

3337

Haftung für ärztliche Fehlbehandlung. Ungenügende Aufklärung über das Risiko bei einem operativen Eingriff bildet eine Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht des behandelnden Arztes (Art. 41, 398 OR).

Sachverhalt:

Die Klägerin erlitt 1985 bei einem Verkehrsunfall schwere Schädel- und Kieferverletzungen und mehrere Knochenbrüche, unter anderem auch eine Oberarmspiralfraktur, die mit einer Platte fixiert wurde. Ihre Tätigkeit als selbständige Kinderärztin konnte sie ab Ende September 1985 wieder ganztags ausüben. Im Jahre 1991 begab sie sich in die Behandlung des Beklagten, der als plastischer Chirurg tätig ist, um sich einer Septo-Rhinoplastik, einer Kinnkorrektur und einer Plattenentfernung zu unterziehen. Der Eingriff erfolgte am 21. Oktober 1991. Als Folge dieser Operation zeigte sich bei der Klägerin ein vollständiger Ausfall des Radialnervs im rechten Arm mit sensiblem und motorischem Funktionsdefizit. Verhandlungen mit dem Haftpflichtversicherer des Beklagten über den Ersatz des Erwerbsausfalls als Kinderärztin führten nicht zu einem Ergebnis. Hingegen konnten sich die Parteien über die Durchführung einer fachärztlichen Expertise einigen.

Das Kantonsgericht heisst die Ersatzforderung der Klägerin teilweise gut. Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Lehre und Rechtsprechung gehört zu den ärztlichen Vertragspflichten unter anderem die sachgerechte Patientenaufklärung, welche in mehrfacher Hinsicht rechtliche Bedeutung erlangt. Einmal hat der Arzt den Patienten im Rahmen der Behandlung über ein therapiegerechtes Verhalten aufzuklären (sogenannte Sicherungs- oder therapeutische Aufklärungspflicht), sodann hat er ihn auf wirtschaftliche Besonderheiten aufmerksam zu machen, und schliesslich hat er ihm über bekannte Risiken, namentlich eines chirurgischen Eingriffs, Aufschluss zu geben (Aufklärungspflicht im engeren Sinn; BGE 116 II 521 E. 3b; *W. Wiegand* in: H. Honsell [Hrsg.], Handbuch des Arztrechtes, Zürich 1994, S. 125 f.).

a) Bestimmend für das erforderliche Ausmass der Aufklärung sind auf der einen Seite die vom Arzt gestellte Diagnose und die nach den

medizinischen Kenntnissen des damaligen Zeitpunktes mit dem Eingriff verbundenen Risiken. Andererseits kann der Arzt im allgemeinen davon ausgehen, dass er es mit einem verständigen Patienten zu tun hat, der im Rahmen seiner Lebenserfahrung um die allgemein bekannten Gefahren der in Frage stehenden Operation weiss. Nicht aufzuklären hat der Arzt deshalb über Komplikationen, die mit einem grösseren Eingriff regelmässig verbunden sind oder ihm folgen können. Generell gilt, dass der Arzt bei gewöhnlich mit grossen Risiken verbundenen Operationen, die schwerwiegende Folgen haben können, den Patienten ausführlicher aufklären und informieren muss, als wenn es sich um einen im allgemeinen unproblematischen Eingriff handelt (BGE 117 Ib 203 f.). Aufklärung notwendigerweise geboten ist bei Risiken, die in der Medizin allgemein bekannt und nicht beherrschbar sind, die nicht extrem selten sind, die für den zur Diskussion stehenden Eingriff typisch sind und die bei ihrer Realisierung die Lebensführung des Patienten in schwerwiegender Weise beeinträchtigen würden. Erhöhte Anforderungen an die Risikoaufklärung sind bei nicht dringlichen Eingriffen zu stellen sowie bei nicht notwendigen, bloss wünschbaren Operationen, die für die Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit nicht unabdingbar sind (vgl. *R. Geisseler*, Aufklärungspflicht des Arztes, in: A. Koller, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, S. 159 f.). Zur rechtsgenügenden Aufklärung schliesslich gehört in der Regel auch das Aufzeigen von Behandlungsalternativen (vgl. *R. Geisseler*, a.a.O., S. 158).

b) Kein Aufklärungsbedarf besteht, wo der Patient aufgrund eigener Kenntnisse, weil er z.B. selbst Arzt ist oder weil er früher ähnliche oder gleiche Operationen über sich ergehen lassen musste, ausreichend Bescheid weiss über Art und Risiken eines vorgesehenen Eingriffs (vgl. *R. Geisseler*, a.a.O., S. 163; BGE 117 Ib 204, 115 Ib 178).

c) Jeder ärztliche Heileingriff ist widerrechtlich, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund für die Verletzung der körperlichen Integrität vorliegt. Wichtigster Rechtfertigungsgrund ist die Einwilligung des Patienten. Fehlt sie, ist der Eingriff aufgrund der gesetzlichen Vermutung von Art. 28 ZGB rechtswidrig und, sofern zwischen Arzt und Patient ein entsprechendes Verhältnis vorliegt, vertragswidrig. Die Einwilligung ist nur dann rechtswirksam, wenn der Patient zuvor ausreichend über die beabsichtigten Massnahmen aufgeklärt worden ist (vgl. *R. Geis-*

seler, a.a.O., S. 150 f.). Da die Aufklärung Gültigkeitsvoraussetzung der Einwilligung ist, hat sie vor dem Eingriff zu erfolgen. Zum richtigen Zeitpunkt wird in der Lehre (eine Rechtsprechung zu diesem Punkt gibt es derzeit in der Schweiz nicht; vgl. *W. Wiegand*, a.a.O., S. 156) etwa die Meinung vertreten, die Aufklärung habe für harmlose Routineeingriffe spätestens am Vorabend der Behandlung zu erfolgen, für schwerwiegende Eingriffe dagegen habe sie mindestens drei Tage vor der Operation stattzufinden. Dabei sei nicht nur die Tragweite, sondern auch die Dringlichkeit des Eingriffs zu berücksichtigen. In Notfällen werde sich die Überlegungsfrist zwischen Aufklärung und Eingriff naturgemäss verkürzen (vgl. *W. Wiegand*, a.a.O., S. 156).

d) Nach gefestigter Lehre und Rechtsprechung hat grundsätzlich der Arzt zu beweisen, dass er rechtsgenügend aufgeklärt und dass der Patient in Kenntnis der Sachlage in den Eingriff eingewilligt hat. Misslingt dem Arzt der Beweis, hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, d.h. er wird ersatzpflichtig (vgl. *R. Geisseler*, a.a.O., S. 172/173). Wurde der Eingriff ohne rechtfertigende Einwilligung vorgenommen, weil die zugrundeliegende Aufklärung ungenügend war, steht dem Arzt der Einwand der hypothetischen Einwilligung offen. Die Beweislast für die hypothetische Einwilligung obliegt ebenfalls dem Arzt (vgl. *W. Wiegand*, a.a.O., S. 194 f.; BGE 117 Ib 197).

2. In casu liegt ein von der Klägerin unterzeichnetes Schreiben bei den Akten, in welchem sie bestätigt, über einen "vorgesehenen ärztlichen Eingriff" aufgeklärt worden zu sein. Nach dem Titel "Bestätigung der Aufklärung über einen vorgesehenen ärztlichen Eingriff und Einwilligung" beginnt das Schreiben mit folgendem Absatz:

"Nach Aufklärung entsprechend den o.a. Angaben über die Krankheit und den vorgesehenen Eingriff erkläre ich meine Einwilligung; sie umfasst die hierbei erforderlichen Hilfsmassnahmen und evtl. notwendige Erweiterungen."

Der Hinweis "o.a. Angaben" verweist nach Darstellung des Beklagten auf die Vorderseite des angeblich doppelseitigen Formulars, die dem Aktenstück 3/4 mit der Überschrift "Aufklärung über einen vorgesehenen ärztlichen Eingriff" entspreche und unter der Bezeichnung des Eingriffes den Vermerk "Plattenentfernung re. Oberarm" enthalte. Die Klägerin dagegen behauptet, Aktenstück 3/4 sei gefälscht und die Unterschrift auf Aktenstück 3/5 beziehe sich nicht darauf, sondern auf

etwas ganz anderes. Jedenfalls bestehe kein Zusammenhang zwischen den genannten Aktenstücken. Das Gericht folgt in diesem Punkt der Darstellung des Beklagten und geht davon aus, dass die Formulare 3/4 und 3/5 zusammengehören und die Klägerin demnach zumindest in allgemeiner Form über die Plattenentfernung aufgeklärt worden ist. Das von ihr unterzeichnete Formular verweist auf weitere, vorne gemachte Angaben, mithin auf eine andere Seite des Formulars. Dabei leuchtet ein, dass diese andere Seite dem Aktenstück 3/4 entsprechen muss, enthält es doch den Hinweis auf die geplanten, bereits im Kostenvoranschlag aufgelisteten Eingriffe. Es ist nicht ersichtlich und von der Klägerin auch nicht erklärt worden, wofür sonst als für die von ihr gewünschten Operationen sie denn eine Unterschrift geleistet haben könnte. Dass die Formulare 3/4 und 3/5 tatsächlich zusammengehören und ein einziges Merkblatt bilden, bestätigte im übrigen auch die Zeugin O.

Mehr als eine sehr pauschale Aufklärung ist dem Formular allerdings nicht zu entnehmen. Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, es genüge unter dem Gesichtspunkt der Beweistauglichkeit nicht, in der Krankengeschichte nur ganz allgemein zu vermerken, der Patient sei über die geplante Operation und ihre möglichen Komplikationen informiert worden (BGE 117 Ib 205). Insbesondere geht daraus nicht hervor, ob eine Risikoaufklärung stattgefunden hat. Der Beklagte hat anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 2. Februar 1995 im Gegenteil zugegeben, auf das Risiko einer Radialisparese nicht hingewiesen zu haben.

a) Gemäss Gutachten von Prof. M. liegt das Risiko einer Schädigung des nervus radialis bei einer Plattenentfernung aus dem Oberarm im Durchschnitt bei 10 bis 12 %. Er schätzt dieses Risiko einer Läsion als "relativ hoch" ein und ist der Auffassung, dass insbesondere Patienten, die keine Beschwerden seitens des Osteosynthesematerials haben, mit ganz besonderem Nachdruck auf dieses Risiko hinzuweisen seien. Die Schädigung des Radialisnerves führt zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Hand und unter Umständen gar zu ihrem vollständigen Ausfall. Damit wird die Lebensführung des Patienten schwer belastet, erst recht, wenn er sich noch im Arbeitsprozess befindet. Gestützt auf diese Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Gefahr von Radialisparesen bei einer Oberarm-

plattenosteosynthese schon grundsätzlich zu den aufklärungspflichtigen Risiken gehört.

Die schweizerische Judikatur kennt keine reine Prozentaufklärung, bei der man die Grenzen der Aufklärungspflicht mit Hilfe der statistischen Risikoprozente bzw. -promille zu bestimmen versucht. Anders die deutsche Rechtsprechung, die z.T. Aufklärungen über Risiken von weniger als einem Promille verlangt (vgl. *W. Wiegand*, a.a.O., S. 134). Immerhin hat auch das Bundesgericht in einem Fall mit sehr ungünstigen Erfolgsaussichten verlangt, dass der Patient unter Angabe der ungefähren prozentualen Anteile hätte aufgeklärt werden müssen (BGE 117 Ib 206). In diesem Entscheid ging es um einen Eingriff, bei dem in nahezu 35% aller Fälle die Gefahr einer Paraplegie bestand. In einem andern Fall (BGE 113 Ib 420 E. 5/6) hielt das Bundesgericht eine Aufklärung über ein damals bekanntes Blutungsrisiko von 2,7% und ein Perforationsrisiko von 0,3% für nicht erforderlich, insbesondere aber deshalb, weil der Eingriff eine weitere Untersuchung ermöglichte und der Patient offenbar sehr ängstlich und deshalb Zurückhaltung am Platz gewesen war. Im Entscheid wird indessen angedeutet, dass bei Kenntnis der erst später bekanntgewordenen Statistiken mit einer Komplikationsrate von 15% die Beurteilung wohl anders ausfallen würde (BGE 113 Ib 425 E. 5). Setzt man als Massstab der Aufklärung die individuellen Informationsbedürfnisse eines Patienten, wie dies von der Lehre z.T. verlangt wird (vgl. *W. Wiegand*, a.a.O., S. 136 f.), so gehört nach Auffassung des Gerichts auch die Komplikationsrate zum Inhalt der ärztlichen Aufklärung, wenn sie den Entscheid des Patienten zur Einwilligung in den Eingriff beeinflussen kann. Bestand wie hier die Gefahr, in mehr als einem von zehn Fällen nach der Operation von einer Radialislähmung betroffen und damit im Alltag und im Berufsleben behindert zu sein, musste der Beklagte davon ausgehen, dass der Entscheid der Klägerin, die keine nennenswerten Beschwerden im Arm verspürte, wesentlich von der Risikofrequenz würde beeinflusst werden. Er war deshalb verpflichtet, darüber zu informieren.

Durch Unterlassen der Risikoaufklärung im allgemeinen und der Prozentaufklärung im besonderen hat der Beklagte im vorliegenden Fall seine Aufklärungspflicht und damit das Selbstbestimmungsrecht der Klägerin verletzt. Dies gilt um so mehr, als für den Eingriff weder eine zeitliche noch eine therapeutische Dringlichkeit bestand.

b) Bestehen Behandlungsalternativen, so ist der Arzt verpflichtet, auch darüber zu informieren. Im vorliegenden Fall existieren Empfehlungen der Arbeitsgemeinschaft für Osteosynthesefragen, wonach Platten 'in situ' zu belassen sind, sofern kein zwingender Grund für ihre Entfernung vorliegt. Diese Empfehlungen gelten heute nach Angaben von Prof. M. international und seien sowohl von Unfallchirurgen wie von Orthopäden anerkannt. Die Empfehlung, Platten an Ort zu belassen, sofern kein triftiger Grund deren Entfernung verlangt, muss angesichts des hohen Risikopotentials von möglichen Schädigungen von 10 bis 12% als Alternative betrachtet werden, über die der Beklagte hätte aufklären müssen. Dies hat er zugegebenermassen nicht getan und deshalb auch in diesem Punkt seine Aufklärungspflicht verletzt.

c) Nach Angaben des Beklagten erfolgte die Aufklärung am Vortag der Operation, und zwar am Nachmittag. Das Gericht ist der Auffassung, dass ein Eingriff, der in 10 bis 12% der Fälle zu Schädigungen des Radialisnerves führt, nicht mehr zu den harmlosen Routineeingriffen gezählt werden kann (Prof. R. spricht in seinem Gutachten vom 29. Juni 1993 von einem "heiklen Eingriff"), über die noch am Vorabend der Behandlung aufgeklärt werden kann. Vielmehr hätte dies mindestens zwei bis drei Tage vorher geschehen müssen. Im übrigen war der Eingriff mehrere Monate im voraus vereinbart worden, so dass für eine umfassende Aufklärung genügend Zeit vorhanden gewesen wäre. Die Klägerin hätte Gelegenheit erhalten, sich über die Tragweite der Plattenentfernung und die damit verbundenen Gefahren klarzuwerden und sich erst nach reiflicher Überlegung zu entscheiden. Erfahrungsgemäss fällt es viel schwerer, auf eine Operation zu verzichten bzw. auf seinen Entscheid zurückzukommen, wenn man bereits ins Spital eingetreten ist und alle organisatorischen Vorkehrungen bereits getroffen sind, als wenn man sich die Sache in Ruhe zu Hause überlegen und allenfalls mit weiteren Personen besprechen kann. Die Aufklärung, soweit sie denn überhaupt erfolgte, war demnach auch mit Blick auf den Zeitpunkt ungenügend.

d) Beweismässig widerlegt ist der Einwand des Beklagten, die Klägerin habe aufgrund ihrer eigenen Kenntnisse als Ärztin sowie aufgrund früherer vergleichbarer Operationen ausreichend Bescheid gewusst über Art und Risiken des Eingriffs, so dass kein Aufklärungs-

bedarf bestanden habe. Prof. M. hält in seinem Gutachten dazu fest, die Kenntnis des erheblichen Risikos von Radialispareesen sei eine spezifisch chirurgische Angelegenheit und gehöre vor allem zum Wissensschatz der allgemeinen Chirurgie, der Kinderchirurgie und ganz im speziellen der Unfall- und Extremitätenchirurgie. Es wäre unverhältnismässig dieses Detailwissen von allgemeinpraktizierenden Ärzten, Internisten und nicht chirurgisch tätigen Kinderärzten zu verlangen. Prof. M. musste sodann auch die Frage, ob die Klägerin die Gefahr einer Nervenläsion im Oberarm aufgrund ihrer persönlichen Erfahrungen mit Eingriffen im Oberschenkel gekannt haben musste, eindeutig verneinen.

e) Der Beklagte wendet schliesslich ein, die Klägerin habe Durchblutungsstörungen geltend gemacht als Grund für ihren Wunsch, die Platte entfernt haben zu wollen. Damit habe ein zwingender Grund für deren Entfernung vorgelegen. Dem ist die eigene Aussage des Beklagten anlässlich der strafrechtlichen Untersuchungseinvernahme vom 2. Februar 1995 entgegenzuhalten, worin er zu Protokoll gab, sie (die Klägerin) habe auch ausgeführt, dass sie eigentlich keine Beschwerden habe und nicht wüsste, warum man die Platte entfernen sollte. Diese Aussage deckt sich mit den Angaben der Klägerin gegenüber dem Gutachter Prof. R., welcher schreibt, die Klägerin gebe selber an, dass sie von seiten der Plattenosteosynthese am Humerus praktisch keine Beschwerden habe und unbehindert voll arbeiten könne. Allerdings schrieb die Klägerin tatsächlich in ihrer "Selbsterklärung" vom 20. Oktober 1991 zu den Gründen, weshalb sie die Operation wünsche, das Stichwort "Durchblutungsstörung". Offensichtlich legten in der Folge weder die Klägerin selbst noch der Beklagte besonderen Wert auf diese Feststellung. Sie war weder Gegenstand der weiteren Gespräche zwischen den Parteien vor der Operation noch eingehender Untersuchungen. Die angeblichen Durchblutungsstörungen wurden erst im Rahmen dieses Verfahrens wieder zum Thema. Sie wirkten sich mit andern Worten kaum störend aus, so dass sie keineswegs als "zwingenden Grund" für die Plattenentfernung und als entsprechende Rechtfertigung herangezogen werden können.

Zusammengefasst ist dem Beklagten eine Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht vorzuwerfen, indem die Klägerin einerseits weder über das Risiko der Radialisparese noch über Behandlungs-

alternativen informiert wurde und anderseits die übrige Aufklärung in zeitlicher Hinsicht zu spät erfolgte. Es fehlt mithin der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung.

KGer, 2. Abt., 12.3.1999

3338

Landwirtschaftliche Pacht. Bestimmung der Pachtdauer bei einem vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 20. Oktober 1986 über die landwirtschaftliche Pacht begründeten Pachtverhältnis (Art. 60 LPG). Verweigerung einer Pachterstreckung wegen Selbstbewirtschaftung; Nachschieben von Kündigungsgründen im Erstreckungsverfahren (Art. 16, 27 LPG).

Sachverhalt:

Die Parteien schlossen am 22. April 1985 einen Pachtvertrag über eine Fläche von 314 a landwirtschaftlichen Bodens ab dem Grundstück der Gesuchsgegnerin. Diese kündigte den Vertrag am 10. Dezember 1998 auf den 30. April 2000. Daraufhin wurde am 27. Februar 1999 ein Pachterstreckungsgesuch gestellt.

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz hat den Übergang vom alten Recht zum neuen LPG in allen Teilen korrekt dargestellt. Die entsprechenden Erwägungen im Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten vom 30. November 1999 lauten:

"Entscheidender Punkt für die Bestimmung der Pachtdauer und der ordentlichen Kündigungsmöglichkeiten ist der Zeitpunkt des Pachtbeginns.

Nach Art. 7 LPG beträgt die erste Pachtdauer für landwirtschaftliche Gewerbe mindestens neun Jahre und für einzelne Grundstücke mindestens sechs Jahre.

Der Pachtvertrag gilt unverändert für jeweils weitere sechs Jahre, wenn er auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und nicht ordnungsgemäss gekündigt worden ist oder wenn er auf bestimmte Zeit abge-