

PROF. DR. IUR. HARDY LANDOLT LL.M.

Rechtsanwalt und Notar | eingetragen im Anwaltsregister des Kt. Glarus
Mitglied des Schweizerischen und Glarner Anwaltsverbandes

Schweizerhofstrasse 14 | Postfach 568 | 8750 Glarus
Telefon: + 41 55 646 50 50 | Telefax: + 41 55 646 50 51
landolt@lare.ch | www.lare.ch | www.hardy-landolt.ch

Einschreiben

Herr
Dr. iur. Felix Rüegg
Rechtsanwalt
St. Urbangasse 2
8024 Zürich

Glarus, 12. Oktober 2012

Gutachten X. Y., Z.

Sehr geehrter Herr Kollege

In eingangs erwähnter Angelegenheit haben Sie mich mit Schreiben vom 27. März 2012 beauftragt, ein Gutachten im Zusammenhang mit der Haftung von Z. zu verfassen.

Umstritten ist, ob das Z. für die am 20. Februar 2007 durchgeführte periradikuläre Therapie (röntgengesteuerte periradikuläre Infiltration um die Nervenwurzel im Nervenwurzelkanal [Foramen intervertebrale] mit Lokalanästhetika und eventuell Glukokortikoiden; nachfolgend PRT), in deren Folge eine Querschnittlähmung (sensomotorisch inkomplette Tetraplegie C5) auftrat, zu verfassen.

Sie haben mir folgende Unterlagen übergeben:

- medizinische und pflegerelevante Unterlagen
- den Korrespondenzwechsel mit der Generali-Versicherung
- die IV- und Krankenkassenunterlagen

I. Ausgangslage

X. Y., geb. 21. März 1936, litt seit längerer Zeit an einem cervicoradikulärem Reizsyndrom C7 und/oder C8 links bei mehrsegmentalen degenerativen Veränderungen der HWS mit Neuroforamenstenosen C6, C7 und C8 links. Die behandelnde Hausärztin, Dr. med. Ursula Bovet, Z., hat Ihre Klientin zwei Mal an das Z. verwiesen, um mittels einer PRT eine vorübergehende Schmerzlinderung zu erreichen.

Eine erste PRT wurde am 14. November 2006 durchgeführt. Ausführender Arzt war Dr. med. C., von dem der diesbezügliche Bericht des Z. vom 14. November 2006 unterzeichnet wurde. Wie aus diesem Bericht ersichtlich ist, wurde damals die PRT auf der Höhe C6/C7 links durchgeführt. Offenbar war damals angedacht, auf der Höhe C7/Th1 eine PRT vorzunehmen, was jedoch gemäss dem genannten Bericht von Dr. med. C. technisch nicht möglich war, weil wegen des relativ kurzen Halses bzw. Schulterhochstandes die Nadel nicht planparallel zur CT-Schichtführung eingeführt werden konnte.

Aus einem späteren Bericht von PD Dr. med. O. des Kantonsspitals Z. an die Hausärztin Dr. med. B. vom 1. Februar 2007 geht hervor, dass diese erste PRT C6/C7 links der Patientin zumindest für zwei Tage Erleichterung brachte. PD Dr. med. O. ersuchte deshalb Prof. Dr. med. W. des Z., welchen er mit einer Kopie des Schreibens an Dr. med. B. bediente, X. Y. nochmals für eine PRT C6/C7 links anzubieten.

In der Folge wurde am 20. Februar 2007 im Z. eine zweite PRT durchgeführt; dieses Mal war Dr. med. B. der ausführende Arzt. Wie aus dessen Bericht vom 21. Februar 2007 an PD Dr. med. O. ersichtlich wird, erfolgte dieser Eingriff jedoch nicht auf der Höhe C6/C7 links, sondern auf der Höhe C7/Th1 links, just an der Stelle, welche sich gemäss Dr. med. C. für einen solchen Eingriff nicht eignet, weil er technisch nicht möglich ist.

Im Anschluss an diesen Eingriff trat bei X. Y. eine sensomotorische inkomplette Tetraplegie C5 auf (siehe Bericht Uniklinik Balgrist vom 12. November 2007). Warum Dr. med. B. die Höhe C7/Th1 anstatt C6/C7 wählte, ergibt sich nicht aus den Akten. X. Y. ist seither auf den Rollstuhl und die Hilfe Dritter angewiesen. Mit Verfügung vom 18. Februar 2008 wurde ihr mit Wirkung ab 1. Februar 2008 eine Hilfloosenentschädigung mittleren Grades zugesprochen.

II. Standpunkte der Parteien

Der Rechtsvertreter von X. Y. macht geltend, dass die am 20. Februar 2007 durchgeführte PRT auf Grund der am 14. November 2006 von Dr. med. C. beschriebenen Probleme auf der Höhe C7/Th1 nicht hätte durchgeführt werden dürfen; zudem wird geltend gemacht, X. Y. sei weder anlässlich der früheren noch der am 20. Februar 2007 vorgenommenen PRT hinreichend über das Risiko einer Querschnittlähmung aufgeklärt worden, weshalb der Eingriff mangels Einwilligung auch unzulässig sei, wenn er lege artis vorgenommen worden wäre. Entsprechend wird vom Vorliegen einer widerrechtlichen Körperverletzung und einer Haftung des Z. für den querschnittlähmungsbedingten Schaden ausgegangen.

Die «Generali» als Haftpflichtversicherer des Z. bestreitet die Haftung mit den Argumenten, X. Y. sei beim ersten Eingriff über alle wesentlichen Risiken mündlich durch Prof. Dr. med. W. aufgeklärt worden, eine Aufklärung über das äusserst seltene Risiko einer Querschnittlähmung sei ohnehin nicht erforderlich und zudem habe die PRT im Zeitpunkt der Vornahme als «äusserst sicher» gegolten (siehe Schreiben der «Generali» an Voranwältin vom 12. Juni 2008). Prof. Dr. med. H. des USZ habe diese Art der Behandlung erst gestoppt, als einem seiner Patienten im Herbst 2007 Ähnliches wie X. Y. wiederfahren sei.

III. Haftung für das eingetretene Risiko einer Querschnittlähmung

A. Erfolgs- und Verhaltensunrecht

Es stellt sich die Frage, ob die bei X. Y. eingetretene Querschnittlähmung durch das Z. widerrechtlich bzw. vertragswidrig verursacht wurde. Das Bundesgericht wendet die Erfolgsunrechtstheorie im Anwendungsbereich der Deliktshaftung an, wenn der Arzt wie vorliegend aktiv gehandelt hat. Der ärztliche Heileingriff wird vor dem Hintergrund der Erfolgsunrechtslehre bzw. der objektiven Widerrechtlichkeit als per se und damit vermutungsweise widerrechtlich qualifiziert¹. Die Erfolgshaftung bzw. Haftungsvermutung greift selbst dann, wenn der medizinische Eingriff selbst lege artis durchgeführt wurde², was ich auf Grund der Akten in Bezug auf den Eingriff vom 20. Februar 2007 nicht beurteilen kann.

Weist der Patient eine behandlungsinhärente oder eine -koinzidente Gesundheitsbeeinträchtigung nach (vorliegend trat behandlungskoinzident eine sensomotorisch inkomplette Tetraplegie C5 auf), entsteht als Folge der Erfolgsunrechtslehre eine Haftungsvermutung zu Lasten des Arz-

¹ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 2a und 5, 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 2/4 und 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3 und Urteil BGer vom 10.10.2002 (4P.139/2002) = Pra 2003 Nr. 36 E. 3.1.

² Vgl. BGE 108 II 59 = Pra 1982 Nr. 122 E. 3.

tes. Der Arzt stösst diese Haftungsvermutung um, indem er einerseits die Aufklärung des Patienten über die wesentlichen Behandlungsrisiken und andererseits die anschliessende Einwilligung des Patienten nachweist³. Eine für einen bestimmten medizinischen Eingriff erteilte Einwilligung gilt nur für diesen, nicht aber auch für andere medizinische Eingriffe⁴.

Erfolgt Aufklärung und Einwilligung, muss der geschädigte Patient die Verletzung einer anderen ärztlichen Sorgfaltspflicht nachweisen, um eine Haftungsvermutung zu Lasten des Arztes begründen zu können. Eine Sorgfaltspflichtverletzung ist im Anwendungsbereich der Verhaltensunrechtstheorie, die bei der Vertragshaftung⁵ und der Deliktshaftung dann gilt, wenn dem Arzt eine pflichtwidrige Unterlassung vorgeworfen wird⁶, immer Haftungsvoraussetzung. Der Eintritt einer behandlungsinhärenten oder -koinzidenten Gesundheitsbeeinträchtigung genügt in diesen Fällen nicht, um eine Haftungsvermutung zu Lasten des Arztes zu begründen⁷.

B. Haftungsvermutung zu Lasten des Z.

In tatsächlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Querschnittlähmung durch den Eingriff vom 20. Februar 2007 koinzident verursacht wurde. Nach Massgabe der Erfolggunrechtslehre ist von einer Haftungsvermutung zu Lasten des Z. in Bezug auf die sensomotorisch inkomplette Tetraplegie C5 auszugehen. Das Z. haftet, wenn es nicht eine gehörige Aufklärung und eine nachfolgende Einwilligung von X. Y. oder einen anderen Rechtfertigungsgrund nachweist.

C. Aufklärungsfehler

1. Allgemeines

Die Parteien sind sich nicht einig darüber, ob und inwieweit X. Y. aufgeklärt wurde. Den mir übergebenen Unterlagen liegt kein Aufklärungs- bzw. Einwilligungsformular in Bezug sowohl auf den früheren Eingriff als auch die am 20. Februar 2007 erfolgte PRT bei. Die Beweislast für die Vornahme einer hinreichenden Aufklärung liegt beim Z.

³ Vgl. BGE 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 4.

⁴ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1.

⁵ Vgl. BGE 132 III 359 E. 3.1, 120 II 248 E. 2c und 113 II 429 E. 3a.

⁶ Vgl. BGE 120 Ib 411 E. 4a und 112 Ib 322 E. 2–4 sowie Urteile BGer vom 06.02.2006 (4P.244/2005) E. 2.1 und vom 13.06.2000 (4C.53/2000) E. 1.

⁷ Siehe z.B. die Hinweise in BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 2b.

2. Aufklärungspflicht

a. Allgemeines

Der Arzt hat über Risiken zu informieren, die eine besondere Gefahr beinhalten oder eine endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität zur Folge haben können⁸. Bei gewöhnlich mit grossen Risiken verbundenen Operationen, die schwerwiegende Folgen haben können, ist der Patient zudem ausführlicher aufzuklären, als dies bei unproblematischen Eingriffen der Fall ist⁹. Unklar ist, ab welcher prozentualer Risikoeintrittswahrscheinlichkeit aufzuklären ist. Das Bundesgericht hat offen gelassen, ob keine Aufklärungspflicht besteht, wenn die Risikowahrscheinlichkeit unter einem Prozent liegt, wie das von den ärztlichen Berufsverbänden gefordert wird¹⁰.

Bei einem ängstlichen Patienten muss jedenfalls nicht über das bei einer endoskopischen Entfernung eines Darmpolypen bestehende Blutungsrisiko von 2,7% und das Perforationsrisiko von 0,3% aufgeklärt werden¹¹. In einem anderen Fall hat das Bundesgericht die vorinstanzliche Würdigung, wonach der Patient zwar über das bei einer laparoskopischen Entfernung der Gallenblase (Cholezystektomie) bestehende Risiko einer Gallengangverletzung von 0,3% hätte aufgeklärt werden müssen, aber von einer mutmasslichen Einwilligung ausgegangen werden könne, nicht beanstandet¹². Über das Risiko einer Fettembolie nach Fettinjektion im Gesicht von unter 1:10 000 muss der Arzt in jedem Fall nicht aufklären¹³. Das Risiko einer Synkope nach einer zahnärztlichen Untersuchung ist ebenfalls derart geringfügig, dass darüber nicht aufzuklären ist¹⁴. Genauso verhält es sich mit dem Embolierisiko nach einer Bypass-Operation¹⁵.

b. Aufklärung über seltene Risiken

Die «Generali» macht für den Fall des Nichtgelingens des Beweises der erfolgten Aufklärung geltend, dass die Risikowahrscheinlichkeit von schwerwiegenden Nebenfolgen (einschliesslich einer Querschnittslähmung) nach Vornahme einer PRT 1:3 500 beträgt und deshalb von einem seltenen Risiko auszugehen ist, über das explizit nicht aufzuklären ist, weshalb selbst bei nicht nachgewiesener Grundaufklärung keine Haftungsvermutung zu Lasten des Z. eintritt.

⁸ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 3b.

⁹ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 = SG Nr. 772 E. 3b.

¹⁰ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.2 und 4.3. Verneinend Urteil KGer SG vom 21.09.1988 i.S. E c. Kanton St. Gallen = SG N. 618 E. III/2 (bei Routineeingriff).

¹¹ Vgl. BGE 113 Ib 420 = Pra 1988 Nr. 278 E. 5.

¹² Vgl. Urteil BGer vom 24.10.2007 (4A_323/2007) E. 2.

¹³ Vgl. Urteil VerwGer BE vom 06.03.2000 (VGE 20559) E. 7c und d.

¹⁴ Vgl. Urteil BGer vom 30.10.2003 (4P.169/2003) E. 2.2.2.

¹⁵ Vgl. Urteil OGer ZH = NZZ vom 08.02.1994, S. 56.

Das Bundesgericht hat 1995 in einem Fall, der das seltene Risiko von postoperativen Infektionen nach einem Augeneingriff, die zu einer Erblindung des bereits um 70 % beeinträchtigten Auges führten, eine Aufklärungspflicht auch über seltene, entfernt liegende Risiken bejaht, sofern deren Kenntnis für die Willensbildung des Patienten von Bedeutung ist, und erwogen:

«Zwar ist davon auszugehen, dass ein Patient über relativ häufige Komplikationen stets informiert werden will; umgekehrt kann aber auch ein statistisch seltenes Risiko den Entschluss des Patienten beeinflussen, wenn es zu einem erheblichen Schaden führen kann, der seine Lebensführung schwer belastet. Die Aufklärung über ein derartiges Risiko kann jedenfalls dann erwartet werden, wenn es sich um eine für die Operationsart spezifische Gefahr handelt, die für den Arzt, nicht aber für den Patienten ohne weiteres voraussehbar war. Dabei sind um so höhere Anforderungen an die Aufklärung zu stellen, je geringer die sachliche und zeitliche Dringlichkeit des Eingriffs ist»¹⁶.

Diese von der seitherigen Rechtsprechung¹⁷ übernommene Praxis zur Aufklärungspflicht über seltene Risiken mit schwerwiegenden Folgen geht auf die deutsche Rechtsprechung zurück¹⁸.

3. Aufklärung über das Risiko einer Querschnittlähmung nach Vornahme einer PRT

Die schweizerische Rechtsprechung hat bislang noch nicht darüber entscheiden müssen, ob das Risiko einer Querschnittlähmung nach PRT selten, aber gleichwohl aufklärungspflichtig ist. Das Landgericht Hamburg musste diese Fragen in einem Fall beurteilen, in welchem am 22. August 2001 eine PRT im Bereich der Nervenwurzel auf Höhe C7 durchgeführt wurde und bei dem 1956 geborenen Patienten in der Folge eine Querschnittlähmung auftrat.

Die Hamburger Landesrichter erwogen:

«Unstreitig – und nach den mit dem Parteivorbringen übereinstimmenden Recherchen des Sachverständigen – war vor der streitgegenständlichen Behandlung im August 2001

¹⁶ Urteil BGer vom 05.05.1995 (2P. 101/1994) = ZBI 1996, S. 282 E. 4c

¹⁷ Siehe z. B. Urteil VGer BE vom 06.03.2000 (VGE 20559) = BVR 2000, S. 438 E. 3d.

¹⁸ Siehe Urteile OLG Brandenburg vom 01.09.1999 (1 U 3/99) = VersR 2000, S. 1283 (Blasenlähmung nach lumbaler Myelographie), OLG Schleswig vom 13.01.1995 (4 U 243/86) = VersR 1996, S. 634 E. II/3a/aa (Über das Risiko einer Querschnittslähmung muss bei der Operation einer Aortenisthmusstenose aufgeklärt werden; das gilt auch unter Berücksichtigung der medizinischen Erkenntnisse des Jahres 1978), OLG Hamm vom 27.09.1993 (3 U 288/92) = VersR 1995, S. 173 (extrem seltene Risiko tiefer Nekrosen nach Hämorrhoidenverödungen), OLG München vom 08.03.1990 (1 U 4365/89) = VersR 1991, S. 670 (Verabreichung von Kell-positivem Blut an eine Kell-negative Empfängerin) und ferner OLG Hamm vom 21.09.1994 (3 U 290/93) = VersR 1996, S. 197 (Weist der Arzt vor einer Injektion lediglich auf die Möglichkeit eines vorübergehenden Taubheitsgefühls hin, während tatsächlich gravierende Risiken wie Entzündungsgefahr, Kreislauf- und Unverträglichkeitsreaktionen oder Nervenverletzungen drohen, so fehlt es an der erforderlichen Grundaufklärung; infolgedessen hat der Arzt auch dann zu haften, wenn sich ein besonders seltenes, an sich nicht aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht).

weltweit erst einmal in der Literatur über eine Infarzierung des cervicalen Rückenmarkes bei einer periradiculären C 6 Blockade berichtet worden, und zwar in der für Orthopäden nicht fachspezifischen Zeitschrift ‚Pa.‘. Ähnliche Verläufe bei einer CT-gesteuerten PRT waren 2001 weltweit noch gar nicht berichtet worden. Erst ab 2001 sind in der Fachliteratur häufiger Fälle mit ähnlichen Verläufen diskutiert worden.

Dass wenige Monate vor dem Eingriff in der Zeitschrift ‚Pa.‘ über eine Infarzierung des cervicalen Rückenmarkes berichtet worden war, lässt die unterlassene Aufklärung des Klägers durch den Beklagten über das Risiko einer Querschnittlähmung nicht als vorwerfbar erscheinen. Mit dem Sachverständigen ist die Kammer der Auffassung, dass eine Aufklärung über das Risiko einer Infarzierung der Arteria Spinalis anterior aus damaliger Sicht nicht erforderlich war. Allein aufgrund einer Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift, die nicht zu den fachspezifischen Zeitschriften eines Orthopäden zählt, hätte dieses Risiko dem Beklagten nicht bekannt sein müssen.

Soweit der Sachverständige die Auffassung vertritt, dass unabhängig von der Kenntnis eines konkret eingetretenen Falles einer bleibenden Querschnittlähmung bei Durchführung einer PRT eine Aufklärung über das Risiko einer solchen hätte erfolgen werden müssen, vermag die Kammer dieser Auffassung aus Rechtsgründen jedoch nicht zu folgen.

Der Sachverständige hat seine Auffassung damit begründet, dass das Risiko von Querschnittlähmungen bei wirbelsäulennahen Injektionen anderer Art bekannt gewesen sei. So sei in der Wissenschaft – von Stöhr und Meyer – schon 1976 auf das Risiko einer irreversiblen Querschnittlähmung bei paravertebralen Injektionen hingewiesen worden. In seiner mündlichen Anhörung hat der Sachverständige hierzu indes ausgeführt, dass der von dem Beklagten durchgeführte Eingriff gegenüber den Behandlungen in den 60iger und 70iger Jahren ganz erheblich verbessert und verfeinert worden sei, so dass insoweit von einem ‚Quantensprung‘ gesprochen werden könne.

Seine Auffassung, dass dennoch und trotz fehlender Erkenntnisse über das Risiko von dauerhaften Querschnittlähmungen eine Aufklärung hierüber erforderlich sei, hat der Sachverständige mit den anatomischen Verhältnissen in der von dem Eingriff betroffenen Region begründet, die bei der CT-gestützten PRT nicht anders sei als bei anderen wirbelsäulennahen Infiltrationen. Es handele sich um einen Eingriff in einem stark durchbluteten Bereich in der Nähe des zentralen Nervensystems, bei dem man mit einer unbeabsichtigten Gefäßverletzung und Blutung in den Epiduralraum hinein rechnen

müsse. Dabei hat der Sachverständige indes keine Feststellungen zur den Ursachen des Infarktes treffen können, insbesondere steht nicht sicher fest, dass eine Gefäßverletzung und Blutung tatsächlich die Ursache hierfür war. Letztlich musste der Mechanismus, der zu der Schädigung geführt hat, offen bleiben.»¹⁹

Das Hamburger Landgericht verneinte wegen des im Jahr 2001 noch nicht bekannten Risikos einer Querschnittslähmung nach PRT einen Aufklärungsfehler. Ihm schloss sich das Oberlandesgericht Hamburg an²⁰. Der BGH demgegenüber bejahte einen Aufklärungsfehler und erwog, dass der Umstand, dass im Jahr 2001 über eine Querschnittslähmung nach Vornahme einer PRT noch nicht berichtet worden war, nicht ausreicht, dieses Risiko als lediglich theoretisches Risiko einzustufen und eine Aufklärungspflicht zu verneinen²¹.

In Erwägung II/3 halten die Richter des Bundesgerichtshofs zur Begründung der Aufklärungspflicht fest:

«Bei der im Streitfall gegebenen besonders schweren Belastung für die Lebensführung des Patienten bei Verwirklichung des Risikos kommt es für das Informationsbedürfnis des Patienten weder darauf an, aus welchen Gründen eine Querschnittslähmung eintreten kann und ob dies im Einzelnen geklärt ist, noch darauf, ob im Einzelfall das Risiko einer tiefen oder (sogar noch schwerer wiegenden) hier vorliegenden hohen Querschnittslähmung besteht. Entscheidend ist für ihn, dass er vor der Entscheidung für eine Behandlung darüber informiert ist, dass ein solches Risiko aufgrund der bestehenden anatomischen Verhältnisse besteht, und er dies in seine Abwägung einbeziehen kann. Sollte sich eine solche Gefahr bei einer PRT schon aus den anatomischen Verhältnissen ergeben, hätte schon zum Zeitpunkt der Behandlung ein spezifisches – nicht nur theoretisches – Risiko der konkreten Behandlung vorgelegen, über das grundsätzlich auch ohne vorher bekannt gewordene Schadensfälle aufzuklären war.»²²

Das Oberlandesgericht Köln hat in Bezug auf eine 2004 vorgenommene PRT ebenfalls erwogen, dass über das Risiko einer Querschnittslähmung durch eine CT-gesteuerte periradikuläre Lumbalinfiltration im Rahmen der Grundaufklärung aufzuklären und eine Genugtuung von 200 000 Euro zuzusprechen ist, wenn eine periradikuläre Lumbalinfiltration bei einem etwa 50-jährigen Mann in beruflich leitender Position zu einem inkompletten Querschnittssyndrom

¹⁹ Urteil LG Hamburg vom 30.04.2008 (323 O 175/06 und 323 O 175/06) = BeckRS 2010, S. 17345 E.

²⁰ Vgl. Urteil OLG Hamburg vom 05.06.2009 (1 U 66/08) = BeckRS 2010, S. 17342.

²¹ Vgl. Urteil BGH vom 06.07.2010 (VI ZR 198/09) = BeckRS 2010, S. 17289 = MedR 2011, 242 = NJW 2010, S. 3230 = VersR 2010, S. 1220 E. II/1.

²² Urteil BGH vom 06.07.2010 (VI ZR 198/09) = BeckRS 2010, S. 17289 = MedR 2011, 242 = NJW 2010, S. 3230 = VersR 2010, S. 1220.

mit hochgradiger Caudalähmung (Paraplegie der Beine und Verlust der Blasen- und Mastdarmfunktion) führt²³.

In Analogie zu diesen Entscheiden und in Anbetracht der Praxis des Bundesgerichts zur Aufklärungspflicht in Bezug auf seltene Risiken mit schwerwiegenden Folgen ist im vorliegenden Fall ein Aufklärungsfehler zu bejahen. Die vom Bundesgericht und der deutschen Praxis entwickelten Voraussetzungen für die Bejahung einer Aufklärungspflicht über das Risiko einer Querschnittlähmung nach PRT sind erfüllt:

- *Die Verwirklichung des (seltenen) Risikos führt zu einem erheblichen Schaden, der die Lebensführung des Patienten schwer belastet:* Die bei X. Y. eingetretene Querschnittlähmung (sensomotorisch inkomplette Tetraplegie C5) stellt eine schwere Körperverletzung dar, die ihre Lebensführung unzweifelhaft schwer und dauerhaft belastet.
- *Das Risiko stellt eine spezifische Gefahr des medizinischen Eingriffs dar, die für den Arzt, nicht aber für den Patienten voraussehbar ist:* Das Risiko einer Querschnittlähmung nach PRT ist spätestens seit 2001 im medizinischen Schrifttum dokumentiert. Im Zeitpunkt des Eingriffs (2007) war das Risiko einer Querschnittlähmung für den Arzt voraussehbar. Der Eintritt einer Querschnittlähmung stellt zudem eine spezifische Gefahr einer PRT dar.
- *Höhere Anforderungen an die Aufklärung sind zu stellen, je geringer die sachliche und zeitliche Dringlichkeit des Eingriffs ist:* Die PRT war bei X. Y. nicht dringend. Zudem haben die früheren PRT lediglich zu einer bloss vorübergehenden Schmerzlinderung von wenigen Tagen geführt. Der geringe Eingriffsnutzen indiziert vor dem Hintergrund der Schwere und Dauerhaftigkeit der möglichen Komplikation eine zwingende Aufklärung. Die Aufklärung über das seltene Risiko einer Querschnittlähmung nach PRT war insoweit geboten.

D. Einwilligungsfehler

1. Allgemeines

Mangels einer hinreichenden Aufklärung konnte X. Y. nicht rechtsgültig in die früher und die am 20. Februar 2007 vorgenommene PRT einwilligen. Ihre konkludente Zustimmung zur Vor-

²³ Vgl. Urteil OLG Köln vom 12.01.2011 (5 U 37/10) = BeckRS 2011, S. 18438 = MedR 2012, S. 121.

nahme der ersten bzw. zweiten PRT stellt insoweit mangels hinreichender Aufklärung keine tatsächliche Einwilligung dar.

2. Keine Einwilligung in eine PRT auf Höhe C7/Th1

Es kommt hinzu, dass die PRT am 20. Februar 2007 nicht wie vom Kantonsspital Z. (PD Dr. med. O.) ärztlich angeordnet im Bereich C6/C7, sondern auf der Höhe C7/Th1 und zudem in einem Bereich vorgenommen wurde, der ungeeignet war bzw. ein erhöhtes Risiko in sich barg.

Aus dem Bericht des Z. vom 14. November 2006 geht hervor, dass die PRT von Dr. med. C. auf der Höhe C6/C7 durchgeführt wurde. Offenbar war angedacht, auch auf der Höhe C7/Th1 eine PRT vorzunehmen. Diese war aber technisch wegen des relativ kurzen Halses bzw. des Schulterhochstandes nicht möglich, weil die Nadel nicht planparallel zur CT-Schichtführung eingeführt werden konnte (siehe Bericht Z. vom 14. November 2006).

Selbst wenn eine schriftliche Einwilligungserklärung von X. Y. vorläge oder ihr konkludentes Zustimmung als Einwilligung zu qualifizieren wäre, bestünden erhebliche Bedenken, ob die erteilte Einwilligung zur zweiten PRT das Z. berechtigt hätte, von der ärztlichen Anordnung abzuweichen. Den Akten kann jedenfalls kein Grund entnommen werden, warum am 20. Februar 2007 die PRT zwingend auf der «technisch unmöglichen» Höhe von C7/Th1 erfolgen musste.

3. Hypothetische Einwilligung

Unterblieben entweder Aufklärung und/oder Einwilligung, haftet der Arzt für den inhärenten und den koinzidenten Behandlungsschaden in dem Umfang, wie der Patient den Schadens- und Kausalitätsbeweis erbracht hat. Die Haftungsvermutung entfällt nur, wenn der Arzt einen anderen Rechtfertigungsgrund²⁴, namentlich eine hypothetische Einwilligung²⁵, nachweist. Das Z. haftet vorliegend dann nicht, wenn davon auszugehen wäre, dass X. Y. eingewilligt hätte, wäre sie über das Risiko einer Querschnittlähmung nach PRT aufgeklärt worden.

Der Patient hat glaubhaft zu machen bzw. zu behaupten, weshalb er auch bei gehöriger Aufklärung die Einwilligung zur Vornahme des Eingriffes verweigert hätte. Wirkt der Patient nicht mit, kann nach objektiviertem Massstab darauf abgestellt werden, ob die Ablehnung des Ein-

²⁴ Als weitere Rechtfertigungsgründe kommen gesetzliche Rechtfertigungsgründe (siehe Art. 52 OR, insbesondere Notstandshilfe [dazu Urteil OGer ZH = NZZ vom 23.09.1994, S. 53] und ferner z.B. § 15 Gesundheitsgesetz [GesG] vom 02.04.2007 [ZH] und § 21 Abs. 3 Patientinnen- und Patientengesetz vom 05.04.2004 [ZH]) und der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision (siehe BGE 130 IV 7 E. 7) in Betracht.

²⁵ Statt vieler BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.3.

griffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus unverständlich ist²⁶. Dabei darf nicht auf ein abstraktes Modell des «vernünftigen Patienten» abgestellt werden, sondern massgeblich sind die persönliche und konkrete Situation des Patienten, um den es geht. Nur wenn der Patient keine persönlichen Gründe geltend macht, die ihn zur Ablehnung des vorgeschlagenen Eingriffs geführt hätten, ist nach objektivem Massstab auf die Frage abzustellen, ob die Ablehnung des Eingriffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus verständlich wäre²⁷.

Massgebliche Kriterien für die Beurteilung der hypothetischen Einwilligung sind die Erfolgsaussichten und Risiken des geplanten Eingriffs, das Vorhandensein alternativer Behandlungsmethoden und die zeitliche Dringlichkeit der Behandlung²⁸. Wenn Art und Schwere des Risikos eine erhöhte Informationspflicht geboten hätten, welcher der Arzt nicht nachgekommen ist, ist es denkbar, dass sich der Patient, hätte er die umfassende Information erhalten, in Bezug auf die zu treffende Entscheidung in einem echten Konflikt befunden und eine Überlegungszeit verlangt hätte²⁹.

Ein vernünftiger Patient willigt beispielsweise in folgende Eingriffe ein:

- Operation zwecks Teilentfernung der Rezidivstruma³⁰,
- periacetabuläre Osteotomie, bei der das Risiko einer Nervenbeeinträchtigung während des Eingriffs 25 % und das Risiko einer peronealen (Wadenbein-)Nervenläsion mehr als ein Jahr nach der Operation 0,7 % betragen³¹,
- Einsetzen einer Vollprothese für das Hüftgelenk mit einem Risiko einer Unterschenkelnervverletzung von unter 1 %³²,
- Tubensterilisation nach der Methode Pomeroy mit einer Versagerquote von 0,2 bis 0,7 Prozent angenommen werden³³.

Keine mutmassliche Einwilligung kann angenommen werden bei einer Nasenoperation, bei der ein «haut risque de complications et d'échecs» besteht und die vier Nachfolgeoperation zur Folge hatte³⁴, und bei einer Hirnoperation, die schweizweit zwei Mal pro Jahr durchgeführt

²⁶ Vgl. Urteile BGer vom 10.10.2002 (4P.139/2002) = Pra 2003 Nr. 36 E. 3.1 und HGer ZH vom 18.04.2005 = ZR 2006 Nr. 26 E. I/C 3.4.

²⁷ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.3.

²⁸ Vgl. BGE 117 Ib 197 = Pra 1993 Nr. 31 E. 5d und Urteil BGer vom 10.10.2002 (4P.139/2002) = Pra 2003 Nr. 36 E. 3.1.

²⁹ Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.1.3.

³⁰ Vgl. Urteil VerwGer BE vom 22.04.2002 (VGE 21136) = BVR 2003, S. 57 E. 6.

³¹ Vgl. Urteil HGer ZH vom 18.04.2005 = ZR 2006 Nr. 26 E. I/C 3.4.

³² Vgl. BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 4.2.

³³ Vgl. Urteil BGer vom 01.12.1998 (4C.276/1993) = Pra 2000 Nr. 28 E. 4b. Entscheidet sich ein Ehepaar trotz fehlgeschlagener Sterilisation ein zweites Mal für die gleiche Methode, so kann davon ausgegangen werden, dass sie sich beim ersten Mal auch bei vollständiger Aufklärung über das Risiko einer Schwangerschaft für die angewendete Methode entschieden hätte (vgl. Urteil BGer vom 14.12.1995 i.S. Ehepaar X c. Spitalverband Y et. al. = Pra 1996 Nr. 181 E. 3a f.).

³⁴ Vgl. Urteil BGer vom 24.03.2005 (4C.9/2005) E. 5.4.

wird sowie ein Komplikationsrisiko von 20 bis 30 % und eine Sterbewahrscheinlichkeit von unter 5 % aufweist³⁵, sowie bei Schönheitsoperationen, welche der Patient ausdrücklich abgelehnt hat³⁶.

Die deutsche Rechtsprechung verneint eine hypothetische Einwilligung in Bezug auf das Risiko einer Querschnittlähmung nach PRT³⁷. Das Oberlandesgericht Köln hat 2011 folgendes festgehalten:

«Der Eingriff ist schließlich nicht nach den Grundsätzen über eine hypothetische Einwilligung gedeckt. Die Beklagte ist für diesen Einwand beweisbelastet, weil der Kläger zur Überzeugung des Senats plausibel gemacht hat, dass er, wären ihm rechtzeitig die schweren Risiken der Behandlung verdeutlicht worden, jedenfalls vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte. An die Substantiierungspflicht zur Darlegung eines solchen Konflikts dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Bei dem Einwand muss nämlich beachtet werden, dass einerseits das Aufklärungsrecht des Patienten nicht unterlaufen wird und dass andererseits die Darlegung eines echten Entscheidungskonflikts durch den Patienten gefordert wird, um einem Missbrauch des Aufklärungsrechts allein für Haftungszwecke vorzubeugen (vgl. BGH NJW 2007, 2771 ff.). Ist daher nicht auszuschließen, dass sich der Patient unter Berücksichtigung des zu behandelnden Leidens und der Risiken, über die aufzuklären war, aus vielleicht nicht gerade ‚vernünftigen‘, aber durchaus nachvollziehbaren Gründen für eine Ablehnung der Behandlung entschieden haben könnte, kommt ein echter Entscheidungskonflikt in Betracht. Der Würdigung im Einzelfall ist eine vollständige Aufklärung des Klägers, wie sie nach den vorstehenden Ausführungen erforderlich war, zugrunde zu legen. Zu beachten ist dabei auch, dass der Eingriff nicht zwingend indiziert war, sondern zur Besserung seiner Beschwerden erfolgen sollte und dass deshalb dem Nutzen einer Leidenslinderung die, wenn auch äußerst seltenen, so doch aber ganz erheblichen Gefahren des Eingriffs hätten gegenüber gestellt werden müssen. Entscheidend ist, dass eine Konfliktlage zwischen dem Wunsch, die gegenwärtigen Beschwerden zu lindern, und der Gefahr, deshalb später erhebliche Gesundheitsschäden hinnehmen zu müssen, besteht und der Patient sich in diesem Konflikt eigenverantwortlich entscheiden muss. Es kommt also darauf an, ob der Kläger im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung ernsthaft vor etwa den Fragen gestanden hätte, sich der konkreten Behandlung bei der Beklagten zu unterziehen oder von einem Eingriff gänzlich oder in dieser Form Abstand zu nehmen. Davon geht der Senat nach Anhörung des Klägers aus. Der Kläger hat klar

³⁵ Vgl. Urteil BGER vom 28.04.2003 (4P.265/2002) E. 5.5.

³⁶ Vgl. Urteil BGER vom 03.12.1998 (6S.652/1997) = NZZ vom 04.01.1999, S. 20 (Mittelgelenkresektion der zweiten Zehe).

³⁷ Vgl. Urteil OLG Köln vom 12.01.2011 (5 U 37/10) = BeckRS 2011, S. 18438 = MedR 2012, S. 121 E. II.

angegeben, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Behandlung nicht hätte durchführen lassen, dies auch in Kenntnis der Situation einer Rollstuhlfahrerin in seinem Bekanntenkreis. So verzweifelt sei seine Lage seinerzeit nicht gewesen. Ein Entscheidungskonflikt ist danach durchaus plausibel. Dafür, dass die Beklagte demgegenüber den ihr insoweit obliegenden Beweis einer hypothetischen Einwilligung durch vorhandene Beweismittel führen könnte, ist nichts ersichtlich.»³⁸

Die Oberlandesrichter mahnen zu Recht, das Aufklärungsrecht des Patienten nicht mit einer allzu leichtfertigen Zulassung einer hypothetischen Einwilligung zu unterlaufen. Es wäre in der Tat widersprüchlich, bei seltenen Risiken eine spezifische Aufklärungspflicht mit dem Hinweis zu bejahen, der Patient habe bei schweren und dauerhaften Komplikation und einem geringen Eingriffsnutzen ein schützenswertes Informationsinteresse, dieses aber im Kontext der hypothetischen Einwilligung wieder zu verneinen.

Entsprechend und in Berücksichtigung der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die eine hypothetische Einwilligung nur bei minderschweren Eingriffen zulässt, ist vorliegend davon auszugehen, dass X. Y. nicht eingewilligt hätte, wäre sie über das Risiko einer Querschnittlähmung (sensomotorisch inkomplette Tetraplegie C5) aufgeklärt worden. Zu berücksichtigen ist insbesondere der Umstand, dass die PRT nicht dringlich und X. Y. im Zeitpunkt des Eingriffs bereits über 70 Jahre alt war. Der Nutzen einer vorübergehenden Milderung der Beschwerden während Tagen, vielleicht Wochen, im Vergleich zum Risiko einer Tetraplegie mit entsprechender Hilflosigkeit bis zum Tod ist insoweit stark zu relativieren.

Das Oberlandesgericht Köln hat denn auch den Nutzen einer (vorübergehenden) Minderung der Beschwerden bei einem 50-jährigen Mann im Vergleich zum weniger schwer wiegenden Risiko einer Paraplegie als geringfügiger qualifiziert³⁹. Vorliegend dürfte ein vernünftiger Patient im Alter von über 70 Jahren ebenfalls überwiegend wahrscheinlich eine PRT mit beschriebenen geringfügigem Eingriffsnutzen ablehnen, wenn ihm bewusst gemacht wird, dass eine lebenslängliche Querschnittlähmung zwar seltene, aber reale Folge des geplanten Eingriffs ist.

IV. Abschliessende Würdigung

Das Z. haftet grundsätzlich aufgrund der aktiven Verursachung der Tetraplegie von X. Y., die als Folge der am 20. Februar 2007 durchgeführten PRT eingetreten ist. Eine Haftung würde entfallen, wenn X. Y. hinreichend über das Risiko einer Querschnittlähmung aufgeklärt worden

³⁸ Ibid. E. II.

³⁹ Ibid.

wäre und eingewilligt hätte. Die konkludente Zustimmung zur Vornahme der PRT stellt keine rechtsgültige Einwilligung dar. Der Nutzen der PRT überwiegt das Risiko einer Querschnittlähmung nicht, weshalb auch nicht von einer mutmasslichen Einwilligung ausgegangen werden kann.

* * *

Das vorliegende Gutachten wurde auf Grund der gemachten Angaben und übergebenen Unterlagen sowie den persönlich gemachten Feststellungen und Abklärungen nach bestem Wissen und Gewissen weisungsfrei erstellt. Die Begutachtung erfolgt unter Ausschluss einer Gewähr für die Übernahme der gutachterlichen Schlussfolgerungen durch die beteiligten Versicherer bzw. zuständigen Gerichte.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Hardy Landolt



Einschreiben

3-fach im Original (und elektronisch auf CD)

Beilagen:

- Ihre Unterlagen retour
- Honorarnote (mitsamt ES)