



Kommentar zu: Urteil [4A\\_453/2014](#) vom 23. Februar 2015  
Sachgebiet: Staatshaftung  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Allgemeines Verwaltungsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

## Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht

### Hypothetische Einwilligung des Patienten ist nicht leichtthin anzunehmen

Autor / Autorin

Urs Schaffhauser

**ANWALTSKANZLEI SEIDENHOF**

ADVOKATUR · NOTARIAT · MEDIATION

Redaktor / Redaktorin

Benjamin Schindler



Universität St.Gallen

Das Bundesgericht bestätigt im Arzt- und Spitalhaftpflichtrecht, dass nicht nur die ordentliche Aufklärung der Patienten, sondern auch die hypothetische Einwilligung vom Arzt oder dem Spital zu beweisen sind. Der Patient muss auf der Grundlage der konkreten Verhältnisse immerhin glaubhaft machen oder zumindest behaupten, dass er bei gehöriger Aufklärung nicht in die Operation eingewilligt hätte.

### Verletzung der Aufklärungspflicht

[1] In seiner aktuellen Entscheidung zur Haftung des Kantons für ein öffentliches Spital [4A\\_453/2014](#) vom 23. Februar 2015 bejahte das Bundesgericht die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht. Einem Patienten war bei einer im Jahr 2001 am Kantonsspital Obwalden durchgeführten Operation des Radiusköpfchens am rechten Ellbogen der Nervus radialis durchtrennt worden. Infolge des Ausfalls des Nervs, welcher motorisch die Unterarm Muskulatur versorgt, bildete sich rechts eine sogenannte Fallhand. Beim handwerklich arbeitenden Patienten hatte das eine teilweise Arbeitsunfähigkeit zur Folge. Der Arzt hatte ihn vor der Operation nur cursorisch und mündlich über die Operationsrisiken aufgeklärt und es insbesondere unterlassen, das Risiko der Durchtrennung des Nervus radialis zu erwähnen. Das Risiko der Durchtrennung des Nervs sei zwar als eher klein, aber nicht vernachlässigbar einzustufen. Der Patient hätte deshalb darüber aufgeklärt werden müssen, zumal vor der Operation mehrere Tage zur Verfügung standen.

### Hypothetische Einwilligung

[2] Das Spital hatte im Verfahren eingewendet, der Patient hätte der Operation auch bei gehöriger Aufklärung zugestimmt (hypothetische Einwilligung). Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass nicht nur die Beweislast für die gehörige Aufklärung, sondern auch diejenige für die hypothetische Einwilligung beim Arzt, resp. dem Spital liege. Vom Patienten werde jedoch verlangt, «dass er glaubhaft macht oder wenigstens behauptet, warum er bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffs insbesondere aus persönlichen Gründen verweigert hätte. (...) Der Einwand der hypothetischen

Einwilligung darf nicht leichthin bejaht werden darf, soll die Aufklärungspflicht des Arztes und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht ausgehöhlt werden.» (Erw. 6.1, mit weiteren Verweisen).

[3] Vorliegend hatte der Patient im Rahmen seiner prozessualen Mitwirkungspflicht vorgebracht, dass er sich aufgrund der konkreten Umstände bei einem spezialisierten Arzt hätte operieren lassen oder zumindest vorgängig eine Zweitmeinung eingeholt hätte. Das Bundesgericht hielt dies unter dem Blickwinkel eines vernünftigen Patienten für glaubhaft. Der die Operation leitende Arzt sei damals erst 34-jährig gewesen, habe dementsprechend wenig Erfahrung gehabt und sich zudem noch in Ausbildung zum Facharzt befunden. Der Schwierigkeitsgrad der Operation habe im mittleren Bereich gelegen, also mehr als nur Grundkenntnisse erfordert.

### Prozessuales

[4] Bemerkenswert ist auch die prozessuale Vorgeschichte des Entscheids. Der Kanton Obwalden hatte das erstinstanzliche Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Februar 2013, welches die Haftung bejaht hatte, nach bisheriger Verfahrensordnung direkt ans Bundesgericht weitergezogen. Vor dem Urteil des Verwaltungsgerichts war am 1. Januar 2011 jedoch die neue eidgenössische [ZPO](#) in Kraft getreten. Diese war für den Weiterzug anwendbar. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde nicht ein und wies die Sache an den Kanton zurück, weil das kantonale Recht neu ein Rechtsmittel an ein oberes kantonales Gericht zuzulassen habe (Grundsatz der «double instance»: Urteil des Bundesgerichts [4A 185/2013](#) vom 17. Juni 2013, mit Hinweis auf [BGE 135 III 329](#), Erw. 1.1). Die Sache ging zurück und das Obergericht des Kantons Obwalden wurde in der Folge als Berufungsinstanz bezeichnet.

[5] In Bezug auf seine Kognition hielt das Bundesgericht fest, dass entgegen der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers die hypothetische Einwilligung als Tat- und nicht als Rechtsfrage gewertet werde. Die Kognition des Bundesgerichts beschränkt sich damit auf die Willkürprüfung (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. 105 Abs. 2 [BGG](#); Urteil des Bundesgerichts [4A 453/2014](#) vom 23. Februar 2015, Erwägung 3, 6.5).

### Kommentar

[6] Der Entscheid stärkt die Stellung der Patienten bei medizinischer Fehlbehandlung. Der Nachweis eines eigentlichen Behandlungsfehlers im Sinne der Verletzung der Regeln der medizinischen Kunst ist vom beweisbelasteten Patienten nur schwer zu erbringen. Die Erfahrung zeigt, dass medizinische Gutachter grosse Zurückhaltung üben, wenn es darum geht, eine Behandlung nicht nur als mangelhaft ausgeführt, sondern als eigentlichen Kunstfehler zu bezeichnen. Umso wichtiger ist für Patienten die Beweislastverteilung für die gehörige Aufklärung durch den Arzt. Die Gefahr, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Einwand der hypothetischen Einwilligung wieder ausgehöhlt werden könnte, scheint aufgrund des vorliegenden Entscheids einstweilen gebannt. Diese darf nicht leichthin angenommen werden, d.h. sie ist nur mit Zurückhaltung anzuwenden. Nachdem die Patienten bei Arzt- und Spitalhaftpflichtprozessen in jüngerer Vergangenheit eher einen schweren Stand hatten (vgl. Urteil des Bundesgerichts [4A 499/2011](#) vom 20. März 2011, Urteil des Bundesgerichts [4A 383/2011](#) vom 12. Dezember 2011, [BGE 133 III 121](#) Erw. 4.3), bleibt abzuwarten, ob dieser Entscheid eine Trendwende bringen wird.

**Zitiervorschlag:** Urs Schaffhauser, Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: dRSK, publiziert am 16. April 2015

