Die Aufklärung über Behandlungsalternativen

Eine Besprechung der Urteile des OLG Nürnberg vom 6. 11. 2000 (MedR 2001, 577) und vom 29. 5. 2000 (MedR 2002, 29) sowie des Urteils des OLG Dresden vom 17. 5. 2001 (VersR 2002, 440)

I. Einführung

In der medizinrechtlichen Literatur wird oft betont, dass neben den Vorwurf des Behandlungsfehlers zunehmend die Geltendmachung der ärztlichen Aufklärungspflichtverletzung tritt. Wegen der für den Patienten günstigen Beweissituation habe sich letztere geradezu zu einem Auffangtatbestand im Arzthaftungsrecht entwickelt und eine Prozess-

lawine ausgelöst1.

Diese pauschale Behauptung ist aber nicht unumstritten. Nach einer Untersuchung der Fälle des Arzthaftungssenats des OLG Köln liegt der statistische Anteil der auf Aufklärungsfehlern beruhenden Verurteilungen im Untersuchungszeitraum lediglich zwischen 10 % und 20 %, so dass der Behandlungsfehlervorwurf nach wir vor den Schwerpunkt der Arzthaftungsprozesse ausmacht². Spickhoff³ weist sogar darauf hin, dass die Bedeutung der Behandlungsfehlerhaftung gegenüber der Aufklärungspflichtverletzung weiter zunimmt. Dennoch stellt die ärztliche Aufklärung unbestritten ein wichtiges Thema des Arzthaftungsrechts dar und ist oftmals prozessentscheidend. Speziell die Aufklärung über Behandlungsalternativen ist in jüngerer Zeit immer öfter Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen⁴. Dies mag an der aktuellen wissenschaftlichen Diskussion liegen⁵, die sich mit dem hier scheinbar offen angelegten Konflikt der Aufklärungspflicht mit der ärztlichen Therapiefreiheit beschäftigt. Ein weiterer Grund könnte aber auch sein, dass durch die zunehmende Sensibilisierung der Ärzte für das Thema "Aufklärung" und das dokumentationsfreundliche System der Stufenaufklärung nach Weißauer mit den entsprechenden Aufklärungsbögen Durchführung und Nachweis der Patienteninformation erleichtert wurden⁶, so dass sich der Streit zunehmend in spezielle Bereiche verlagert.

Zu verschiedenen möglichen Konstellationen der Aufklärung über Behandlungsalternativen sind kürzlich drei obergerichtliche Urteile veröffentlicht worden, für die es sich lohnt, ihre Einordnung in die Grundsätze der bisheri-

gen Rechtsprechung zu untersuchen.

II. Ausgangspunkt der Rechtsprechung

Der Grundsatz der Therapiefreiheit gestattet es dem Arzt, jeden Patienten nach der von ihm für richtig befundenen Art und Weise zu behandeln, da Pluralismus und Autonomie in der Methodenwahl die notwendigen Voraussetzungen der Ausübung und Weiterentwicklung ärztlicher Therapiepraxis sind7. Aufbauend darauf hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass die Wahl der Behandlungsmethode "primär Sache des Arztes [ist]"8 und dem Patienten nicht erläutert werden muss, welche Behandlungsmethoden theoretisch in Betracht kommen und was für oder gegen die eine oder andere Methode spricht, solange eine Methode innerhalb des medizinischen Standards Anwendung findet. Denn in diesem Fall dürfe der Arzt davon ausgehen, dass der Patient seiner ärztlichen Entscheidung vertraue und keine eingehende fachliche Unterrichtung über spezielle medizinische Fragen erwarte⁹.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Patient ein berechtigtes und damit schützenswertes Interesse daran hat, dass das eine oder andere Verfahren gewählt wird. Dem Patienten muss sich dabei eine echte Wahlmöglichkeit eröff-

nen, die nach ständiger Rechtsprechung dann vorliegt, wenn im Behandlungszeitpunkt zur beabsichtigten Maßnahme eine konkret verfügbare und durchführbare Alternative mit geringeren Risiken oder Belastungen oder besseren Erfolgsaussichten besteht¹⁰. Allerdings muss es sich dabei um gewichtige Unterschiede handeln, weshalb eine nur geringfügig niedrigere Komplikationsrate keine entsprechende Aufklärungspflicht begründet¹¹.

III. Fallgruppen

Praktisch relevante¹² Fallgruppen der Aufklärung über Behandlungsalternativen sind:

(1) Aufklärung über alternative Operationsmethoden;

(2) Aufklärung über eine zur operativen Behandlung bestehende konservative Alternative;

Rechtsanwalt *Dr. iur. Philip Schelling* und Rechtsanwalt *Dr. iur. Dr. med. Rainer Erlinger*, Ulsenheimer Friederich Rechtsanwälte, Maximiliansplatz 12, D-80333 München

- Für viele vgl. z.B. Mertens, in: MüKo/BGB, Bd. 5, 3. Aufl. 1997, § 823, Rdnrn. 421 f.
- Vgl. Studie von Rumler=Detzel, in: FS f. Deutsch, 1999, S. 699, 704 f.; Sethe/Krumpaszky, VersR 1998, 420, 423 ff.

3) Spickhoff, NJW 2001, 1757, 1762.

- Vgl. Überblick bei Kem, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 162, Rdnrn. 101 ff.
- 5) Nach *Hart* (Jura 2000, 64, 66) ist die Aufklärung über Behandlungsalternativen eine besonders wichtige Alternative der Verlaufs- und Risikoaufklärung und geradezu deren "Bewährungsfall".
- 6) Das System der formulargestützten Aufklärung ist darauf angelegt, durch auf bestimmte Eingriffe spezialisierte Merkblätter dem Arzt die Informationsvermittlung zu erleichtern und ihn bei der beweisrechtlichen Vorsorge von Schreibarbeit zu entlasten. Bisher sind kaum Fälle bekannt, in denen nach richtigem Gebrauch der einschlägigen Aufklärungsbögen gerichtlich oder außergerichtlich die Aufklärungsrüge erfolgreich erhoben worden wäre, vgl. Laufs, Arztrecht, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 181.
- Vgl. Schmidt, NJW 1986, 2339, 2340; Mertens (Fn. 1), § 823, Rdnr. 381.

8) BGH, NJW 1982, 2121, 2122.

5) Std. Rspr.; vgl. BGH (wie Fn. 8); BGH, JZ 1988, 411, 412; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl. 1998, Rdnrn. 82 ff.; Greiner, in: FS f. Geiß, 2000, S. 411.

10) Vgl. BGH, NJW 1982, 2121, 2122; NJW 1983, 2630; VersR 1992, 314, 315 f.; VersR 1988, 179, 180 f.; Besonderheiten gelten hinsichtlich der Aufklärung über Geburtsalternativen, auf die hier nicht eingegangen, sondern auf die Ausführungen von Ulsenheimer (Fn. 9), Rdnr. 84, Greiner (Fn. 9), S. 411, und Bender, NJW 1999, 2706, verwiesen werden soll.

 Vgl. Ulsenheimer (Fn. 9), Rdnr. 82, unter Bezugnahme auf BGH, NStZ 1986, 34.

12) Die theoretisch mögliche fünfte Fallgruppe: Aufklärung über alternative andere konservative Behandlungsmethoden (andere Medikamente o.ä.) ist unseres Wissens bislang nicht praktisch relevant geworden. Dies mag daran liegen, dass insgesamt Aufklärungsrügen bei konservativen Verfahren seltener erhoben werden, so dass dieser Unterfall rein zahlenmäßig sehr selten ist.

(3) Aufklärung über eine zur konservativen Behandlung bestehende operative Alternative;

(4) Aufklärung über ein alternativ bestehendes Neulandverfahren.

Die jüngst ergangenen Urteile betreffen drei dieser Fallgruppen, nämlich (1)13, (3)14 und (4)15.

1. Aufklärung über alternative Operationsmethoden

Der medizinische Standard kann eine beachtliche Bandbreite aufweisen, was dazu führt, dass es nur in wenigen Behandlungssituationen lediglich eine standardgemäße Methode gibt. Im übrigen sind meist mehrere Behandlungsmöglichkeiten denkbar. Diese Feststellung gilt insbesondere im operativen Bereich, so dass sich hier oftmals die Frage stellt, ob der Arzt (z.B. Chirurg) vor einem Eingriff auf andere Operationsmethoden hinweisen muss.

Das OLG Dresden¹⁶ war unlängst mit der Frage befasst, ob ein Patient, dessen verletzter Finger nach einer operativen Versorgung mit der sog. "Nahlappenmethode" infektionsbedingt teilamputiert werden musste, vor dem Eingriff über die alternative Operationstechnik der "Fernlappenmethode" hätte informiert werden müssen.

Das Gericht verneinte dies, da die Fernlappenmethode nach den Feststellungen des Gutachters zwar die "elegantere", jedoch keine der Nahlappenplastik grundsätzlich überlegene Methode darstellt. Hinzu kam die Besonderheit, dass eine Entscheidung für die Fernlappenmethode als alternative Operationstechnik ohnehin erst intraoperativ möglich gewesen wäre.

Das Urteil bedeutet eine weitere Verfestigung der Rechtsprechungslinie, wonach eine Behandlungsalternative nur dann aufklärungspflichtig ist, wenn sie für den Patienten eine deutlich günstigere Risikoquote oder Erfolgsaussicht bietet¹⁷. Auf leichte Unterschiede oder Varianten der Durchführung muss hingegen nicht besonders hingewiesen werden, weil diese "für einen vernünftigen Durchschnittspatienten im allgemeinen von untergeordneter Bedeutung sind"18.

2. Aufklärung über bestehende konservative Behandlungsalternativen

Die Vielfalt der möglichen Behandlungsformen und Therapien eröffnet oftmals auch die Entscheidung zwischen einer konservativen und einer operativen Versorgung des Patienten. In diesem Zusammenhang stellt sich die im Praxisalltag durchaus relevante Frage, ob der Arzt, der eine operative Behandlungsform wählt, auf eine bestehende konservative Alternative hinweisen muss.

Diese Frage ist bereits seit längerem entschieden. Die Rechtsprechung bejaht eine entsprechende Hinweispflicht dann, wenn die konservative Behandlungsform gegenüber dem operativen Eingriff eine "echte" Wahlmöglichkeit darstellt¹⁹. So hat z.B. der Zahnarzt den Patienten darüber aufzuklären, dass neben der Extraktion des Zahnes alternativ eine zahnerhaltende Wurzelspitzenresektion in Betracht kommt. Denn hier soll es der Entscheidung des Patienten vorbehalten bleiben, in den endgültigen Verlust des natürlich gewachsenen Zahnes einzuwilligen oder aber vom Arzt zahnerhaltende Maßnahmen zu fordern²⁰. Entsprechendes soll für den Fall einer Radiojodtherapie als Alternative zur operativen Behandlung einer Schilddrüsenerkrankung gelten²¹ oder die Möglichkeit, einen Bandscheibenprolaps konservativ statt operativ zu versorgen²². Die Anforderungen gehen hier sehr weit, da im letztgenannten Fall schon die noch bestehende Möglichkeit, einen bislang erfolglosen konservativen Behandlungsversuch zur Vermeidung einer Operation über einen längeren Zeitraum hin auszudehnen, als aufklärungspflichtig angesehen wird²³. Noch weiter geht der BGH, wenn er in der bloßen Möglichkeit des zeitlichen Aufschiebens der Behandlung eine konservative und damit aufklärungspflichtige Alternative erkennt²⁴.

Um dem Vorwurf einer Aufklärungspflichtverletzung entgegen zu treten, muss der Arzt (z.B. anhand einer entsprechenden schriftlichen Dokumentation im Aufklärungsbogen oder der Einwilligungserklärung²⁵) nachweisen, dass der Patient über die Alternative der konservativen Behandlung aufgeklärt wurde. Die Patientenseite muss dagegen einen Entscheidungskonflikt hinsichtlich der Alternativen der konservativen und der operativen Therapie plausibel darstellen können. Dies wird in dieser Fallgruppe jedoch häufig mit dem Hinweis auf Angst vor einer Operation möglich sein²⁶. Andererseits kann der Patient einen Entscheidungskonflikt dann nicht schlüssig vortragen, wenn er sich vor oder nach dem Eingriff vergleichbaren invasiven Behandlungen ausgesetzt hat²⁷

Die genannten Beispiele zeigen, dass die Rechtsprechung bei der Verwendung des Begriffs der "konservativen" Methode nicht immer konsequent ist. Wenn die Methode der Wurzelspitzenresektion trotz ihres unstreitig invasiven Charakters gegenüber der Zahnextraktion als konservative Alternative bezeichnet wird²⁸, subsumiert die Rechtsprechung unter die medizinische Definition der konservativen Methode als "bewahrende / wenigstens zum Teil erhaltende / nicht-operative oder zumindest schonendere operative Maßnahme"²⁹. Gleiches gilt, wenn die Rechtsprechung in der Radiojodtherapie eine vergleichsweise konservative Alternative sieht³⁰. Auf der anderen Seite erblickt die Rechtsprechung wegen der z.T. massiven Folgen für den menschlichen Organismus grundsätzlich auch in der Verabreichung von Medikamenten einen invasiven Eingriff 31

Dies lässt erkennen, dass gerade im Bereich der Aufklärung über Behandlungsalternativen der in der Aufklärungsrechtsprechung maßgebliche Begriff des invasiven Eingriffs und der von der Medizin geprägte Terminus der konservativen Therapie keinesfalls sich vollständig ausschließende Gegensätze darstellen, sondern mehr oder weniger große Überschneidungen aufweisen können. So stellt ein per se

¹³⁾ OLG Dresden, VersR 2002, 440.

OLG Nürnberg, MedR 2001, 577.

¹⁵⁾ OLG Nürnberg, MedR 2002, 29.16) OLG Dresden, VersR 2002, 440.

Vgl. Fn. 11.

¹⁸⁾ BGH, NJW 1988, 1514, 1516.

Vgl. Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, 9. Aufl. 2002, Rdnr. 381.

²⁰⁾ Vgl. LG Hannover, NJW 1981, 1320, 1321.

Vgl. OLG Köln, VersR 1998, 1510, 1511; weitere Beispiele, in denen von der Rechtsprechung eine Aufklärungspflicht bejaht wird: bei operativer statt konservativer Behandlung einer Hornschwielenbildung an der Ferse (BGH, VersR 1980, 1145); bei Verkürzungsosteotomie des Oberschenkels statt konservativer Ausgleichshilfe (BGH, VersR 1981, 532).

Vgl. BGH, VersR 2000, 766.

²³⁾ BGH, VersR 2000, 766, 767; a.A. OLG Hamm, VersR 1993, 102, 103, wonach auf die Möglichkeit konservativer Behandlung nicht mehr ausdrücklich hingewiesen werden muss, wenn zuvor bereits 11 Tage lang konservativ behandelt worden war.

Vgl. Greiner (Fn. 9), S. 412, 423 m. Hinw. auf BGH, NJW 1994, 799: Möglichkeit des Zuwartens bei gleichzeitiger Schmerzmedikation als Alternative zur sofortigen Extraktion des Weisheitszahnes; vgl. auch BGH, NJW 1992, 2354; VersR 1990, 1238, 1239.

Vgl. LG Hannover, NJW 1981, 1320, 1321.

Vgl. OLG Köln, VersR 1998, 1510, 1511; anders OLG München, VersR 1992, 835.

Vgl. OLG Oldenburg, VersR 2000, 232; vgl. auch Spickhoff, NJW 2001, 1762.

Wie Fn. 20

Vgl. z.B. Roche Lexikon Medizin, 3. Aufl. 1997, Stichwort konservativ", S. 930.

Vgl. BGH, Urt. v. 27. 10. 1981, AHRS 5110/100; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19. 3. 1987, AHRS 5100/102; Ulsenheimer (Fn. 9), Rdnr. 56; Deutsch, Medizinrecht, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 100.

invasiver Eingriff dann eine konservative Alternative dar, wenn dessen invasive Wirkung im Vergleich mit anderen möglichen Behandlungsformen gering oder geringer ist.

3. Aufklärung über operative Behandlungsalternativen

Zum umgekehrten Fall der Pflicht zur Aufklärung über operative Alternativen bei einer beabsichtigten konservativen Behandlung finden sich in der Rechtsprechung dagegen bislang nur wenige Entscheidungen, weshalb ein erst kürzlich veröffentlichtes Urteil des OLG Nürnberg³² von Interesse ist. Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Beim Kläger wurde nach einem Sturz eine Oberarmkopffraktur links diagnostiziert. Die Ärzte entschlossen sich zu einer konservativen Versorgung in Form eines sog. "Gilchristverbands". Der Kläger litt im Anschluss an die Behandlung unter einer eingeschränkten Beweglichkeit des Arms und starken Schmerzen und führte dies auf die angewandte konservative Behandlungsmethode zurück. Er rügte insbesondere, dass er nicht über die bestehende

operative Alternative aufgeklärt worden war.

Das Gericht stellt fest, dass der Arzt bei einer Entscheidung für eine konservative Therapieform auf eine bestehende alternative - operative - Behandlungsmöglichkeit hinweisen muss, falls diese gleiche Heilungschancen bei geringeren Risiken bietet. Denn eine Mitentscheidung des Patienten sei hier sinnvoll. Gleichzeitig wird aber deutlich hervorgehoben, dass es hier nicht um den Fall einer - der Beweislast des Arztes unterliegenden - Eingriffsaufklärung, sondern um eine Beratungspflicht als vertragliche Nebenpflicht geht, mit der Folge, dass die Vertragsverletzung wie beim Behandlungsfehler vom Patienten zu beweisen ist³³

Das Gericht lehnt sich hier an ein Urteil des OLG Hamm³⁴ an, wonach eine konservative Behandlungsmethode gerade keinen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellt, welche primär der Eingriffsaufklärung bedarf, sondern vielmehr auf die - gegebenenfalls von bewahrenden und unterstützenden Maßnahmen begleitete -Selbstheilung des Körpers setzt. Einem Eingriff wäre eine konservative Behandlung danach nur dann gleichzusetzen, wenn zum einen das Unterlassen des aktiven Eingreifens in den Heilungsvorgang rechtswidrig wäre, d.h. eine Rechtspflicht zum Handeln bestünde, und zum anderen die Vornahme der gebotenen Operation den eingetretenen Schaden verhindert hätte. Beides hat das OLG Nürnberg vorliegend verneint35.

Diese Rechtsprechung beschränkt also den Anwendungsbereich der Selbstbestimmungs- oder Eingriffsaufklärung auf den Bereich der invasiven Heilbehandlung (z.B. Operation, Injektion u.s.w.) und eröffnet ihn nicht bei beabsichtigter Durchführung einer (standardgemäßen) konservativen Behandlung, wenn sich die konservative Behandlung auf nur flankierende Maßnahmen beschränkt. Hier kann der Patient lediglich rügen, der Arzt habe seine vertragliche Nebenpflicht zur Aufklärung über die Möglichkeit einer operativen Versorgung verletzt. Dieser ihm obliegende Nachweis ist für den Patienten wesentlich schwieriger als die einfache Rüge fehlerhafter oder fehlender Ein-

griffsaufklärung.

Zwar steht neben der Herleitung der Aufklärungspflicht aus der Verletzung der körperlichen Integrität mittlerweile das verfassungsrechtlich verankerte Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Vordergrund³⁶. Der Patient hat danach einen Anspruch darauf, nicht zum Objekt ärztlicher Vernunfthoheit gemacht zu werden, sondern eigenverantwortliches Subjekt der Behandlung zu bleiben³⁷. Nicht der Arzt, sondern allein der Betroffene soll befugt sein, über das "Ob" und "Wie" der Behandlung selbstständig und aufgrund einer autonomen Abwägung zu entscheiden³⁸. Vor diesem Hintergrund ließe sich vertreten, dass bei einer beabsichtigten konservativen Therapie zugunsten des Selbstbestimmungsrechts des Patienten auch der Hinweis auf eine bestehende operative Behandlungsalternative den rigiden Anforderungen der Eingriffsaufklärung unterworfen ist.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man jedoch dann, wenn man von dem hinter der Rechtsprechung des OLG Nürnberg stehenden und vom OLG Hamm³⁹ entwickelten Gedanken ausgeht, dass die Einwilligung einen Verzicht auf den Schutz des Körpers vor Verletzungen darstellt, bei einem konservativen Verfahren der Körper gewissermaßen "sich selbst", also seiner eigenen Selbstheilung überlassen wird, mithin kein verletzender Eingriff des Arztes erfolgt. Die Auffassung der Gerichte, wonach das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zwar über die vertragliche Verpflichtung des Arztes zur Therapieaufklärung geschützt ist, der praktisch weiterreichende Schutz der Eingriffsaufklärung⁴⁰ aber grundsätzlich nur bei einer Verletzung der körperlichen Integrität in Form eines invasiven Eingriffs zur Entfaltung kommen kann, ist damit auf jeden Fall überzeu-

4. Aufklärung über alternative "Neulandverfahren"

Das OLG Nürnberg41 war kürzlich mit der Frage befasst, ob auf eine weniger belastende und risikoärmere Operationsmethode auch dann hingewiesen werden muss, wenn diese noch nicht hinreichend untersucht und erprobt ist und daher (noch) nicht als "Verfahren der Wahl" gilt. Das Gericht hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Im Jahre 1996 unterzog sich der anschließend verstorbene Ehemann der Klägerin einer Bauchspeicheldrüsenoperation, welche von den beklagten Ärzten nach der damals an deutschen Klinken praktizierten Methode nach "Whipple" ausgeführt wurde. Auf die duodenumerhaltende Pankreaskopfresektion, welche ein weit weniger invasives und deshalb risikoärmeres Verfahren darstellt und heute als das wohl eher gewählte Verfahren gilt, wurde dabei nicht hingewiesen. Die Klägerin machte geltend, dass deshalb die Einwilligung in die Operation unwirksam war.

Das OLG lehnt eine entsprechende Aufklärungspflicht in seinen Entscheidungsgründen mit dem Hinweis darauf ab, dass die Methode der duodenumerhaltenden Pankreaskopfresektion zum Zeitpunkt der Behandlung noch nicht so ausreichend untersucht war, dass sie als Standardmethode

von allen Autoren empfohlen wurde.

Dies bedeutet zwar eine Abkehr von dem Grundsatz, wonach die wissenschaftliche Diskussion über bestimmte Risiken noch nicht abgeschlossen zu sein braucht, um eine Aufklärungspflicht des Arztes zu bejahen⁴². Die Entschei-

- 32) OLG Nürnberg, MedR 2001, 577.
- 33) Wie Fn. 32.
- 34) OLG Hamm, Urt. v. 6. 5. 1985, AHRS 5000, 10. 35) OLG Nürnberg, MedR 2001, 577, 578.
- 36) Vgl. BVerfGE 52, 131, 165 f.; Steffen/Dressler (Fn. 19), Rdnr. 321.
- Grundlegend BGH, VersR 1959, 153, 154; BVerfGE 52, 131, 171, 178 f.
- Vgl. Mertens (Fn. 1), \S 823, Rdnr. 419.
- 39) OLG Hamm (Fn. 34).
- 40) Die Behandlung eines unzureichend aufgeklärten Patienten ist insgesamt eigenmächtig bzw. rechtswidrig, vgl. BGH, NJW 1991, 2346, 2347; Nüßgens (1989), in: RGRK/BGB, 12. Aufl., § 823 Anh. II, Rdnr. 164; Schadensersatzansprüche des Patienten bestehen hier auch dann, wenn die Behandlung indiziert war und lege artis durchgeführt wurde, vgl. Bruns, ArztR 2000, 184, 185. Selbst wenn sich das aufklärungspflichtige Risiko nicht verwirklicht oder umgekehrt sich ein Risiko verwirklich hat, über das aufgeklärt worden war, führt dies grundsätzlich zu einer Haftung der Behandlungsseite, vgl. Steffen/Dressler (Fn. 19), Rdnrn. 450 f. Insofern trägt der Arzt hier das volle Risiko für ein Misslingen der Behandlung. Der vorgenommene Heileingriff ist sogar dann rechtswidrig, wenn er zum angestrebten Heilerfolg geführt hat, vgl. Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rdnr. 211. 41) OLG Nürnberg, MedR 2002, 29.

Vgl. BGH, NJW 1996, 776, 777; es genügt, dass ernsthafte Stimmen in der medizinischen Wissenschaft, die nicht lediglich als dung wird aber mit folgender Überlegung verständlich: Ein nicht erprobtes Verfahren stellt regelmäßig keine Alternative dar, da es für den Patienten mangels gefestigter Daten über den Therapieerfolg und wegen der noch unerforschten Begleitrisiken gar nicht möglich ist, die Neulandmethode in direkten Vergleich mit der beabsichtigten Standardbehandlung⁴³ zu setzen und eine überlegte Entscheidung zu treffen.

In die gleiche Richtung geht eine frühere Feststellung des LG Koblenz⁴⁴, wonach die noch in der Erprobung befindliche, alternative Brustkrebsbehandlung für eine Patientin *zum damaligen Zeitpunkt* noch keine echte Wahlmöglichkeit darstellte, da vom Sachverständigen für die Erprobung eine "Nachbeobachtungszeit" von zehn Jahren veranschlagt worden war, vor deren Ablauf das Rückfallrisiko noch nicht hinreichend erforscht sein konnte.

Aus der Sicht des Arztes bedeutet dies, dass er davon ausgehen darf, dass der Patient, der ihn aufsucht, "jetzt" untersucht und behandelt werden will und kein theoretisches Interesse daran hat, zu erfahren, ob die Medizin "über kurz oder lang" über bessere Methoden verfügt, die auch schon hier und da erprobt und angewendet worden sind⁴⁵.

Freilich mag es Ausnahmefälle geben, in denen ein noch in der Erprobung stehendes Verfahren die für den Patienten einzige Heilungs- oder gar Überlebenschance darstellt. Denn wegen des Nichtvorhandenseins oder Versagens herkömmlicher und erprobter Verfahren ist hier trotz noch nicht abgeschlossener Erkenntnisse über Gefahren und Erfolge ein "Risikogefälle" und damit eine Pflicht zum Hinweis auf die Neulandmethode denkbar⁴⁶. Grundsätzlich bleibt es aber nach dem oben Gesagten dabei, dass Verfahren, die sich zum Zeitpunkt der Behandlung noch in der Erprobungsphase befinden, keine aufklärungspflichtige Behandlungsalternative darstellen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Patient den Arzt von sich aus nach neuen Verfahren fragt⁴⁷.

III. Fazit

Die neuere Rechtsprechung zur Aufklärung über Behandlungsalternativen ist konsequent und transparent. Mit dem Merkmal der "echten Wahlmöglichkeit" werden hohe Anforderungen an den Tatbestand der Aufklärungspflichtverletzung gestellt. Hinter dieser restriktiven Linie steht die Erforderlichkeit, den tatsächlichen Aufklärungsumfang auf ein praktikables Maß zu begrenzen. Hier ist zum einen der regelmäßig von der Behandlungsseite vorgetragene Einwand relevant, wonach für die Therapie als eigentliches Patientenanliegen immer weniger Zeit bleibt. Zum anderen ist zu beachten, dass eine Aufklärung über alle in der Medizin vorgeschlagenen, diskutierten, nicht belegten, erfolgversprechenden, teilweise wieder verlassenen oder erst einem kleinen Kreis von Spezialisten bekannten Verfahren angesichts der immensen Datenfülle der modernen Medizin tatsächlich gar nicht möglich wäre. Hier wäre zudem eine Korrelation der Aufklärungspflicht mit der Fortbildungspflicht des Arztes notwendig, die ihrerseits auf die wissenschaftlich ernsthaft und auf breiter Basis diskutierten Alternativen beschränkt ist⁴⁸.

Im übrigen besteht die Gefahr, dass mit der Information über das volle Spektrum der möglichen Behandlungsalternativen auf den Patienten eine Entscheidung übertragen wird, die er als medizinischer Laie tatsächlich nicht treffen kann und auch nicht will. Eine solche "Übermaßaufklärung" führt mit anderen Worten zur Verunsicherung des Patienten und wird von ihm in der Regel gar nicht erwünscht sein⁴⁹.

Dies alles muss freilich mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Einklang gebracht werden. Die Linie der Rechtsprechung ist hierzu geeignet. Sie trägt dem Grundsatz der Therapiefreiheit Rechnung und gewährleistet das Funktionieren des therapeutischen Alltags, ohne dabei schützenswerte Patienteninteressen zu vernachlässigen. Denn wo die Risiken einer bestehenden Behandlungsalternative nur geringfügig niedriger sind, eine gegenüber invasiven Eingriffen regelmäßig patientenfreundlichere konservative Behandlungsform zur Anwendung kommen soll oder eine erprobte und bewährte Methode innerhalb des medizinischen Standards gewählt wird, wird das Selbstbestimmungsrecht des nicht entsprechend informierten Patienten tatsächlich nicht in relevantem und damit forensisch entscheidendem Umfang eingeschränkt.

unbeachtliche Außenseitermeinung abgetan werden können, sondern als gewichtige Warnungen angesehen werden müssen, auf bestimmte, mit der Behandlung verbundene Gefahren hinweisen, vgl. *Greiner* (Fn. 9), S. 418.

43) Eine Behandlungsmethode wird erst dann zum medizinischen Standard, wenn sie die Phase der Erprobung in den Spezialkliniken durchlaufen hat, vgl. Steffen, ZVersWiss 1990, 32, 36.

44) LG Koblenz, VersR 1994, 1349; auch nach Ansicht des BGH (VersR 1988, 495) ist ein im Behandlungszeitpunkt neues, ungewohntes und noch nicht mit Dauererfolgen ausgestattetes Verfahren zur Erleichterung der Folgewirkungen einer Magenoperation nicht aufklärungspflichtig; nach einer Entscheidung des OLG Celle (VersR 1987, 592) müssen Eltern eines Säuglings nicht darauf hingewiesen werden, dass dessen Augenlinsentrübung möglicherweise im Rahmen eines "Pionierversuchs" in einer anderen Klinik erfolgreich behandelt werden kann.

45) Vgl. BGH, NJW 1984, 1810, 1811; OLG Oldenburg, VersR 1996, 1023, 1024; OLG Köln, VersR 1999, 847.

46) Vgl. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck (Fn. 4), § 130, Rdnr. 33; der BGH (NJW 1984, 1810, 1811) befürwortet eine entsprechende Aufklärungspflicht z.B. dann, "wenn der Arzt weiß oder wissen muss, dass der Patient mit seinem speziellen Leiden zweckmäßig und besser in einer Spezialklinik untersucht und behandelt wird". Die Frage, wann eine Krankheit den Grad eines speziellen Leidens erreicht hat, wurde in der Rechtsprechung bislang jedoch noch nicht entschieden.

47) Vgl. Ulsenheimer (Fn. 9), Rdnr. 86; Patientenfragen müssen vom Arzt stets wahrheitsgemäß beantwortet werden, vgl. Schaffer, VersR 1993, 1458, 1462; Mertens (Fn. 1), § 823, Rdnr. 423; Laufs (Fn. 6), Rdnr. 192.

48) Vgl. Steffen/Dressler (Fn. 19), Rdnr. 169a m.w.N.

49) Vgl. Mertens (Fn. 1), § 823, Rdnrn. 354, 435.