingriffe sind, braucht ein Patient im Falle des Einwandes einer hypothetischen Einwilligung keinen echten Entscheidungskonflikt darzulegen. Es reicht, wenn der Patient plausibel behauptet, dass er bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung keine Einwilligung erteilt hätte (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, § 630 h), Rn. 5). Diese Wertung gilt z. B. auch im Falle einer Blutspende (vgl. z. B. BGH NJW 2006, 2108). In derartigen Fällen ist für den Arzt der Einwand einer hypothetischen Einwilligung ein stumpfes Schwert.

Thieme Compliance: Gibt es weitere gesetzliche Regelungen, die zu beachten sind?

Dr. jur. Schwerdtfeger: Ja, z. B. hat der Gesetzgeber für Stammzellspenden eigene gesetzliche Regelungen vorgesehen. Allgemein lässt sich sagen, dass ein Arzt zunächst immer die besonderen Vorschriften eines Eingriffes zu beachten hat. Diese

können, wie in den vorliegenden Fällen der Lebendorganspende besondere Aufklärungsvoraussetzungen enthalten. Es reicht insoweit nicht, sich an den allgemeinen Grundsätzen der ärztlichen Aufklärung zu orientieren.

Rechtsanwalt Dr. Armin Schwerdtfeger

KKS Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Ludwigstraße 8
80539 München

info@kks-law.de

Der Beitrag ist im März 2019 im medizinisch-juristischen Newsletter der Thieme Compliance GmbH erschienen.