

5/2021 Oktober

C 42058

gyn

Praktische Gynäkologie



omnimed
www.omnimedonline.de

Recht aktuell kommentiert: Forensische Risiken bei der Aufklärung ausländischer Patienten



Philip Schelling

Die Behandlung ausländischer Patienten und damit auch deren Aufklärung über geplante Eingriffe gehört heute, egal ob im ambulanten oder stationären Bereich und egal welche Fachrichtung betreffend, landauf landab zum ärztlichen Alltag. Spiegelbildlich hierzu nehmen die Fälle, bei denen (tatsächlich oder vermeintlich) sprachunkundige Patienten gegen ihren Arzt vor Gericht ziehen und dort behaupten, dessen Aufklärung nicht verstanden zu haben, spürbar zu.

Dieses Phänomen ist schnell erklärt: Jeder invasive Eingriff stellt tatbestandlich eine Körperverletzung dar, welche nur dann gerechtfertigt ist, wenn der Patient vorher im Wissen um den Verlauf und die typischen Risiken des Eingriffs eingewilligt hat. Hat der Patient allerdings die Aufklärung nicht verstanden, fehlt es an einer wirksamen Einwilligung. Der Eingriff ist dann rechtswidrig und kann Schadenersatzforderungen auslösen, und zwar selbst dann, wenn er indiziert war und lege artis durchgeführt wurde.

Die Beweislast dafür, dass der Patient ausreichend aufgeklärt worden ist, trägt der Arzt. Präsentiert sich nun der kla-

gende Patient dem Gericht bei der Befragung, so wie dies immer wieder zu beobachten ist, mit (tatsächlichen oder vermeintlichen) Verständnis- und Sprachschwierigkeiten, welche gegebenenfalls sogar die Übersetzung durch Angehörige oder die Bestellung eines Dolmetschers durch das Gericht erfordern, wird der Arzt erklären müssen, weshalb er meint, dass der Patient nun gerade seine Aufklärung verstehen konnte.

§ 630 e Absatz 2, Satz 1 Nr. 3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) stellt für den Behandelnden die ausdrückliche Verpflichtung auf, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände verständlich aufzuklären. Dass eine Aufklärung, welche der Patient nicht versteht, juristisch nichts »wert« ist, leuchtet zunächst jedem ein. Dass die Rechtsprechung in diesem Kontext zum Teil hohe Anforderungen an den aufklärenden Arzt stellt, ist den meisten allerdings nicht bekannt. Deshalb lohnt es, die insofern einschlägige Rechtsprechung einmal zu durchmustern und vorzustellen:

Aufklärung von Patienten ohne Sprachmittler

1. Das Aufklärungsgespräch darf der Arzt mit einem Ausländer in deutscher Sprache dann führen, wenn sich *im Aufnahmebogen* vom Patienten mitgeteilte, *detaillierte Angaben* zu Vorerkrankungen, Art und Entwicklung der Beschwerden finden oder der aufklärende Arzt aus anderen Gründen davon ausgehen kann, dass der Patient der deutschen Sprache hinreichend mächtig ist (vgl. Oberlandesgericht [OLG] Hamm, Urteil vom 11.09.2000, Aktenzeichen: 3 U 109/99).

Und auch dann, wenn ein ausländischer Patient, der jedenfalls *der deutschen Alltagssprache mächtig* ist, während des Aufklärungsgesprächs nicht zu erkennen gibt, dass er die Aufklärung nicht verstanden hat und er auch *nicht die Zuziehung eines Dolmetschers* oder wenigstens eines deutschsprechenden Familienangehörigen *verlangt*, darf der Arzt grundsätzlich davon ausgehen, dass die erteilte Einwilligung in den Eingriff wirksam ist (vgl. OLG Brandenburg, Medizinrecht [MedR] 1998, 470).

Mit anderen Worten: Der Arzt kann *darauf vertrauen*, dass der grundsätzlich sprachkundige Ausländer nachfragt (vgl. Urteil OLG Stuttgart vom 26.06.2001, Aktenzeichen: 14 U 81/00). Denn ein solcher *Patient* steht insofern einem Deutschen, der die medizinischen Fremdwörter ebenfalls nicht immer versteht, gleich. Ist er in einer insgesamt verständlichen Weise aufgeklärt worden, so liegt es *in seinem Verantwortungsbereich*, dem Arzt mitzuteilen, wenn er etwas nicht verstanden hat. Die Nachfrage bei Verständnisschwierigkeiten des Patienten ist also dann dessen Sache (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.09.2002, Aktenzeichen: 7 U 102/01). Unterbleibt hier eine Nachfrage, fehlt es am (Aufklärungs-) Verschulden des Arztes (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 01.08.2011, Aktenzeichen: 5 U 713/11: Patientin hatte im Prozess mit »verminderter Auffassungsgabe« argumentiert; in die gleiche Richtung OLG Hamm; Urteil vom 11.09.2003, 3 U 109/99, wonach es *treuwidrig* sein soll, wenn der Patient später behauptet, die Aufklärung mangels ausreichender Deutschkenntnisse nicht verstanden zu haben).

Gleiches gilt, wenn ein Patient mit Migrationshintergrund beim Aufklä-

zungsgespräch mehrmals in einer Weise nachfragt, dass die weitere Reaktion auf die Erläuterungen des Arztes diesem den Eindruck vermittelte, der Patient habe alles verstanden (vgl. Urteil OLG Koblenz vom 25.02.2014, Aktenzeichen: 5 U 1535/13).

Mit der Aufklärungsrüge kann der Patient auch dann nicht durchdringen, wenn die aufklärende Ärztin im Prozess nachvollziehbar schildert, dass sie sich im Hinblick auf den Zeitablauf zwar nicht mehr an das konkrete Aufklärungsgespräch erinnert, sie aber aufgrund ihrer Erfahrung mit ausländischen Patienten (»ständige Übung«) immer darauf achte, sich für den Patienten *verständlich auszudrücken* sowie *nachzufragen*, ob der Patient ihr sprachlich folgen kann und sie im Falle der Verneinung eine zur Übersetzung bereite Begleitperson des Patienten, andernfalls einen der Sprache des Patienten mächtige Krankenhausmitarbeiter hinzuzieht. Enthält hier der *Aufklärungsbogen keine Angaben zu Sprachproblemen* oder eine Übersetzertätigkeit, ist davon auszugehen, dass keine Verständigungsschwierigkeiten bestanden haben (vgl. Urteil Kammergericht vom 08.05.2008, Aktenzeichen: 20 U 202/06).

Auch eine den Ärzten unbekanntes Lesefähigkeit einer ausländischen Patientin steht der Wirksamkeit der Aufklärung (über das Risiko einer Darmverletzung bei der Laparoskopie) nicht entgegen, wenn die Patientin nach dem Aufklärungsgespräch *ohne weitere Nachfrage* einen mehrseitigen *Aufklärungsbogen unterzeichnet* hat (OLG Frankfurt, Urteil vom 15.02.2000, Aktenzeichen: 8 U 183/99).

2. Äußert jedoch eine kurz vor der Entbindung stehende, aus einem fremden Kulturkreis stammende junge Frau mit erkennbaren rudimentären Deutschkenntnissen überraschend den Wunsch nach einer gleichzeitig durchzuführenden Sterilisation, so hängt die Wirksamkeit ihrer Einwilligung in diesem Eingriff davon ab, dass ihr in einer für sie *verständlichen Weise* eingehend

die Folgen der Sterilisation einschließlich ihrer psychosozialen Folgen dargestellt werden. *Daran fehlt* es bei einem bloß *kurzen Gespräch* über die Endgültigkeit der Maßnahme *im Stile von »nix Baby mehr«* und einer anschließenden Illustration der Operationstechnik (vgl. Urteil OLG München vom 14.02.2002, Aktenzeichen: 1 U 3495/01).

Und erweist sich die Hinzuziehung einer sprachkundigen Person zur Übersetzung eigentlich als erforderlich, steht aber ein Dolmetscher nicht zur Verfügung, kann auch eine *Aufklärung durch Zeichensprache und Zeichnungen nicht genügen* (vgl. Urteil OLG Köln vom 09.12.2015, Aktenzeichen: 5 U 184/14).

3. Klar ist aber auch: *Je dringlicher* der Eingriff ist und *je weniger Zeit* für die *Hinzuziehung eines Dolmetschers* bleibt, *desto geringer* sind die *Anforderungen* nicht nur an den Inhalt der Aufklärung, sondern auch an die Verständnissfähigkeit des Patienten: Hier wird – ähnlich wie bei fehlender Einsichtsfähigkeit – auf den *mutmaßlichen Willen* des Patienten abzustellen sein (z.B. bei Aufklärung über die Möglichkeit einer Sectio caesarea bei bevorstehender Geburt, vgl. OLG Braunschweig, Urteil vom 11.04.2002, Aktenzeichen: 1 U 37/01).

Übersetzung durch Angehörige oder Dolmetscher

Muss der Arzt befürchten oder ist er nicht ohne Weiteres sicher, dass der Patient der deutschen Sprache ausreichend mächtig ist und die ärztlichen Erläuterungen richtig versteht, ist eine sprachkundige Person zur Übersetzung hinzuzuziehen.

1. Dabei ist auch die Übersetzung durch einen *Mitarbeiter* der Praxis oder Klinik oder eine als Dolmetscherin fungierende *Putzfrau* durchaus möglich; wenn etwa eine *sprachkundige Krankenschwester*, die sich mit der Patientin gut verständigen kann, als

Übersetzerin an dem Aufklärungsgespräch teilnimmt, ist die Einwilligung der Patientin in die Behandlung wirksam (vgl. OLG München, Urteil vom 26.11.1992, Aktenzeichen: 1 U 6976/91). Der Arzt trägt dann aber das Risiko einer fehlerhaften Übersetzung.

2. Gleiches gilt, wenn *Angehörige* des Patienten die Übersetzung übernehmen, da auch hier der Arzt sicherstellen muss, dass der Patient die Aufklärung verstanden hat. Was hier der aufklärende Arzt beachten muss, hat das Oberlandesgericht Köln in seiner vielbeachteten Entscheidung vom 09.12.2015 (Aktenzeichen: 5 U 184/14) konkretisiert. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Patient hatte sich wegen langjähriger Beschwerden im Bereich der linken Hüfte in die Behandlung des später beklagten Arztes begeben. Dieser stellte die Indikation zur Implantation einer Hüft-Endoprothese. Das in diesem Zusammenhang geführte Aufklärungsgespräch erfolgte in Anwesenheit der Ehefrau des Patienten, die für ihn die Ausführungen des Arztes übersetzte. Der Arzt vermerkte auf dem Aufklärungsbogen *»Frau als Übersetzerin anwesend«*.

Infolge des operativen Eingriffs kam es zu einer Ischiadicus-Parese. Der Patient machte im späteren Zivilprozess Schadensersatz und Schmerzensgeld geltend. Er erhob unter anderem die Aufklärungsrüge mit der Behauptung, auch seine Ehefrau spreche nur bruchstückhaft Deutsch, sodass zwingend ein Dolmetscher hätte hinzugezogen werden müssen. Wäre dies geschehen, hätte er keinesfalls in den Eingriff eingewilligt.

Das OLG äußerte Zweifel an einer ordnungsgemäßen Aufklärung, da für das Gericht nicht feststehe, dass der Patient die Ausführungen des Arztes auch verstanden hatte. Wird – so das OLG – ein der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtiger Patient in deutscher Sprache aufgeklärt und werden die Erläuterungen des aufklärenden

Arztes wie hier durch einen Familienangehörigen übersetzt, muss der Arzt in geeigneter Weise überprüfen, ob der als Dolmetscher agierende Familienangehörige seine Erläuterungen verstanden hat.

Hierzu muss sich der Arzt – so das OLG weiter – zumindest einen ungefähren *Eindruck von den sprachlichen Fähigkeiten des Übersetzers* verschaffen. Anschließend muss er durch eigene Beobachtung, insbesondere durch *Überprüfung »der Länge des Übersetzungsvorgangs«* feststellen, dass dem Patienten auch vollständig übersetzt wird.

Schließlich muss sich der Arzt durch *Rückfragen an den Patienten* einen Eindruck davon verschaffen, ob dieser die Aufklärung auch verstanden hat. Bei Zweifeln hieran ist er gehalten, einen Dolmetscher oder einen für die Übersetzung geeignetes Mitglied des

Krankenhauspersonals hinzuzuziehen, von dessen ausreichenden Sprachfähigkeiten er hinreichend sicher ausgehen könne.

Der beklagte Arzt konnte all dies im Prozess nicht beweisen. Dass die Klage gleichwohl abgewiesen wurde, lag alleine daran, dass der Patient das Gericht nicht davon überzeugen konnte, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung (insbesondere über das 2%-ige Risiko einer Nervschädigung) die Einwilligung in die Operation versagt und stattdessen lieber seine Schmerzen weiter ertragen hätte).

3. Das OLG Köln hielt an seiner Rechtsprechung in seinem Urteil vom 23.01.2019 (Aktenzeichen: 5 U 29/16) mit folgenden Feststellungen fest: Die aufklärende Ärztin kann den Nachweis einer Überprüfung der Vollständigkeit der Übersetzung nicht führen, wenn sie einräumt, im Nachhinein nicht

mehr sicher zu sein, ob der als Dolmetscher herangezogene Angehörige tatsächlich »1:1« übersetzte. Insbesondere bei der Aufklärung über die Risiken einer vaginalen Geburt und der ernsthaft in Betracht kommenden Alternative einer Sectio caesarea müsse das Recht der Schwangeren umfassend gewährleistet werden.

Kosten für Dolmetscher

Was oft nicht bekannt ist: Die Übernahme von Dolmetscherkosten durch die Gesetzlichen Krankenversicherungen (GKV) wurde vom Bundessozialgericht in anderem Zusammenhang abgelehnt (vgl. Urteil Bundessozialgericht [BSG] vom 10.05.1995, Aktenzeichen: 1 RK 20/94). Auch nach aktueller Rechtslage (vgl. §§ 17 Abs. 2 Sozialgesetzbuch [SGB] I, 19 Abs. 2. Satz 4 SGB X) sind *Dolmetscherkosten nicht von der GKV zu erstatten* (etwas ande-

res gilt nur für die Kosten des Gebärdendolmetschers, welche zu den Allgemeinen Krankenhausleistungen zählen). Gleiches gilt für Patienten mit privater Krankenversicherung (PKV). Nur im Rahmen der Behandlung von Asylbewerbern werden die Kosten der Dolmetscherbehandlung gemäß § 6 Absatz 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylBLG) ersetzt.

Fazit

Dass der Patient nur dann, wenn er um die Bedeutung, den Verlauf und die Risiken des geplanten Eingriffs weiß, von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch machen und sich autonom für oder gegen den Eingriff entscheiden kann, ist eine Binsenweisheit. Außer Frage steht auch, dass die Aufklärung beim Patienten nur »ankommen« kann, wenn er seinen Arzt versteht. Und dass es am Arzt ist, in der Praxis sicherzustellen beziehungsweise im Prozess zu beweisen, dass ihn sein Patient auch versteht beziehungsweise verstanden hat, verdient zunächst ebenfalls Zustimmung. Allerdings erscheinen die hier *von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen* zum Teil zu hoch, ja sogar realitätsfern.

Zunächst einmal: Große Kliniken werden vielleicht auf einen externen oder sogar hausinternen Dolmetscherdienst zurückgreifen können, welcher »rund um die Uhr« Übersetzungen in allen gängigen Sprachen anbietet. In kleineren Häusern oder in Praxen stehen ad hoc oft nur Mitarbeiter als Sprachmittel zur Verfügung oder eben Angehörige, welche den Patienten begleiten.

Abgesehen von den Fällen, in denen die Übersetzung des Aufklärungsgesprächs ganz offensichtlich (zu) kurz ist: Wie genau sollen sich denn dem Arzt hier Zweifel an der korrekten und vollständigen Übersetzung aufdrängen? Bedarf eine solche Überprüfung nicht jedenfalls Grundkenntnisse in der Sprache, welche der Arzt ja gerade nicht beherrscht? Ist die Annahme, dass die Aufklärung etwa über die ma-

ternalen Risiken der Sectio caesarea in Deutsch ungefähr genauso lange dauern muss wie auf Chinesisch oder Swahili, tatsächlich haltbar?

Insbesondere dann, wenn als Sprachmittler Praxis- oder Klinikpersonal eingesetzt wird, bestehen für den aufklärenden Arzt erhebliche Risiken. Es gibt deshalb gewichtige Stimmen in der juristischen Literatur, welche der Behandlungsseite eine *individualvertragliche Haftungsbeschränkung* (auf Vorsatz) beim Einsatz von Klinikpersonal als Übersetzer empfehlen. Ob eine solche Haftungsbeschränkung juristisch »hält«, wenn sich der Patient auf die Unwirksamkeit einer solchen Haftungsbegrenzung beruft, steht allerdings auf einem anderen Blatt.

Grundsätzlich sollte man bei der Übersetzung patientenfernen, das heißt *neutralen Personen* (Mitarbeiter der Praxis bzw. Klinik, aber auch Dolmetscher) gegenüber Angehörigen des Patienten den *Vorzug* geben. Denn die anwaltliche Erfahrung lehrt: In einem späteren Prozess wird der Angehörige die Frage, ob er seinerzeit die Aufklärung des Arztes vollumfänglich verstanden hat und übersetzen konnte, oftmals verneinen – und zwar alleine schon deshalb, weil er im Lager des Patienten steht und damit ein eigenes Interesse an einer Verurteilung des Arztes hat.

Ist der Patient der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig, ist auch kein entsprechendes Klinikpersonal hierfür verfügbar und kann der Patient die ihm obliegenden Kosten eines Dolmetschers nicht tragen, darf beziehungsweise sollte die Behandlung – außerhalb von Notfällen – abgelehnt werden.

Auch bei der Aufklärung ausländischer Patienten spielt *Dokumentation* eine wichtige, oft prozessentscheidende Rolle: Kommt der Arzt nach entsprechender Prüfung zum Ergebnis, dass der Patient ausreichend Deutsch spricht, um seinen Erläuterungen zu folgen, sollte er dies dokumentieren. Gleiches gilt für den als Sprachmittler eingesetzten Angehörigen oder Mitarbeiter. Wird ein

Dritter (Angehöriger, Mitarbeiter oder Dolmetscher) zur Übersetzung herangezogen, sollte der Arzt außerdem auf dem Aufklärungsbogen oder an anderer Stelle dessen Name und Anschrift dokumentieren, um diese Person im Falle eines späteren Gerichtsprozesses als Zeugen (für die erfolgte Übersetzung) anbieten zu können.

A propos Aufklärungsbögen: Deren Verwendung in der Sprache des Patienten ist (auch aus beweisrechtlichen Gründen) hilfreich und (alleine schon durch die dort z.T. enthaltenden Skizzen) unterstützend. Das persönliche Aufklärungsgespräch (und damit auch ggfs. erforderliche Übersetzung der Aufklärung in die Sprache des Patienten) ersetzen können Aufklärungsbögen aber freilich nicht.

Und nur noch zur Abrundung: Wenn § 630 e Abs. 2, Satz 1 Nr. 3 BGB verlangt, dass die Aufklärung verständlich sein muss, heißt dies: Auch der *umgekehrte Fall*, nämlich dass der aufklärende Arzt *die deutsche Sprache nicht ausreichend beherrscht*, kann zur Unwirksamkeit der Aufklärung führen. Dies zeigt ein Urteil des Amtsgerichts (AG) Leipzig vom 30.05.2003 (vgl. MedR 2003), welches über die Wirksamkeit der Aufklärung durch einen ausländischen Arzt zu entscheiden hatte. Das Gericht konnte sich hier nicht davon überzeugen, dass ein nur gebrochen Deutsch sprechender Assistenzarzt in der Lage gewesen war, dem Patienten vor der subtotalen Strumarektomie (»Kropfoperation«) das – sich dann realisierende – Risiko einer Rekurrensparese (Stimmbandlähmung) verständlich zu erläutern.

München im September 2021

Anschrift des Verfassers:

Dr. jur. Philip Schelling
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht
und Strafrecht
Kanzlei Ulsenheimer Friederich
Maximiliansplatz 12
80333 München
E-Mail schelling@uls-frie.de