Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für das unverschuldete Fehlschlagen einer Sterilisation*

Bemerkungen zu einem hypothetischen Schadensfall, in Anlehnung an den unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 14. Dezember 1995 i.S. M. S. gegen Spitalverband B.

ALFRED KOLLER

* Meinen Assistenten lic. iur. STEFAN KOLLER und lic. iur. JÜRG NIKLAUS danke ich für zahlreiche Hilfeleistungen, insbesondere für die Überprüfung der Zitate und die kritische Durchsicht der Druckfahnen.

Stichworte zum Inhalt: Aufklärungshaftung – rechtmässiges/schuldfreies Alternativverhalten – überholende Kausalität – Rechtswidrigkeitszusammenhang – Vertragswidrigkeitszusammenhang – Beweislast betr. Vertragsverletzung und Kausalzusammenhang – hypothetische Einwilligung in eine Operation – hypothetischer Kausalzusammenhang – haftungsbegründender/haftungsausfüllender Kausalzusammenhang – wesentlicher Willensmangel (betr. Einwilligung) – Heileingriff als Körperverletzung?

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis 3

I. Zum Thema 8

II. Anspruch von M. S. aus Art. 97 OR i.V.m. Art. 398 OR? 10
1. Überblick 10
2. Vertragsverletzung 11
A. Materielles Recht 11
B. Beweislast und Beweismass 13
3. Verschulden 16
4. Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden 17
A. Haftungsbegründender natürlicher Kausalzusammenhang 17
a. Materielles Recht 17
b. Beweislast 21
B. Haftungsbegründender adäquater Kausalzusammenhang 23
5. Vertragswidrigkeitszusammenhang (Schutzzweck des Sterilisationsvertrages) 24
6. Zusammenfassende Fallösung 25

III. Anspruch von M. S. aus Art. 41 OR? 26
1. Überblick 26
2. Haftung aus unterlassener Aufklärung 28
3. Haftung zufolge Widerrechtlichkeit des Eingriffs (Körperverletzung)? 30
4. Zusammenfassende Fallösung 31

IV. Exkurs: Haftung für unverschuldete Operationsschäden zufolge Verschweigung des Versagerrisikos? 32
1. Ausgangslage 32
2. Ausservertragliche Haftung 33
A. Überblick 33
B. Unwirksamkeit der Einwilligung in die Sterilisation zufolge Verschweigung des Versagerrisikos? 35
a. Materielles Recht 35
b. Beweislast 40
3. Vertragliche Haftung 43

V. Kommentierte Wiedergabe des «Titel-Entscheids» 45
1. Der Entscheid 45
2. Kommentar 51

LITERATURVERZEICHNIS

Die gängigen schweizerischen Kommentarwerke (Zürcher Kommentar, Berner Kommentar, Basler Kurzkommentar) werden im folgenden nicht aufgeführt. Dasselbe gilt für Beiträge im «Schweizerischen Privatrecht». – **Zitierweise**: Die Autoren werden nur mit dem Verfassernamen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. Schweizerische Kommentarwerke werden mit dem Namen des Bearbeiters und einem Kürzel für den Kommentar (ZürK, BerK, BasK) zitiert (z.B. KRAMER, BerK, N ... zu Art. ... OR). Beiträge aus dem schweizerischen Privatrecht (SPR) werden mit dem Namen des Autors und dem Zusatz SPR samt Band zitiert (z.B. MERZ, SPR VI/1, S. ...).

ANKERMANN ERNST, Haftung für fehlerhaften oder fehlenden ärztlichen Rat, in Festschrift für Erich Steffen, Berlin/New York 1995, S. 1 ff.

ARZT GUNTHER, Willensmängel bei der Einwilligung, Göttingen 1970.

BAUMGÄRTEL GOTTFRIED, Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, in Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, S. 105 ff. (zit. BAUMGÄRTEL, Gedächtnisschrift).

– Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. I, 2. A. Köln etc. 1991 (zit. BAUMGÄRTEL, Beweislast, bzw. BAUMGÄRTEL/BEARBEITER [wo BAUMGÄRTEL nicht selbst Bearbeiter ist]).

BUCHER EUGEN, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956.

CAEMMERER MONIKA, Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation in England und Deutschland, Diss. Freiburg i. Br. 1991.

DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2ème éd. Berne 1982.

DEUCHLER WOLFGANG, Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes, Frankfurt a.M. 1984.

DIEDERICHSEN UWE, Unterhaltskosten als Vermögensschäden, VersR 1981, S. 693 ff.

EGGER AUGUST, Die Sterilisation von Menschen als Rechtsproblem, in Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Bd. II, Zürich 1957, S. 3 ff.

EHLERS ALEXANDER/BROGLIE MAXIMILIAN (Hrsg.), Praxis des Arzthaftungsrechts, München 1994.

EISNER BEAT, Die Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern 1992.

FÄH BARBARA, 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.

FELLMANN WALTER, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 1987 I, S. 339 ff. (zit. FELLMANN, ZSR 1987 I).

– Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, S. 878 ff. (zit. FELLMANN, AJP 1995).

– Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, ZBJV 1987, S. 317 ff. (zit FELLMANN, ZBJV 1987).

FISCHER GERFRIED, Schadensersatz wegen unterbliebener Abtreibung, NJW 1981, S. 1991 ff.

FRANK RICHARD, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983.

FRANZKI DIETMAR, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, Diss. Göttingen 1982.

GEHRING WALTER, Die ärztliche Aufklärungspflicht im französischen Recht, Bielefeld 1964.

GEISER THOMAS, Die Aufklärungspflicht und die Dokumentationspflicht des Arztes und das Einsichtsrecht des Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, SAeZ 1988, S. 1145 ff.

GEISSELER ROBERT, Aufklärungspflicht des Arztes, in KOLLER ALFRED (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, S. 147 ff.

GIESEN DIETER, Das Arzthaftungsrecht des Bundesgerichtshofs in der Rechtsprechung des Auslands, in Festschrift für Erich Steffen, Berlin/New York 1995, S. 158 ff. (zit. GIESEN, FS Steffen).

– Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, 3. A. Tübingen 1990 (zit. GIESEN, Arzthaftungsrecht).

– Geburt eines ungewollten Kindes – Wertverwirklichung oder Schadensereignis? FamRZ 1970, S. 565 ff. (zit. GIESEN, FamRZ 1970).

GOTZLER MAX, Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, Diss. München 1977.

GROSS JOST, Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987 (zit. GROSS, Haftung).

– Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995 (zit. GROSS, Staatshaftungsrecht).

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A. Zürich 1991, bearbeitet von Alfred Koller und Jean Nicolas Druey aufgrund der Ausgabe von Hans Merz und Max Kummer, §§ 1-48 bearbeitet von Alfred Koller (zit. GUHL/MERZ/KOLLER).

GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme? Diss. Neuchâtel 1986.

HANACK ERNST-WALTER, Die Sterilisation aus sozialer Indikation, JZ 1964, S. 393 ff.

HANAU PETER, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit: eine Studie zum Problem des pflichtmässigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht, Habil. Göttingen 1958.

HARRER, Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung, 1989.

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS, Länderbericht, in DEUTSCH E./SCHREIBER H.-L. (Hrsg.), Medical Responsibility in Western Europe, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1985.

HEILMANN JOACHIM, Der Stand der deliktischen Arzthaftung, NJW 1990, S. 1513 ff.

HINDERLING HANS, Ausgewählte Schriften, Zürich 1982 (zit. HINDERLING, Ausgewählte Schriften).

– Zur Frage der ärztlichen Aufklärungspflicht, SJZ 1963, S. 319 f. (zit. HINDERLING, SJZ 1963).

VON HIPPEL EIKE, Schadensersatz für unerwünschte Kinder? FamRZ 1971, S. 409 ff.

HOFMANN EDGAR, Zur Beweislastumkehr bei Verletzung vertraglicher Aufklärungs- oder Beratungspflichten, NJW 1974, S. 1641 ff.

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, mit Beiträgen u.a. von Heinrich Honsell, Moritz Kuhn, Jörg Rehberg und Wolfgang Wiegand (zit. HONSELL/BEARBEITER, Handbuch).

– Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, ZSR 1990 I, S. 135 ff. (zit. HONSELL, ZSR 1990 I).

– Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. A. Zürich 1996 (zit. HONSELL, Haftpflichtrecht).

ILERI ATILAY, Die ärztliche Aufklärung in der Praxis, in KOLLER ALFRED (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, S. 177 ff.

KAUFMANN FRANZ JOSEF, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozess, Diss. Köln 1984.

KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 5. A. Bern 1993.

KELLER MAX/GABI SONJA, Haftpflichtrecht, 2. A. Basel 1988.

KÖHLER WOLFGANG, Schadensersatzpflicht bei fehlgeschlagener Sterilisation, VersR 1979, S. 700 ff.

KOLLER ALFRED, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, S. 1483 ff. (zit. KOLLER, AJP 1992).

– Schwerizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996 (zit. KOLLER, OR AT).

KÖNNING-FEIL ANGELA, Das Internationale Arzthaftungsrecht, Diss. Osnabrück 1992.

KRAMER ERNST A., Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 1987, S. 289 ff.

KUHN HANSPETER, Ärztliche Aufklärungspflicht. Bemerkungen zur Gerichtspraxis und Lehre betreffend Aufklärung über Behandlungsrisiken und Behandlungskosten, SAeZ 1995, S. 321 ff. (zit. H. KUHN).

KUHN JOËL, Die Haftung des Arztes für Verletzung der Aufklärungspflicht, Diplomarbeit St. Gallen 1997 (zit. J. KUHN).

KUHN MORITZ, Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, ZSR 1986 I, S. 469 ff. (zit. KUHN, ZSR 1986 I).

– Aktuelle Probleme in der Ärztehaftpflicht, SJZ 1993, S. 257 ff. und 284 ff. (zit. KUHN, SJZ 1993).

LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. A. München 1987.

LAUFS ADOLF, Arztrecht, 5. A. München 1993.

MAINARDI-SPEZIALI CARLA, Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik. Die genetische Beratung als vertragliche Leistung des Arztes, Diss. Bern 1992.

MEISEL HANS-PETER, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Patient/Patientenrecht, Bern 1984.

MERTENS HANS-JOACHIM, Ein Kind als Schadensfall? FamRZ 1969, S. 251 ff.

MÜLLER GERDA, Fortpflanzung und ärztliche Haftung, in Festschrift für Erich Steffen, Berlin/New York 1995, S. 355 ff.

NOLL PETER, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955.

NÜSSGENS KARL, Zwei Fragen zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes, in Festschrift für Fritz Hauss, Karlsruhe 1978, S. 287 ff. (zit. NÜSSGENS, FS Hauss).

– Zur hypothetischen Einwilligung des Patienten, in Festschrift für Rudolf Nirk, München 1992, S. 745 ff. (zit. NÜSSGENS, FS Nirk).

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. A. Zürich 1995 (zit. OFTINGER/STARK, HaftpflichtR I).

– Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II: Besonderer Teil, Teilbd. 1, 4. A. Zürich 1987 (zit. OFTINGER/STARK, HaftpflichtR II/1).

OTT WERNER EDUARD, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Diss. Zürich 1978.

REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995.

ROTH ANDREAS, Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden? NJW 1994, S. 2402 ff.

SCHACK HAIMO, Der Schutzzweck als Mittel der Haftungsbegrenzung im Vertragsrecht, JZ 1986, S. 305 ff.

SCHIEMANN GOTTFRIED, Schmerzensgeld für fehlgeschlagene Sterilisation, JuS 1980, S. 709 ff.

SCHMID HUGO, Die Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, S. 2601 ff.

SELB WALTER, Eltern wider Willen, Geburtenplanung und Schadensersatzrecht, JZ 1971, S. 201 ff.

SICK JOACHIM, Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozess, Frankfurt a.M. etc. 1986.

SIGEL WALTER, Zivilrechtliche Haftung bei fehlgeschlagener Sterilisation, Diss. Tübingen 1978.

SOURLAS PAUL, Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB, Diss. München 1974.

STRÖFER JOACHIM, «Beratungspflicht» und Haftung beim Sterilisationsvertrag – «neue» Wege im Arzthaftungsrecht? VersR 1981, S. 796 ff.

STUDHALTER BERNHARD, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe, Diss. Zürich 1995.

STÜRNER ROLF, Die Schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich, SJZ 1984, S. 121 ff.

VOLL DORIS, Die Einwilligung im Arztrecht, Diss. Heidelberg 1996.

WAHRENDORF VOLKER, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Diss. Köln 1976.

WAIBL KATHARINA, Kindesunterhalt als Schaden («wrongful birth»), NJW 1987, S. 1513 ff.

WALTER HANS PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, S. 273 ff.

WEIMAR PETER, Schadenersatz für den Unterhalt des unerwünschten Kindes, in Festschrift für Cyril Hegnauer, Bern 1986, S. 641 ff.

WEISSENBERGER PHILIPPE, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Diss. Basel 1996.

WERRO FRANZ, La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle, ZSR 1989 I, S. 253 ff.

WIDMER PIERRE, Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts – Brennpunkte eines Projektes, ZBJV 1994, S. 385 ff. (zit. WIDMER, ZBJV 1994).

– Gefahren des Gefahrensatzes, ZBJV 1970, S. 305 (zit. WIDMER, ZBJV 1970).

WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, u.a. mit Beiträgen von Gunther Arzt, Eugen Bucher, Alfred Keller, Wolfgang Wiegand (zit. WIEGAND/BEARBEITER, Arzt und Recht).

– Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, recht 1993, S. 149 ff. und 189 ff. (zit. WIEGAND, recht 1993).

I. Zum Thema

1 1. **«Auslöser» für den vorliegenden Aufsatz** bildete der im Titel erwähnte und unter V. abgedruckte Bundesgerichtsentscheid (nachfolgend als «Titel-Entscheid» bezeichnet). Es handelt sich, soweit ersichtlich, um den ersten BGE, der sich mit der Haftung für das Fehlschlagen einer Sterilisation befasst. Seine Ausführungen beziehen sich allerdings auf das öffentliche Haftungsrecht, nämlich auf das Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Zürich. Einzelne Erwägungen sind aber auch zivilrechtlich interessant und sollen in die Fallösung, welche Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes bildet, einfliessen (s. ferner die Urteilsanmerkung in V.2.).

2 2. Der Fall, der nachstehend gelöst werden soll, ist erfunden, aber realistisch. Er ist denn auch nicht *frei* erfunden, sondern entspricht weitgehend demjenigen, den das Bundesgericht im «Titel-Entscheid» zu beurteilen hatte. Abgewichen wird davon vor allem insofern, als die öffentlich-rechtliche Ausgangslage in eine zivilrechtliche umgewandelt wird. **«Unser» Fall** ist der folgende:

3 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 (Eileiterunterbindung) mit zusätzlicher Elektrokoagulation unterzog. Trotz dieses Eingriffs wurde M. S. im November 1987 erneut schwanger und gebar am 23. Juli 1988 das Mädchen H. Darauf liess sie sich erneut und nach derselben Methode sterilisieren.

4 Mit Klage vom 7. Januar 1991 forderte M. S. von Dr. X. Y. wegen der ungewollten Geburt Schadenersatz. Sie verlangte einerseits die Kosten des dem Kind geschuldeten Unterhalts ersetzt, andererseits machte sie geltend, sie könne wegen der erneuten Geburt erst später ins Erwerbsleben eintreten, was mit entsprechenden finanziellen Einbussen verbunden sei.

5 Im Prozessverlauf wurde bei Prof. Z. ein Gutachten eingeholt. Z. kam zum Schluss, es bestünden keine Anzeichen für einen Kunstfehler von Dr. X. Y. In der Folge liess M. S. den entsprechenden Vorwurf fallen und machte nur mehr geltend, sie sei über die Möglichkeit, trotz der Sterilisation wieder schwanger zu werden, nicht aufgeklärt worden. Hätte sie das der Sterilisation immanente Versagerrisiko gekannt, hätte sie sich für eine Hysterektomie (Herausnahme der Gebärmutter) entschieden oder jedenfalls zusätzliche Verhütungsmassnahmen getroffen.

6 3. **Präzisierung des Themas.** Es wird ausschliesslich auf Probleme eingegangen, die ganz spezifisch das *unverschuldete* Fehlschlagen einer Sterilisation betreffen. Probleme, welche sich in gleicher Weise auch bei *verschuldetem* Fehlschlagen stellen, bleiben ausser Betracht. Daher wird insbesondere auf den Begriff des ersatzfähigen Schadens nicht näher eingetre-

ten[1]. Insoweit gehe ich davon aus, dass die von Frau M. S. geltend gemachten Schadenspositionen ersatzfähig sind.

7 Das Bezirksgericht Arbon hat in einem Entscheid vom 16. Oktober 1985 (SJZ 1986, S. 46 ff.) entschieden, die «unfreiwillige Mutter» könne für den zufolge der ungewollten Geburt entstandenen Erwerbsausfall Ersatz verlangen. Hingegen seien die Unterhaltskosten nicht ersatzfähig; die Geburt eines von den Eltern nicht gewollten Kindes bedeute nämlich keinen vermögensrechtlichen Schaden. In einer Urteilsanmerkung (SJZ 1986, S. 48 f.) hat WEIMAR diesen Standpunkt geteilt[2], HONSELL (Haftpflichtrecht, Nr. 36) und KUHN (HONSELL/KUHN, Handbuch, S. 32 ff.) sind ihm gefolgt. Demgegenüber nimmt der deutsche BGH an, Unterhaltsaufwand sei ersatzfähig, wenn durch die ungewollte Geburt die Familienplanung – wie in dem vom Bezirksgericht Arbon entschiedenen Fall – durchkreuzt werde (grundlegend drei Entscheide vom 18. März 1980, abgedruckt in NJW 1980, S. 1450 ff., NJW 1980, S. 1452 ff., VersR 1980, S. 719 ff.[3]). Gleicher Meinung ist für das schweizerische Recht FELLMANN, ZBJV 1987, S. 322 f., 335[4].

8 4. **Vorgehen und terminologische Vorbemerkung.** Im folgenden wird II. untersucht, ob M. S. ein vertraglicher Anspruch zusteht. Dabei werden die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen vorerst theoretisch geprüft (1.-5.). Im Anschluss daran erfolgt die eigentliche Fallösung (6.). Analog wird hinsichtlich des ausservertraglichen Anspruchs verfahren (III.).

9 Dabei wird die unterbindungswillige Frau durchwegs als Patientin bezeichnet, obwohl sie nicht im wörtlichen Sinne Patientin (patiens = leidend) ist. Der fragliche Ausdruck wird einfach mangels eines geeigneten besseren verwendet. – Der Ausdruck Sterilisation steht im folgenden für Tubensterilisation. Ist eine andere Art der Sterilisation gemeint, wird dies speziell vermerkt.

10 Unter IV. wird exkursweise auf die Frage eingegangen, ob ein Arzt, der eine Sterilisation ohne Hinweis auf das Versagerrisiko vornimmt, für unverschuldete Operationsschäden haftbar wird. Schliesslich wird unter V. der «Titel-Entscheid» mit einzelnen kommentierenden Bemerkungen wiedergegeben.

---

1 Nicht eingegangen wird ferner auf die Frage, ob neben der (erfolglos) Unterbundenen auch der Vater des Kindes aktivlegitimiert ist. ALFRED KELLER (WIEGAND/KELLER, Arzt und Recht, S. 137) bejaht dies, falls es sich beim Vater um den Ehemann der Unterbundenen handelt. Das Bezirksgericht Arbon (SJZ 1986, S. 47 E. 1) steht auf dem gleichen Standpunkt. S. ferner FELLMANN, ZBJV 1987, S. 323 f., und CAEMMERER, S. 58 ff. (zum deutschen Recht).

2 Vgl. auch den im Literaturverzeichnis zitierten Aufsatz WEIMARS.

3 Weitere Hinweise auf Lehre und Rechtsprechung bei CAEMMERER, S. 62 ff., und HONSELL, Handbuch, S. 18 Anm. 55.

4 Einen vermittelnden Standpunkt nimmt STARK ein (OFTINGER/STARK, HaftpflichtR I, S. 82 ff.); s. dazu FELLMANN, AJP 1995, S. 880.

II. Anspruch von M. S. aus Art. 97 OR i.V.m. Art. 398 OR?

1. Überblick

11 1. Ein Anspruch aus Art. 97 OR kommt selbstverständlich nur in Betracht, wenn der Vertrag gültig ist. Das sei hier unterstellt. Unterstellt sei insbesondere, dass ein Sterilisationsvertrag nicht zufolge Sittenwidrigkeit ungültig ist, auch dann nicht, wenn die Sterilisation nicht durch medizinische Gründe indiziert ist. Das dürfte heute unbestritten sein (vgl. BGH, NJW 1981, S. 2004). Doch lautete der Befund vor zwanzig Jahren noch anders. So stellte der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) in dem eben zitierten Entscheid fest, 1974 sei die Sterilisation einer Frau aus Gründen der Familienplanung eine seltene Massnahme gewesen, «die auch hinsichtlich ihrer rechtlichen Zulässigkeit nicht unumstritten war»[5], und 1960 hatte GROSSEN erklärt: «Certes, les auteurs s'accordent à remarquer que le consentement de l'intéressé ne suffit pas à légitimer cette intervention. Ils exigent de surcroît un fondement objectif.» (ZSR 1960 II, S. 50a)

12 2. Die Anspruchsvoraussetzungen von Art. 97 OR (Schaden, schuldhafte Vertragsverletzung, adäquater Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Schaden) sind bekannt. Die Konkretisierung dieser Voraussetzungen auf den hier interessierenden Sachverhalt erfolgt nachstehend 2.-5. An dieser Stelle sind lediglich zwei Punkte beizufügen: In der schweizerischen Lehre wird in der Regel nicht zwischen haftungsbegründendem und haftungsausfüllendem Kausalzusammenhang unterschieden[6]. Es scheint jedoch sinnvoll, diese Unterscheidung im vorliegenden Kontext zu treffen. Ferner wird speziell auf das Erfordernis des Vertragswidrigkeitszusammenhanges eingegangen, welches in der schweizerischen Rechtslehre ebenfalls wenig Beachtung findet, aber im Rahmen der Aufklärungshaftung eine gewisse Bedeutung hat.

13 3. Materiellrechtlich bietet die Fallösung keine grossen Probleme. Von einiger Komplexität sind hingegen die beweisrechtlichen Fragen. Auf diese wird daher separat eingegangen, im Anschluss an die jeweilige materiellrechtliche Problematik.

---

[5] Vgl. auch BGHZ 67, 48 = NJW 1976, S. 1790; zum Meinungsstand s. neuestens CAEMMERER, S. 37 ff.

[6] Die Unterscheidung ist jedoch der Sache nach anerkannt, jedenfalls im ausservertraglichen Haftungsrecht (z.B. OFTINGER/STARK, HaftpflichtR I, § 3 Nr. 39, S. 123).

2. Vertragsverletzung

A. Materielles Recht

14 Dass Dr. X. Y. einen Kunstfehler begangen hat, behauptet Frau S. nicht (mehr). Die Vertragsverletzung ist daher in anderer Richtung zu suchen:

15 1. Kommt eine unterbindungswillige Frau zum Arzt, so wird sie in erster Linie eine grobe **Aufklärung** darüber erwarten, wie ihr «Problem» (Verhinderung einer weiteren Schwangerschaft) gelöst werden kann. Der Arzt hat daher die Frau 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 einen Fall (Hysterektomie) ein Empfängnisrisiko ausgeschlossen werden kann, wogegen im Falle der Tubensterilisation auch bei fehlerfreier Vornahme der Operation ein statistisch geringes, aber doch ein Empfängnisrisiko verbleibt. Aufzuklären ist freilich nur eine Patientin, welche aufklärungsbedürftig ist. So wird einer unterbindungswilligen Ärztin nicht gesagt werden müssen, dass eine Tubensterilisation eine weitere Schwangerschaft nicht mit 100%iger Sicherheit ausschliesst. Denn diese Kenntnis darf bei einer Ärztin vorausgesetzt werden. Im Normalfall aber ist auf das Versagerrisiko hinzuweisen.

16 Die umschriebene «Grobaufklärung» ist eine **Hauptpflicht** des Arztes, weil (und sofern) die Patientin davon ausgehen muss, dass sie dafür zu bezahlen hat[7]. Die Aufklärung steht dann im Austauschverhältnis mit der Honorarzahlung. In Lehre und Rechtsprechung wird allerdings die Aufklärungspflicht des Arztes meist pauschal den Nebenpflichten zugeordnet[8]. In der Haftungsfrage wirkt sich dies aber nicht entscheidend aus, jedenfalls auf materiell-rechtlicher Ebene. Hingegen ist die Vorstellung, dass es sich um eine Haupt- und nicht um eine Nebenpflicht handelt, von einer gewissen Bedeutung für die Verteilung der Beweislast (unten Nr. 25)[9]. Materiell-rechtlich ändert sich selbst dann nichts Grundlegendes, wenn die fragliche «Grobaufklärung» teilweise im vorvertraglichen Stadium stattfindet, die entsprechende Aufklärungspflicht also vorvertragliche Pflicht ist. Aufklärungsmängel sind auch in diesem Falle vertragsrechtlich abzuhandeln, gleich wie etwa der Verkäufer vertragsrechtlich haftet, wenn er eine vorvertragliche Aufklärungspflicht hinsichtlich des Kaufgegenstandes verletzt (Art. 197 ff. OR).

---

7 Vgl. für das deutsche Recht SCHMID, S. 2606.

8 Vgl. z.B. NJW 1981, S. 2003 E. II/b. Ähnlich wie im Text hingegen BGH, NJW 1984, S. 1807, mit zustimmender Anm. von DEUTSCH, NJW 1984, S. 1803. – Die Frage wird offengelassen bei OTT, S. 34.

9 Vgl. DEUTSCH, NJW 1984, S. 1803 (Anm. zu BGH, NJW 1984, S. 1807).

17 2. **Exkurs**: Auch **über anderes als Sterilisationsmethoden** und Sterilisationssicherheit **ist aufzuklären**[10], so etwa über gewisse Operationsrisiken[11]. Insoweit handelt es sich dann jedoch um Nebenpflichten. Die geschuldete Aufklärung richtet sich – wie hinsichtlich der «Grobaufklärung» – nach dem Aufklärungsbedarf der konkreten Patientin. Ist diese Ärztin oder sonst medizinisch geschult, darf u.U. jede Aufklärung unterbleiben. Dasselbe kann im Einzelfall zutreffen, wenn zwar der Sachverstand fehlt, jedoch die Patientin bereits anderweitig aufgeklärt wurde, z.B. durch einen anderen Arzt, der die Überweisung der Patientin an den sterilisierenden Arzt veranlasst hat[12]. Im Normalfall jedoch treffen den Arzt gewisse Aufklärungspflichten. Diese orientieren sich an einer Durchschnittspatientin: Der Arzt muss über Dinge aufklären, die eine durchschnittliche Patientin interessieren. Eine weitergehende Aufklärungspflicht besteht nach Treu und Glauben dann, wenn die konkrete Patientin erkennbar einen überdurchschnittlichen Aufklärungsbedarf hat, z.B. weil sie aus einem ganz anderen Kulturkreis stammt.

18 Jede Operation, somit auch jede Sterilisation, macht eine sog. **Eingriffsaufklärung** (Selbstbestimmungsaufklärung) nötig. Diese soll dem Patienten ermöglichen, in Kenntnis aller für ihn persönlich wichtigen Faktoren darüber zu entscheiden, ob er den Eingriff vornehmen lassen will oder nicht. Daher «muss ihm der Arzt die notwendige Entscheidungsgrundlage schaffen, indem er ihn über Befund sowie über Gegenstand, Verlauf und Folgen des Eingriffs aufklärt. Dementsprechend wird die Eingriffsaufklärung in die Diagnoseaufklärung, die Verlaufsaufklärung und die Risikoaufklärung unterteilt ...» (J. KUHN, S. 10, Ziff. 2.1.2, m.w.Nw.; BGE 117 Ib 203 f.). Von der Eingriffsaufklärung ist die **Sicherungsaufklärung** (therapeutische Aufklärung) zu unterscheiden: «Für eine erfolgreiche Behandlung ist in der Regel die (aktive oder passive) Mitwirkung des Pati-

---

[10] Eingehend zu den Aufklärungspflichten des Arztes neustens GEISSELER, S. 156 ff., HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 127 ff. Nach WIEGAND (recht 1993, S. 151 II./2.), der die herrschende Ansicht wiedergibt, ist so aufzuklären, dass der Patient «in voller Kenntnis des Eingriffs und dessen Folgen» entscheiden kann, ob er den Eingriff will oder nicht. Mass aller Dinge ist somit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Der «Sinn und Zweck der Aufklärungspflicht» sei allein «im Schutz des Selbstbestimmungsrechts» zu sehen (a.a.O., S. 152 vor III.). M.E. sollten noch andere Gesichtspunkte eine Rolle spielen, insbesondere das Wohl des Patienten, der zum Arzt kommt, weil er Hilfe braucht, und oft nicht selbst entscheiden, sondern die Entscheidung in die Hand des Arztes legen will (zutreffend SJZ 1948, S. 326 ff., v.a. 328 rechte Spalte). Die Selbstbestimmung sollte jedenfalls dort nicht oberste Maxime bilden, wo der Patient in einer psychischen Situation ist, welche eine vernünftige Selbstbestimmung ausschliesst, oder wo durch die Aufklärung mehr Schaden angerichtet wird, als dem Patienten lieb sein kann (vgl. das illustrative Beispiel von HINDERLING, Ausgewählte Schriften, S. 151).

[11] Vgl. dazu CAEMMERER, S. 158 f. Die deutsche Rechtsprechung hat ein Übermass an Aufklärungspflichten entwickelt (HONSELL, Handbuch, S. 18). Das Bundesgericht ist zu Recht zurückhaltender.

[12] Vgl. SJZ 1948, S. 326 ff.

enten notwendig. Damit sich der Patient dabei richtig verhalten kann, muss der Arzt ihm die Gesamtheit aller dazu notwendigen Informationen geben.» (J. KUHN, S. 11 Ziff. 2.1.3.) **Einzelne Aufklärungspflichten lassen sich weder hier noch dort einordnen**, so etwa die Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung (vgl. BGE 119 II 456 ff.: Aufklärung darüber, ob die Krankenkasse die Operationskosten übernimmt). Im übrigen ist zu beachten, dass sich die einzelnen Aufklärungskategorien nicht strikt trennen lassen[13]. Insbesondere ist hervorzuheben, dass letzten Endes jeder aufklärungspflichtige Punkt der Selbstbestimmung des Patienten dient oder zumindest dienen kann. Ob sich beispielsweise jemand operieren lassen will, kann von der Kostenübernahme durch die Krankenkasse abhängig sein. Die wirtschaftliche Aufklärung gehört in diesem Sinne zur Eingriffsaufklärung. Es scheint daher nicht sinnvoll, den verschiedenen Aufklärungskategorien rechtserhebliche Bedeutung beizumessen[14]. Das aber tun Lehre und Rechtsprechung hinsichtlich der Beweislast: Die Eingriffsaufklärung soll zur Beweislast des Arztes stehen, die Sicherungsaufklärung zur Beweislast des Patienten[15].

19 3. Die Verletzung einer Aufklärungspflicht hat – grundsätzlich – nicht zur Folge, dass die **ganze Sterilisation** als **vertragswidrig** anzusehen ist. Das ist freilich nicht unbestritten. Auf die Kontroverse ist zurückzukommen, allerdings erst unter IV., da sie für die Fallösung ohne jede Bedeutung ist.

B. Beweislast und Beweismass

20 1. **Beweislast**. Nach dem Gesagten ist der Arzt im Normalfall verpflichtet, eine unterbindungswillige Frau über das Versagerrisiko im Falle einer Tubensterilisation aufzuklären. Das ist geradezu selbstverständlich (vgl. BGH, NJW 1981, S. 631 E. II/1b). Eine andere Frage ist, wer die Verletzung/Nichtverletzung dieser Pflicht zu beweisen hat: der Arzt (X. Y.) oder die Patientin (M. S.)?

21 1.1. **Allgemeines**. Der gestützt auf Art. 97 OR Schadenersatz fordernde Gläubiger hat nicht nur den Bestand einer bestimmten vertraglichen Pflicht, sondern auch deren Verletzung darzutun[16], 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. Im Grundsatz ist dies völlig unbestritten. Ebenso unbestritten ist, dass sich die Beweislast bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen umkehren kann[17]. Eine gesetzliche Beweislastumkehr beinhaltet Art. 97 OR für den Fall, dass

---

13 J. KUHN, S. 10.

14 So auch EISNER, S. 109 ff., 215.

15 J. KUHN, S. 61 Ziff. 2.1.2.2. Text und Anm. 378.

16 KUMMER, BerK, N 281 zu Art. 8 ZGB; BAUMGÄRTEL, Beweislast, Anh. § 282 BGB, N 21.

17 Vgl. KUMMER, BerK, N 199 zu Art. 8 ZGB.

der Gläubiger den Schaden ersetzt verlangt, der ihm zufolge Leistungsunmöglichkeit entstanden ist.

22 Der Gläubiger hat die Unmöglichkeit darzutun, der Schuldner, dass er die Unmöglichkeit nicht verschuldet hat. Dieser Entlastungsbeweis «bezieht sich primär auf die objektive Pflichtwidrigkeit (die Vertragsverletzung), und erst in zweiter Linie auf deren Entschuldbarkeit» (KOLLER, AJP 1992, S. 1488). Wegen der Objektivierung des Verschuldensbegriffs kommt eine «Entschuldigung» praktisch nicht in Betracht, wenn einmal die objektive Pflichtwidrigkeit erstellt ist. Die Verschuldensvermutung von Art. 97 OR regelt somit «hauptsächlich die Beweislast hinsichtlich der Vertragsverletzung» (KOLLER, a.a.O.).

23 Diese für den Fall der Unmöglichkeit statuierte Beweislastumkehr hat besondere Gründe, welche bei sonstigen Vertragsverletzungen (z.B. Schutzpflichtverletzungen[18]) nicht vorzuliegen brauchen. Art. 97 OR ist allerdings, was die Beweislast anbelangt, analoger Anwendung fähig. Zudem gibt es weitere Gründe, welche eine Beweislastumkehr rechtfertigen können. Als Grundsatz aber bleibt es dabei, dass der Gläubiger die Vertragsverletzung zu beweisen hat.

24 1.2. In dem hier interessierenden Zusammenhang scheint es daher nahezuliegen, der Patientin den Beweis dafür aufzuerlegen, dass sie über das Versagerrisiko pflichtwidrig nicht aufgeklärt worden ist. In diesem Sinne hat denn auch der deutsche **BGH** schon mehrfach entschieden, erstmals in einem Urteil aus dem Jahre 1981, abgedruckt in NJW 1981, S. 2003 E. II/1/b. Er hielt dort fest, die Pflicht, auf das Versagerrisiko hinzuweisen, sei eine blosse 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 im «Titel-Entscheid» der Auffassung des BGH – obiter – beizupflichten (S. 10 E. 4c), zumal für den Fall, dass die Patientin, hätte sie um das Versagerrisiko gewusst, ebenfalls in die Tubensterilisation eingewilligt hätte (zum Fall, da dies nicht zutrifft, s. Nr. 26).

25 1.3 **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 kann[19]. Vorliegend geht es jedoch nicht um eine Nebenpflicht, sondern um eine Hauptpflicht: Die Patientin erwartet – wie erwähnt – Aufklärung darüber, wie sie das von ihr angestrebte Ziel, eine weitere Schwangerschaft zu vermeiden, am besten erreicht. Die nach diesem Vertragszweck geschuldete Aufklärung

---

[18] Vgl. z.B. KOLLER, AJP 1992, S. 1495.

[19] Vgl. KOLLER, AJP 1992, S. 1495 (3. Ziff. 1). Daher darf ihm nicht der Beweis auferlegt werden, allen seinen verschiedenen Aufklärungspflichten (oben Nr. 17) nachgekommen zu sein.

bildet einen eigenen, wenn auch insgesamt untergeordneten Leistungsinhalt. Es greift daher die Regel ein, dass der Schuldner zu beweisen hat, er habe seine Leistungspflicht erfüllt[20]. Diese Regel gilt nicht nur dort, wo der Schuldner (hier der Arzt) aus der Erfüllung ein Recht ableitet (er macht z.B. den Honoraranspruch geltend), sondern auch im umgekehrten Fall[21], also dann, wenn der Gläubiger aus der behaupteten Nichterfüllung ein Recht ableitet[22]. Dahinter steckt die Überlegung, dass es dem Schuldner immer möglich und zumutbar ist, den Beweis der Erfüllung zu sichern[23]. Das gilt gerade auch im vorliegenden Kontext, wo es um die Sicherung des Beweises geht, über das Versagerrisiko aufgeklärt zu haben. Daher dürfte sich im Ergebnis auch dann nichts ändern, wenn man die Aufklärung über das Versagerrisiko nicht zum Leistungsinhalt rechnet, sondern nur eine entsprechende Nebenpflicht annimmt.

26 Aus dem Gesagten darf nicht gefolgert werden, die Aufklärung über das Versagerrisiko sei generell vom Arzt zu beweisen. Das Bundesgericht unterscheidet (vgl. «Titel-Entscheid», E. 2): Macht die Patientin geltend, sie hätte bei Kenntnis des Versagerrisikos nicht in die Sterilisation eingewilligt, daher sei die Operation widerrechtlich erfolgt (Art. 41 OR), so ist der Arzt beweisbelastet (BGE 117 Ib 202 E. 2d). Macht sie hingegen geltend, sie hätte zwar eingewilligt, jedoch zusätzliche Verhütungsmassnahmen getroffen, so ist sie beweisbelastet[24]. M.E. muss es sich gerade umgekehrt verhalten: Beruft sich die Patientin mit dem Argument unzureichender Aufklärung auf die Ungültigkeit der Einwilligung, so ist sie beweisbelastet (hinten Nr. 107). Macht sie hingegen geltend, der Arzt sei gemäss Vertrag zur Mitteilung des Versagerrisikos verpflichtet gewesen, so ist der Arzt mit dem Beweis zu belasten (eben vorstehend Nr. 25).

---

20 Vgl. FRANZKI, S. 121, der allerdings viel zu weit geht, wenn er dem Arzt *generell* den Beweis, die Aufklärungspflicht erfüllt zu haben, auferlegt.

21 KUMMER, BerK, N 161 zu Art. 8 ZGB.

22 KUMMER, BerK, 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 (GULDENER MAX, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S.67).

23 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 (KUMMER, BerK, N 196 ff. zu Art. 8 ZGB), vorliegend sind jedoch die einschlägigen Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt.

24 Vgl. ferner 115 Ib 181; 113 Ib 425; HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 167-169, Text und Anm. 210; HONSELL/KUHN, Handbuch, S. 25.

27 1.4. Folgt man der hier (Ziff. 1.3.) vertretenen Ansicht nicht, sollte die Beweislast zumindest teilweise umgekehrt, bzw. auf Arzt und Patientin verteilt werden, gleich wie im Bereich der ausservertraglichen Haftung (dazu Nr. 73 f.).

28 2. **Beweismass.** Wer die Beweislast – mit dem BGH – der **Patientin** auferlegt, darf an den Beweis keine allzu hohen Anforderungen stellen. Insbesondere hat er zu beachten, dass der Arzt zum Beweis beizutragen hat. Nach der Auffassung des BGH «liegt es heute für den Arzt, der eine Sterilisation aus Gründen der Familienplanung vornimmt, so nahe, sich seinen Hinweis auf die Versagerquote schriftlich bestätigen zu lassen, dass die Unterlassung dieser Vorsichtsmassnahme ... ein Beweisanzeichen dafür bilden mag, dass die Erfüllung dieser aus dem Behandlungsvertrag folgenden Nebenpflicht versäumt worden ist» (NJW 1981, S. 2004 linke Spalte E. 1). M.E. geht diese deutsche Ansicht zu weit. Vom Arzt kann nicht verlangt werden, dass er sich den Hinweis auf das Versagerrisiko schriftlich bestätigen lässt. Es muss vielmehr genügen, dass er einen entsprechenden Hinweis in die Krankengeschichte aufnimmt. Das gilt auch dann, wenn man die Beweislast dem **Arzt** auferlegt: Der Hinweis in der Krankengeschichte muss als beweistauglich angesehen werden[25]. «Der Richter wird sich deshalb gegebenenfalls mit einer blossen Wahrscheinlichkeit der vom Arzt gegebenen Schilderung zufrieden geben müssen ...» (HINDERLING, Ausgewählte Schriften, S. 76).

3. Verschulden

29 1. 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. Man stelle sich beispielsweise vor, Arzt A. überweist eine Patientin dem Arzt B. mit der Mitteilung, jene sei über alle wesentlichen Punkte der Unterbindung aufgeklärt worden, obwohl dies in Wirklichkeit nicht zutrifft. Klärt Arzt B. die Patientin nicht auf, so unterlässt er zwar die ojektiv gebotene Aufklärung und handelt damit pflichtwidrig, schuldhaft handelt er jedoch nicht (vgl. SJZ 1948, S. 326 ff.).

30 2. Die Beweislast für das Fehlen des Verschuldens trägt der Arzt (Art. 97 OR)[26].

---

[25] Vgl. HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 152, 170, 195; wohl auch OTT, S. 136. Abweichend GEISSELER, S. 174.

[26] Ebenso für das deutsche Recht BAUMGÄRTEL, Beweislast, Anh. § 282 BGB, N 67.

4. Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden

31 Das Kausalitätserfordernis kann gleichsam zweigeteilt werden: Ein Kausalzusammenhang muss zwischen der Verletzung der Aufklärungspflicht und der ungewollten Geburt einerseits, zwischen der ungewollten Geburt und dem in Frage stehenden Schaden (Erwerbsausfall, Unterhaltskosten) andererseits bestehen (haftungsbegründender bzw. haftungsausfüllender Kausalzusammenhang). Der haftungsausfüllende Kausalzusammenhang wirft keine besonderen Probleme auf, wenn man von der Ersatzfähigkeit des Schadens an sich absieht; auf diese Thematik wird hier jedoch, wie erwähnt, nicht eingegangen. Problematischer und vertieft zu behandeln 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

a. Materielles Recht

32 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. Enthaltsamkeit während der «kritischen Zeit») entschieden hätte, sodann, dass eine solche Massnahme die Geburt verhindert hätte.

33 2. 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 im «Titel-Entscheid» (S. 9 f. E. 4b) von einem **hypothetischen Kausalzusammenhang**; ebenso schon BGE 115 II 447 f. E. 5a, wo ausgeführt wurde, es könne bei der Frage nach der Ursächlichkeit einer Unterlassung für eine Wirkung oder einen Erfolg immer nur um einen hypothetischen Zusammenhang gehen. In der Tat kann eine blosse Unterlassung, ein «reines» Nichttun, niemals Ursache im naturwissenschaftlichen Sinne sein[27].

[27] Statt vieler GUHL/MERZ/KOLLER, S. 176.

34 Auch die Kausalität positiven Tuns wird regelmässig nach der Bedingungslehre, also über die Anstellung einer Hypothese («Wäre das Schadensereignis auch ohne das betreffende Tun eingetreten?») festgestellt[28]. Ist die Kausalität im Sinne der Bedingungslehre zu bejahen, so ist damit gleichzeitig gesagt, dass das positive Tun im naturwissenschaftlichen Sinne kausal war. Von einem hypothetischen Zusammenhang kann also nicht gesprochen werden, wiewohl die Kausalität über eine Hypothese festgestellt wurde. Das alles ist von der Sache her unproblematisch. Fragen kann man sich hingegen, ob der Ausdruck «hypothetische Kausalität» für die Kausalität einer Unterlassung sinnvoll ist. M.E. wirkt dieser Ausdruck eher verwirrend. Jedenfalls wird damit die zentrale Bedeutung hypothetischer Erwägungen für die Kausalität *positiven Tuns* verdeckt. Gegen den Ausdruck spricht auch die Tatsache, dass die Kausalität einer Unterlassung der Kausalität positiven Tuns rechtlich gleichgestellt ist, in diesem Sinne durchaus eine «eigentliche», nicht bloss eine hypothetische Kausalität ist[29].

35 3. **Exkurs**: Eine Unterlassung kann, wie gesagt, im naturwissenschaftlichen («eigentlichen») Sinne nie Ursache eines bestimmten Schadens sein. Häufig ist jedoch die Unterlassung mit einem positiven Tun gekoppelt, welches seinerseits eine «eigentliche» Schadensursache bildet. Zu denken ist an den Fall, da ein Radfahrer, A, es sorgfaltswidrig unterlässt, seine Aufmerksamkeit dem Verkehr zu widmen, und in der Folge eine Fussgängerin überfährt. In einem solchen Fall fragt sich, ob das die Verletzung herbeiführende po-

---

28 In gewissen Fällen versagt die Bedingungslehre. So verhält es sich bei der kumulativen Kausalität: Zwei Fabriken, die verschiedenen Inhabern gehören, verunreinigen unabhängig voneinander dasselbe Grundwasservorkommen und machen es ungeniessbar. Hätten die Abwässer jeder Fabrik für sich allein ausgereicht, um das Grundwasser ungeniessbar zu machen, so hat keiner der Fabrikinhaber das Schadensereignis (Ungeniessbarkeit des Wassers) im Sinne der Bedingungslehre herbeigeführt. Trotzdem hat jeder im naturwissenschaftlichen Sinne zum Schadensereignis beigetragen, und jeder ist rechtlich gesehen Verursacher (REY, Nr. 615 f., dem auch das Beispiel entnommen ist). Ähnlich verhält es sich bei der Feststellung der Kausalität des Gehilfenverhaltens. Dieses ist zwar immer im naturwissenschaftlichen Sinne kausal, nicht aber im Sinne der Bedingungslehre (hätte der Gehilfe nicht mitgewirkt, hätte sich der Täter eines anderen Gehilfen bedient und es wäre zum gleichen Schadensereignis gekommen).

29 Hat man festgestellt, dass eine Unterlassung Schadensursache ist, so kann man vernünftigerweise nicht fragen, ob die Haftung deshalb entfällt, weil bei Vornahme des geschuldeten positiven Tuns das Schadensereignis nicht eingetreten wäre: Mit der Bejahung des Kausalzusammenhanges ist gleichzeitig festgestellt, dass das Schadensereignis bei Vornahme des positiven Tuns ebenfalls eingetreten wäre. Das übersieht BGE 119 II 462 f. E. 4: Arzt A. hatte Frau B. pflichtwidrig nicht gesagt, dass die Krankenkasse die Kosten der geplanten (und dann auch ausgeführten) Operation nicht vollumfänglich übernimmt. Das Bundesgericht stellt vorab fest, diese Unterlassung sei für den Entschluss von B, sich operieren zu lassen, kausal gewesen (S. 462 unten). Hierauf fragt sich das Gericht, ob B. die Operation auch dann unternommen hätte, wenn sie um die fehlende Kostentragung durch die Krankenkasse gewusst hätte (S. 463). Diese Frage zu stellen war überflüssig, weil sie mit der Bejahung der Kausalität der Verletzung der Aufklärungspflicht bereits verneint war.

sitive Tun für sich allein die Haftung zu begründen vermag oder ob die Haftung voraussetzt, dass die sorgfaltswidrige Unterlassung eine Schadensursache im Sinne der Bedingungslehre ist. Haftet in unserem Beispiel der Radfahrer ohne weiteres oder haftet er nur dann, wenn der Schaden vermieden worden wäre, falls er seine Aufmerksamkeit dem Verkehr gewidmet hätte? Richtigerweise und anerkanntermassen ist auch in diesem Kontext ein Kausalzusammenhang im Sinne der Bedingungslehre vorausgesetzt. Ist also erwiesen, dass bei pflichtgemässem Verhalten das Schadensereignis ebenfalls eingetreten wäre, so entfällt die Haftung. In unserem Beispiel haftet demzufolge der Radfahrer nicht, wenn erwiesen ist, dass es auch dann zum Unfall gekommen wäre, wenn er seine Aufmerksamkeit dem Verkehr gewidmet hätte. Präzisierend ist beizufügen:

36 – Man spricht im vorliegenden Kontext von **rechtmässigem Alternativverhalten**. Das ist missverständlich, jedenfalls dort, wo die Widerrechtlichkeit darin besteht, ein absolut geschütztes Gut verletzt zu haben (Erfolgsunrecht, Nr. 61). In einem solchen Fall wäre es bei rechtmässigem Alternativverhalten nicht zum widerrechtlichen Erfolg gekommen und es würden sich überhaupt keine Haftungsprobleme stellen. Hätte sich in unserem Beispiel der Radfahrer rechtmässig verhalten, so hätte er die Fussgängerin nicht überfahren; einer Haftung des Radfahrers wäre dann selbstverständlich der Boden entzogen. In solchen Fällen würde man besser von **schuldfreiem Alternativverhalten** sprechen. Der Ausdruck rechtmässiges Alternativverhalten ist hingegen dort angebracht, wo es um Verhaltensunrecht (Nr. 61) geht. Trotz der sprachlichen Ungenauigkeit wird im folgenden ausschliesslich der Ausdruck rechtmässiges Alternativverhalten verwendet.

37 Die deutsche Lehre lehnt die Theorie vom Erfolgsunrecht mehrheitlich ab; für sie gibt es nur Verhaltensunrecht. Bei dieser Ausgangslage ist der Ausdruck rechtmässiges Alternativverhalten durchwegs passend.

38 – Der Einwand rechtmässigen Alternativverhaltens ist nur dann erheblich, wenn der hypothetische Kausalzusammenhang im Sinne der Bedingungslehre im wesentlichen der gleiche gewesen wäre wie der tatsächliche Kausalzusammenhang. Wäre das Schadensereignis bei rechtmässigem Alternativverhalten ebenfalls eingetreten, aber auf ganz andere Weise (**überholende Kausalität**), so kommt dem rechtmässigen Alternativverhalten keine entlastende Wirkung zu. Man muss sich also immer fragen, ob der Schaden bei pflichtgemässem Verhalten auf die gleiche Weise eingetreten wäre. Entscheidend ist, dass die hypothetische Schadensursache mit der tatsächlichen *im wesentlichen* übereinstimmt. Gewisse Abweichungen ergeben sich immer und nehmen dem Einwand des

rechtmässigen Alternativverhaltens seine Bedeutung nicht[30]. Wenn in unserem Beispiel die Fussgängerin einige Sekunden später von einem anderen Radfahrer überfahren worden wäre (überholte Ursache[31]), so findet keine Entlastung des A. statt.

39 – Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens ist ein Verteidigungsmittel des präsumtiven Haftpflichtigen und daher von ihm zu **beweisen**[32]. Das kann freilich nur dann gelten, wenn das dem präsumtiven Haftpflichtigen zur Last gelegte positive Tun im gesamten Ursachenkomplex die wesentliche Ursache darstellt. Das ist in unserem Radfahrerbeispiel der Fall, träfe aber etwa in folgendem Beispiel nicht zu: Ein Dachdecker deckt ein Dach unsorgfältig. In der Folge fällt ein Ziegel einem Passanten auf den Kopf. Hier ist das positive Tun (Dachdecken) keine bestimmende Schadensursache. Daher hat der Passant zu beweisen, dass das unsorgfältige Vorgehen des Dachdeckers Ursache des Schadensereignisses ist.

40 – Wo der präsumtive Haftpflichtige mit dem Einwand des rechtmässigen (schuldfreien) Alternativverhaltens durchdringt, stellt die ihm zur Last gelegte Pflichtwidrigkeit (das ihm zur Last gelegte Verschulden) keine conditio sine qua non des Schadensereignisses dar. Zwar ist sein Verhalten im naturwissenschaftlichen Sinne kausal geworden, aber diejenige Komponente seines Verhaltens, um derentwillen es als normwidrig erscheint, ist keine Schadensursache im Sinne der Bedingungslehre. Es fehlt in diesem Sinne an der «Kausalität der Pflichtwidrigkeit» (HANAU, S. 23 ff. und passim). Fehlt diese Kausalität, so rechtfertigt es sich in der Regel nicht, den präsumtiven Haftpflichtigen haften zu lassen[33]. Immerhin ist dies keine juristische Notwendigkeit, wie die Diskussion um die Zulässigkeit des Einwands rechtmässigen Alternativverhaltens im Rahmen der ärztlichen Aufklärungshaftung zeigt (hinten Anm. 104)[34].

---

30 Vgl. zum Vorstehenden FRANZKI, S. 126.

31 Die überholte Ursache wird teilweise auch als hypothetische Ursache bezeichnet. Statt von überholender Kausalität spricht man dementsprechend auch von hypothetischer Kausalität. Nachdem dieser Ausdruck auch noch in anderem Zusammenhang verwendet wird (als Ausdruck für die Kausalität der Unterlassung, oben Nr. 33), wird hier der Ausdruck überholende Kausalität vorgezogen.

32 BAUMGÄRTEL, Beweislast, Anh. § 282 BGB, N 30. Weitere Nachweise bei STUDHALTER, S. 273. STUDHALTER vertritt eine differenzierte Ansicht (S. 274 ff.), welche der im Text vertretenen nahekommen dürfte.

33 LARENZ, S. 528, wehrt sich gegen den Ausdruck «Kausalität der Pflichtwidrigkeit». Es gehe nicht um ein Kausalitäts-, sondern um ein Zurechnungsproblem. Dieser Einwand geht fehl (s. sogleich im Text).

34 S. vorderhand STUDHALTER, S. 228, 235 f., 241.

41 In der Lehre wird das rechtmässige Alternativverhalten teilweise bei der Kausalität, teilweise beim Rechtswidrigkeitszusammenhang (Nr. 60, 86) eingeordnet[35]. Beides schliesst sich nicht aus und beides ist richtig. Man muss sich nur bewusst sein, dass es ausschliesslich um Kausalität im Sinne der Bedingungslehre geht und dass die Frage, ob eine solche Kausalität Haftungsvoraussetzung ist, eine reine Zurechnungsfrage darstellt[36]. – Der Ausdruck Rechtswidrigkeitszusammenhang ist sprachlich nur dort zutreffend, wo es um rechtmässiges Alternativverhalten im enge Sinne (oben Nr. 36) geht. Wo der Sache nach schuldfreies Alternativverhalten (Nr. 36) in Frage steht, wäre besser von Schuldzusammenhang die Rede. – S. ferner unten Nrn. 136 ff.

b. Beweislast

42 1. **Beweislast**. – 1.1. 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» (NJW 1981, S. 2004 E. II/1b, ebenso NJW 1981, S. 632 E. 2 vor lit. a[37]). Das Bundesgericht scheint zu differenzieren (E. 2a bzw. b): Wenn die Patientin geltend macht, sie hätte bei Aufklärung über das Versagerrisiko in die Tubensterilisation nicht eingewilligt und statt dessen auf andere Weise für Verhütung gesorgt, so treffe den Arzt die Beweislast für das hypothetische Verhalten der Patientin; demgegenüber sei diese beweisbelastet, wenn sie geltend macht, sie hätte zwar in die Tubensterilisation eingewilligt, jedoch noch zusätzliche Verhütungsmittel genommen. Für diese Unterscheidung sind keine sachlichen Gründe ersichtlich. Es sollte daher die Beweislast einheitlich verteilt werden. Bleibt die Frage, ob der Arzt oder die Patientin beweisbelastet sein soll.

43 1.2. Die «deutsche Auffassung» (Beweisbelastung der Patientin) entspricht Art. 8 ZGB: Wie sich 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. Grundlage hierfür bildet eine Analogie zu Art. 97 OR (vgl. ferner z.B. Art. 103 Abs. 2, 306 Abs. 3, 420 Abs. 3, 474 Abs. 2 OR, welche allesamt Kausalitätsvermutungen vorsehen[38]):

---

35 Vgl. einerseits EISNER, S. 180, andererseits HONSELL, Handbuch, S. 17, und den Überblick bei STUDHALTER, S. 241.

36 Vgl. STUDHALTER, z.B. S. 206; KRAMER, S. 299.

37 Ebenfalls publiziert in JR 1981, S. 499 ff., mit zustimmender Anm. von FISCHER.

38 Alle diese Bestimmungen ordnen eine Zufallshaftung des Schuldners an. Nach Art. 8 ZGB hätte der Gläubiger zu beweisen, dass das zufällige Schadensereignis auch bei vertragsgemässem Verhalten eingetreten wäre. Die erwähnten Bestimmungen kehren die Beweislast um. Angenommen, der Verkäufer sollte am 1. 2. liefern, liefert aber (schuldhaft) nicht. Geht nun die Sache durch Zufall unter, so müsste an sich der Käufer beweisen, dass es bei rechtzeitiger Lieferung nicht zur Zerstörung

44 Ist die Erfüllung unmöglich geworden, so obliegt dem Schuldner der Nachweis, dass er die Unmöglichkeit nicht verschuldet hat (Genaueres vorne Nr. 22). Misslingt ihm dieser Nachweis, so haftet er, es sei denn, er könne beweisen, dass es auch bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt zur Unmöglichkeit gekommen wäre (Kausalitätsvermutung). Das steht zwar nicht ausdrücklich in Art. 97 OR (vgl. demgegenüber § 282 BGB), ist aber darin implizite enthalten[39]: Zweifel in der Frage, wie es zur Unmöglichkeit gekommen ist, sollen insgesamt zu Lasten des Schuldners gehen. Das rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass dem Gläubiger der Beweis kausalen Verschuldens des Schuldners sehr viel schwerer fallen wird als dem Schuldner der umgekehrte Beweis. Der Schuldner ist in diesem Sinne «näher» am Beweis als der Gläubiger[40]. Ähnliches gilt in dem hier interessierenden Kontext. Ausgangspunkt der Überlegung bildet der Zweck der Pflicht, über das Versagerrisiko aufzuklären. Dieser geht dahin, der unterbindungswilligen Frau, welche Sicherheit vor einer weiteren Geburt sucht, diese Sicherheit zu verschaffen. Handelt der Arzt diesem Zweck pflichtwidrig zuwider, indem er der Patientin das Versagerrisiko verschweigt, so scheint es nur billig, ihm den Beweis dafür aufzuerlegen, dass sich die Patientin ohnehin nicht um restlose Sicherheit bemüht hätte[41]. Der Arzt steht «näher» zu diesem Beweis als die Patientin zum Beweis des Gegenteils.

45 Die Beweislast ist aber für den Arzt deshalb nicht sehr drückend, weil ihm in vielen Fällen die natürliche Vermutung zu Hilfe kommt, die Patientin hätte sich nicht für andere oder zusätzliche Verhütungsmassnahmen entschieden (unten Ziff. 2).

---

durch das betreffende zufällige Ereignis gekommen wäre. Art. 103 Abs. 2 OR kehrt nun aber die Beweislast um.

39 Angenommen, die vom Verkäufer zu liefernde Kaufsache wird gestohlen, so muss der Verkäufer beweisen, dass er die Sache sorgfältig aufbewahrt hat. Misslingt der Beweis, so muss nicht der Käufer beweisen, dass es bei sorgfältiger Aufbewahrung nicht zum Diebstahl gekommen wäre, vielmehr muss der Verkäufer beweisen, dass es auch bei sorgfältiger Aufbewahrung dazu gekommen wäre.

40 In gewissen Fällen ist dem Gläubiger der Kausalitätsbeweis schlechterdings unmöglich. So immer dann, wenn unklar bleibt, wie es zur Unmöglichkeit gekommen ist: Wenn gar nicht feststeht, welchen Fehler der Schuldner begangen hat, so ist nicht ersichtlich, wie der Gläubiger den Kausalitätsbeweis antreten könnte. Dieser Beweis wäre ihm hingegen allenfalls dann möglich, wenn feststeht, worin das Verschulden des Schuldners besteht. Auch in einem solchen Fall ist jedoch der Schuldner «näher dran» zu beweisen, dass sein Verschulden nicht kausal war.

41 Gleich im Ergebnis FRANZKI, S. 127 Anm. 43, allerdings mit anderer Begründung (er ist der Meinung, der Arzt habe generell zu beweisen, dass er richtig aufgeklärt hat).

46 Wie erwähnt (Nr. 42), ist das Bundesgericht der Meinung, der Arzt sei für das hypothetische Verhalten der Patientin dann beweisbelastet, wenn diese geltend macht, sie hätte bei Kenntnis des Versagerrisikos nicht in die Sterilisation eingewilligt (s. ferner BGE 117 Ib 208). Ob diese Auffassung zutreffend ist, bleibe vorderhand dahingestellt (dazu unten Nr. 109). Hier sei nur festgehalten, dass sich die Beweisbelastung des Arztes in dem hier interessierenden Kontext mindestens so sehr rechtfertigt wie im Fall, da sich die Patientin auf Ungültigkeit der Einwilligung beruft.

47 1.3. 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 ebenfalls dem Arzt obliegende Beweis ist praktisch nicht erbringbar. Steht daher beispielsweise fest, dass die Patientin zusätzlich zur Tubensterilisation eine «Spirale» verwendet hätte, so ist ohne weiteres davon auszugehen, dass diese zusätzliche Massnahme die ungewollte Geburt verhindert hätte.

48 2. **Anforderungen an den Beweis.** Die Tubensterilisation bietet grosse Sicherheit. Die Versagerquote bewegt sich im Promillebereich[42]. 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. Es besteht eine tatsächliche Vermutung in diese Richtung. Im allgemeinen wird daher der Arzt trotz dem ihm obliegenden Kausalitätsbeweis nicht haftpflichtig sein. Der Patientin steht jedoch der Gegenbeweis offen, dass sie sich für zusätzliche Massnahmen entschieden hätte. Dafür genügt freilich 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 erwähnte 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 – wie gesagt (oben Ziff. 1.3.) – faktisch ausgeschlossen. Denn wie soll beispielsweise der Arzt dartun, dass die Patientin auch bei Verwendung einer «Spirale» schwanger geworden wäre?!

B. Haftungsbegründender adäquater Kausalzusammenhang

49 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 die ungewollte Geburt immer eine adäquate Folge der unterlassenen Aufklärung.

---

42 «Titel-Entscheid», S. 9 E. 4b.

Daran ändert die statistische Ungewöhnlichkeit einer ungewollten Schwangerschaft nichts.

50 2. Hätte die Patientin die Schwangerschaft legal unterbrochen, 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» (so FELLMANN, ZBJV 1987, S. 322), bleibe dahingestellt. Jedenfalls ist es einer Frau nicht zumutbar, das werdende Leben auszulöschen; eine entsprechende Schadenminderungspflicht besteht daher nicht. Das schliesst nicht aus, der unterlassenen Unterbrechung bei der Schadenersatzbemessung Rechnung zu tragen. Aus den gleichen Erwägungen entfällt ein Schadenersatzanspruch nicht, wenn die Eltern ihr Kind nicht zur Adoption freigeben. Hingegen kann dieser Umstand wiederum im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt werden.

5. Vertragswidrigkeitszusammenhang (Schutzzweck des Sterilisationsvertrages)

51 1. 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.» (RABEL ERNST, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, Berlin/Leipzig 1936, S. 496) Jede vertragliche Pflicht dient bestimmten Interessen des Gläubigers, und nur der Schaden, der diesen geschützten Interessen zugefügt wird, soll dem Schuldner zugerechnet werden[43]. Was dies freilich im einzelnen bedeutet, ist wenig geklärt. Vorliegend ergeben sich jedoch insoweit keine Probleme: Wenn der Arzt die Patientin nicht über das Versagerrisiko aufklärt und sich in der Folge gerade dieses Risiko realisiert, so ist der Vertragswidrigkeitszusammenhang zweifellos gegeben. Nicht gegeben wäre er aber beispielsweise bei folgendem Sachverhalt:

52 Eine Frau erleidet zufolge der Sterilisation eine vom Operateur nicht verschuldete Beeinträchtigung ihrer Gesundheit (es kommt beispielsweise während des Eingriffs zu einer nicht vorhersehbaren Darmperforation). Wä-

[43] Vgl. wiederum RABEL, a.a.O., S. 497, ferner MEDICUS DIETER, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 9. A. München 1996, Nr. 599.

re sie über das Versagerrisiko aufgeklärt worden, hätte sie auf die Sterilisation verzichtet und statt dessen die «Pille» genommen. Diesfalls ist die unterbliebene Aufklärung zwar Ursache der Darmperforation, doch scheitert die Haftung am Vertragswidrigkeitszusammenhang (unten Nr. 118).

53 Man könnte versucht sein, hier die Adäquanz in Frage zu stellen. Indes entfällt die Adäquanz nach der üblichen Adäquanzformel nicht[44]. Denn die Verschweigung des Versagerrisikos scheint nach der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus geeignet zu sein, die Vornahme einer Sterilisation zu fördern und damit auch eine Körperbeeinträchtigung (Darmperforation) durch das allgemeine Operationsrisiko zu begünstigen.

54 2. Der Schutzzweck des Sterilisationsvertrages ist namentlich für die Frage der Ersatzfähigkeit des Schadens von Bedeutung[45]; diese Frage interessiert jedoch, wie einleitend gesagt, im vorliegenden Aufsatz nicht.

6. Zusammenfassende Fallösung

55 M. S. macht geltend, sie hätte sich bei Aufklärung über das Versagerrisiko die Gebärmutter herausnehmen lassen oder zusätzliche Verhütungsmittel genommen, um eine erneute Geburt zu vermeiden. Diese Argumentation ist vom Ansatz her zur Begründung eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs geeignet. Hat nämlich Dr. X. Y. Frau S. das Versagerrisiko tatsächlich nicht mitgeteilt, so hat er eine vertragliche Aufklärungspflicht verletzt und haftet für allen daraus entstehenden Schaden. Insbesondere hat er für den mit einer unfreiwilligen Geburt verbundenen Schaden einzustehen, falls die Aufklärung über das Versagerrisiko die Geburt verhindert hätte.

56 Beweisbelastet ist X. Y., sowohl hinsichtlich der Aufklärung als auch hinsichtlich des Kausalzusammenhanges zwischen der unterbliebenen Aufklärung und der Geburt (Nr. 25, 43 f.). M. S. ist jedoch verpflichtet, zum Beweis beizutragen, jedenfalls was den Kausalzusammenhang anbelangt. Insoweit muss sie Umstände relevieren, welche sie bei Kenntnis des Versagerrisikos veranlasst hätten, trotz der grossen Sicherheit, welche eine Tubensterilisation bietet, auf eine sicherere Sterilisationsmethode auszuweichen oder zusätzliche Verhütungsmassnahmen zu ergreifen. Unterlässt sie dies, so greift die tatsächliche Vermutung ein, dass sich die Patientin nicht für andere oder zusätzliche Verhütungsmassnahmen entschieden hätte (Nr. 48).

---

[44] Diese Formel besagt bekanntlich, dass eine conditio sine qua non dann adäquat ist, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Bedingung wesentlich begünstigt erscheint (BGE 57 II 39, 208, 545; 112 II 442). Weitere Nachweise bei OFTINGER/STARK, HaftpflichtR I, S. 111 Anm. 14.

[45] CAEMMERER, S. 98 ff.

57 Hat X. Y. in der Krankengeschichte vermerkt, dass er M. S. auf das Versagerrisiko hingewiesen hat, so muss dies genügen (Nr. 28). Fehlt ein entsprechender Hinweis, so wird der Beweis im allgemeinen misslingen. Immerhin ist denkbar, dass M. S. oder ihr Mann, als Zeuge bzw. Partei befragt, die Aufklärung über das Versagerrisiko zugestehen.

58 Auch wenn der Aufklärungsbeweis, über das Versagerrisiko aufgeklärt zu haben, misslingt, kann X. Y. kaum haftbar gemacht werden. Wie gesagt (Nr. 48), obliegt es M. S., Umstände darzutun, aus denen sich ergibt, dass sie sich mit der Sicherheit einer Tubensterilisation nicht abgefunden hätte. Sie kann beispielsweise vorbringen, dass sie wegen früherer Geburtsschwierigkeiten eine erneute Schwangerschaft unbedingt verhindern wollte. Im vorliegenden Fall sind allerdings solche Umstände nicht ersichtlich. Im Gegenteil: M. S. hat sich nach der ersten misslungenen Sterilisation erneut einer Tubensterilisation unterzogen. Das lässt zumindest den Schluss zu, dass sie sich bei Mitteilung des Versagerrisikos – entgegen ihrer Behauptung – nicht zu einer Hysterektomie entschlossen hätte[46]. Die weitere Behauptung von M. S., sie oder ihr Mann hätten bei Kenntnis des Versagerrisikos andere Verhütungsmassnahmen getroffen, ist nicht geeignet, die allgemeine Lebenserfahrung, wonach nach einer Tubensterilisation keine weiteren Verhütungsmassnahmen getroffen werden, zu erschüttern (vgl. den «Titel-Entscheid», E. 5).

III. Anspruch von M. S. aus Art. 41 OR?

1. Überblick

59 1. Art. 41 OR setzt in erster Linie ein widerrechtliches Verhalten voraus. Dieses Verhalten muss zudem schuldhaft sein. Zwischen dem schuldhaften widerrechtlichen Verhalten und dem Schadensereignis (hier ungewollte Geburt) muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen (haftungsbegründender Kausalzusammenhang). Ein solcher Zusammenhang muss auch zwischen dem Schadensereignis und den einzelnen Schadensfolgen, deren Ersatz verlangt wird, bestehen (haftungsausfüllender Kausalzusammenhang).

60 Die Unterscheidung zwischen haftungsbegründendem und haftungsausfüllendem Kausalzusammenhang findet sich im Gesetzeswortlaut nicht. Sie wurde in der Literatur entwickelt, namentlich in der deutschen. In der Schweiz dürfte die Unterscheidung zumin-

[46] Vgl. BGH, NJW 1965, S. 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.

dest der Sache nach anerkannt sein[47], erwähnt wird sie freilich selten. Ähnlich verhält es sich mit dem Erfordernis des sog. Rechtswidrigkeitszusammenhangs. Auch dieses wird vom Gesetz nicht erwähnt, ist in der Lehre jedoch anerkannt[48].

61 2. **Widerrechtlich** handelt, wer ohne Rechtfertigungsgrund in ein absolut geschütztes Rechtsgut eingreift (Erfolgsunrecht; BGE 112 II 128) oder wer eine Verhaltensnorm (Gebot oder Verbot) verletzt (Verhaltensunrecht). Auch völlig rechtmässiges Verhalten kann einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen; die Rechtmässigkeit des Verhaltens schliesst Erfolgsunrecht nicht aus (anders im Ergebnis der BGH [BGHZ 24, 28], der im eben erwähnten Entscheid rechtmässiges Verhalten als Rechtfertigungsgrund qualifiziert, womit die Lehre vom Erfolgsunrecht praktisch verabschiedet ist[49]).

62 Verhaltensanforderungen (Gebote und Verbote) ergeben sich z.T. aus ausdrücklichen Rechtsvorschriften, viele aber sind ungeschrieben. Hervorzuheben ist vorab

63 – der **Gefahrensatz**. «Dieser bestimmt, dass, wer einen gefährlichen Zustand schafft, die nötigen Schutzmassnahmen ergreifen und/oder unterhalten muss ...» (OFTINGER/STARK, HaftpflichtR I, § 3 Nr. 54, S. 127). Wer beispielsweise Gift aufbewahrt, muss es sicher verwahren (vgl. BGE 31 II 628); wer bei Bauarbeiten in einem Hausgang ein Loch öffnet, hat eine Abschrankung zu errichten (vgl. BGE 41 II 694); wer eine Baugrube aushebt, hat Passanten vor deren Gefahren zu warnen.

64 Der Gefahrensatz wird z.T. dem Verschulden zugeordnet[50]. M.E. gehört er zur Widerrechtlichkeit[51], doch ist gleich beizufügen: Wenn jemand gegen den Gefahrensatz verstösst und wenn sich in der Folge die Gefahr, gegen die sich der Gefahrensatz richtet, realisiert, so enthält der Verstoss gegen den Gefahrensatz gleichzeitig auch den Verschuldensvorwurf. Im dritten der obigen Beispiele ist die Unterlassung eines Gefahrenhinweises widerrechtlich. Wenn ein Passant infolge dieser Unterlassung in die Grube fällt und sich verletzt, so enthält die widerrechtliche Unterlassung mit Bezug auf den eingetretenen Erfolg (Körperverletzung) gleichzeitig den Verschuldensvorwurf.

---

47 Vgl. OFTINGER/STARK, HaftpflichtR I, § 3 Nr. 39, S. 123.

48 Dazu REY, Nr. 698 ff.; OFTINGER/STARK, HaftpflichtR I, S. 180 f., Nr. 41.

49 Vgl. KUPISCH BERTHOLD/KRÜGER WOLFGANG, Deliktsrecht, München 1983, S. 34.

50 REY, Nr. 756; OFTINGER/STARK, HaftpflichtR I, § 3 Nr. 57, § 4 Nr. 44; KELLER/GABI, S. 43; BREHM, BerK, N 51 zu Art. 41 OR.

51 So auch GUHL/MERZ/KOLLER, S. 176; DESCHENAUX/TERCIER, § 6 Nr. 46. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich «entschlossen, den Gefahrensatz kurzerhand für beides (Widerrechtlichkeit und Verschulden) zu brauchen» (WIDMER, ZBJV 1970, S. 305).

65 – Verhaltensanforderungen entstehen ferner dort, wo zwischen zwei Personen ein **spezielles Vertrauensverhältnis** besteht, wie z.B. bei Vertragsverhandlungen. Darauf baut die Haftung für culpa in contrahendo auf, ferner die ausservertragliche Auskunftshaftung[52].

2. Haftung aus unterlassener Aufklärung

66 1. Den Arzt treffen gewisse ausservertragliche Aufklärungspflichten:

67 1.1. Einmal ist er verpflichtet, sich vor einer Sterilisation – wie vor jedem operativen Eingriff – zu versichern, dass die Patientin über die **Operationsrisiken** im Bilde ist. Die Patientin soll wissen, welchen Gefahren sie sich aussetzt, und soll den Operationsentscheid in voller Gefahrenkenntnis treffen.

68 Diese Pflicht ist Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der Patientin. Letztlich kann man sie auch auf eine Weiterentwicklung des Gefahrensatzes abstützen: Der Arzt soll nicht nur vor Gefahren bewahren (Gefahrensatz), sondern der Patientin auch die Möglichkeit geben, Gefahren selbst abzuwehren, indem sie einen Eingriff nicht vornehmen lässt.

69 1.2. Der Arzt ist sodann verpflichtet, der Patientin über das **Versagerrisiko** Auskunft zu erteilen. Eine solche Pflicht besteht jedenfalls dann, wenn der Arzt von der Patientin nach dem Versagerrisiko gefragt wird: Antwortet der Arzt, muss er wahrheitsgemäss antworten. Der Arzt weiss ja, dass die Patientin auf seine Angaben abstellen wird, so dass er nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auskunftshaftung richtig antworten muss. Man wird aber weitergehen und eine spontane Auskunftspflicht befürworten müssen: Der Arzt darf nicht sterilisieren, bevor er der Patientin, welche durch die Sterilisation Sicherheit vor einer weiteren Schwangerschaft sucht, mitgeteilt hat, dass es eine absolute Sicherheit nicht gibt. Diese Pflicht besteht unabhängig von einem Vertragsverhältnis, also auch dann, wenn der Vertrag nichtig ist oder wenn der Vertrag von einer Hilfsperson erfüllt wird, die vertraglich gegenüber der Patientin nicht gebunden ist. Die Patientin darf von demjenigen, der die Operation vornimmt, Aufklärung erwarten. Eine Aufklärungspflicht aber besteht selbstverständlich nur gegenüber einer aufklärungsbedürftigen Patientin.

70 Die Pflicht, das Versagerrisiko offenzulegen, lässt sich auch aus dem Selbstbestimmungsrecht der Patientin ableiten. Denn ob man sich operieren lässt, hängt ja nicht nur von den damit verbundenen Risiken ab, sondern

---

[52] Vgl. zur Problematik neustens den im Literaturverzeichnis zitierten Aufsatz von WALTER.

auch von den Vorteilen, die man sich von der Operation verspricht. Je grösser diese Vorteile sind, desto eher wird ein Risiko in Kauf genommen.

71 Das Bundesgericht hat sich im «Titel-Entscheid» nicht klar dazu geäussert, ob ausservertraglich ein Anspruch auf Aufklärung über das Versagerrisiko besteht. «Es läge näher», führt es aus, «eine derartige Aufklärungspflicht aus dem Vertragsverhältnis zwischen Patienten und Arzt bzw. Spital (im Fall privatrechtlicher Gestaltung des Behandlungsverhältnisses) bzw. kantonalem öffentlichem Recht (bei öffentlich-rechtlichem Behandlungsverhältnis) herzuleiten» (E. 4a S. 8). Ob ausservertraglich eine entsprechende Pflicht besteht, hat es nicht entschieden (eher ablehnend wohl S. 10 E. 4c).

72 2. **Beweis und Beweislast.** – 2.1. Für den vertraglichen Bereich wurde gesagt, dass nach der hier vertretenen Ansicht der Arzt die Aufklärung über das Versagerrisiko zu beweisen hat (oben Nr. 25). Im ausservertraglichen Bereich gilt anderes; es findet eine Beweislastverteilung statt:

73 Die **Patientin** muss beweisen, dass der Arzt sie über einen bestimmten Punkt (Schwangerschaftsrisiko) **nicht aufgeklärt** hat (so auch der «Titel-Entscheid», S. 10 E. 4c). Macht der Arzt geltend, die Patientin habe keiner Aufklärung bedurft, da sie bereits aufgeklärt gewesen sei, so hat der Arzt dies zu beweisen. Ebenso trifft ihn die Beweislast, wenn er geltend macht, die zu Unrecht nicht aufgeklärte Patientin habe nachträglich vom Versagerrisiko Kenntnis bekommen, so dass sich die Verletzung der Aufklärungspflicht nicht ausgewirkt habe.

74 Bleibt also zweifelhaft, ob der Arzt aufgeklärt hat, so ist davon auszugehen, die Aufklärung sei erfolgt. Ist hingegen zweifelhaft, ob die Patientin vom Versagerrisiko Kenntnis hatte und daher nicht aufklärungsbedürftig war, so ist vom Fehlen der Kenntnis auszugehen. Beweisrechtlich gesprochen, ist die Kenntnis der Patientin anspruchshindernde, nicht die Unkenntnis anspruchserzeugende Tatsache. Diese Beweislastverteilung lässt sich nicht zwingend aus Art. 8 ZGB oder anderen Beweislastvorschriften ableiten. Sie entspricht jedoch der Regel, dass bei der schwierigen Abgrenzung der rechtserzeugenden von den rechtshindernden Tatsachen im Zweifelsfall eine sachlich angemessene Verteilung vorzunehmen ist[53]. Für die vorgeschlagene Verteilung der Beweislast kann in gewisser Weise auch Art. 3 Abs. 1 ZGB herangezogen werden. Im übrigen dürfte sie weitgehend dem Rechtszustand im angloamerikanischen Rechtsbereich entsprechen[54].

75 2.2. Die **Patientin** hat auch den **Kausalzusammenhang** zu beweisen. Sie hat also darzutun, dass sie bei Kenntnis des Versagerrisikos andere oder zusätzliche Verhütungsmassnahmen getroffen hätte und auf diese Weise eine erneute Geburt vermieden worden wäre.

76 Ein strikter Beweis, wie sich die Patientin bei richtiger Aufklärung verhalten hätte, ist naturgemäss nicht möglich. Es muss insoweit Glaubhaftmachung genügen. Glaubhaftmachung bedeutet aber mehr als blosses Behaupten. Die Patientin muss Umstände dartun, aus denen sich ein besonderes Si-

---

53 KUMMER, BerK, N 138 zu Art. 8 ZGB.

54 Vgl. KÖNNING-FEIL, S. 157 unten/158.

cherheitsbedürfnis ableiten lässt (vgl. oben Nr. 48). Wurde die Sterilisation ausschliesslich aus Gründen der Familienplanung unternommen, dürfte im allgemeinen der Beweis, dass sich die Patientin, wäre sie aufgeklärt worden, für eine andere oder zusätzliche Verhütungsmassnahme entschieden hätte, misslingen. Denn gegen eine solche andere/zusätzliche Verhütungsmassnahme spricht die allgemeine Lebenserfahrung, welche sich auf die äusserst geringe Versagerquote bei der Tubensterilisation abstützt (vgl. den «Titel-Entscheid», E. 4b S. 9).

3. Haftung zufolge Widerrechtlichkeit des Eingriffs (Körperverletzung)?

77 1. **Widerrechtlichkeit der Sterilisation.** Nimmt ein Arzt eine Sterilisation vor, so greift er in die körperliche Integrität der Patientin ein. Dieser Eingriff stellt eine Körperverletzung dar und ist widerrechtlich, wenn er ohne Einwilligung[55] erfolgt (BGE 117 Ib 200 E. 2). Die ganze Sterilisation ist dann ein einziger widerrechtlicher Akt. Das hat zur Folge, dass der Arzt für alle adäquaten – auch unverschuldeten – Folgen der Sterilisation haftet, falls er im Verschulden ist. Das Verschulden bezieht sich nicht auf den Eingriff, sondern auf dessen Widerrechtlichkeit[56]. Schuldhaft handelt der Arzt daher nur, wenn er weiss oder wissen muss, dass die Einwilligung fehlt. Nimmt beispielsweise ein Assistenzarzt eine Sterilisation vor in der nach den Umständen gerechtfertigten Annahme, die Patientin habe seinem «Chef» einen entsprechenden Auftrag erteilt, so handelt er nicht schuldhaft, wenn ein Auftrag in Wirklichkeit nicht erteilt wurde und es damit an einer Einwilligung fehlt.

78 Eine widerrechtliche Körperverletzung stellt die Sterilisation auch dann dar, wenn die Patientin zwar eingewilligt hat, die Einwilligung jedoch unwirksam ist. Lehre und Rechtsprechung erwecken teilweise den **Eindruck, jede Verletzung der Aufklärungspflicht bewirke ohne weiteres die Ungültigkeit der Einwilligung**[57]. Das trifft m.E. nicht zu. Die Einwilligung ist nur

---

55 Andere Rechtfertigungsgründe spielen bei Sterilisationen praktisch keine Rolle, sind jedoch denkbar (z. B. Zwangssterilisation gestützt auf öffentliches Recht).

56 Verfehlt daher OFTINGER/STARK, HaftpflichtR II/1, § 16 Nr. 249: «Wenn ein medizinischer Eingriff ... rechtswidrig ist, haftet der Arzt für eventuelle negative Folgen auch ohne Kunstfehler; denn der Eingriff selbst erfolgt ja vorsätzlich.»

57 Neustens z.B. OFTINGER/STARK, HaftpflichtR II/1, § 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 HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 119, 180 (weniger eindeutig S. 181). Diese Auffassung dürfte ihre Wurzeln in Deutschland haben, wo seit langem gelehrt wird, dass «eine Einwilligung, der keine Aufklärung in dem erforderlichen Umfang

dann unwirksam, wenn ein rechtserheblicher Willensmangel vorliegt (Nr. 89 ff.). Der durch die Verschweigung des Versagerrisikos begründete Irrtum der Patientin stellt keinen solchen Willensmangel dar (s. unten Nr. 88 und 92 ff.). Auch wenn man diese Auffassung nicht teilt, ist eine Haftung des Arztes nicht gegeben. Denn:

79 2. **Von der Widerrechtlichkeit der Sterilisation führt kein Weg zur Haftung für die hier interessierenden Schadensposten.** Es fehlt nämlich am Kausalzusammenhang zwischen widerrechtlichem Eingriff (Sterilisation) und ungewollter Geburt: Die Unterbindung zwecks Verhinderung einer Geburt kann keine Ursache für eine allenfalls trotzdem erfolgende Geburt sein. Ursache ist möglicherweise die unterbliebene Aufklärung über das Versagerrisiko, aber nicht die Unterbindung. Diese ist ihrer Natur nach geeignet, eine weitere Geburt zu verhindern, aber nicht, sie herbeizuführen.

4. Zusammenfassende Fallösung

80 Vorab ist festzuhalten, dass M. S. jedenfalls keinen Schadenersatz aus widerrechtlicher Körperverletzung verlangen kann. Aus zwei Gründen: Einmal, weil eine Sterilisation ohne Hinweis auf das Versagerrisiko nicht als widerrechtliche Körperverletzung angesehen werden darf; zum anderen, weil die Sterilisation keine Ursache der Geburt des Kindes H. ist (s. eben vorstehend Nr. 78 und 79).

81 Ein Anspruch wegen Verletzung der Aufklärungspflicht dürfte ebenfalls zu verneinen sein. Zwar darf davon ausgegangen werden, dass auch ausservertraglich die Pflicht besteht, eine Patientin auf das Versagerrisiko hinzuweisen. Die Haftung dürfte jedoch – wie im vertraglichen Bereich (Nr. 58) – daran scheitern, dass es M. S. nicht gelingt, Umstände darzutun, welche sie veranlasst hätten, bei Kenntnis des Versagerrisikos andere oder zusätzliche Verhütungsmassnahmen zu ergreifen. Diese Annahme liegt um so näher, als im ausservertraglichen – anders als im vertraglichen – Bereich hinsichtlich des Kausalzusammenhanges zwischen unterbliebener Aufklärung und erneuter Geburt M. S. beweisbelastet ist (Nr. 75).

---

vorausgegangen ist, unwirksam ist» (FRANZKI, S. 120; BGHZ 29, 179; BGH, NJW 1959, S. 2299; 1974, S. 604; BverfG, NJW 1979, S. 1929; weitere Hinweise bei FRANZKI, S. 120 Anm. 4). Z.T. wird sogar die Ansicht vertreten, die Einwilligung setze «begriffsnotwendig Kenntnis des Eingriffs, d.h. Aufklärung, voraus», denn man könne «(juristisch) nicht in etwas einwilligen, was man nicht kennt» (so WIEGAND, recht 1993, S. 198 Anm. 72). Indes ist z.B. anerkannt, dass man AGB auch global übernehmen kann, was letztlich nichts anderes bedeutet, als dass man Unbekanntes will und akzeptiert. «Auch Ungelesenes kann gewollt sein.» (KOLLER, OR AT, Nr. 1559).

IV. Exkurs: Haftung für unverschuldete Operationsschäden zufolge Verschweigung des Versagerrisikos?

1. Ausgangslage

82 1. Der Arzt, der eine Sterilisation vornimmt, haftet selbstverständlich für Operationsschäden, welche er verschuldet (er verletzt beispielsweise die Patientin bei der Laparoskopie durch unsorgfältiges Einführen des Trokars)[58]. Schwierigkeiten bereitet hingegen die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arzt für einen unverschuldeten Operationsschaden haftet (es kommt beispielsweise während des Eingriffs zu einer nicht vorhersehbaren Darmperforation[59]). Dieser Frage soll im folgenden nachgegangen werden. Dabei wird als möglicher Haftungsgrund ausschliesslich die Nichtaufklärung über das Versagerrisiko in Betracht gezogen[60]. Ob andere Aufklärungsmängel zu einer Haftung führen, wird nur am Rande geprüft.

83 2. Die Haftung für unverschuldete Operationsschäden zufolge mangelhafter Aufklärung hat in den letzten Jahren verschiedentlich, wenn auch nicht im Zusammenhang mit Sterilisationen, zu Diskussionen Anlass gegeben[61]. Im Vordergrund steht dabei die ausservertragliche Haftung; die vertragliche wird weitgehend vernachlässigt. Das ist der Grund, weshalb im folgenden vorerst die ausservertragliche Haftung geprüft wird, obwohl es an sich naheliegender wäre, die Vertragshaftung (dazu 3.) an erster Stelle abzuhandeln.

84 Lehre und Rechtsprechung vermitteln zum Teil den Eindruck, die vertragliche Aufklärungshaftung des Arztes werde schlicht übersehen. Wo die Haftung «gesehen» wird, wird sie oft mit der ausservertraglichen vermengt[62]. Dieser Vorwurf kann auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erspart bleiben. Das Bundesgericht entscheidet beispielsweise die praktisch sehr bedeutsamen Beweislastfragen, ohne die Anspruchs-

---

58 Vgl. CAEMMERER, S. 151.

59 CAEMMERER, S. 158.

60 Es interessieren uns also Fälle der folgenden Art: Ein Arzt unterbindet eine Patientin, ohne sie vorgängig über das Versagerrisiko aufgeklärt zu haben. Der Eingriff hat einen vom Arzt nicht verschuldeten Operationsschaden zur Folge (es kommt z.B. zu einer nicht vorhersehbaren Darmperforation). Die Patientin macht geltend, sie hätte bei Aufklärung über das Versagerrisiko nicht in die Sterilisation eingewilligt, es wäre daher bei richtiger Aufklärung nicht zum Operationsschaden gekommen, und belangt den Arzt auf Ersatz der finanziellen Nachteile. Haftet der Arzt?

61 Sie bildete Gegenstand der vierten St. Galler Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung (s. den Tagungsbeitrag von GEISSELER im Tagungsband, zit. vorne im Literaturverzeichnis).

62 GUILLOD, S. 77.

grundlage zu klären; z.T. lässt es sogar ausdrücklich offen, welche Anspruchsgrundlage es seinem Entscheid zugrundelegt (BGE 108 II 59). Es begründet auch nicht, weshalb im Rahmen der Aufklärungshaftung die Rechtsnatur des Anspruchs – entgegen sonstiger Regel – keine Rolle spielen soll[63]. Ähnlich verhält es sich in Deutschland, jedenfalls was den «Vorrang» des ausservertraglichen Rechts anbelangt. Dieser «Vorrang» wird vor allem damit begründet, dass das (deutsche) Deliktsrecht im Unterschied zum Vertragsrecht auch einen Genugtuungsanspruch gewährt. «Gerade der Schmerzensgeldanspruch stellt unter finanziellen Aspekten häufig den wesentlichsten Teil des Klagebegehrens dar.» (VOLL, S. 155) Ähnliche Gesichtspunkte spielen möglicherweise auch im schweizerischen Recht eine Rolle, denn auch hier gilt: Wer Genugtuung verlangt, «muss in jedem Fall eine Widerrechtlichkeit darlegen und somit seinen Anspruch aus unerlaubter Handlung begründen» (BREHM, BerK, N 75 zu Art. 49 OR)[64]. Eine gewisse Rolle spielt daneben wohl auch die Tatsache, dass die schweizerische Lehre und Rechtsprechung unter einem gewissen deutschrechtlichen Einfluss stehen, gerade auch im Bereich der ärztlichen Aufklärungshaftung (vgl. GIESEN, FS Steffen). Die oben gemachte Feststellung, dass in der Beweislastfrage vertragliches und ausservertragliches Haftungsrecht nicht auseinandergehalten werden, dürfte ebenfalls auf deutschrechtlichem Einfluss beruhen. Denn die beiden Anspruchsgrundlagen werden, soweit ersichtlich, in Deutschland ebenfalls nicht klar getrennt.

2. Ausservertragliche Haftung

85 Anspruchsgrundlage bildet Art. 41 OR. Dazu kommt unter Umständen eine an vertraglichen Grundsätzen orientierte ausservertragliche Haftung (s. unten Nr. 125). Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf Art. 41 OR.

A. Überblick

86 1. **Haftung zufolge Verletzung der Aufklärungspflicht?** Der Arzt ist, wie gesagt (Nr. 69), ausservertraglich gehalten, über das Versagerrisiko aufzuklären. Er haftet für jedes Schadensereignis, das adäquat kausal auf der Nichtaufklärung beruht und das zudem mit der unterlassenen Aufklärung in einem Rechtswidrigkeitszusammenhang steht. An diesem Erfordernis scheitert die Haftung für unverschuldete Operationsschäden: Zwischen der fehlenden Aufklärung und dem unverschuldeten Operationsschaden fehlt der Rechtswidrigkeitszusammenhang (vgl. analog oben Nr. 52). Das ergibt sich freilich nicht unmittelbar aus Art. 41 OR. Es gilt jedoch hier wie im Vertragsrecht, dass jede Pflicht bestimmte Interessen schützt und eine Haftung nur Platz greift, wenn gerade jenes Interesse verletzt wird, dessen

---

63 Vgl. EISNER, S. 29.

64 Das ist freilich umstritten. Vgl. BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A. Zürich 1988, S. 349; EISNER, S. 31 Anm. 92; BGE 110 II 129.

Schutz die verletzte Pflicht dient (oben Nr. 51). 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 erleidet.

87 2. **Haftung zufolge widerrechtlicher Körperverletzung?** Eine Operation stellt – wie gesagt – einen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten dar und ist daher widerrechtlich, sofern kein Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Fehlt es an einem Rechtfertigungsgrund und weiss dies der Arzt oder muss er es wissen, so haftet er für alle Operationsschäden, mögen sie auch unverschuldet sein[65]. «König der Rechtfertigungsgründe» ist die Einwilligung des Patienten (WIEGAND/BUCHER, Arzt und Recht, S. 42)[66]. Wenn daher ein Arzt eine Patientin mit deren Zustimmung unterbindet, so handelt er grundsätzlich nicht widerrechtlich. Ändert sich an diesem Befund dann etwas, wenn der Arzt die Patientin über das Versagerrisiko nicht aufgeklärt hat? Das Bundesgericht hat dies im «Titel-Entscheid», wenn auch nur obiter, bejaht: In E. 2a führt es der Sache nach aus, die Verschweigung des Versagerrisikos beseitige grundsätzlich die Wirksamkeit der Einwilligung und begründe daher Widerrechtlichkeit der Sterilisation. Die Widerrechtlichkeit entfalle jedoch dann, wenn die Patientin «bei gehöriger Aufklärung [über das Versagerrisiko] dennoch in die laparoskopische Tubensterilisation mit zusätzlicher Elektro-Koagulation eingewilligt hätte». Diese Auffassung verdient keine Zustimmung. M.E. vermag die Verschweigung des Versagerrisikos die Wirksamkeit der Einwilligung nicht zu beseitigen. Das sei nun näher ausgeführt (B.).

---

65 Das Verschulden muss sich also nur auf das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes beziehen, nicht auf den Operationsschaden. Dieser gehört bereits zur Haftungsausfüllung und unterliegt aus diesem Grund dem Verschuldenserfordernis nicht.

66 Die Einwilligung ist eine Erklärung, mit welcher die Patientin die Erlaubnis zur Sterilisation erteilt. Es handelt sich um eine einseitige Erklärung in dem Sinne, dass die Erlaubnis zur Sterilisation nicht vom Einverständnis des Arztes abhängt. Umstritten ist, ob es sich um ein Rechtsgeschäft (zum Begriff KOLLER, OR AT, Nr. 130) oder bloss um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung handelt (für Rechtsgeschäftscharakter JÄGGI PETER, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960 II, S. 205a, dagegen NOLL, S. 68 ff.); weitere Hinweise bei OTT, S. 30 Anm. 26. Der Theorienstreit ist ohne praktische Bedeutung, weil die massgeblichen Fragen so oder anders gleich zu lösen sind. – Ob eine Einwilligung vorliegt und gegebenenfalls in welchem Umfang, richtet sich nach den Grundsätzen, die für die Auslegung von Rechtsgeschäften entwickelt wurden. Es kommt also primär darauf an, ob der Arzt den wirklichen Willen der Patientin richtig erfasst hat. Trifft dies nicht zu, ist entscheidend, wie er die Patientin unter den gegebenen Umständen verstehen musste (Genaueres bei KOLLER, OR AT, Nr. 281 ff.).

88 Aus dem Gesagten folgt, dass nach der hier vertretenen Ansicht nicht jeder Aufklärungsmangel Widerrechtlichkeit der ganzen Operation zur Folge hat. Die herrschende Lehre steht freilich auf dem gegenteiligen Standpunkt: Jedes Aufklärungsdefizit habe Ungültigkeit der Einwilligung und damit Widerrechtlichkeit der Operation zur Folge (vorne Nr. 78)[67]. Das Aufklärungsdefizit, mag es noch so unbedeutend sein, wird somit dem Fehlen jeglicher Einwilligung gleichgestellt. Wer ohne genügende Aufklärung operiert, wird so behandelt, wie wenn er *eigenmächtig* eine Operation vornehmen würde[68]. Dieser Ansatz scheint verfehlt: Es genügt völlig, den Arzt aus unterlassener Aufklärung haften zu lassen; den ganzen Eingriff als widerrechtlich anzusehen, rechtfertigt sich nur ausnahmsweise, dann nämlich, wenn der Patient, richtig aufgeklärt, in die Operation nicht eingewilligt hätte und wenn es zudem nach Treu und Glauben gerechtfertigt ist, die Einwilligung für unwirksam anzusehen (s. sogleich Nr. 92 ff.). Die herrschende Ansicht führt vor allem dann zu unhaltbaren Konsequenzen, wenn man die Aufklärungspflicht des Arztes in einer Weise überspannt, wie dies in Deutschland geschieht.

B. Unwirksamkeit der Einwilligung in die Sterilisation zufolge Verschweigung des Versagerrisikos?[69]

a. Materielles Recht

89 1. Eine Einwilligung ist u.a. unwirksam, wenn der Einwilligende im Zeitpunkt der Einwilligung in einem **wesentlichen Irrtum** befangen war[70]. In der Frage, wann ein wesentlicher Irrtum vorliegt, kann nicht einfach auf Art. 23 ff. OR abgestellt werden. Denn es geht hier nicht darum, dass eine Verbindlichkeit zu Fall gebracht werden soll, sondern darum, einer Einwil-

---

67 S. ferner GUILLOD, S. 88.

68 So ausdrücklich BGH, NJW 1991, S. 2347.

69 Unwirksam ist z.B. die Einwilligung einer urteilsunfähigen Person, ferner die unsittliche Einwilligung (JÄGGI, [zit. in Anm. 66], S. 206a, der «die Verstümmelung ohne zureichenden medizinischen Grund» erwähnt; GROSSEN JACQUES, La protection de la personnalité en droit privé, ZSR 1960 II, S. 45a ff.). Früher war umstritten, ob die Sterilisation – unter gewissen Voraussetzungen – sittenwidrig ist (oben Nr. 11). Nach den heute herrschenden Moralvorstellungen ist die Sterilisation als solche zulässig, die entsprechende Einwilligung daher nicht unsittlich. Das alles interessiert im folgenden nicht. Im folgenden geht es lediglich um die Frage, ob die Verschweigung des Versagerrisikos Unwirksamkeit der Einwilligung bewirkt.

70 Ist dies zu bejahen, so ist die Einwilligung **ex lege unwirksam**. Einer Berufung auf den Willensmangel bedarf es – anders als im Falle einer Vertragsanfechtung – nicht. «Darüber aber, ob eine Handlung rechtswidrig oder rechtmässig sei, den Verletzten nachträglich befinden zu lassen, würde dem nicht preiszugebenden Grundsatz widersprechen, dass im Zeitpunkt der Tat schon festehen, wenn auch nicht unbedingt bekannt sein muss, ob sie rechtmässig oder rechtswidrig ist. Schwebezustände kann es hier nicht geben.» (NOLL, S. 130) Ebenso für das deutsche Recht SCHMID, S. 2602: «Eine nachträgliche Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und blosser Anfechtbarkeit» könne «nicht stattfinden».

ligung, welche zufolge ihres höchstpersönlichen Charakters ohnehin jederzeit widerruflich und damit nicht verbindlich ist, ihre rechtfertigende Wirkung zu nehmen. Indes kann man die vorhandene Lücke durchaus in Anlehnung an Art. 23 ff. OR füllen[71]. Immerhin geht es in beiden Fällen um die Frage, ob sich der Erklärende seine Erklärung (Vertragserklärung bzw. Einwilligung) entgegenhalten lassen muss. Doch sind im vorliegenden Kontext an das Bestehen eines erheblichen Willensmangels nach meinem Dafürhalten höhere Anforderungen zu stellen[72]. Denn es entscheidet sich danach die Frage, ob eine widerrechtliche Körperverletzung vorliegt oder nicht. Das darf nicht leichthin angenommen werden.

90 2. Aus dem Gesagten folgt ohne weiteres, dass die Verschweigung des Versagerrisikos jedenfalls dann unerheblich ist, wenn sich die Patientin nicht hat in die Irre führen lassen, wenn sie also im Zeitpunkt der Unterbindung um das Versagerrisiko gewusst hat. Aber auch wenn sie davon keine Kenntnis hatte, darf nicht ohne weiteres ein wesentlicher Irrtum angenommen werden. Vielmehr trifft dies nur dann zu, wenn der **Irrtum subjektiv und objektiv erheblich** ist.

91 2.1. Subjektive Erheblichkeit ist gegeben, wenn die Patientin in die Tubensterilisation nicht eingewilligt hätte, hätte sie um das Versagerrisiko gewusst. Schon an diesem Erfordernis wird der Schadenersatzanspruch der Patientin oft scheitern. Denn regelmässig hält die Kenntnis des Versagerrisikos nicht von der Tubensterilisation ab.

92 2.2. Subjektive Erheblichkeit aber genügt nicht. Es muss auch objektiv gerechtfertigt sein, die Einwilligung als ungültig anzusehen[73]. Insoweit ist auf Treu und Glauben abzustellen und damit auf das Rechtsempfinden eines durchschnittlichen loyalen Rechtsunterworfenen[74]. Eine nicht unerhebliche Bedeutung kommt damit der Frage zu, wie sich andere Personen in der Situation der Patientin verhalten hätten[75]. Dem Erfordernis der objektiven Erheblichkeit wird im allgemeinen nur ein rechtsgutbezogener Irrtum genü-

---

71 Vgl. analog SCHMID, S. 2602.

72 Vgl. WEISSENBERGER, S. 82, in verwandtem Zusammenhang.

73 Das Erfordernis der objektiven Erheblichkeit gilt jedenfalls bei spontanen Irrtümern, sodann auch im Falle fahrlässiger Täuschung. Es muss m.E. selbst bei absichtlicher Täuschung gelten, also dann, wenn es der Arzt bewusst unterlassen hat, aufzuklären, z.B. aus Bequemlichkeit oder Zeitgründen.

74 Vgl. analog KOLLER, OR AT, Nr. 1064, betr. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

75 Ähnlich BGH, VersR 1957, S. 409 (zit. nach FRANZKI, S. 127 Anm. 41), allerdings mit ganz anderem dogmatischem Ansatz.

gen[76], doch gilt umgekehrt nicht, dass jeder rechtsgutbezogene Irrtum eo ipso erheblich ist.

93 Dass die subjektive Erheblichkeit nicht zu genügen vermag, sei an einem Beispiel illustriert, das hier zwar nicht unmittelbar einschlägig, aber nichtsdestoweniger aufschlussreich ist (vgl. den Sachverhalt von BGE 119 II 456 ff.): Eine Patientin fragt einen Arzt vor der Operation an, ob deren Kosten von der Krankenkasse übernommen werden. Der Arzt bejaht dies vorbehaltlos, aber zu Unrecht. Wenn nun die Patientin durch die Operation einen körperlichen Nachteil erleidet, kann sie dann den Arzt dafür haftbar machen mit der Begründung, sie hätte bei Kenntnis des Kostenrisikos nicht in die Operation eingewilligt und damit den fraglichen Schaden nicht erlitten? Die Antwort kann nur negativ lauten. Dass die Patientin bei Kenntnis der Kostentragungspflicht 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 die Patientin über die Kostenregelung falsch unterrichtete[77]. 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 Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Aufklärungspflichtverletzung und Schaden fehlt.

94 Wie in dem eben gemachten Beispiel ist m.E. auch in dem hier interessierenden Kontext zu urteilen: Die Verschweigung des Versagerrisikos und der dadurch verursachte Irrtum bei der Patientin sind nicht geeignet, der Einwilligung in die Sterilisation die rechtfertigende Wirkung zu nehmen. Zwar mag es im Einzelfall durchaus sein, dass sich die Patientin bei Aufdeckung 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 lässt, ferner auch deshalb, weil es sich beim Irrtum über das Versagerrisiko nicht um einen rechtsgutbezogenen Irrtum handelt.

95 3. Wie gesagt, nimmt das **Bundesgericht** im «Titel-Entscheid» an, die Verschweigung des Versagerrisikos habe zur Folge, dass die Einwilligung in die Sterilisation keine Wirksamkeit habe[78]. Hätte jedoch die Patientin auch

---

76 Zu diesem Begriff ARZT, S. 22; WEISSENBERGER, S. 81: Ein rechtsgutbezogener Irrtum liegt nur vor, wenn er «Art, Umfang oder Gefährlichkeit der Rechtsgutverletzung» betrifft.

77 Das wird besonders deutlich, wenn man in strafrechtlichen Dimensionen denkt: Anzunehmen, es liege eine widerrechtliche Körperverletzung gemäss Art. 123 StGB vor, nur weil der Arzt die Patientin über die Kostentragung falsch unterrichtet hat, ist doch schlechterdings unhaltbar. – Dass eine Operation ohne rechtswirksame Einwilligung unter Art. 123 StGB fällt, ist weitgehend anerkannt (vgl. BGE 99 IV 208 ff.; HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 168).

78 Vgl. in verwandtem Zusammenhang BGH, NJW 1965, S. 2005 ff. Dieser Entscheid betraf einen Fall, in dem sich der Kläger von dem beklagten Augenarzt wegen des Einwärtsschielens eines Auges hatte operieren lassen. Vor dem Eingriff

bei Kenntnis des Versagerrisikos in die Sterilisation eingewilligt, so lasse «diese hypothetische Einwilligung ... die Widerrechtlichkeit des Eingriffs in die körperliche Integrität des Patienten entfallen». Die Unterschiede zu der hier vertretenen Ansicht sind sowohl konzeptioneller als auch sachlicher Art:

96 – *Zur Konzeption*: Nach der hier vertretenen Ansicht ist es nicht die hypothetische Einwilligung, welche den Rechtfertigungsgrund abgibt. Vielmehr ist es die hypothetische *Nicht*einwilligung, welche den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung beseitigt. Dieser Unterschied wirkt sich namentlich in der Beweislast aus (Nr. 131 f.).

97 – *Sachlicher Unterschied*: Nach der hier vertretenen Ansicht verliert die Einwilligung ihre rechtfertigende Wirkung nur unter der zweifachen Voraussetzung, dass die Patientin bei Kenntnis des Versagerrisikos nicht in die Sterilisation eingewilligt hätte (hypothetische Nichteinwilligung; subjektive Erheblichkeit des Irrtums) und dass es sich objektiv rechtfertigt, die Einwilligung für unverbindlich anzusehen. Diese zweite objektive Voraussetzung wird vom Bundesgericht nicht erwähnt.

98 4. Ein Teil der Lehre schliesst aus dem Erfordernis des **Rechtswidrigkeitszusammenhanges**, dass der Arzt für einen unverschuldeten Operationsschaden nur dann haftet, wenn sich ein aufklärungspflichtiges Risiko, über das nicht aufgeklärt wurde, realisiert hat[79]. Wer dieser Ansicht folgt, muss konsequenterweise annehmen, dass die Verschweigung des Versagerrisikos bei der Sterilisation nicht zur Folge hat, dass unverschuldete Operationsschäden zur Haftung des Arztes führen.

---

hatte es der Arzt unterlassen, den Kläger darüber zu informieren, dass die Operation fehlschlagen könnte. Der BGH ist der Sache nach davon ausgegangen, dieser Aufklärungsmangel habe Unwirksamkeit der Einwilligung bewirkt. Im konkreten Fall war damit dem Kläger allerdings nicht geholfen, weil sich der Beklagte zu Recht darauf berief, dass sich der Kläger auch bei Kenntnis des Versagerrisikos nach der gleichen Methode hätte operieren lassen (vgl. unten Nr. 136 und Anm. 104).

79 So HONSELL, Handbuch, S. 20 Ziff. 4; HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 182 f. Anm. 294, m.w.Nw.; EISNER, S. 216. Illustrativ BGH, NJW 1984, S. 1395 ff.: Ein Arzt hatte es pflichtwidrig unterlassen, über die mit einer Rektoskopie möglicherweise verbundenen Schmerzen aufzuklären. In der Folge realisierte sich ein nicht aufklärungspflichtiges Risiko (Darmperforation), wogegen sich das aufklärungspflichtige Risiko – das Auftreten erheblicher Schmerzen bei der Untersuchung – nicht verwirklichte. Der Patient verlangte in der Folge Schadenersatz wegen der Darmperforation. Der BGH nahm an, die Einwilligung des Patienten sei wegen der Nichtaufklärung über das «Schmerzrisiko» unwirksam gewesen. Trotzdem bestehe kein Schadenersatzanspruch, da es am Rechtswidrigkeitszusammenhang fehle. Der BGH hat inzwischen seine Rechtsprechung geändert (vgl. Nr. 101). Die «alte» Rechtsprechung wird befürwortet von DEUTSCH, NJW 1984, S. 1802.

99 Indes scheint die Ansicht, wonach der Rechtswidrigkeitszusammenhang nur aufklärungspflichtige Risiken erfasst, *konzeptionell* verfehlt, jedenfalls im vorliegenden Kontext, wo es um die Haftung aus Körperverletzung geht[80]. Geht man nämlich davon aus, dass eine Operation eine widerrechtliche Körperverletzung darstellt, so ist schwer einzusehen, weshalb die Realisierung eines nicht aufklärungspflichtigen Risikos mit dieser Widerrechtlichkeit nicht in rechtlich relevanter Weise zusammenhängen sollte. Es scheint widersprüchlich, einerseits zu behaupten, die Operation als solche sei widerrechtlich, und andererseits anzunehmen, die Widerrechtlichkeit erfasse nicht alle mit der widerrechtlichen Handlung verbundenen Risiken. Anders verhält es sich im Rahmen der Haftung aus unterlassener Aufklärung: Die rechtswidrig unterlassene Aufklärung begründet keine Haftung für nicht aufklärungspflichtige Risiken (vgl. oben Nr. 86)[81].

100 Nach dem Gesagten ist zu unterscheiden:

101 – Ist ausnahmsweise die ganze Operation rechtswidrig, so wird auch für die Realisierung eines nicht aufklärungspflichtigen Risikos gehaftet[82]. In diese Richtung geht auch die neuste Rechtsprechung des BGH (NJW 1989, S. 1533; 1991, S. 2346 f.)[83].

---

80 Ebenso GEISSELER, S. 169.

81 Im Ergebnis ist daher BGH, NJW 1984, S. 1395 ff. (dazu Anm. 79), zuzustimmen, nicht aber in der Begründung. Der BGH nahm – wie erwähnt – an, die Einwilligung des Patienten sei wegen der Nichtaufklärung über das «Schmerzrisiko» unwirksam gewesen. Trotzdem habe er keinen Schadenersatzanspruch, da es am Rechtswidrigkeitszusammenhang fehle. M.E. hätte argumentiert werden müssen, dass die Einwilligung durch das Aufklärungsdefizit nicht invalidiert wurde und dass aus diesem Grund die Haftung entfalle.

82 Vgl. SCHMID, S. 2604 Anm. 37. – Angenommen, eine Patientin wird im Anschluss an einen Kaiserschnitt ohne ihre Einwilligung und damit rechtswidrig sterilisiert. Ist des weitern anzunehmen, dass sich die Patientin nicht hätte unterbinden lassen, wenn sie gefragt worden wäre, so haftet der Arzt für beliebige Operationsschäden; die Realisierung eines nicht aufklärungspflichtigen Risikos ist nicht ausgenommen. Gleich verhält es sich, wenn die Patientin zwar in die Sterilisation eingewilligt hat, ihre Einwilligung jedoch zufolge wesentlichen Irrtums ungültig ist, immer vorausgesetzt, den Arzt trifft an der widerrechtlichen Operation (nicht am Operationsschaden!) ein Verschulden.

83 Nach den erwähnten Entscheiden wird – vereinfacht gesagt – bei schweren Aufklärungsmängeln auch für die Realisierung nicht aufklärungspflichtiger Risiken gehaftet. Bei leichten Aufklärungsdefiziten wird hingegen nicht gehaftet (anders noch BGH, NJW 1984, S. 1395 ff.; vgl. Anm. 79). Bleibt die Frage, wie zwischen schweren und leichten Aufklärungsmängeln zu unterscheiden ist. Richtigerweise ist darauf abzustellen, ob der durch das Aufklärungsdefizit verursachte Irrtum des Patienten als wesentlicher Willensmangel anzusehen ist (oben Nr. 89 ff.).

102 – Ist die Operation als solche nicht rechtswidrig und wird daher höchstens aus unterlassener Aufklärung gehaftet, so trifft den Arzt für die Realisierung eines nicht aufklärungspflichtigen Risikos keine Einstandspflicht.

103 Dem in Nr. 99 Gesagten ist präzisierend beizufügen: Das Erfordernis des Rechtswidrigkeitszusammenhanges besteht auch dann, wenn die Operation als solche rechtswidrig ist und daher aus Körperverletzung gehaftet wird. Es kommt ihm jedoch nicht die Bedeutung zu, welche ihm die in Anm. 79 zit. Autoren geben wollen. Ein Rechtswidrigkeitszusammenhang ist lediglich in dem Sinne vorausgesetzt, dass zwischen der unterlassenen Aufklärung und dem Operationsschaden ein Kausalzusammenhang im Sinne der Bedingungslehre bestehen muss («conditio-sine-qua-non-Test», STUDHALTER, passim). Der Rechtswidrigkeitszusammenhang kommt hier also im Gewand des rechtmässigen Alternativverhaltens daher[84]. Der so verstandene Rechtswidrigkeitszusammenhang kann durchaus auch dann gegeben sein, wenn sich ein nicht aufklärungspflichtiges Risiko realisiert. Auch für solche Risiken wird also u.U. gehaftet, entgegen der Ansicht der in Anm. 79 zit. Autoren (oben Nr. 101, Text und Anm. 82).

b. Beweislast

104 Beweislastfragen stellen sich nur dann, wenn man davon ausgeht, dass der Irrtum über das Versagerrisiko objektiv erheblich ist. Verneint man dies, so haftet der Arzt zum vornherein nicht für (sterilisationsbedingte) unverschuldete Operationsschäden. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die objektive Erheblichkeit zu verneinen. Das Bundesgericht ist der Sache nach anderer Meinung, indem es letztlich subjektive Erheblichkeit des Irrtums genügen lässt. Bei dieser Betrachtungsweise stellen sich folgende Beweislastfragen:

105 1. Der Arzt hat die **Einwilligung** zu beweisen. Ist also zweifelhaft, ob ein bestimmter Eingriff durch die Einwilligung gedeckt ist, so schlägt dies zum Nachteil des Arztes aus: Es ist davon auszugehen, die Einwilligung habe nicht vorgelegen.

106 2. Dass die Einwilligung zufolge wesentlichen Irrtums **unwirksam** ist, hat die Patientin zu beweisen, denn es handelt sich insoweit um ein Verteidigungsmittel ihrerseits. Einzelheiten:

107 2.1. **Verschweigung des Versagerrisikos.** Die Patientin hat vorab zu beweisen, dass sie vom Arzt über das Versagerrisiko nicht aufgeklärt wurde[85].

---

[84] Vgl. NÜSSGENS KARL, RGRK, 12. A., N 101 zu § 823 BGB; DERS., FS Nirk, S. 749 Anm. 25.

[85] So vor allem GUILLOD, S. 76 (der sich mit der Frage eingehend befasst hat); KUHN, ZSR 1986 I, S. 480; SCHMID, S. 2605 unten/2606 (für das deutsche Recht); weitere Nachweise bei EISNER, S. 55 f. Demgegenüber auferlegt das Bundesgericht die

Bleibt also zweifelhaft, ob der Arzt aufgeklärt hat, so schlägt dies zum Nachteil der Patientin aus.

108 Macht der Arzt geltend, es habe kein Aufklärungsbedarf bestanden, weil die Patientin auf andere Weise vom Versagerrisiko Kenntnis erlangt habe, so ist insoweit er beweispflichtig. Zur Illustration des Gesagten ein Beispiel: Die Patientin macht geltend, sie habe von dem Versagerrisiko keine Kenntnis gehabt und sie hätte bei Kenntnis dieses Risikos nicht in die Sterilisation eingewilligt. Diesfalls hat der Arzt zu beweisen, dass die Patientin auf irgendeine Weise (z.B. weil sie von ihrem Mann instruiert wurde) Kenntnis vom Risiko hatte und daher keiner Aufklärung bedurfte. Misslingt der Beweis und ist daher vom Aufklärungsbedürfnis auszugehen und ist nun streitig, ob eine Aufklärung stattgefunden hat, so hat die Patientin zu beweisen, dass sie vom Arzt nicht aufgeklärt wurde.

109 2.2. **Hypothetische Nichteinwilligung (subjektive Erheblichkeit des Irrtums).** Die Patientin hat ferner zu beweisen, dass sie bei Kenntnis des aufklärungspflichtigen Umstandes (Versagerrisiko) nicht in die Sterilisation eingewilligt hätte. Demgegenüber hält das Bundesgericht im «Titel-Entscheid» (E. 2a) ausdrücklich fest, der Arzt habe die hypothetische Einwilligung der Patientin zu beweisen; ebenso schon BGE 108 II 64 und 117 Ib 208[86].

Beweislast dem Arzt (BGE 108 II 63; 113 Ib 423; 115 Ib 181; 117 Ib 208; noch nicht eindeutig nicht publizierte E. 6e von BGE 105 II 284 [vgl. GUILLOD, S. 84 oben]), ohne sich freilich mit der Problematik wirklich zu befassen. Das Bundesgericht beruft sich zwar auf gefestigte Lehre und Rechtsprechung, jedoch zu Unrecht (EISNER, a.a.O.). Es ist zu vermuten, dass die herrschende deutsche Auffassung, welche dem Arzt die Beweislast auferlegt, das Bundesgericht – wie in anderen Punkten auch (EISNER, S. 213 Ziff. 3) – beeinflusst hat. Auch in Deutschland gibt es im übrigen abweichende Stimmen. BAUMGÄRTEL, Gedächtnisschrift, S. 105 f., und KAUFMANN, S. 52 ff., auferlegen die Beweislast dem Patienten, allerdings nicht mit der Begründung, bei der Geltendmachung der Unwirksamkeit handle es sich um ein Verteidigungsmittel der Patientin; vielmehr gehen beide davon aus, es dürfe als Regelfall angenommen werden, dass der Arzt genügend aufgeklärt habe, weshalb es der Patientin obliege, das Gegenteil (die Ausnahme) zu beweisen. Diese Ansicht trifft nicht zu (FRANZKI, S. 124). BAUMGÄRTEL hat inzwischen seine Meinung geändert (Beweislast, § 823 BGB Anhang C II, N 49 f.). Die bundesgerichtliche Auffassung ist anfangs auf Kritik gestossen (z.B. WIEGAND, Arzt und Recht, S. 116 ff.), hat inzwischen jedoch weitgehend Zustimmung gefunden (HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 194, der seine ursprüngliche Ansicht – allerdings ohne Begründung – aufgegeben hat). GEISSELER, S. 173, ist sogar der Meinung, aus dem Umstand, dass der Arzt die Einwilligung zu beweisen habe, folge ohne weiteres, dass er auch die Aufklärung zu beweisen habe; dies sei «logische Konsequenz». Das trifft nicht zu: Wenn der Patient geltend macht, die Einwilligung sei zufolge mangelnder Aufklärung ungültig, so obliegt die Beweislast für dieses Verteidigungsmittel nach Art. 8 ZGB ihm. Das ist die «logische Konsequenz».

86 Das ist auch die Auffassung der herrschenden Lehre; vgl. STUDHALTER, S. 270, 277, m.w.Nw.

110 Die vom Bundesgericht geäusserte Ansicht, bei der hypothetischen Einwilligung handle es sich um ein Verteidigungsmittel des Arztes, ist alles andere als naheliegend. Immerhin hat die Patientin in die Sterilisation eingewilligt und bringt nun vor, sie lasse sich bei ihrer Erklärung nicht behaften. Sie verteidigt sich also mit dem Einwand der hypothetischen Nichteinwilligung. Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB ist daher sie beweisbelastet. Für eine Umkehr der Beweislast bestehen m.E. keine genügenden Gründe (vgl. hinten Nr. 133).

111 3. **Beweismass**. An den der Patientin obliegenden Beweis, dass sie nicht richtig aufgeklärt wurde, dürfen keine strengen Anforderungen gestellt werden. Es muss genügen, dass sie «die mangelnde Aufklärung glaubhaft darlegt im Sinne eines prima-facie-Beweises» (KUHN, ZSR 1986 I, S. 480)[87]. Dasselbe gilt für den Beweis der hypothetischen Nichteinwilligung. Insoweit muss genügen, dass die Patientin glaubhaft dartut, sie hätte bei wahrer Kenntnis der Sachlage nicht eingewilligt. Kann also beispielsweise die Patientin ein besonderes Sicherheitsbedürfnis darlegen, aufgrund dessen jedes Schwangerschaftsrisiko vermieden werden sollte, so ist der Beweis u.U. erbracht, dass sich die Patientin bei richtiger Aufklärung einer Hysterektomie unterzogen hätte.

112 Senkt man die Beweisanforderungen in dieser Weise, so wird die Beweislast erheblich gemildert. Im Ergebnis dürfte sich dann die hier vertretene Ansicht von derjenigen des Bundesgerichts nicht mehr erheblich unterscheiden (vgl. BGE 117 Ib 209 oben), auch nicht von der deutschen Rechtsprechung, welche der bundesgerichtlichen Ansicht zugrundeliegt[88].

113 4. **Rechtsvergleichende Hinweise**:

114 – Beweislast hinsichtlich der **Aufklärung**. Im französischen Recht ist insoweit der Patient beweispflichtig[89], ebenso im US-amerikanischen[90]. Demgegenüber ist nach herrschender deutscher Ansicht der Arzt beweisbelastet (vgl. eben vorstehend Nr. 112).

115 – Beweislast hinsichtlich der **hypothetischen Einwilligung**. Im französischen Recht ist der Arzt beweisbelastet[91], ebenso im deutschen[92]. Demgegenüber ist nach US-amerikanischer Auffassung der Patient beweisbelastet[93].

---

87 Ebenso GUILLOD, S. 79.

88 Vgl. GIESEN, FS Steffen, S. 167; KUHN, SJZ 1993, S. 259.

89 GUILLOD, S. 76 f.

90 GUILLOD, S. 77; KÖNNING-FEIL, S. 156, m.w.Nw.

91 GUILLOD, S. 83.

92 Z.B. BGHZ 29, 187; BGH, NJW 1994, S. 2414.

93 GUILLOD, S. 83, 88; KÖNNING-FEIL, S. 158.

116 Dieser rechtsvergleichende Überblick macht deutlich, dass sich die bundesgerichtliche Ansicht unter sachlichen Gesichtspunkten durchaus nicht zwingend aufdrängt. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Problematik wäre daher wünschenswert.

3. Vertragliche Haftung

117 Man kann hier eine analoge Unterscheidung treffen wie bei der ausservertraglichen Haftung[94]:

118 1. **Verletzung der Aufklärungspflicht**. Der Arzt begeht eine Vertragsverletzung, wenn er das Versagerrisiko verschweigt. Zwischen dieser Pflichtverletzung und einem unverschuldeten Operationsschaden fehlt jedoch – wie bereits früher gesagt – der Vertragswidrigkeitszusammenhang (oben Nr. 52).

119 2. Nach einem Teil der Lehre hat die Verletzung einer Aufklärungspflicht zur Folge, dass die **ganze Sterilisation als vertragswidrig** anzusehen ist[95].

120 2.1. Folgt man dieser Ansicht, so hat die Verschweigung des Versagerrisikos zur Folge, dass die Sterilisation als solche vertragswidrig ist und der Arzt für alle Schadensfolgen haftet, welche adäquat kausal auf der Operation beruhen. Er haftet damit praktisch ausnahmslos für alle unverschuldeten Operationsschäden, denn solche Schäden sind nicht derart aussergewöhnlich, dass sie von der Adäquanzformel nicht mehr erfasst würden (BGE 108 II 59 ff.)[96]. Immerhin wird dem Arzt der Einwand rechtmässigen (hier vertragsgemässen) Alternativverhaltens zugestanden: Es steht ihm der Einwand offen, dass sich die Patientin auch dann zur Sterilisation entschlossen hätte, wenn sie richtig aufgeklärt worden wäre (vgl. BGE 117 Ib 206 ff. E. 5). Der Sache nach wird also ein Bedingungszusammenhang zwischen der Verletzung der Aufklärungspflicht und dem Schadensereignis (unverschuldeter Operationsschaden) verlangt: Die Verletzung der Aufklärungspflicht muss conditio sine qua non des Schadensereignisses sein.

121 2.2. Diese Ansicht weckt Bedenken. Hat sich der Arzt der Patientin gegenüber zur Vornahme der Sterilisation verpflichtet, so trifft ihn nicht nur eine entsprechende Pflicht, sondern auch ein entsprechendes Recht: Die vertrag-

---

94 Dies wird in der Literatur nicht durchwegs so gesehen. Vgl. etwa J. KUHN, S. 61 Anm. 379: Haftungsbegründend im vertraglichen Bereich sei «nicht die Unterlassung der Aufklärung, sondern der Eingriff in die körperliche Integrität». Er geht also von einer einzigen möglichen Haftungsgrundlage aus.

95 Z.B. KUHN, ZSR 1986 I, S. 478; HONSELL/WIEGAND (Handbuch, S. 168 f., Text und Anm. 210): Erst die genügende Aufklärung bewirke die Rechtmässigkeit des Eingriffs «im Sinne des Vertragsrechts». Vgl. auch FÄH, S. 33 f.

96 Aus der Lehre vgl. z.B. EISNER, S. 57.

liche Abmachung enthält auch die Einwilligung in den mit der Strerilisation verbundenen körperlichen Eingriff. **Die Sterilisation als solche ist daher nicht vertragswidrig. Vertragswidrig ist lediglich die Unterlassung rechtsgenüglicher Aufklärung.** Es verhält sich insoweit gleich wie bei Verletzung anderer vertraglicher Aufklärungspflichten.

122 Wenn beispielsweise der Verkäufer eines Autos einen Sachmangel (z.B. defekte Bremsen) verschweigt, so ist deshalb nicht die Lieferung als solche als vertragswidrig anzusehen. Vertragswidrig ist vielmehr nur die Verschweigung. Nach der gegenteiligen Ansicht wären alle Schäden zu ersetzen, welche adäquat kausal auf der Lieferung beruhen. Es wären daher auch Schäden zu ersetzen, welche mit dem Defekt der Bremsen nichts zu tun haben. Würde beispielsweise das Fahrzeug unverschuldet in einen Unfall verwickelt, so wäre die Haftung prinzipiell gegeben. Denn die Lieferung des Autos wäre als adäquate Ursache der Kollision zu betrachten. Dies entspricht jedoch nicht der Ansicht des Gesetzgebers: Der Verkäufer haftet nicht für die adäquaten Folgen der Lieferung als solcher, sondern nur für Schaden, der «durch die Lieferung fehlerhafter Ware» verursacht wird (Art. 208 Abs. 2 und 3 OR).

123 Im vorliegenden Kontext muss es sich, mutatis mutandis, gleich verhalten. Es gilt daher der Grundsatz, dass ein Aufklärungsmangel keine Vertragswidrigkeit der Operation als solcher zur Folge hat. Anderes gilt lediglich in denjenigen Fällen, in denen eine Operation ohne (wirksame) Einwilligung vorgenommen wird. Die Verschweigung des Versagerrisikos bewirkt keine Ungültigkeit der Einwilligung, weshalb nur für die Verschweigung gehaftet wird (oben Ziff. 1). Das hat zur Folge, dass eine Haftung für unverschuldete Operationsschäden zufolge fehlenden Vertragswidrigkeitszusammenhangs ausser Betracht fällt (oben Nr. 52).

124 Anders in folgendem Beispiel: Wenn ein Arzt einen Kaiserschnitt vornimmt und im Anschluss daran die Patientin ohne deren Einwilligung sterilisiert (unzulässige Operationserweiterung), so haftet er für alle Operationsschäden, welche auf der Sterilisation beruhen, mag ihm auch kein Verschulden am Schadensereignis (z.B. Darmperforation) treffen[97].

125 Eine vertragliche Haftung kann freilich nur dort angenommen werden, wo überhaupt ein Vertrag besteht. Ist die Einwilligung zur Operation unwirksam, so kann die Unwirksamkeit den ganzen Vertrag erfassen. Alsdann kommt nur eine ausservertragliche Haftung in Betracht. Es steht jedoch nichts entgegen, diese in Anlehnung an vertragliche Haftungsgrundsätze auszugestalten: Vgl. den grundlegenden Aufsatz von CANARIS, Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen, in JZ 1965, S. 475 ff.

---

[97] Fraglich ist in solchen Fällen, ob man den Einwand rechtmässigen Alternativverhaltens zulassen soll: Kann der Arzt die Haftung abwehren mit dem Einwand, die Patientin hätte in die Sterilisation eingewilligt, wäre sie gefragt worden? S. dazu Anm. 104.

V. Kommentierte Wiedergabe des «Titel-Entscheids»

(Bundesgerichtsentscheid vom 15. Dezember 1995 i.S. A. u. M. S. gegen Spitalverband B.)

1. Der Entscheid

A. – A. S. und seine Ehefrau M. S. stammen aus dem ehemaligen Jugoslawien und sind in K. wohnhaft. Vor der Geburt ihres vierten Kindes entschlossen sich die Eheleute, die insbesondere aus finanziellen Gründen keine weiteren Kinder mehr haben wollten, zu einer Sterilisation von M. S. Am 31. Juli 1986 wurde im Kreisspital B. das vierte Kind geboren; einen Tag später führte Dr. med. X. die Sterilisation post partum (laparoskopische Tubensterilisation mit zusätzlicher Elektro-Koagulation) durch. Trotz dieses Eingriffs wurde M. S. im November 1987 erneut schwanger und gebar am 23. Juli 1988 das Mädchen H. Darauf liess sie sich erneut und nach derselben Methode sterilisieren.

B. – Mit Klage vom 7. Januar 1991 forderten die Ehegatten S. vom Kreisspital-Verband B. Schadenersatz und Genugtuung wegen der ungewollten Geburt. Die Klage wurde am 24. September 1992 von der II. Abteilung des Bezirksgerichts B. und auf Berufung der Kläger hin am 15. Juni 1993 auch von der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich abgewiesen. Eine Nichtigkeitsbeschwerde der Ehegatten S. wurde vom Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 4. Juli 1994 abgewiesen.

C. – A. und M. S. erhoben am 13. September 1994 staatsrechtliche Beschwerde gegen das Urteil des Kassationsgerichts vom 4. Juli 1994 und gegen das Urteil des Obergerichts vom 15. Juni 1993. Sie verlangen Aufhebung dieser beiden Urteile wegen Verletzung des ungeschriebenen Ver-[3]fassungsrechts der persönlichen Freiheit und von Art. 4 BV (Verweigerung des rechtlichen Gehörs und Willkür). Sie ersuchen auch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

D. – Der Kreisspital-Verband B. verlangt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Obergericht und das Kassationsgericht haben auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. – Das Bundesgericht prüft die Zulässigkeit der bei ihm eingereichten Rechtsmittel von Amtes wegen und mit freier Kognition (BGE 121 II 38 E. 2 S. 41, 72 E. 1a S. 74 mit Hinweisen).

Nach Art. 86 OG ist die staatsrechtliche Beschwerde nur gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig. Nach ständiger bundesgerichtli-

cher Praxis können Entscheide einer unteren kantonalen Instanz nur dann mitangefochten werden, wenn die letzte kantonale Rechtsmittelinstanz nicht alle Fragen, die Gegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde bilden, beurteilen konnte, oder wenn ihre Überprüfungsbefugnis enger war als diejenige des Bundesgerichts im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde (BGE 117 Ia 412 E. 1b S. 414, 393 E. 1b S. 394).

a) Soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 4 BV rügen, war die Kognition des Kassationsgerichts gemäss § 281 des zürcherischen Gesetzes über den Zivilpro-[4]zess vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) nicht enger als die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts (BGE 117 Ia 393 E. 1b/aa, S. 395).

b) Die Beschwerdeführer machen darüber hinaus geltend, ihr Recht auf persönliche Freiheit sei in schwerer Weise verletzt worden. Schwerwiegende Eingriffe in das ungeschriebene Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit überprüft das Bundesgericht frei (BGE 120 Ia 147 E. 2b S. 150 mit Hinweisen), während das Kassationsgericht bei der Beurteilung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde lediglich die Verletzung klaren materiellen Rechts zu prüfen hat (§ 281 Ziff. 3 ZPO).

Gegenstand des vorliegenden Prozesses ist jedoch ein Schadenersatz- bzw. Genugtuungsanspruch, der auf § 6 des Haftungsgesetzes des Kantons Zürich vom 14. September 1969 (HaftungsG), d.h. auf kantonales Recht gestützt wird. Das Bundesgericht hat es bisher stets abgelehnt, eine Schadenersatz- bzw. Genugtuungspflicht direkt aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit abzuleiten (vgl. unveröffentlichten Entscheid i.S. L. vom 27. Oktober 1993, E. 3a mit Nachweisen). Eine Leistungspflicht des Gemeinwesens besteht einzig aufgrund und nach Massgabe der jeweiligen kantonalgesetzlichen Regelung: Es liegt in der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit der Kantone, die Voraussetzungen der Staatshaftung zu umschreiben bzw. auf eine solche überhaupt zu verzichten, soweit nicht unmittelbar bundesrechtliche Entschädigungsgarantien oder Haftungsregelungen greifen. Umfang und Voraussetzungen der Staatshaftung richten sich somit allein nach der kantonalen Gesetzgebung, deren Auslegung und Anwendung das Bundesgericht nur mit beschränkter Kognition überprüfen kann. Auch wenn das kantonale Haftungsrecht für die Frage der Widerrechtlichkeit des beanstandeten Staatsaktes an bundesverfassungsrechtliche Gegebenheiten anknüpft, erhält der [5] Schadenersatzanspruch dadurch noch keinen verfassungsrechtlichen Rang; es geht auch bei einer solchen vorfrageweisen Anwendung von Verfassungsrecht lediglich um die Handhabung des Haftungsgesetzes, welche das Bundesgericht nur unter dem Blickwinkel von Art. 4 BV, d.h. namentlich des Willkürverbotes, zu prüfen hat (unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts in Sachen S. vom 5. Mai 1995, E. 3b).

Ist somit die bundesgerichtliche Kognition nicht weiter als diejenige des Kassationsgerichts, ist auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht einzutreten, soweit mit ihr auch das Urteil des Obergerichts vom 15. Juni 1993 angefochten wird.

2. – Die Beschwerdeführer machen im wesentlichen geltend, durch die ihrer Ansicht nach ungenügende Aufklärung über das Risiko einer erneuten Schwangerschaft bei der vorgenommenen Sterilisationsmethode seien sie davon abgehalten worden, sich für eine andere Sterilisationsmethode zu entscheiden bzw. zusätzliche Verhütungsmittel zu verwenden. Der Klarheit halber sind im folgenden beide Alternativen getrennt zu untersuchen:

a) Bei der ersten Hypothese geht es um die Frage, ob die Beschwerdeführer bei gehöriger Aufklärung dennoch in die laparoskopische Tubensterilisation mit zusätzlicher Elektro-Koagulation eingewilligt hätten (vgl. unten, E. 3); diese hypothetische Einwilligung lässt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 117 Ib 197 E. 5c S. 208 f. mit Hinweisen) die Widerrechtlichkeit des Eingriffs in die körperliche Integrität des Patienten entfallen; hierfür trägt der Arzt (bzw. das haftende Gemeinwesen) die Beweislast.

[6] b) Bei der zweiten Hypothese wird davon ausgegangen, die Beschwerdeführer hätten sich in Kenntnis des Versagerrisikos für die nämliche Sterilisationsmethode entschieden, jedoch zusätzliche Verhütungsmittel verwendet (vgl. unten, E. 4). Bei dieser Variante ist der Eingriff in die körperliche Integrität (Sterilisation) an sich rechtmässig; als widerrechtliche, haftungsbegründende Amtshandlung kommt daher nur das Unterlassen der Aufklärung in Betracht. Die Beschwerdeführer leiten eine derartige Aufklärungspflicht, die nicht der Einwilligung in den körperlichen Eingriff dient, sondern den Eheleuten die Entscheidung für oder gegen die zusätzliche Verwendung von Verhütungsmitteln nach der Sterilisation ermöglichen soll, unmittelbar aus der persönlichen Freiheit ab (E. 4a). Das Kassationsgericht hat sich hierzu nicht geäussert, sondern die Kausalität zwischen dem angeblichen Aufkärungsmangel und dem geltendgemachten Schaden verneint (E. 4b). Fraglich ist schliesslich, wer für den (hypothetischen) Kausalzusammenhang die Beweislast trägt (E. 4c).

3. – a) Obergericht und Kassationsgericht gingen davon aus, die Beschwerdeführer hätten sich auch bei voller Aufklärung über das nach einer Sterilisation verbleibende, geringe Konzeptionsrisiko für diese Methode und nicht für die Vasektomie (Durchtrennung des Samenstranges beim Mann) bzw. die viel belastendere Hysterektomie (Entfernung der Gebärmutter) entschieden. Das ergebe sich, neben verschiedenen anderen vom Obergericht angeführten Umständen, unter anderem daraus, dass die Beschwerdeführer nach der unerwünschten weiteren Geburt erneut eine Sterilisation der Beschwerdeführerin nach der gleichen Methode haben ausführen lassen.

b) Wie bereits oben (E. 1b) ausgeführt wurde, kann das Bundesgericht diese Erwägungen nur unter dem Blickwinkel der Willkür überprüfen. Das Verhalten der Beschwerdeführer, [7] die sich nach der Geburt des fünften Kindes, in Kenntnis des mit der Sterilisation verbundenen Risikos, erneut für die Tubensterilisation entschieden, stellt in der Tat ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass sie sich schon 1986 für diesen Eingriff entschieden hätten, wären sie vollständig aufgeklärt worden. Soweit die Beschwerdeführer dies bestreiten, erweist sich ihre Beschwerde, sofern sie überhaupt den Anforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG genügt, als unbegründet: Die Beschwerdeführer tragen zum einen vor, der zweite Sterilisationseingriff sei «radikaler» gewesen; dies wird jedoch nicht belegt; aus den Akten geht lediglich hervor, dass beim zweiten Eingriff ein anderer Zugang gewählt wurde, nämlich eine Laparotomie anstelle der wegen Verwachsungen nicht mehr gangbaren Laparoskopie. Die Beschwerdeführer behaupten weiter, nach der fünften Geburt sei eine Hysterektomie aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in Betracht gekommen. Dieses Argument (aus dem sich ohnehin nichts für die Alternative Vasektomie ableiten lässt), wird jedoch nicht einlässlich begründet und glaubhaft gemacht; das von den Beschwerdeführern angerufene ärztliche Zeugnis bestätigt lediglich, dass M. S. «aus gesundheitlichen Gründen» eine Erwerbstätigkeit nicht mehr zugemutet werden könne, und ist damit bei weitem nicht genügend aussagekräftig.

4. – Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, sie hätten, wären sie über das trotz Sterilisation bestehende Konzeptionsrisiko aufgeklärt worden, zusätzliche Verhütungsmittel verwendet.

a) Einen Anspruch auf Aufklärung über das verbleibende Konzeptionsrisiko leiten die Beschwerdeführer unmittelbar aus dem ungeschriebenen Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit ab; nur in Kenntnis des Versagerrisikos könnten sie selbstbestimmt über die allfällige Anwendung zusätzlicher [8] Verhütungsmassnahmen entscheiden. Ob sich ein derartiger Informationsanspruch unmittelbar dem Verfassungsrecht entnehmen lässt, erscheint zweifelhaft (zur Tragweite der persönlichen Freiheit im Bereich der Fortpflanzungsmedizin vgl. BGE 119 I 460 E. 5a S. 474 f., 115 Ia 234 E. 5a S. 246 f.); es läge näher, eine derartige Aufklärungspflicht aus dem Vertragsverhältnis zwischen Patienten und Arzt bzw. Spital (im Fall privatrechtlicher Gestaltung des Behandlungsverhältnisses) bzw. kantonalem öffentlichem Recht (bei öffentlich-rechtlichem Behandlungsverhältnis) herzuleiten; hierzu fehlen jedoch nähere Ausführungen in der Beschwerdeschrift und den Entscheiden der kantonalen Instanzen.

b) Die Frage kann jedoch offenbleiben, weil das Kassationsgericht das Bestehen einer solchen Verpflichtung nicht in Abrede gestellt hat, sondern lediglich annahm, die Eheleute hätten auch bei vollständiger Aufklärung auf zusätzliche Verhütungsmittel verzichtet. Damit hat es den Kausalzusam-

menhang zwischen einer allfällig unterlassenen hinreichenden Aufklärung der Beschwerdeführer und dem geltend gemachten Schaden verneint.

Diese Annahme kann vom Bundesgericht nur unter dem Blickwinkel des Willkürverbots überprüft werden (vgl. oben, E. 1b). Willkür liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung in Betracht zu ziehen oder sogar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht weicht von einem Entscheid der kantonalen Behörde nur dann ab, wenn dieser offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 117 Ia 27 E. 7a S. 32 mit Hinweis).

[9] Das Kassationsgericht führte im wesentlichen aus, die Sterilisation sei heute die sicherste Methode zur Empfängnisverhütung; die Versagerquote bewege sich im Promillebereich (diese Annahmen werden von den Beschwerdeführern nicht bestritten). Gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung könne gesagt werden, dass Eheleute nach einer Sterilisation in Kenntnis dieser Versagerquote nicht noch zusätzliche Verhütungsmassnahmen treffen. Angesichts dieser Lebenserfahrungen sei es Sache der Beschwerdeführer gewesen, die besonderen konkreten Umstände darzulegen, die sie zu einem anderen Verhalten veranlasst hätten. Dies hätten sie jedoch nicht getan.

Wie das Bundesgericht in BGE 115 II 440 E. 5a S. 447 f. ausgeführt hat, kann es bei der Frage nach der Ursächlichkeit einer Unterlassung für eine Wirkung oder einen Erfolg immer nur um einen hypothetischen Zusammenhang gehen. Dies hat zur Folge, dass der Sachrichter bereits bei der Feststellung dieses Zusammenhangs in der Regel auch auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellt und damit bestimmte, nach dieser Erfahrung unwahrscheinliche Geschehensabläufe von vornherein ausser Betracht lässt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer kann die Annahme einer allgemeinen Lebenserfahrung des vom Kassationsgericht angenommenen Inhalts auch nicht als willkürlich betrachtet werden.

c) Die Beschwerdeführer sind allerdings der Auffassung, sie hätten ihre Mitwirkungspflicht bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs erfüllt und glaubhaft gemacht, weshalb sie zusätzliche Verhütungsmittel verwendet hätten. Die Begründung des Kassationsgerichts laufe darauf hinaus, ihnen hierfür die Beweislast aufzuerlegen. Dies verstosse krass gegen die in BGE 117 Ib 197 E. 5c S. 208, 108 II 59 E. 3 S. 64 aufgestellte Beweislastverteilung und damit auch gegen Art. 8 ZGB.

[10] Die zitierten Entscheide rechtfertigen die Beweislast des Arztes (bzw. des haftenden Gemeinwesens) mit der Überlegung, dass es sich um einen Beweis im grösseren Rahmen des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung

handle und der Beweis in den Verantwortungsbereich des Arztes falle, der den Eingriff ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen habe (BGE 117 Ib 197 E. 4c S. 208). Diese Begründung trägt jedoch nicht, wenn es sich nicht um die für die Einwilligung notwendige, sondern um eine weitergehende Aufklärungspflicht handelt. Die Beschwerdeführer betonen in ihrer Beschwerdeschrift im übrigen selbst, dass sich die in BGE 117 Ib 206 ff. für die Risikoaufklärung entwickelten Grundsätze nicht unbesehen auf die bei der Sterilisation geschuldete Information übertragen liessen. Im vorliegenden Fall geht es um die Kausalität der behaupteten pflichtwidrigen Unterlassung (Nichtaufklärung über das Versagerrisiko) für den geltendgemachten Schaden, wofür nach allgemeinen Grundsätzen der Geschädigte die Beweislast trägt. Hiervon geht übrigens auch die von den Beschwerdeführern zitierte deutsche Rechtsprechung aus (vgl. Bundesgerichtshof vom 2. Dezember 1980, NJW 1981, S. 630 ff. = VersR 1981, 278, 279; Urteil vom 10. März 1981, NJW 1981, 2003 f.). Nach dem Gesagten wäre es nicht willkürlich gewesen, den Beschwerdeführern die Beweislast für den hypothetischen Kausalverlauf aufzuerlegen. Es kann daher offen gelassen werden, ob das Kassationsgericht die Anforderungen an die Mitwirkungspflicht überspannt hätte, wären die in BGE 117 Ib 197 E. 5c S. 209 niedergelegten Grundsätze anwendbar gewesen.

5. – Die Beschwerdeführer werfen dem Kassationsgericht schliesslich vor, den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt zu haben, indem es sie nicht angehört habe zu ihrer Behauptung, sie hätten alles unternommen und insbesondere zu Kondomen gegriffen, um eine weitere Schwangerschaft zu ver-[11]meiden. Soweit diese Rüge überhaupt den Anforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG genügt, ist sie unbegründet. Die Beschwerdeführer behaupten nicht, dass etwa ihre persönliche Anhörung als Beweismassnahme beantragt und verweigert worden wäre. Dem Kassationsgericht kann auch nicht eine ungenügende Entscheidbegründung zur Last gelegt werden, geht doch aus seinem Urteil klar hervor, aus welchen Gründen es der Argumentation der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht nicht folgte. Es hielt das Vorbringen der Beschwerdeführer lediglich für ungeeignet, entgegen der allgemeinen Lebenserfahrung einen anderen hypothetischen Kausalverlauf wahrscheinlich zu machen. Darin liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

6. – Zusammenfassend ergibt sich, dass die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann.

Da die Beschwerde nicht von vornherein aussichtslos war und die Beschwerdeführer als bedürftig erscheinen, ist ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entsprechen (Art. 152 OG).

Dem Beschwerdegegner ist eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. – Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. – Den Beschwerdeführern wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

[12] a) Es werden keine Kosten erhoben.

b) Rechtsanwalt Dr. Y. wird als amtlicher Anwalt der Beschwerdeführer bezeichnet und für das bundesgerichtliche Verfahren mit einem Honorar von Fr. 3'000.– entschädigt.

3. – Die Beschwerdeführer haben den Beschwerdegegner für die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens mit insgesamt Fr. 3'000.– zu entschädigen. Sie haften als Gesamtschuldner zu gleichen Teilen.

4. – Dieses Urteil wird den Parteien sowie dem Obergericht und dem Kassationsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

2. Kommentar

126 1. Die Haftung des Spitals gemäss zürcherischem Verantwortlichkeitsgesetz gehört zur **ausservertraglichen Haftung** (vgl. BGE 115 Ib 179 f.). Zentrale Haftungsvoraussetzung ist die Widerrechtlichkeit, welche in Anlehnung an Art. 41 OR verstanden wird. Diese generelle Zuweisung der Haftung zum ausservertraglichen Bereich ist für einen Zivilrechtler überraschend. Mag auch zwischen dem Spital und dem Patienten kein (öffentlich-rechtlicher) Vertrag zustande kommen, so ist doch nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb ausschliesslich in ausservertraglichen Haftungskategorien gedacht wird. Immerhin ist nicht wegzudiskutieren, dass der Patient zum Spital in einem Rechtsverhältnis steht, welches im privatrechtlichen Bereich als vertraglich zu qualifizieren wäre. Das gilt zumal überall dort, wo sich ein Patient willentlich einer Operation unterzieht, wie dies in Sterilisationsfällen regelmässig zutrifft. In derartigen Fällen sollte wohl die Widerrechtlichkeit in Anlehnung an den Begriff der Vertragsverletzung umschrieben werden[98]. Dass daneben auch eine «eigentliche» ausservertragliche Haftung bestehen kann, versteht sich von selbst.

127 2. In **Erwägung 2a** vertritt das Bundesgericht die Ansicht, die «hypothetische Einwilligung» in einen operativen Eingriff (hier Sterilisation) lasse

[98] Vgl. FELLMANN, ZBJV 1987, S. 319; BISCHOF PIRMIN, Amtshaftung an der Grenze zwischen öffentlichem Recht und Obligationenrecht, ZSR 1985 I, S. 94.

«die Widerrechtlichkeit des Eingriffs in die körperliche Integrität des Patienten entfallen; hierfür trägt der Arzt ... die Beweislast». Diese Ausführungen beziehen sich auf den Fall, da ein Patient ungenügend aufgeklärt wurde und deshalb von einem bestimmten Umstand keine Kenntnis erlangt hat, bzw. in einen Irrtum versetzt wurde. Hätte er auch bei genügender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt, so soll diese hypothetische Einwilligung den Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten, welcher grundsätzlich als widerrechtlich anzusehen ist, rechtfertigen. M.E. ist den Erwägungen des Bundesgerichts in zweierlei Hinsicht nicht zu folgen:

128 2.1. Es ist **nicht die hypothetische Einwilligung, welche die Widerrechtlichkeit entfallen lässt**, vielmehr ist es **die hypothetische Nichteinwilligung, welche den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung entkräftet** (oben Nr. 96). Im übrigen hat die hypothetische Nichteinwilligung als solche diese Wirkung noch nicht. Des weitern ist vorausgesetzt, dass der durch den Aufklärungsmangel hervorgerufene Irrtum objektiv erheblich ist (oben Nr. 92): Es muss sich objektiv rechtfertigen, die Operation als widerrechtlich anzusehen. Das ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn der Patient sich über die Kosten der Operation geirrt hat. Auch wenn er bei Kenntnis der wirklichen Kosten die Operation nicht hätte vornehmen lassen (subjektive Erheblichkeit des Irrtums), bleibt die Einwilligung wirksam. Es wäre unerträglich anzunehmen, der Arzt habe eine widerrechtliche Körperverletzung begangen, nur weil sich der Patient hinsichtlich der Kosten in einem Irrtum befunden hat (vgl. Nr. 93).

129 2.2. Zur **Beweislast für die hypothetische Einwilligung** (s. auch schon oben Nr. 104 ff.):

130 Eine Operation stellt – wie gesagt – grundsätzlich eine widerrechtliche Körperverletzung dar. Anders nur, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Den Rechtfertigungsgrund hat der Arzt zu beweisen, der sich darauf beruft.

131 Sieht man den Rechtfertigungsgrund – mit dem Bundesgericht – in der hypothetischen Einwilligung, so ist es nur konsequent, dem Arzt den Beweis für das Vorliegen der hypothetischen Einwilligung aufzubürden.

132 Sieht man demgegenüber den Rechtfertigungsgrund in der Einwilligung, so hat der Arzt zwar die Einwilligung zu beweisen, der Patient hingegen, dass die Einwilligung unwirksam ist. Insbesondere hat der Patient die hypothetische Nichteinwilligung darzutun. Denn diese ist – entgegen BGE 108 II 64, 117 Ib 206 unten – ein Verteidigungsmittel des Patienten und daher nach Art. 8 ZGB von ihm zu beweisen[99]. Einfach zu sagen, beim Beweis der hypothetischen Einwilligung handle es sich um «einen Beweis im grösseren

[99] Vgl. in verwandtem Zusammenhang BECKER, BerK, N 12 zu Art. 28 OR; BAUMGÄRTEL/LAUMEN, N 3 zu § 123 BGB.

Rahmen des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung» (so S. 10 des «Titel-Entscheids», ferner BGE 117 Ib 208), geht m.E. nicht an[100,101].

133 Bleibt die Frage, ob die Beweislast, wie sie sich aus Art. 8 ZGB ergibt, umzukehren ist. Das Bundesgericht führt als sachlichen Grund für die Beweislast des Arztes an, «dass der Beweis in den Verantwortungsbereich des Arztes fällt, weil er den Eingriff ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen hat» (BGE 117 Ib 208, ähnlich der «Titel-Entscheid», E. 4c). BAUMGÄRTEL (Beweislast, § 823 BGB Anhang C II, N 51), auf den sich das Bundesgericht beruft[102], umschreibt das Argument folgendermassen: «Als Sachgrund für diese Beweislastverteilung kommt dabei vor allem die Erwägung in Betracht, dass der Arzt es war, der durch seinen Eingriff ohne Einwilligung die im konkreten Fall gegebene Unaufklärbarkeit darüber hervorgerufen hat, ob der Patient eingewilligt hätte.»[103] Gemeint ist: Der Arzt ist wegen der Nichtaufklärung dafür verantwortlich, dass sich die Frage der hypothetischen Einwilligung überhaupt stellt; hätte er nämlich aufgeklärt, hätte man ja gewusst, ob der Patient einwilligt. Wäre diese Argumentation richtig, so müsste sie weitreichende Auswirkungen auch auf andere Tatbestände haben, so z.B. auf die Täuschung nach Art. 28 OR. Die Beweislast dafür, dass der Getäuschte (der Anfechtende) den Vertrag ohne Täuschung nicht oder anders geschlossen hätte, läge dann beim Täuschenden. Denn hätte dieser nicht getäuscht, wüsste man, ob der Getäuschte zum Vertrag so, wie geschlossen, Hand geboten hätte. Indes ist dies kein Grund, welcher eine Beweisbelastung des Täuschenden rechtfertigt (vgl. BECKER, BerK, N 12 zu Art. 28 OR). M.E. wird hier vom Bundesgericht für das Arzthaftungsrecht zu Unrecht eine Sonderdogmatik entwickelt. Die Beweislast sollte also beim Patienten verbleiben.

134 Hingegen sollte man **an den Beweis der hypothetischen Nichteinwilligung nur geringe Anforderungen stellen**. Es muss insoweit genügen,

---

100 Unzutreffend daher auch BAUMGÄRTEL, der ausführt, «der Arzt» müsse «den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung und damit die Aufklärung des Patienten beweisen» (Beweislast, § 823 BGB Anhang C II, N 49). Das «und damit» ist m.E. kurzschlüssig. Wie BAUMGÄRTEL der Sache nach auch FRANZKI, S. 120.

101 An diesen Beweis werden hohe Anforderungen gestellt. Zu Unrecht, denn der durchschnittliche Patient «richtet sich nach der Empfehlung des Arztes und würde daher in der grossen Mehrzahl der Fälle der Operation auch dann zugestimmt haben, wenn er über alle Risiken aufgeklärt worden wäre» (HONSELL, Handbuch, S. 17).

102 Das Bundesgericht beruft sich auf die 1. Auflage des Werks von BAUMGÄRTEL. In dem hier interessierenden Punkt hat jedoch BAUMGÄRTEL seine Meinung in der 2. Auflage nicht geändert, weshalb diese zitiert wird.

103 Im gleichen Sinne NÜSSGENS, FS Nirk, S. 755.

wenn der Patient glaubhaft macht, dass er bei wahrer Kenntnis der Sachlage nicht eingewilligt hätte (vgl. vorne Nr. 111).

135 3. **Zu Erwägung 4**: Das Kassationsgericht ging offenbar davon aus, die Klägerin habe den Kausalzusammenhang zwischen der Verschweigung des Versagerrisikos und der ungewollten Geburt zu beweisen. Das Bundesgericht hat diese Ansicht als nicht willkürlich taxiert. M.E. trägt in der Tat der Geschädigte, hier die Klägerin, die Beweislast, nicht der Arzt. Dies gilt freilich nur für den ausservertraglichen Bereich (Nr. 75). Im vertraglichen Bereich ist der Arzt beweisbelastet (oben Nr. 43 f.). Im Bereich der öffentlich-rechtlichen Spitalhaftung sollte m.E. eine Anlehnung an das Vertragsrecht gesucht werden (vgl. vorne Nr. 126).

136 4. Das Bundesgericht hat in BGE 117 Ib 208 die **Frage** offengelassen, **ob der Einwand, der Patient hätte bei rechtsgenüglicher Aufklärung in die Operation eingewilligt** und es wäre daher sowieso zum Schadensereignis (z.B. Darmperforation) gekommen, **bei der Rechtswidrigkeit oder beim Kausalzusammenhang anzusiedeln sei**[104]. Diese Frage wird im «Titel-Entscheid» nicht ausdrücklich entschieden, der Sache nach hält das Bundesgericht aber zu Recht fest, dass es keine einheitliche Lösung gibt, sondern beides möglich ist. Im Einzelfall kann noch eine dritte Möglichkeit in Betracht kommen: dass nämlich die hypothetische Einwilligung zum Institut des rechtmässigen Alternativverhaltens gehört[105]. Entscheidend ist, wie der Patient seinen Anspruch begründet:

137 4.1. **Hypothetische Einwilligung als Problem der Kausalität**. Leitet der Patient seinen Anspruch aus der Unterlassung rechtsgenüglicher Aufklärung (Verletzung der Aufklärungspflicht) ab, so ist die hypothetische Einwilligung ein Kausalitätsproblem[106]. Die Haftung setzt einen Kausalzusammenhang zwischen Verschweigung (Widerrechtlichkeit) und Schadensereignis (z. B. Darmperforation) voraus; dieser Kausalzusammenhang ist nur gegeben, wenn der Patient bei Kenntnis des aufklärungspflichtigen Um-

---

104 Ob dieser Einwand überhaupt zulässig ist, ist umstritten. Bejahend 117 Ib 206 ff. mit Darstellung der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In der Lehre ist die Frage umstritten. Vgl. einerseits STUDHALTER, S. 269 f., der den Einwand gewährt, andererseits GUILLOD, S. 86, der ihn ablehnt. Zum Meinungsstand s. HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 184, zum Meinungsstand in Deutschland s. NÜSSGENS, FS Nirk, S. 749. M.E. ist nicht notwendig eine Einheitslösung zu befürworten. Es scheint angebracht, nach der Schwere des Verschuldens zu unterscheiden. Bei fahrlässigem Verhalten des Arztes wird man den Einwand zulassen müssen, bei vorsätzlichem nicht unbedingt (vgl. WEBER/STEINHAUS, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, 1990, S. 158; NÜSSGENS, FS Nirk, S. 751 Anm. 37).

105 Undifferenziert GUILLOD, S. 85.

106 STUDHALTER, S. 261.

stands in die Operation nicht eingewilligt hätte. Positiv ausgedrückt, schliesst die hypothetische Einwilligung den Kausalzusammenhang aus.

138 4.2. **Hypothetische Einwilligung als Problem der Widerrechtlichkeit.** Macht der Patient geltend, wegen des Aufklärungsmangels sei die Operation als solche widerrechtlich, so ist die hypothetische Einwilligung ein Problem der Widerrechtlichkeit: Es ist bereits auf der Stufe des Rechtfertigungsgrundes abzuklären, ob der Patient bei genügender Aufklärung in die Operation eingewilligt hätte. Ist diese Frage zu bejahen, so ist die Einwilligung rechtswirksam und damit der Eingriff als solcher nicht widerrechtlich. Ist die Frage zu verneinen, so ist die Widerrechtlichkeit nach Auffassung des Bundesgerichts zu bejahen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Widerrechtlichkeit nur dann zu bejahen, falls die Berufung auf die Unwirksamkeit der Einwilligung objektiv gerechtfertigt ist (oben Nr. 92). Pro memoria sei wiederholt, dass nicht die hypothetische Einwilligung den Rechtfertigungsgrund abgibt, sondern die Einwilligung, welche allenfalls von der hypothetischen Nichteinwilligung «zerstört» wird (Nr. 96).

139 4.3. **Hypothetische Einwilligung als Problem des rechtmässigen Alternativverhaltens.** Macht der Patient geltend, der Arzt habe ohne jede Einwilligung operiert und ist die fehlende Einwilligung erwiesen, so fragt sich, ob der Arzt die Haftung mit dem Nachweis abwehren kann, die Einwilligung wäre ihm gegebenenfalls erteilt worden und es wäre daher ohnehin zu der in Frage stehenden Schadensfolge (z.B. Darmperforation) gekommen. Diese Frage nun gehört zum Institut des rechtmässigen Alternativverhaltens. Sie ist m.E. zu bejahen, jedenfalls dann, wenn der Arzt nicht bewusst auf die Einholung der Einwilligung verzichtet hat (vgl. Anm. 104).

140 Zur theoretischen Klarstellung folgendes (s. schon oben Nr. 35): Die Problematik des rechtmässigen Alternativverhaltens stellt sich nur dann, wenn der Arzt durch widerrechtliches positives Tun (hier Vornahme einer Operation) ein Schadensereignis herbeigeführt hat. Es fragt sich in einem solchen Fall, ob der Arzt ohne weiteres haftet oder ob er nur dann haftet, wenn jene Komponente seines Verhaltens, welche die Widerrechtlichkeit begründet (Nichteinholung der Einwilligung), conditio sine qua non des Schadensereignisses ist[107]. Dass ein solcher Bedingungszusammenhang im allgemeinen gegeben sein muss, liegt auf der Hand.

141 5. **Heileingriff als Körperverletzung?** Das Bundesgericht geht in E. 2a davon aus, dass jeder operative Eingriff, auch der Heileingriff, eine Körperverletzung darstellt und damit widerrechtlich ist, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Die Einwilligung des Patienten rechtfertigt den Eingriff nur, wenn sie auf genügender Aufklärung beruht. Beweispflichtig für die genügende Aufklärung ist der Arzt. Misslingt ihm der Beweis, haftet er für alle, auch unverschuldete Operationsschäden. Diese Rechtsprechung hat

[107] Vgl. BAUMGÄRTEL, Beweislast, Anh. § 282 BGB, N 30.

dazu geführt, dass sich die Aufklärungshaftung «zu einem eigentlichen Ausweich- und Auffangtatbestand entwickelt hat» (EISNER, S. 24): In Fällen, in denen der Patient ohne Verschulden des Arztes einen Operationsschaden erleidet, zieht er den Arzt gestützt auf die (angeblich) mangelhafte Aufklärung zur Verantwortung. Diese Situation ist nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht unbefriedigend[108]. Ein Teil der Lehre hat daher vorgeschlagen, den lege artis, aber ohne Einwilligung des Patienten durchgeführten ärztlichen Heileingriff nicht als widerrechtliche Körperverletzung anzusehen, sondern als blosse Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten[109]. Bei dieser Ausgangslage ist allenfalls eine Genugtuung geschuldet, nicht jedoch Schadenersatz für unverschuldeten Operationsschaden.

142 Das Bundesgericht hat diese Auffassung in BGE 117 Ib 200 f. mit m.E. zutreffenden Argumenten zurückgewiesen[110]. Überzeugend scheint vor allem der Gedanke, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten sei Ausfluss des Rechts auf körperliche Integrität, weshalb «beides untrennbar miteinander verbunden» sei (S. 201). Wenn daher das Selbstbestimmungsrecht verletzt wird, so ist es immer auch das Recht auf körperliche Integrität[111,112]. Es bleibt somit dabei, dass der Heileingriff grundsätzlich als widerrechtliche Körperverletzung anzusehen ist.

143 Dem Missbehagen gegenüber der Aufklärungshaftung als Auffangtatbestand ist auf andere Weise Rechnung zu tragen. Einzelne Autoren suchen den Ausweg in einer Beschränkung der Haftung auf die Realisierung eines aufklärungspflichtigen Risikos[113]. Diese Ansicht ist aus den bereits bekannten Gründen (Nr. 99) abzulehnen: Wenn die Operation als Körperverletzung anzusehen ist, so erfasst die Haftung notwendig alle Risiken. Hingegen darf nicht jede Operation ohne rechtswirksame Einwilligung als widerrechtlich

---

108 Z.B. HONSELL, Handbuch, S. 15 ff.; FRANZKI, S. 123 Anm. 19, m.w.Nw.

109 So neustens EISNER, S. 203 ff., 209 ff., und HONSELL, Handbuch, S. 15, mit Hinweisen zum Meinungsstand in Anm. 41. Weitere Hinweise bei HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 122 Anm. 14 und 15, S. 186, und WEISSENBERGER, S. 145 f. (speziell zur strafrechtlichen Seite).

110 Ebenso GEISSELER, S. 151, 166.

111 So der Sache nach DEUTSCH, NJW 1965, S. 1989; NÜSSGENS, FS Hauss, S. 291; TEMPEL, NJW 1980, S. 616; FRANZKI, S. 124; HONSELL/WIEGAND, Handbuch, S. 122 Anm. 15; KUHN, ZSR 1986 I, S. 478; WIEGAND/ARZT, Arzt und Recht, S. 53; ARZT, S. 42 ff.

112 Entsprechendes gilt auch mit Bezug auf andere absolute Güter, etwa das Eigentum (NÜSSGENS, FS Nirk, S. 746).

113 HONSELL, Handbuch, S. 20; GEISSELER, S. 169, der mit Billigkeitserwägungen argumentiert und im übrigen zugibt, dass gegen seine Ansicht die in Nr. 99 erwähnten Argumente sprechen (s. auch sogleich im Text).

angesehen werden. Vielmehr trifft dies nur zu, wenn der Aufklärungsmangel den Patienten in einen erheblichen Irrtum (wesentlichen Willensmangel) versetzt hat.