

## JUS-Letter

September 2014 | Jahrgang 14 | Ausgabe 3

# BDAktuell

### In dieser Ausgabe:

Nachweis des Aufklärungsgesprächs	459
Hinweise der Bundesärztekammer: „Ärzte in sozialen Medien“	461
„Mach' mal Pause!“ – gesetzliche Pausenregelung	462

### Nachweis des Aufklärungsgesprächs

– BGH, Urteil vom 28.01.2014 –

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Wenn der Patient in einem Schadensersatzprozess behauptet, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig aufgeklärt worden zu sein, so obliegt dem Arzt die Beweislast für die ordnungsgemäße Aufklärung/Einwilligung. Diese Rechtsprechung wurde durch das Patientenrechtegesetz<sup>1</sup> kodifiziert.

#### § 630h Abs. 2 BGB

Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.

Es ist für den Arzt oftmals schwer, sich später an das genaue Aufklärungsgespräch zu erinnern. In der Regel kann nur anhand der Dokumentation in der Krankenakte der Inhalt des Aufklärungsgesprächs rekonstruiert werden. Was aber, wenn bestimmte Risiken oder OP-Techniken nicht in den Aufklärungsunterlagen dokumentiert sind? Kann der

Arzt seiner Beweispflicht nachkommen, indem er auf die „gängige Praxis“ seiner Aufklärung verweist? Einen solchen Fall hatte der BGH kürzlich zu entscheiden. Was war geschehen?

#### Sachverhalt

Bei dem Patienten wurde die Indikation zum Ersatz der Aortenklappe und der Aorta ascendens gestellt. Am Nachmittag des 10. März 2004 fand in der Klinik ein Aufklärungsgespräch durch den Operateur statt. In dem verwendeten Aufklärungsbogen über die Herzklappenoperation wird beschrieben, dass diese unter Aufrechterhaltung des Blutkreislaufs mit Hilfe einer Herz-Lungen-Maschine erfolge. Eine Beschreibung der Operationsmethode mit tiefhypothermem Kreislaufstillstand ist dem Bogen nicht zu entnehmen. Unter der Überschrift „Ist mit Komplikationen zu rechnen?“ heißt es: „Trotz größter Sorgfalt kann es bei und nach der Operation zu schwerwiegenden oder sogar lebensbedrohlichen Zwischenfällen kommen [...]“. Weiter werden als Risiken insbesondere Kreislaufstörungen genannt. Hierzu heißt es: „Sie können zu Lähmungserscheinungen, im Bereich des Gehirns („Gehirnschlag“) und auch zu Sprach- und Bewegungsstörungen führen.“

Die Operation erfolgte am Vormittag des 11. März 2004. Die erkrankte Aortenklappe sowie die Aorta ascendens



- Justitiare -  
Roritzerstraße 27  
90419 Nürnberg  
Telefon: 0911 93378 17  
0911 93378 19  
0911 93378 27  
Telefax: 0911 3938195  
E-Mail: [Justitiare@bda-ev.de](mailto:Justitiare@bda-ev.de)  
Internet: [www.bda.de](http://www.bda.de)

<sup>1</sup> ausführlich dazu: Biermann E / Weis E: BDAktuell JUS-Letter Januar 2013, Sonderausgabe – Das Patientenrechtegesetz: „Risiken und Nebenwirkungen“?, Anästh Intensivmed 2013;54: 32-37

wurden durch eine klappentragende Gefäßprothese ersetzt. Aufgrund der Ausdehnung des Aneurysmas bis auf den beginnenden Aortenbogen wurde der Eingriff teilweise im tiefhypothermen Kreislaufstillstand, d.h. bei abgeschalteter Herz-Lungen-Maschine, durchgeführt. Postoperativ trat eine komplexe neurologische Störung auf, die sich in einer Gangunsicherheit, Schwindel und Koordinationsproblemen sowie einer Störung der Augenmotorik (Sakkadenstörung) und der Sprache äußerte. Zahlreiche Nachbehandlungs- und Rehabilitationsversuche blieben erfolglos.

Der Patient begehrt von dem Herzzentrum und den beteiligten Ärzten u.a. wegen mangelhafter Aufklärung Schadensersatz. Seines Erachtens wurde er über die Operationserweiterung „hypothermer Kreislaufstillstand“ nicht ordnungsgemäß aufgeklärt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, und auch die Berufung blieb erfolglos. Mit der Revision verfolgt der Patient seinen Schadensersatzanspruch weiter.

### Entscheidungsgründe

Der BGH hat die Revision des Patienten mit Urteil vom 28.01.2014<sup>2</sup> zurückgewiesen und stellt seiner Entscheidung folgende Leitsätze voran:

*„Das Gericht darf seine Überzeugungsbildung gemäß § 286 ZPO auf die Angaben des Arztes über eine erfolgte Risikoauflklärung stützen, wenn seine Darstellung in sich schlüssig und „einiger“ Beweis für ein Aufklärungsgespräch erbracht ist. Dies gilt auch dann, wenn der Arzt erklärt, ihm sei das strittige Aufklärungsgespräch nicht im Gedächtnis geblieben.*

*Das unterzeichnete Einwilligungsfornular ist – sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht – ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs“.*

In den verwendeten Aufklärungsbögen zur Herzklappenoperation war zwar nur die „konservative“ Operationsmethode

unter Aufrechterhaltung des Kreislaufs mit Herz-Lungen-Maschine beschrieben, es fehlte aber jeglicher Hinweis auf die Operationsmethode des hypothermen Kreislaufstillstands.

### Aufklärungsgespräch

Der Operateur hat bekundet, er erinnere sich zwar noch an das Gespräch mit dem Patienten, aber ganz konkrete Erinnerungen an den Gesprächsinhalt habe er nicht mehr. Er stütze sich darauf, wie er mit Patienten in vergleichbarer Situation und vergleichbarem Alter derartige Aufklärungsgespräche führe, wobei er immer darauf hinweise, dass die Möglichkeit eines hypothermen Kreislaufstillstands in Frage komme. Der Zeuge P. habe sich an das konkrete Aufklärungsgespräch nicht mehr erinnern und nur angeben können, wie Aufklärungsgespräche der entsprechenden Art immer ablaufen, wenn es sich um eine Erkrankung wie beim Kläger handelte. Er habe in einem solchen Fall darauf hingewiesen, dass das Herunterkühlen des menschlichen Körpers zu allerlei Komplikationen führen könne. Neben Gerinnungsstörungen könnten das auch neurologische Ausfälle und Schäden sein, wobei er das Risiko mit 5% angegeben habe. Aufgrund dieser Aussagen bejahte sowohl das Landgericht, als auch der BGH eine ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten auch über die Operationserweiterung „hypothermer Kreislaufstillstand“.

An den dem Arzt obliegenden Beweis der ordnungsgemäßen Aufklärung dürfen nach Ansicht des BGH „allerdings keine unbilligen und übertriebenen Anforderungen gestellt werden“. In den Entscheidungsgründen führt der BGH aus:

*„Für den Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung ist nicht unbedingt erforderlich, dass sich der Arzt an das konkrete Aufklärungsgespräch (Ort, Umstände, genauer Inhalt) erinnert. Angesichts der Vielzahl von Informations- und Aufklärungsgesprächen, die Ärzte täglich führen, kann dies nicht erwartet werden. Da*

*an den vom Arzt zu führenden Nachweis der ordnungsgemäßen Aufklärung keine unbilligen oder übertriebenen Anforderungen zu stellen sind, darf das Gericht seine Überzeugungsbildung gemäß § 286 ZPO auf die Angaben des Arztes über eine erfolgte Risikoauflklärung stützen, wenn seine Darstellung in sich schlüssig und „einiger“ Beweis für ein Aufklärungsgespräch erbracht ist. Dies gilt auch dann, wenn der Arzt erklärt, ihm sei das strittige Aufklärungsgespräch nicht im Gedächtnis geblieben.“*

Der BGH sieht auch die „Gefahr, die sich aus dem Missbrauch seiner Beweislast durch den Patienten zu haftungsrechtlichen Zwecken ergeben kann.“ Daher sollte – wenn „einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch erbracht“ worden ist, „dem Arzt im Zweifel geglaubt werden, dass die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist; dies auch mit Rücksicht darauf, dass aus vielerlei verständlichen Gründen Patienten sich im Nachhinein an den genauen Inhalt solcher Gespräche, die für sie etwa vor allem von therapeutischer Bedeutung waren, nicht mehr erinnern“ – so der BGH.

### Dokumentation

Das von dem Arzt und dem Patienten unterzeichnete Aufklärungs-/Einwilligungsfornular gibt – so der BGH – „einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Tatsache, dass ein Aufklärungsgespräch stattgefunden hat... Dieses Fornular ist – sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht ... – zugleich ein Indiz für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs.“

Die Aufklärung über die OP-Erweiterung war nicht dokumentiert. Ist dem Arzt dann der Nachweis der über die Dokumentation hinausgehenden Aufklärungsinhalte durch eigene Bekundungen verwehrt? Das Landgericht sei nach Ansicht des BGH zu Recht davon ausgegangen, dass

2 BGH, Urteil vom 28.01.2014, Az. VI ZR 143/13 = /www.bda.de/urteile/public/

*„dem Arzt gleichwohl auch insoweit die Möglichkeit offen stehe, einen über den schriftlich dokumentierten Text hinausgehenden Inhalt seines Aufklärungsgesprächs zu beweisen, und dass dies auch dann gelte, wenn der Arzt sich an das Aufklärungsgespräch nicht mehr konkret erinnern könne, aber bekunde, wie er entsprechend einer ständigen ausnahmslosen Übung verfahren sei. Ebenso wie dem Arzt der Nachweis der Aufklärung nicht verwehrt sei, wenn er sie überhaupt nicht dokumentiert habe, müsse es ihm möglich sein, über den schriftlich dokumentierten Text hinausgehende Inhalte seines Aufklärungsgesprächs nachzuweisen.“*

## Patientenrechtegesetz

Die Entscheidung betraf eine Behandlung aus dem Jahr 2004, also vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes, das die Dokumentationspflicht der Aufklärung (§ 630f Abs. 2 BGB) ebenso wie die Beweislast für Dokumentationsmängel (§ 630h Abs. 3 BGB) normiert.

### § 630f Abs. 2 BGB

Der Behandelnde ist verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen.

### § 630h Abs. 3 BGB

Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.

Nach der seit 23.02.2013 geltenden Rechtslage sind gemäß § 630f BGB auch Einwilligungen und Aufklärungen zu dokumentieren. Ist eine „medizinisch nicht gebotene wesentliche Maßnahme“ nicht dokumentiert, wird nach § 630h BGB vermutet, dass die Maßnahme nicht durchgeführt worden ist. Hat der Arzt nach der neuen Rechtslage keine Möglichkeit mehr, einen über den schriftlich dokumentierten Text hinausgehenden Inhalt seines Aufklärungsgesprächs zu beweisen?

Leider haben die BGH-Richter zu der geänderten Rechtslage keine Stellung genommen, aber einige Ausführungen in den Entscheidungsgründen legen die Vermutung nahe, dass das Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes zu keiner anderen Beurteilung führt.

So sind nach Ansicht des BGH „schriftliche Aufzeichnungen im Krankenblatt über die Durchführung des Aufklärungsgesprächs und seinen wesentlichen Inhalt ... nützlich und dringend zu empfehlen“, aber „aus medizinischer Sicht ist – anders als bei Behandlungsmaßnahmen – eine Dokumentation der Aufklärung regelmäßig nicht erforderlich“. Damit deutet der BGH an, dass die Beweisvermutung des § 630h BGB, die nur für „medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme“ gilt, nicht für Dokumentationsmängel der Aufklärung gelten soll. Dafür sprechen auch folgende Ausführungen in den Entscheidungsgründen:

*„Allein entscheidend ist das vertrauensvolle Gespräch zwischen Arzt und Patient. Deshalb muss auch der Arzt, der keine Formulare benutzt und für den konkreten Einzelfall keine Zeugen zur Verfügung hat, eine faire und reale Chance haben, den ihm obliegenden Beweis für die Durchführung und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs zu führen. ... Ebenso wie dem Arzt der Nachweis der Aufklärung nicht verwehrt ist, wenn er sie überhaupt nicht dokumentiert hat, muss es ihm möglich sein, über den schriftlich dokumentierten Text hinausgehende Inhalte seines Aufklärungsgesprächs nach-*

*zuweisen. Dies gilt sowohl für den Fall, dass das sich realisierende Risiko in dem vom Patienten unterschriebenen Aufklärungsformular nicht erwähnt ist, als auch für den Fall, dass darüber hinaus durch handschriftliche Zusatzeinträge ein weitergehender Gesprächsinhalt dokumentiert ist.“*

Diese Begründung untermauert der BGH mit Verweis auf frühere Entscheidungen des BGH und verschiedener Oberlandesgerichte. Da die Regelungen des § 630a bis 630h BGB das bisherige Richterrecht kodifizieren, dürften sich Ärzte somit auch zukünftig auf die aktuelle BGH-Entscheidung berufen können und die – vom BGH erkannte – „Gefahr, die sich aus dem Missbrauch seiner (Anm. d. Verf.: dem Arzt obliegenden) Beweislast durch den Patienten zu haftungsrechtlichen Zwecken ergeben kann“, etwas minimiert werden.

## Hinweise der Bundesärztekammer: „Ärzte in sozialen Medien“

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Bei der Nutzung sozialer Netzwerke stellen sich für Ärzte viele Fragen: Wie anonymisiere ich Informationen so, dass die ärztliche Schweigepflicht gewahrt bleibt? Was muss ich in Bezug auf Datenschutz und Datensicherheit beachten? Wo verläuft die Grenze zwischen allgemeiner Gesundheitsaussage und unerlaubter Fernbehandlung?

Mit der Handreichung der BÄK werden diese und weitere Fragen anhand von Fallbeispielen praxisnah beantwortet. So sollen Ärzte für die Besonderheiten der Online-Kommunikation sensibilisiert und Konflikten mit beruflichen und ethischen Standards vorgebeugt werden.

Die Handreichung „Ärzte in sozialen Medien“ basiert auf den Empfehlungen des 115. Deutschen Ärztetags und des Weltärztebundes und ist auf der Homepage der Bundesärztekammer abrufbar:

**[http://bundesaeztekammer.de/downloads/Aerzte\\_in\\_sozialen\\_Medien.pdf](http://bundesaeztekammer.de/downloads/Aerzte_in_sozialen_Medien.pdf)**



## „Mach' mal Pause!“ - gesetzliche Pausenregelung

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Bei einer Arbeitszeit von mehr als sechs bis zu neun Stunden ist eine im Voraus feststehende Ruhepause von 30 Minuten zu gewähren. Bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden beträgt die Ruhepause 45 Minuten. Diese Ruhepausen können in Zeitabschnitten von jeweils mindestens 15 Minuten aufgeteilt werden. Länger als sechs Stunden hintereinander dürfen Arbeitnehmer nicht ohne Ruhepausen beschäftigt werden (§ 4 Arbeitszeitgesetz - ArbZG).

Allerdings darf bei vorübergehenden Arbeiten in Notfällen und in außergewöhnlichen Fällen von der Regelung des § 4 ArbZG abgewichen werden (§ 14 Abs. 1 ArbZG). Gleiches gilt bei unaufschiebbaren Arbeiten bei Behandlung von Patienten, sofern dem Arbeitgeber andere Vorkehrungen nicht zugemutet werden können (§ 14 Abs. 2 ArbZG).

Das BAG hat den Begriff der Ruhepause wie folgt definiert<sup>3</sup>:

*„... als Ruhepausen (sind) im Voraus festliegende Unterbrechungen der Arbeitszeit anzusehen, in denen der Arbeitnehmer weder Arbeit zu leisten noch sich dafür bereitzuhalten braucht, sondern freie Verfügung darüber hat, wo und wie er die Ruhezeit verbringen will. Entscheidendes Kriterium für die Pause ist somit die Freistellung des Arbeitnehmers von jeder Dienstverpflichtung und auch von jeder Verpflichtung, sich zum Dienst bereitzuhalten.“*

Bei Verstößen gegen die Pausenregelung drohen dem Arbeitgeber Geldbußen (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG); gegebenenfalls kommen auch strafrechtliche Sanktionen für den Arbeitgeber in Betracht (§ 23 Abs. 1 ArbZG).

Oftmals überlassen es die Krankenhausträger den Arbeitnehmern, wie sie die Ruhepausen mit den anderen Mitarbeitern abstimmen. Dieses Vorgehen genügt nach Auffassung des BAG u.U. nicht den

gesetzlichen Anforderungen, wie der Leitsatz zu dem Urteil vom 27.02.1992 deutlich macht:

*„Der Arbeitgeber hat seine Pflicht, eine Ruhepause zu gewähren, nicht erfüllt, wenn er einer Gruppe von Arbeitnehmern überlassen hat, einvernehmlich die Ruhepause zu regeln, die Arbeitnehmer aber eine Regelung, aus der sich für den einzelnen eine im voraus festliegende Unterbrechung der Arbeitszeit ergibt, nicht getroffen haben oder eine von ihnen getroffene Regelung nicht durchführen.“*

In dem entschiedenen Fall machte ein Krankenpfleger Vergütungsansprüche geltend, weil er während der Ruhepausen arbeiten müssen. Der Kläger arbeitet auf der Intensivstation, die über elf Intensivbetten und sechs Nachsorgebetten verfügt. Eine Pausenregelung gab es für die Mitarbeiter der Intensivstation nicht. Sie halten sich während der Zeit, die der Krankenhausträger als Ruhepause gewertet wissen möchte, gemeinsam in dem Bereitschaftsdienstraum auf. Dort befindet sich ein Stationstelefon sowie eine Computeranlage mit Monitor, die der ständigen Sichtüberwachung der Patienten dient. Auch die akustische Überwachung von Beatmungs- und Infusionsgeräten findet vom Bereitschaftsdienstraum aus statt. Da es keine Pausenregelung des Arbeitgebers gab,

*„fehlte es an einer Bestimmung, der der (Intensivpfleger) entnehmen konnte, von wann bis wann seine Arbeitszeit durch eine Ruhepause unterbrochen wurde“,*

so das BAG. Weiter wird in den Urteilsgründen ausgeführt:

*„Eine solche Regelung hat die Bkl. (= Arbeitgeberin) auch nicht dadurch getroffen, dass sie es den Mitarbeitern überlassen hat, einvernehmlich zu bestimmen, wann sie Ruhepausen einlegen. ... Denn kein Mitarbeiter konnte sich ohne Abstimmung mit seinen Kollegen, von der er im voraus nicht wusste, ob sie zustande*

*käme, gänzlich aus der Arbeitsbereitschaft zurückziehen. ....*

*Die Bkl. (= Arbeitgeberin) könnte demgegenüber nicht einwenden, sie habe den Arbeitnehmern die Möglichkeit eingeräumt, ihre Pause eigenverantwortlich zu gestalten. Dabei würde verkannt, dass durch die kollektive Übertragung des Pausenbestimmungsrechts auf die Arbeitnehmer dem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber die Pflicht zur Gewährung einer Ruhepause nicht erfüllt wird, wenn die Arbeitnehmer – wie hier – keine Regelung treffen, die sicherstellt, dass der einzelne Arbeitnehmer während eines im voraus bestimmten Zeitraums seine Arbeit unterbrechen kann oder wenn eine getroffene Regelung nicht eingehalten wird. Denn dafür, dass eine Pausenregelung zustande kommt und durchgeführt wird, ist der Arbeitgeber verantwortlich, weil es seine Pflicht ist, die Ruhepause zu gewähren.“*

Folgerichtig wertete das BAG diese Zeiten nicht als Ruhepausen, sondern als Überstunden. Wenn der Krankenhausträger die Pausenregelung seinen Arbeitnehmern überlässt, sollte er sorgfältig prüfen, ob die betroffenen Arbeitnehmer tatsächlich eine Absprache getroffen haben und tatsächlich praktizieren. Falls nicht, müsste der Krankenhausträger eine Pausenregelung bestimmen, um seiner Pflicht nach § 4 ArbZG zu genügen und nicht den Sanktionen des §§ 22f. ArbZG ausgesetzt zu sein.

### Veranstaltungstipp

#### Deutsch-Österreichische Medizinrechtstagung – „Recht am See“

17. - 18.10.2014 in Mondsee,  
Österreich

Themen: Sterbebegleitung/  
Dokumentation/Risikomanagement

Anmeldflyer: [www.bda.de](http://www.bda.de)

3 BAG, Urteil vom 27.02.1992, Az. 6 AZR 478/90, MedR 1993, 73 f.m.w.N.