

AJP/PJA

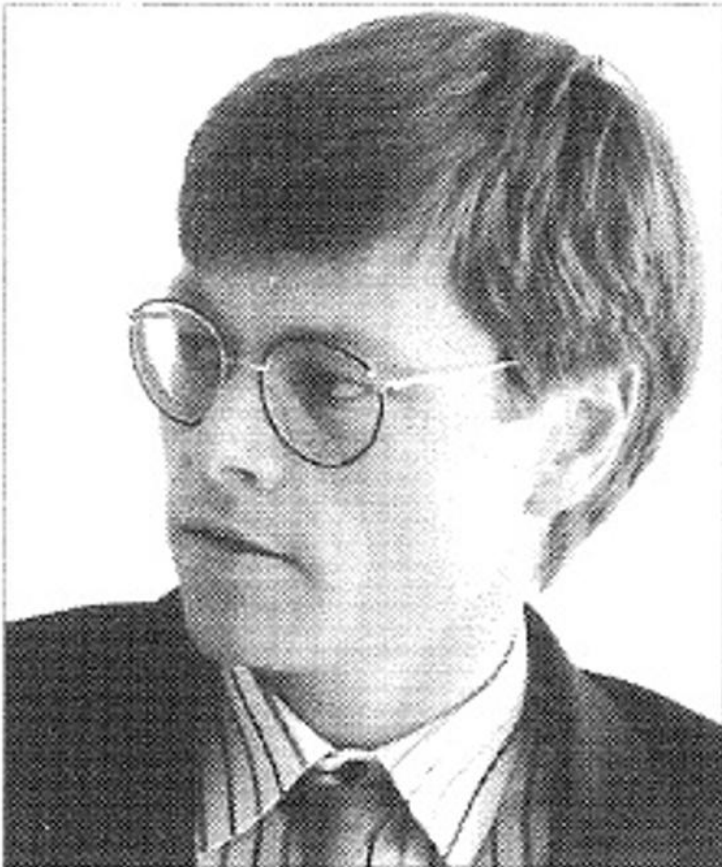
10/1997, S. 1197 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[Seite 1197] Haftung des Arztes aus unterlassener Aufklärung

Zur Haftung wegen Verschweigung des bei einer Sterilisation
bestehenden Versagerrisikos



Prof. Dr. iur. Alfred Koller, St. Gallen

INHALTSÜBERSICHT

I. Zum Thema

II. Haftung für die ungewollte Geburt?

1. Erste Haftungsvoraussetzung: ersatzfähiger Schaden
2. Zweite Haftungsvoraussetzung: Verletzung der Aufklärungspflicht
3. Dritte Haftungsvoraussetzung: Verschulden des Arztes
4. Vierte Haftungsvoraussetzung: adäquater Kausalzusammenhang zwischen (schuldhafter) Vertragsverletzung und Schaden

A. Haftungsbegründender natürlicher Kausalzusammenhang

B. Haftungsbegründender adäquater Kausalzusammenhang

5. Fünfte Haftungsvoraussetzung: Vertragswidrigkeitszusammenhang

III. Haftung für unverschuldete Operationsschäden

1. Einleitung

2. Haftung aus Art. 41 OR?

A. Die Auffassung des Bundesgerichts

B. Stellungnahme

C. Beweisrechtliche Fragen

3. Haftung aus Art. 97 OR?

Résumé

I. Zum Thema

1. Gegenstand des Aufsatzes bildet ein Teilbereich der ärztlichen Aufklärungshaftung¹. Es geht um die Haftung des Arztes, der eine Eileiterunterbindung (Tubensterilisation) vornimmt, ohne die Patientin darauf aufmerksam zu machen, dass die Sterilisation eine erneute Schwangerschaft nicht mit 100%iger Sicherheit auszuschliessen vermag (Versagerrisiko).

Zwei Haftungsfragen seien herausgegriffen. Vorab sei der Frage nachgegangen, ob der Arzt für die Realisierung des Versagerrisikos haftet, ob er also dann haftet, wenn die Patientin ein weiteres Kind zur Welt bringt. Sodann sei untersucht, ob der Arzt für einen unverschuldeten Operationsschaden haftet. Anders gefragt: Hat die Nichtaufklärung über das Versagerrisiko zur Folge, dass der Arzt auch für unverschuldete Operationsschäden einzustehen hat?

Um nicht im Abstrakten stecken zu bleiben, wird im Verlaufe der Ausführungen immer wieder auf den nachstehend geschilderten Fall zurückgegriffen. Der Fall ist erfunden, allerdings hätte er sich in der Realität so, wie geschildert, abspielen können. Ähnlichkeiten mit einem vom Bundesgericht am 14. Dezember 1995 entschiedenen Fall sind nicht zufällig, sondern gewollt².

2. "*Unser Fall*" ist der folgende: Nach der Geburt ihres vierten Kindes entschloss sich M. S., insbesondere aus finanziellen Gründen, zu einer Sterilisation. Zu diesem Zweck begab sie sich zu Dr. X. Y., welcher Frau S. einer laparoskopischen Tubenligatur unterzog. Während des Eingriffs kam es zu einer nicht vorhersehbaren Darmperforation, welche den Zuzug eines Chirurgen erforderte. Zudem kam es später zu einer Rekanalisation der Eileiter, was zur Folge hatte, dass M. S. im November 1987 erneut schwanger wurde und am 23. Juli 1988 das Mädchen H. gebar.

Mit Klage vom 7. Januar 1991 forderte M. S. von Dr. X. Y. die Kosten ersetzt, welche ihr im Zusammenhang mit der Beseitigung der durch die Darmperforation verursachten Komplikationen entstanden sind. Ferner verlangte sie Schadenersatz, weil sie wegen der erneuten Geburt erst später als geplant ins Erwerbsleben eintreten könne, was mit entsprechenden finanziellen Einbussen verbunden sei. Beide Ansprüche begründete sie ausschliesslich damit, [Seite 1198] Dr. X. Y. habe sie nicht auf das Versagerrisiko hingewiesen. Hätte sie um dieses gewusst, hätte sie auf die Sterilisation verzichtet, statt dessen die "Pille" genommen und auf diese Weise sowohl die Darmperforation als auch die weitere Geburt und damit den ganzen geltend gemachten Schaden vermieden.

3. *Terminologische Vorbemerkung.* Im folgenden steht der Ausdruck Patientin für unterbindungswillige bzw. unterbundene Frau, obwohl nicht gesagt werden kann, dass eine solche Frau leidend (patients) ist. Der Ausdruck wird einfach mangels eines geeigneten besseren verwendet.

II. Haftung für die ungewollte Geburt?

Haftet ein Arzt, der es unterlässt, auf das Versagerrisiko hinzuweisen, für den Schaden, den die Unterbundene erleidet, weil sie wieder schwanger wird und erneut gebärt? In Frage kommt primär eine vertragliche Haftung nach **Art. 97 OR** i.V.m. **Art. 398 OR**³. Auch eine ausservertragliche Haftung kommt in Betracht, wie ich an anderer Stelle dargelegt habe⁴. Diese Haftung weist allerdings gegenüber der vertraglichen keine Vorteile auf. Sie soll daher im folgenden nicht behandelt werden.

1. Erste Haftungsvoraussetzung: ersatzfähiger Schaden

Die vertragliche Haftung setzt vorab voraus, dass der mit einer ungewollten Geburt entstandene Schaden überhaupt *ersatzfähig* ist. Das dürfte in unserem Beispiel für den von M. S. geltend gemachten Erwerbsausfall ohne weiteres zutreffen⁵. Demgegenüber ist sehr umstritten, ob auch Unterhaltsaufwand ersatzfähig ist. Kann also beispielsweise die "unfreiwillige Mutter" die vom Kind verzehrte Nahrung dem Arzt in Rechnung stellen? Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) bejaht dies in konstanter Rechtsprechung, und er hat an seiner Rechtsprechung auch noch festgehalten⁶, nachdem das Bundesverfassungsgericht erklärt hatte, "eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle" komme "von Verfassungs wegen (Art. 1 I GG) nicht in Betracht", weshalb es sich verbiete, "die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen"⁷. In der deutschen Lehre ist die Frage umstritten. Umstritten ist die Frage auch in der Schweiz⁸. Allerdings hat man sich hierzulande mit der Problematik noch nicht mit "deutscher Gründlichkeit" befasst.

2. Zweite Haftungsvoraussetzung: Verletzung der Aufklärungspflicht

1. Die Haftung aus **Art. 97 OR** setzt sodann eine Vertragsverletzung voraus. Diese besteht im vorliegenden Kontext darin, dass es der Arzt unterlassen hat, die Patientin auf das bei einer Tubensterilisation verbleibende Versagerrisiko hinzuweisen. Allerdings ist der Arzt nicht generell verpflichtet, auf dieses Risiko hinzuweisen. Eine solche Pflicht besteht vielmehr nur dann, wenn ein entsprechendes Aufklärungsbedürfnis besteht, was nicht der Fall ist, wenn die Patientin, z.B. zufolge eigenen Sachverständes, um das Versagerrisiko weiss. In aller Regel aber ist der Arzt gehalten, über dieses Risiko aufzuklären. Das ist völlig unbestritten und wird im Verlaufe der Ausführungen noch näher dargelegt.

2. Umstritten ist hingegen, wer mit Bezug auf die Verletzung der Aufklärungspflicht beweisbelastet ist: Muss der Arzt beweisen, dass er aufgeklärt hat, oder muss die Patientin beweisen, dass der Arzt nicht aufgeklärt hat⁹?

2.1 Der gestützt auf **Art. 97 OR** Schadenersatz fordernde Gläubiger hat nicht nur den Bestand einer bestimmten vertraglichen Pflicht, sondern auch deren Verletzung darzutun¹⁰, genauer: Er hat jene Tatsachen zu beweisen, aus denen sich Pflicht bzw. Pflichtverletzung ableiten lassen. Diese Tatsachen sind somit anspruchsbegründend i.S.v. **Art. 8 ZGB**. Es scheint daher nahezuliegen, der Patientin den Beweis dafür aufzuerlegen, dass sie über das Versagerrisiko nicht aufgeklärt worden ist. In diesem Sinne hat denn auch der BGH schon mehrfach entschieden, erstmals in einem Urteil aus dem Jahre 1981¹¹. Er hielt dort fest, die [Seite 1199] Pflicht, auf das Versagerrisiko hinzuweisen, sei eine blosser vertragliche Nebenpflicht, und führte weiter aus: "Der Beweis dafür, dass er eine von möglicherweise zahlreichen Nebenpflichten *nicht* versäumt hat, kann aber nicht allgemein dem Schuldner eines Dienstvertrages [Arzt] auferlegt werden, da er sonst in eine kaum zu beherrschende Beweislage geriete". Das Bundesgericht scheint in dem bereits zitierten Entscheid vom 14. Dezember 1995 der Auffassung des BGH beizupflichten, wenn auch nur beiläufig¹².

2.2 *Stellungnahme*. Die Argumentation des BGH vermag m.E. nicht zu überzeugen. Natürlich trifft es zu, dass dem Arzt nicht der generelle Beweis, keine Nebenpflicht verletzt zu haben, auferlegt werden kann¹³. Vorliegend geht es jedoch nicht um eine Nebenpflicht, sondern um eine Hauptpflicht¹⁴. Man mag sich folgendes vor Augen halten: Kommt eine unterbindungswillige Frau zum Arzt, so erwartet sie von diesem, dass er alles unternimmt, um eine weitere Schwangerschaft und Geburt zu verhindern. Der Arzt hat sie daher nicht nur zu unterbinden, sondern er hat sie auch über die wesentlichen

Unterbindungsmethoden aufzuklären, insbesondere über die Möglichkeit der Gebärmutterentfernung (Hysterektomie) einerseits, über die Möglichkeit der Eileiterunterbindung (Tubensterilisation) andererseits. Zu der nötigen Aufklärung gehört selbstverständlich auch der Hinweis auf das unterschiedliche Versagerrisiko, also darüber, dass im Falle einer Hysterektomie ein Empfängnisrisiko ausgeschlossen werden kann, wogegen im Falle der Tubensterilisation auch bei fehlerfreier Vornahme des Eingriffs ein statistisch geringes, aber doch ein Empfängnisrisiko verbleibt. Diese Aufklärung bildet neben der Unterbindung einen eigenen, wenn auch insgesamt untergeordneten Leistungsinhalt. Die Patientin muss denn auch davon ausgehen, dass die Aufklärung nicht unentgeltlich erfolgt, sondern mit dem Honorar für die Unterbindung abgegolten wird.

Geht man davon aus, dass die Aufklärung über das Versagerrisiko zur vertraglich geschuldeten Leistung des Arztes gehört, so greift die Regel ein, dass der Schuldner (hier der Arzt) zu beweisen hat, er habe seine Leistungspflicht erfüllt. Diese Regel gilt nicht nur dort, wo der Schuldner aus der Erfüllung ein Recht ableitet (er macht z.B. den Honoraranspruch geltend), sondern auch im umgekehrten Fall¹⁵, also dann, wenn der Gläubiger aus der behaupteten Nichterfüllung ein Recht ableitet¹⁶. Dahinter steckt die Überlegung, dass es dem Schuldner immer möglich und zumutbar ist, den Beweis der Erfüllung zu sichern¹⁷. Das gilt gerade auch im vorliegenden Kontext, wo es um die Sicherung des Beweises geht, über das Versagerrisiko aufgeklärt zu haben. Daher ändert sich m.E. im Ergebnis auch dann nichts, wenn man die Aufklärung über das Versagerrisiko nicht zum Leistungsinhalt rechnet, sondern - mit dem BGH - nur eine entsprechende Nebenpflicht annimmt.

2.3 *Beweismass.* An den dem Arzt obliegenden Beweis, dass er über das Versagerrisiko aufgeklärt hat, dürfen keine übermässigen Anforderungen gestellt werden. Es muss im allgemeinen genügen, dass sich ein entsprechender Hinweis in der Krankengeschichte findet¹⁸. Abzulehnen ist die "deutsche" Ansicht, der Arzt müsse sich seinen Hinweis auf das Versagerrisiko von der Patientin schriftlich bestätigen lassen; fehle eine solche Bestätigung, so sei zu vermuten, der Hinweis sei unterblieben¹⁹.

3. Dritte Haftungsvoraussetzung: Verschulden des Arztes

Der Arzt muss die Aufklärungspflicht absichtlich oder fahrlässig verletzt haben. Fahrlässig handelt er immer dann, wenn er den Aufklärungsbedarf der Patientin aus Unachtsamkeit verkennt. Fahrlässigkeit bildet die Regel, doch sind Ausnahmen denkbar.

Beispiel: Arzt A wird von Arzt B eine Patientin überwiesen mit der Mitteilung, diese sei über alle wesentlichen Punkte der Unterbindung aufgeklärt worden, obwohl dies in Wirklichkeit nicht zutrifft. Klärt Arzt A nicht auf, so unterlässt er zwar die objektiv gebotene Aufklärung und handelt damit pflichtwidrig, schuldhaft handelt er jedoch nicht²⁰. Die Beweislast für das Fehlen des Verschuldens trägt der Arzt²¹.

[Seite 1200] 4. Vierte Haftungsvoraussetzung: adäquater Kausalzusammenhang zwischen (schuldhafter) Vertragsverletzung und Schaden

Das Kausalitätserfordernis kann gleichsam zweigeteilt werden: Ein Kausalzusammenhang muss einerseits zwischen der Verletzung der Aufklärungspflicht und der ungewollten Geburt bestehen (haftungsbegründender Kausalzusammenhang), andererseits zwischen der ungewollten Geburt und dem in Frage stehenden Schaden (haftungsausfüllender Kausalzusammenhang).

Der haftungsausfüllende Kausalzusammenhang wirft keine besonderen Probleme auf. Problematischer und hier zu vertiefen ist der haftungsbegründende Kausalzusammenhang. Dieser muss sowohl natürlich als auch adäquat sein. Vor allem der natürliche Kausalzusammenhang bedarf ergänzender Bemerkungen (A.; zur Adäquanz unten B.).

A. Haftungsbegründender natürlicher Kausalzusammenhang

1. Ein Kausalzusammenhang ist vorab in dem Sinne vorausgesetzt, dass der fehlende Hinweis auf das Versagerrisiko eine *conditio sine qua non* der ungewollten Geburt ist (*Bedingungslehre*). Es ist daher zu fragen, ob die Geburt vermieden worden wäre, wenn der Arzt die Patientin über das Versagerrisiko aufgeklärt hätte. Die Bejahung der Frage setzt zweierlei voraus: dass sich die Patientin für eine andere (sicherere) oder eine zusätzliche Verhütungsmassnahme (z.B. Enthaltenssamkeit während der "kritischen Zeit") entschieden hätte, sodann, dass eine solche Massnahme die Geburt verhindert hätte²².

2. *Beweislast*. Dass ein Kausalzusammenhang im umschriebenen Sinne bestehen muss, ist allgemein anerkannt. Einiges Kopfzerbrechen bereitet hingegen die Frage der Beweislast:

2.1 *Hypothetisches Verhalten der Patientin*. Nach der Ansicht des BGH hat die Patientin zu beweisen, "dass eine ordnungsgemässe Beratung sie zu einem Verhalten veranlasst haben würde, das die erneute Empfängnis verhindert hätte"²³. Diese "deutsche Auffassung" (Beweisbelastung der Patientin) entspricht **Art. 8 ZGB**. Wie sich nämlich die Patientin bei Unterrichtung über das Versagerrisiko verhalten hätte, ist eine anspruchsbegründende Tatsache und daher - stellt man auf **Art. 8 ZGB** ab - von ihr zu beweisen. M.E. sollte jedoch die Beweislast umgekehrt werden. Zur Begründung sei auf die einschlägigen Ausführungen im Tagungsband der Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997²⁴ verwiesen (Nr. 43 ff.). Die Beweislast liegt also beim Arzt. Sie ist aber für ihn deshalb nicht sehr drückend, weil ihm in vielen Fällen die natürliche Vermutung zu Hilfe kommt, die Patientin hätte sich bei Kenntnis des Versagerrisikos nicht für andere oder zusätzliche Verhütungsmassnahmen entschieden (hinten Ziff. 3).

2.2. *Kausalität des hypothetischen Verhaltens*. Ist im Einzelfall davon auszugehen, dass die Patientin andere oder zusätzliche Verhütungsmassnahmen getroffen hätte, so ist weiter zu prüfen, ob diese Massnahmen die ungewollte Geburt verhindert hätten. Dieser praktisch nicht erbringbare Beweis obliegt ebenfalls dem Arzt. Steht daher in unserem Beispiel (oben I. Ziff. 2) fest, dass M. S., wäre ihr das Versagerrisiko bewusst gewesen, die "Pille" genommen hätte, so ist ohne weiteres davon auszugehen, dass diese Massnahme die ungewollte Geburt verhindert hätte.

3. *Anforderungen an den Beweis*. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so hat der Arzt den haftungsbegründenden natürlichen Kausalzusammenhang zu beweisen. Seine Beweislast wird jedoch durch eine natürliche Vermutung erleichtert. Grundlage dieser Vermutung bildet die Feststellung, dass die Tubensterilisation ausserordentlich grosse Sicherheit vor einer weiteren Geburt bietet (die Versagerquote bewegt sich im Promillebereich²⁵). Angesichts dessen ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass sich eine Frau auch bei Kenntnis dieses geringen Versagerrisikos nicht für zusätzliche oder andere Verhütungsmassnahmen entschieden hätte. Die darauf gründende natürliche Vermutung kehrt zwar die Beweislast nicht um, sie zwingt jedoch die Patientin, substantiiert darzulegen, dass sie sich für zusätzliche (oder andere) Massnahmen entschieden hätte. Dafür genügt blosses Behaupten nicht. Die Frau muss vielmehr Umstände dartun, aus denen sich ein besonderes Sicherheitsbedürfnis ableiten lässt. Ein solches Bedürfnis kann z.B. daher herrühren, dass sich bei einer früheren Geburt erhebliche gesundheitliche Komplikationen eingestellt hatten. Ist ein solches Bedürfnis dargetan, so fällt die fragliche natürliche Vermutung dahin. Der Arzt kann sich dann nur mehr mit dem Nachweis verteidigen, dass auch eine zusätzliche Verhütungsmassnahme eine weitere Geburt nicht verhindert hätte. Dieser Beweis aber ist faktisch ausgeschlossen (oben Ziff. 2.2.). Denn wie soll beispielsweise der Arzt dartun, dass die Patientin auch bei Einnahme der "Pille" schwanger geworden wäre?!

[Seite 1201] In unserem Beispielsfall hat sich M. S. aus Gründen der Familienplanung, "insbesondere aus finanziellen Gründen", wie es in der Sachverhaltsschilderung heisst, unterbinden lassen. Bei einem derartigen Sachverhalt lässt sich die erwähnte natürliche Vermutung in aller Regel nicht umstossen²⁶.

B. Haftungsbegründender adäquater Kausalzusammenhang

1. Der natürliche Kausalzusammenhang ist im vorliegenden Kontext immer auch adäquat. Wenn also erwiesen ist, dass es bei Aufklärung über das Versagerrisiko nicht zur ungewollten Geburt gekommen wäre, so ist diese immer eine adäquate Folge der unterlassenen Aufklärung. Daran ändert die statistische Ungewöhnlichkeit einer Schwangerschaft trotz Tubensterilisation nichts.

2. Hätte die Patientin die Schwangerschaft legal unterbrechen können, so mag man sich fragen, ob in der unterlassenen Unterbrechung eine derart hervortretende Schadensursache zu sehen ist, dass die Adäquanz entfällt. Das ist zu verneinen. Ob die Abtreibung geradezu "als ruchlose Zumutung von der Hand gewiesen werden muss", wie FELLMANN²⁷ meint, bleibe dahingestellt. Jedenfalls ist es einer Frau nicht zumutbar, werdendes Leben auszulöschen; eine entsprechende Schadenminderungspflicht besteht daher nicht. Das schliesst allerdings nicht aus, der unterlassenen Abtreibung bei der Schadenersatzbemessung Rechnung zu tragen.

Aus analogen Erwägungen entfällt ein Schadenersatzanspruch nicht, wenn die "unfreiwillige Mutter" ihr Kind nicht zur Adoption freigibt. Hingegen kann dieser Umstand wiederum im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt werden.

5. Fünfte Haftungsvoraussetzung: Vertragswidrigkeitszusammenhang

Der Schuldner haftet nicht für jeden beliebigen (adäquat verursachten) Schaden, der aus einer Vertragsverletzung entsteht. Vielmehr muss zwischen der Vertragsverletzung und dem Schadensereignis ein sog. Vertragswidrigkeitszusammenhang bestehen. Diese Haftungsvoraussetzung, welche sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, besagt folgendes: "Der Schuldner, der das Recht des Gläubigers verletzt hat, haftet ihm nicht für alle denkbaren [adäquaten] Folgen seines vertragswidrigen Tuns, sondern nur für die Einbussen, die den durch den Vertrag geschützten Interessen des Gläubigers zustossen"²⁸. Jede vertragliche Pflicht dient bestimmten Interessen des Gläubigers und nur der Schaden, der diesen geschützten Interessen zugefügt wird, soll dem Schuldner zugerechnet werden²⁹. Was dies freilich im einzelnen bedeutet, ist wenig geklärt. Vorliegend ergeben sich jedoch insoweit keine Probleme. Wenn nämlich der Arzt die Patientin nicht über das Versagerrisiko aufklärt und sich in der Folge gerade dieses Risiko realisiert, so ist der Vertragswidrigkeitszusammenhang zweifellos gegeben.

III. Haftung für unverschuldete Operationsschäden

1. Einleitung

In den letzten Jahren hat in Lehre und Rechtsprechung eine intensive Diskussion darüber eingesetzt, ob und unter welchen Voraussetzungen Aufklärungsmängel eine Haftung für unverschuldete Operationsschäden zur Folge haben³⁰. Der hier interessierende Aufklärungsmangel, die Verschweigung des bei einer Tubensterilisation bestehenden Versagerrisikos, wurde bis anhin allerdings nicht speziell untersucht. Lediglich der zitierte BGE vom 14. Dezember 1995³¹ ist insoweit einschlägig, und auch das nur am Rande; Streitgegenstand bildete nämlich die Haftung für die ungewollte Geburt eines Kindes.

Der Sache nach bejaht das Bundesgericht die Möglichkeit einer Haftbarmachung des Arztes. Allerdings betreffen seine Ausführungen das Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Zürich und damit öffentliches Haftungsrecht. Die nach zürcherischem Verantwortlichkeitsrecht zentrale Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit wird jedoch in Anlehnung an die entsprechende Voraussetzung von Art. 41 OR verstanden. Die Entscheidungsgründe sind daher auch für die zivilrechtliche Haftung von Bedeutung, freilich nur für die ausservertragliche (Art. 41 OR). Inwieweit der Arzt vertraglich (Art. 97 OR i.V.m. Art. 398 OR) haftbar werden kann, bleibt im Entscheid ungeprüft³². Auf diese [Seite 1202] an sich naheliegendere, da speziellere Haftungsgrundlage wird hinten (3.) eingegangen. Vorerst wird (2.) die Haftung nach Art. 41 OR untersucht.

2. Haftung aus Art. 41 OR?

A. Die Auffassung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht knüpft an die allgemeine ausservertragliche Aufklärungshaftung, wie sie namentlich in **BGE 117 Ib 197** ff. entwickelt wurde, an. Der Sache nach führt es folgendes aus: Die Sterilisation ist ein widerrechtlicher Eingriff in die körperliche Integrität der Patientin, sofern der Eingriff nicht durch eine rechtswirksame Einwilligung³³ gerechtfertigt ist. Wurde die Patientin nicht auf das Versagerrisiko hingewiesen, so ist die Einwilligung unwirksam, die Operation daher widerrechtlich, es sei denn, die Patientin hätte "bei gehöriger Aufklärung [über das Versagerrisiko] dennoch in die laparoskopische Tubensterilisation eingewilligt"^{34,35}. Hätte sie nicht eingewilligt und fehlt es daher an einer rechtswirksamen Einwilligung, so stellt die Sterilisation insgesamt einen widerrechtlichen Akt dar. Demzufolge haftet der Arzt für alle adäquat kausalen Schadensfolgen der Sterilisation und damit praktisch für alle unverschuldeten Operationsschäden. Die Haftung entfällt lediglich dann, wenn der Arzt die Aufklärungspflicht unverschuldet verletzt hat.

B. Stellungnahme

Es ist dem Bundesgericht recht zu geben, wenn es sagt, dass eine Sterilisation ohne rechtswirksame Einwilligung der Patientin eine widerrechtliche Körperverletzung darstellt^{36,37}. Zweifelhaft ist hingegen, ob die Verschweigung des Versagerrisikos die Unwirksamkeit der Einwilligung zur Folge hat.

1. Vorab ist die Selbstverständlichkeit festzuhalten, dass die Verschweigung des Versagerrisikos jedenfalls dann unerheblich ist, wenn sich die Patientin durch die Verschweigung nicht irreführen lässt, wenn sie also um das Versagerrisiko weiss. Positiv ausgedrückt, ist die Patientin jedenfalls nur dann schutzwürdig, wenn sie hinsichtlich des Konzeptionsrisikos einem *Irrtum* unterliegt.

2. Bleibt die Frage, ob der Irrtum über das Versagerrisiko *rechtserheblich* ist³⁸, wie das Bundesgericht annimmt.

2.1. Das Gesetz regelt die Frage, wann einem (Motiv-)Irrtum hinsichtlich der Einwilligung rechtliche Bedeutung zukommt, nicht ausdrücklich.

Die vorhandene Lücke ist m.E. in Anlehnung an die Regeln über den Grundlagenirrtum zu füllen³⁹. Bei der Umschreibung des Grundlagenirrtums darf man allerdings nicht einfach **Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR** heranziehen, vielmehr sind strengere Anforderungen zu stellen⁴⁰. Denn es geht hier nicht nur um die Invalidierung einer Verbindlichkeit, sondern es geht um die Frage, ob die Einwilligung in die Sterilisation ungültig und damit die Sterilisation widerrechtlich ist. Das darf nicht leichthin angenommen werden.

[Seite 1203] Das Vorliegen eines Grundlagenirrtums setzt zweierlei voraus:

- einmal *subjektive Erheblichkeit* in dem Sinne, dass die Patientin in die Tubensterilisation nicht eingewilligt hätte, wäre ihr das Versagerrisiko bekannt gewesen. Wenn also die Patientin so oder anders in die Sterilisation eingewilligt hätte, so ist die Einwilligung rechtsbeständig.
- Subjektive Erheblichkeit aber genügt nicht⁴¹. Es muss vielmehr auch *objektiv* gerechtfertigt sein, die Einwilligung als ungültig anzusehen. Insoweit ist auf Treu und Glauben abzustellen und damit auf das Rechtsempfinden eines durchschnittlichen loyalen Rechtsunterworfenen. Eine nicht unerhebliche Bedeutung kommt damit der Frage zu, wie sich andere Personen in der Situation der Patientin verhalten hätten⁴². Dem Erfordernis der objektiven Erheblichkeit wird im allgemeinen nur ein rechtsgutbezogener Irrtum genügen⁴³, doch gilt umgekehrt nicht, dass jeder rechtsgutbezogene Irrtum eo ipso erheblich ist.

Diese Voraussetzungen müssen unabhängig davon gegeben sein, ob der Arzt die Aufklärungspflicht fahrlässig oder absichtlich verletzt hat. Allfällig nötige Korrekturen können über **Art. 2 ZGB** bewerkstelligt werden.

2.2 Der Irrtum über das Versagerrisiko stellt keinen Grundlagenirrtum im umschriebenen Sinne dar. Zwar mag es im Einzelfall durchaus sein, dass sich die Patientin bei Kenntnis des

Versagerrisikos nicht hätte unterbinden lassen (subjektive Erheblichkeit des Irrtums), objektiv erheblich ist der Irrtum jedoch nicht. Die objektive Erheblichkeit ist schon deshalb zu verneinen, weil sich eine durchschnittliche Patientin durch das Versagerrisiko von einer Sterilisation nicht abhalten lassen würde, ferner auch deshalb, weil es sich beim Irrtum über das Versagerrisiko nicht um einen rechtsgutbezogenen Irrtum handelt.

3. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so haftet Dr. X. Y. in unserem Beispiel (vorne I. Ziff. 2) für die Darmperforation von M. S. zum vorneherein nicht. Er haftet nicht, weil die Verschweigung des Versagerrisikos ihrer Natur nach nicht geeignet ist, die Haftung zu begründen.

C. Beweisrechtliche Fragen

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, wonach die Verschweigung des Versagerrisikos keine Haftung für einen unverschuldeten Operationsschaden zu begründen vermag, so stellen sich keine Beweislastprobleme. Bejaht man hingegen - mit dem Bundesgericht - die Haftungsmöglichkeit, so stellen sich insbesondere zwei Beweislastfragen⁴⁴:

1. Vorab fragt sich, wer hinsichtlich der Verschweigung des Versagerrisikos beweispflichtig ist. Das Bundesgericht auferlegt die Beweislast dem Arzt (BGE 108 II 63, 113 Ib 423, 115 Ib 181, 117 Ib 208). Es soll sich also anders verhalten als im Rahmen der Haftung für die ungewollte Geburt. Dort soll nämlich die Patientin beweibelastet sein (vorne II./2. Ziff. 2.1. a.E.).

M.E. verhält es sich genau umgekehrt. Im Rahmen der vertraglichen Haftung für die ungewollte Geburt drängt es sich auf, den Arzt mit dem Beweis zu belasten, aus der Überlegung, dass er Erfüllung einer Hauptpflicht behauptet (vorne II./2. Ziff. 2.2). Im vorliegenden Kontext greift diese Überlegung nicht ein. Es sind auch keine anderen Gründe ersichtlich, welche die Beweislast des Arztes rechtfertigen. Vielmehr spricht alles für die Beweislast der Patientin. Diese macht geltend, die Einwilligung in die Sterilisation sei unwirksam, und leitet aus dieser Unwirksamkeit ihren angeblichen Schadenersatzanspruch ab. Sie ist deshalb - nach Art. 8 ZGB - auch beweispflichtig⁴⁵.

2. Eine zweite Beweislastfrage geht dahin, wer zu beweisen hat, wie sich die Patientin bei Kenntnis des Versagerrisikos verhalten hätte: Hat der Arzt zu beweisen, dass die [Seite 1204] Patientin trotzdem in die Sterilisation eingewilligt hätte, oder hat die Patientin zu beweisen, dass sie nicht eingewilligt hätte?

Das Bundesgericht auferlegt die Beweislast in konstanter Rechtsprechung (BGE 108 II 64, 117 Ib 208) dem Arzt; neuester Beleg ist der mehrfach erwähnte BGE vom 14. Dezember 1995⁴⁶. Die Gründe, welche das Bundesgericht für seine Auffassung anführt, vermögen nicht zu überzeugen. Es sei insoweit auf meine Ausführungen im Tagungsband der Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997 verwiesen⁴⁷. Hier sei nur folgendes beigefügt: Die Beweislast der Patientin rechtfertigt sich wiederum aus der Überlegung, dass sie es ist, welche sich auf die Unwirksamkeit der Einwilligung beruft. Die angebliche Unwirksamkeit ist *ihr* Verteidigungsmittel und daher von ihr zu beweisen. Beweisrechtlich gesprochen, ist die hypothetische Nichteinwilligung der Patientin in die Sterilisation eine anspruchsbegründende, nicht die hypothetische Einwilligung eine anspruchshindernde Tatsache.

3. Haftung aus Art. 97 OR?

Zwei Haftungsansätze kommen in Betracht:

1. Wenn der Arzt das Versagerrisiko verschweigt, so haftet er für allen Schaden, der mit der *pfllichtwidrigen Verschweigung* in adäquat kausalem Zusammenhang steht, sofern zusätzlich ein Vertragswidrigkeitszusammenhang gegeben ist. An diesem letzteren Erfordernis scheitert die Haftung. Wie gesagt, schützt jede Pflicht bestimmte Interessen, und eine Haftung greift nur Platz, wenn gerade jene Interessen verletzt werden, deren Schutz die verletzte Pflicht dient (vorne III./5.). Die Pflicht, über das Versagerrisiko aufzuklären, hat den Zweck, der Patientin die Möglichkeit zu verschaffen, sich bestmöglich gegen eine

weitere Schwangerschaft zu schützen. Pflichtwidriges Verhalten macht daher nur dann haftbar, wenn dieser Zweck vereitelt wird. Das trifft nicht zu, wenn die Patientin einen vom Arzt nicht verschuldeten Operationsschaden erleidet⁴⁸.

2. Nach einem Teil der Lehre ist eine *Operation als Ganzes vertragswidrig*, wenn der Arzt über einen aufklärungspflichtigen Punkt nicht aufgeklärt hat. Alsdann haftet der Arzt auch für unverschuldete Operationsschäden, gleich wie in Fällen, in denen die Operation mangels rechtswirksamer Einwilligung als widerrechtlicher Akt erscheint (vorne III./2./A.). Folgt man dieser Ansicht, so hat die Verschweigung des Versagerrisikos in aller Regel das Entstehenmüssen auch für unverschuldete Operationsschäden zur Folge, denn abgesehen von Ausnahmefällen untersteht das Versagerrisiko der Aufklärungspflicht. Indes bewirkt ein Aufklärungsmangel - wie ich an anderer Stelle zu begründen versucht habe⁴⁹ - nur ausnahmsweise Vertragswidrigkeit der ganzen Operation: dann, wenn er Unwirksamkeit der Einwilligung begründet. Die Verschweigung des Versagerrisikos hat aber diese Folge, wie gesagt, nicht. Der Arzt kann daher lediglich aus unterlassener Aufklärung haftbar gemacht werden. Dieser Haftungsansatz führt aber - wie bereits ausführt (vorne Ziff. 1) - ebenfalls nicht zum Ziele, weil es am Vertragswidrigkeitszusammenhang mangelt.

Résumé

L'article qui précède traite un certain aspect du devoir d'information du médecin. Il s'agit de la responsabilité du médecin qui procède à une ligature des trompes sans rendre sa patiente attentive au fait qu'une grossesse ultérieure ne peut être complètement exclue. Deux questions qui se posent dans ce cadre sont traitées:

1. La question de savoir si la responsabilité du médecin est engagée lorsque le risque se produit et que la patiente met un enfant au monde est traitée en premier. L'auteur est d'avis qu'une telle responsabilité est pensable; toutefois, elle devra être niée en raison du défaut de lien de causalité entre la violation du contrat (violation du devoir d'informer sur les risques d'une grossesse ultérieure) et la naissance. Le fait que, de l'avis du Tribunal fédéral contesté par l'auteur, le fardeau de la preuve est supporté par le médecin et non par la patiente n'y change rien.
2. En second lieu, l'auteur traite la question de savoir si le médecin répond aussi des dommages causés sans sa faute dans le cadre de l'opération lorsqu'il a failli à son devoir d'information sur les risques d'une grossesse ultérieure. Le Tribunal fédéral répond par l'affirmative à cette question en retenant que la patiente n'aurait pas consenti à la stérilisation si elle avait été informée des risques d'une grossesse ultérieure. L'auteur conteste ce point de vue. Il exclut tant la responsabilité contractuelle que la responsabilité extracontractuelle du médecin.

Fussnoten:

- 1 Der vorliegende Aufsatz beruht auf meinem Beitrag im Tagungsband der 5. St. Galler Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung (ALFRED KOLLER, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für das unverschuldete Fehlschlagen einer Sterilisation, in: KOLLER ALFRED [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, St. Gallen 1997, 1-57). Zwar ist er formal anders strukturiert als der Tagungsbeitrag, inhaltlich aber stellt er weitgehend eine Kurzfassung desselben dar. Immerhin bleiben einzelne im Tagungsbeitrag aufgegriffene Problemkreise ausgeklammert; vgl. insbesondere Nrn. 35 ff. (rechtmässiges Alternativverhalten/überholende Kausalität), 136 ff. (dogmatische Einordnung des Einwands hypothetischer Einwilligung), 141 ff. (Heileingriff als Körperverletzung?).
- 2 Bundesgerichtsentscheid vom 14. Dezember 1995 i.S. A. und M. S. gegen Spitalverband B., abgedruckt bei KOLLER (FN 1), 45 ff. Es ging hier um die Haftung des Spitalverbandes nach dem Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Zürich. Die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze gehören zwar zum öffentlichen Recht, sie lehnen sich aber allesamt "bei der Regelung der Haftungsfrage an die aus dem Obligationenrecht abgeleiteten Haftungsvoraussetzungen an" (WALTER FELLMANN, Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, ZBJV 1987, 319). Der Entscheid ist daher auch für die zivilrechtliche Haftung aufschlussreich. Dies gilt insbesondere für den Begriff der Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 OR, da im öffentlichen Verantwortlichkeitsrecht auf den gleichen Widerrechtlichkeitsbegriff abgestellt wird (vgl. z.B. BGE 115 Ib 179 f.). Vgl. auch den Entscheidkommentar von HEINZ HAUSHEER, ZBJV 1997, 460 f.
- 3 Ein Anspruch aus Art. 97 OR kommt selbstverständlich nur in Betracht, wenn der Sterilisationsvertrag gültig ist. Noch vor verhältnismässig kurzer Zeit war streitig, ob eine freiwillig vorgenommene Sterilisation sittlich zulässig ist (vgl. BGH, NJW 1981, 2004). Heute dürfte

weitestgehend anerkannt sein, dass ein Sterilisationsvertrag, selbst wenn er ohne objektiven Grund ("fondement objectif", JACQUES-MICHEL GROSSEN, ZSR 1960 II, 50a) abgeschlossen wird, nicht zufolge Sittenwidrigkeit ungültig ist. Zum Meinungsstand s. MONIKA CAEMMERER, Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation in England und Deutschland, Diss. Freiburg i.Br. 1991, 37 ff.

- 4 KOLLER (FN 1), Nr. 66 ff.
- 5 Vgl. Bezirksgericht Arbon, SJZ 1986, 46 ff., mit zustimmender Urteilsanmerkung von PETER WEIMAR, 48 f; FELLMANN (FN 2), 324 Ziff. 2.
- 6 BGH, NJW 1980, 1450, 1452; VersR 1980, 719. Unterhaltsaufwand ist allerdings nach diesen Entscheiden nur dann ersatzfähig, wenn durch die ungewollte Geburt die Familienplanung durchkreuzt wurde. In gleichem Sinne hat sich für das schweizerische Recht FELLMANN (FN 2), 335, ausgesprochen. Unterhaltsaufwand ist daher beispielsweise dann nicht ersatzfähig, wenn sich eine Frau aus medizinischen Gründen unterbinden lässt und dann trotzdem schwanger wird (vgl. OLG Zweibrücken, VersR 1997, 1010).
- 7 NJW 1993, 1751, Rubrum, Ziff. 14.
- 8 Zum Meinungsstand s. WALTER FELLMANN, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, [AJP/PJA 1995 879](#) f.; KOLLER (FN 1), Nr. 7 und Anm. 2-4; ROLF THÜR, Schadenersatz bei durchkreuzter Familienplanung, Diss. Zürich 1996, 70 ff.
- 9 Macht der Arzt geltend, im konkreten Fall habe kein Aufklärungsbedürfnis der Patientin bestanden, so ist er insoweit beweispflichtig.
- 10 MAX KUMMER, Berner Kommentar, N 281 zu [Art. 8 ZGB](#); GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. A., Köln etc. 1991, Anh. § 282 BGB, N 21.
- 11 NJW 1981, 2003 E. II/1/b.
- 12 FN 2, 10, E. 4c.
- 13 Vgl. ALFRED KOLLER, Haftung für positive Vertragsverletzungen, [AJP/PJA 1992 1495](#) (3. Ziff. 1).
- 14 So der Sache nach auch HUGO SCHMID, Die Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, 2606, für das deutsche Recht. Vgl. auch BGH, NJW 1984, 1807, mit zustimmender Urteilsanmerkung von DEUTSCH, NJW 1984, 1803.
- 15 MAX KUMMER, Berner Kommentar, N 161 zu [Art. 8 ZGB](#).
- 16 MAX KUMMER, Berner Kommentar, N 287 zu [Art. 8 ZGB](#): "Beim Schuldnerverzug hat nicht der Gläubiger, der nach Verzicht auf Realleistung das positive oder (bei Rücktritt) das negative Vertragsinteresse fordert (OR 107/109), die Nichterfüllung, sondern der Schuldner – hier wie immer (N. 161) – die Erfüllung zu beweisen." — Anders soll es sich bei der Geltendmachung von Verzugsschaden verhalten: "Bei Verzugsschaden liegt der Beweis dafür, wann zu erfüllen gewesen wäre, wann erfüllt worden ist (N. 199) und wie hoch der Schaden steht, beim Gläubiger." Nach anderer Ansicht hat auch in diesem Zusammenhang der Schuldner die Erfüllung zu beweisen (MAX GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, 67).
- 17 Nicht entscheidend ist hingegen, dass es sich beim Beweis der unterbliebenen Aufklärung um den Beweis einer negativen Tatsache handelt. Zwar kehrt sich die Beweislast mit Bezug auf Negativa ausnahmsweise um (MAX KUMMER, Berner Kommentar, N 196 ff. zu [Art. 8 ZGB](#)), vorliegend sind jedoch die einschlägigen Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt.
- 18 Vgl. WOLFGANG WIEGAND, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: HEINRICH HONSELL (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 152, 170, 195. Abweichend ROBERT GEISSELER, Aufklärungspflicht des Arztes, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), 4. Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, St.Gallen 1995, 174.
- 19 In diesem Sinne BGH, NJW 1981, 2004 linke Spalte E. 1.
- 20 Vgl. SJZ 1948, 326 ff.
- 21 Dasselbe gilt nach deutschem Recht (BAUMGÄRTEL [FN 10], Anh. § 282 BGB, N 67).
- 22 Nach dem Gesagten kann der Kausalzusammenhang zwischen unterlassener Aufklärung und ungewollter Geburt nur über das hypothetische Verhalten der Patientin festgestellt werden. Das Bundesgericht spricht daher in [BGE 115 II 447](#) f. E. 5a und anderen Entscheiden von einem *hypothetischen Kausalzusammenhang*. Zur Problematik dieses Ausdrucks s. KOLLER (FN 1), Nr. 34.
- 23 NJW 1981, 2004 E. II/lb, ebenso NJW 1981, 632 E. 2 vor lit. a.
- 24 Siehe FN 1.

- 25 BGE vom 14. Dezember 1995 i.S.A. und M. S. c. *Spitalverband B.* (vgl. FN 2).
- 26 In dem vom Bundesgericht am 14. Dezember 1995 beurteilten Fall i.S. A. und M. S. c. *Spitalverband B.* (FN 2) liess sich M. S. nach der fehlgeschlagenen Tubensterilisation und der ungewollten Geburt erneut nach derselben Methode sterilisieren. Das war ein sicheres Indiz dafür, dass sie sich der ersten Tubensterilisation auch dann unterzogen hätte, wenn ihr das Versagerrisiko bekannt gewesen wäre. Vgl. analog BGH, NJW 1965, 2005 ff.: Ein Patient, der sich einer Operation zwecks Behebung von Einwärtsschielen unterzog, war pflichtwidrig nicht darüber aufgeklärt worden, dass die Operation fehlschlagen könnte. Der Schadenersatzanspruch des Patienten wurde abgewiesen, weil er sich nach dem Fehlschlagen der ersten Operation nochmals nach der gleichen Methode operieren liess.
- 27 FN 2, 322.
- 28 ERNST RABEL, Das Recht des Warenkaufs, Band I, Berlin/ Leipzig 1936, 496.
- 29 Vgl. wiederum RABEL (FN 28), 497, ferner DIETER MEDICUS, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 9. A., München 1996, 278.
- 30 S. neustens GEISSELER (FN 18), 166 ff.; WIEGAND (FN 18), 180 ff.; KOLLER (FN 1), Nr. 82 ff., mit weiteren Nachweisen auf S. 3 ff.; WERNER OTT, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Diss. Zürich 1978, 130 ff.
- 31 Vgl. vorne FN 2.
- 32 Das hängt damit zusammen, dass die Haftung des Spitals gemäss zürcherischem Verantwortlichkeitsgesetz zur ausservertraglichen Haftung gehört (vgl. **BGE 115 Ib 179 f.**) und die danach vorausgesetzte Widerrechtlichkeit in Anlehnung an **Art. 41 OR** verstanden wird. Diese Konzeption ist zu Recht auf Kritik gestossen (PIRMIN BISCHOF, Amtshaftung an der Grenze zwischen öffentlichem Recht und Obligationenrecht, ZSR 1985 I, 94; FELLMANN [FN 2], 319). In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb ausschliesslich in ausservertraglichen Haftungskategorien gedacht wird. M.E. sollte die Widerrechtlichkeit in Fällen wie den vom Bundesgericht beurteilten in Anlehnung an den Begriff der Vertragsverletzung umschrieben werden.
- 33 Oder aus einem anderen Grund.
- 34 Ebenso OLG Zweibrücken, VersR 1997, 1010, E. 2, 3. Absatz. "Diese hypothetische Einwilligung lässt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. **BGE 117 Ib 197 E.** 5c 208 f. mit Hinweisen) die Widerrechtlichkeit des Eingriffs in die körperliche Integrität des Patienten entfallen" (BGE vom 14. Dezember 1995 i.S. A. und M. S. c. *Spitalverband B.*; FN 2). Nach der hier vertretenen Ansicht gibt nicht die *hypothetische* Einwilligung den Rechtfertigungsgrund ab, Rechtfertigungsgrund ist vielmehr die Einwilligung, welche allenfalls durch die hypothetische *Nichteinwilligung* entkräftet wird.
- 35 In der Lehre ist umstritten, ob der Einwand, der Patient hätte auch bei rechtsgenüglicher Aufklärung in die Operation eingewilligt und das Schadensereignis wäre daher ohnehin eingetreten, überhaupt zulässig ist. Vgl. die Hinweise in **BGE 117 Ib 206 ff.** Zur rechtlichen Qualifikation dieses Einwands s. KOLLER (FN 1), Nr. 136 ff.
- 36 Umstritten ist, ob ein *Heileingriff* ohne rechtswirksame Einwilligung als widerrechtliche Körperverletzung anzusehen ist; die herrschende Ansicht bejaht dies (Nachweise bei HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, Nr. 653); verneinend insbesondere HONSELL, Einleitung, in: HEINRICH HONSELL (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 15. Hinsichtlich der ohne rechtswirksame Einwilligung vorgenommenen Sterilisation besteht keine entsprechende Kontroverse.
- 37 Trifft dies im Einzelfall zu, so wird für die Realisierung beliebiger, auch nicht aufklärungspflichtiger Risiken gehaftet (KOLLER [FN 1], Nr. 101, mit Hinweisen auf abweichende Ansichten in Nr. 98 ff.). Wenn z.B. ein Arzt eine Patientin im Anschluss an einen Kaiserschnitt ohne deren Einwilligung sterilisiert, so haftet er für jegliches Schadensereignis, das adäquat kausal auf der Sterilisation beruht. Er haftet daher insbesondere für beliebige Operationsschäden. Ob er verpflichtet war, auf die Möglichkeit eines solchen Schadens hinzuweisen, spielt keine Rolle.
- 38 Das Bundesgericht scheint der Ansicht zu sein, *jeder* Auf- klärungsmangel habe Unwirksamkeit der Einwilligung zur Folge. Auf dem gleichen Standpunkt steht offenbar die herrschende Lehre. Vgl. neustens OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Zürich 1995, § 16 Nr. 248 ("Die Einwilligung hebt die Rechtswidrigkeit der medizinischen Massnahmen nur auf, wenn der Patient über die möglicherweise eintretenden Komplikationen aufgeklärt worden ist.") und WIEGAND (FN 18), 119, 180 (weniger eindeutig 181). Diese Auffassung dürfte ihre Wurzeln in Deutschland haben, wo seit langem gelehrt wird, dass "eine Einwilligung, der keine Aufklärung in dem erforderlichen Umfang vorausgegangen ist, unwirksam ist" (DIETMAR FRANZKI, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, Diss. Göttingen 1982, 120; BGHZ 29, 179; BGH, NJW 1959, 2299; 1974, 604; BverfG, NJW 1979, 1929; weitere Hinweise bei FRANZKI, a.a.O., 120 Anm. 4).
- 39 Analog SCHMID (FN 14), 2602, für das deutsche Recht.

- 40 Vgl. PHILIPPE WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Diss. Basel 1996, 82.
- 41 Dass die subjektive Erheblichkeit nicht zu genügen vermag, sei an einem Beispiel illustriert, das hier zwar nicht unmittelbar einschlägig, aber nichtsdestotrotz aufschlussreich ist (vgl. den Sachverhalt von **BGE 119 II 456 ff.**): Ein Patient, der eine Operation in Aussicht nimmt, fragt den Operateur vor der Operation an, ob deren Kosten von der Krankenkasse übernommen werden. Der Arzt bejaht dies vorbehaltlos, aber zu Unrecht. Wenn nun der Patient durch die Operation einen körperlichen Nachteil erleidet, kann er dann den Arzt dafür haftbar machen, mit der Begründung, er hätte bei Kenntnis der Kostensituation in die Operation nicht eingewilligt und damit den fraglichen Nachteil nicht erlitten? Die Antwort kann nur negativ lauten. Dass der Patient bei Kenntnis der Kostensituation nicht in die Operation eingewilligt hätte, vermag der Einwilligung ihre rechtfertigende Wirkung nicht zu nehmen. Es wäre unerträglich anzunehmen, die ganze Operation stelle eine einzige Widerrechtlichkeit dar, nur weil der Arzt den Patienten über die Kostensituation falsch unterrichtete. Bleibt die Frage, ob der Arzt zwar nicht aus widerrechtlicher Körperverletzung, wohl aber zufolge Verletzung der (wirtschaftlichen) Aufklärungspflicht haftet. Auch das ist zu verneinen, weil es am Vertragswidrigkeitszusammenhang zwischen Aufklärungspflichtverletzung und Schaden fehlt (vgl. unten III./3. Ziff. 1). Zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht s. neustens BARBARA FÄH, Die Haftung des Arztes für Verletzung der Aufklärungspflicht (insbesondere in Fällen von "reinem Vermögensschaden") oder Die Haftung des Arztes für nichtmedizinische Sorgfaltspflichten, Diplomarbeit St. Gallen 1995.
- 42 Ähnlich BGH, VersR 1957, 409, allerdings mit anderem dogmatischem Ansatz.
- 43 Zu diesem Begriff GUNTER ARZT, Willensmängel bei der Einwilligung, Göttingen 1970, 22; WEISSENBERGER (FN 40), 81: Ein rechtsgutbezogener Irrtum hegt nur vor, wenn er "Art, Umfang oder Gefährlichkeit der Rechtsgutverletzung" betrifft.
- 44 Rechtsvergleichender Überblick bei KOLLER (FN 1), Nr. 114 f.
- 45 FN 2. – Gleich im Ergebnis OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, Diss. Neuchâtel 1986, 76, der sich mit der Frage eingehend befasst hat; ferner MORITZ KUHN, Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, ZSR 1986 I, 480; SCHMID (FN 14), 2605 unten/2606; weitere Nachweise bei BEAT EISNER, Die Aufklärungspflicht des Arztes, Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern 1992, 55 f.
- 46 FN 2, E. 2a. Die herrschende Lehre steht auf dem gleichen Standpunkt, vgl. BERNHARD STUDHALTER, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe – Hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten, Diss. Zürich 1995, 270, 277, m.w. Nw.
- 47 FN 1, Nr. 133.
- 48 Analoges gilt auch hinsichtlich der ausservertraglichen Pflicht, auf das Versagerisiko hinzuweisen; vgl. KOLLER (FN 1), Nr. 86.
- 49 KOLLER (FN 1), Nr. 119 ff.