

Hon.-Prof. Dr. Felix Wallner

Kammeramtsdirektor, Ärztekammer für Oberösterreich

Rechtspolitische Überlegungen zur Neuregelung der ärztlichen Aufklärungspflicht

Zum Zwecke der besseren Lesbarkeit werden Personenbezeichnungen in der männlichen Form gebraucht, auch wenn sie sich auf Männer und Frauen gleichermaßen beziehen.

1. Einleitung und Kritik am Maßstab der ärztlichen Aufklärungspflicht	62
2. Rechtsgestaltung durch Richterrecht?	65
3. Inhalte einer Aufklärungsrichtlinie	70

In Fragen der Aufklärung wird heute erst ex post vom Gericht festgestellt, ob sich ein Arzt im konkreten Fall richtig verhalten hat. Es wäre jedoch wünschenswert, wenn es eindeutige Aufklärungsrichtlinien gäbe. Sowohl Patienten als auch Ärzte würden von praktisch umsetzbaren, eindeutigen Regelungen profitieren. Dieser Beitrag erläutert, warum es ein solches Gesetz bisher nur für den Bereich der Schönheitsoperationen gibt, welche Vorteile sich durch eine gesetzliche Regelung über alle medizinischen Bereiche ergeben würden, wer eine solche Verordnung erlassen könnte und worauf dabei geachtet werden muss.

1. Einleitung und Kritik am Maßstab der ärztliche Aufklärungspflicht

Die Regeln für die ärztliche Aufklärung haben sich in den letzten Jahrzehnten durch höchstgerichtliche Entscheidungen entwickelt, die ihrerseits stark von ähnlichen Entwicklungen in anderen Staaten – vor allem Deutschland – beeinflusst waren. Im Unterschied zum Gesetzgeber, der generell abstrakte Normen erlässt, befassen sich Gerichte mit Einzelfällen und beurteilen Sachverhalte ex post. Wenn auch bei einer Einzelfallbetrachtung die gerichtlichen Entscheidungen zur ärztlichen Aufklärung in der Regel durchaus nachvollziehbar und gerecht erscheinen mögen, gibt es doch erhebliche Kritik daran, dass sich Schadenersatzprozesse nach Behandlungszwischenfällen zunehmend auf Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht als Anspruchsgrundlage berufen und die Frage, ob die Behandlung ordnungsgemäß durchgeführt wurde, in den Hintergrund tritt. Diese Entwicklung löst nicht nur bei den Ärzten Befremden aus, die vielfach den Eindruck haben, von Seiten des Rechts würden im Zusammenhang mit der Aufklärung Dinge verlangt, die in der Praxis gar nicht leistbar sind und es gehe eher um die Einhaltung formaler Erfordernisse als um die sorgfaltsgemäße Behandlung des Patienten. Auch von Seiten vieler Juristen wird kritisch gesehen, dass aufgrund der kasuistischen Judikatur keine eindeutigen Vorgaben für die ärztliche Aufklärung bestehen und daher eine verlässliche Rechtsberatung oft nicht möglich ist. Es gibt daher auch immer wieder Überlegungen, die Ausgestaltung der ärztlichen Aufklärungspflicht nicht der gerichtlichen Entscheidung im Einzelfall zu überlassen, sondern von vornherein klare verbindliche Regelungen vorzugeben.

Die Judikatur unterscheidet zwischen der **Selbstbestimmungs- (oder Risiko-) und der Sicherungs- oder therapeutischen Aufklärung**. Bei der Selbstbestimmungsaufklärung geht es darum, dem Patienten alle Informationen zu geben, damit er sich entsprechend fundiert für oder gegen eine Behandlung entscheiden kann. Hingegen besteht der Zweck der therapeutischen Aufklärung darin, ein therapiegerechtes Verhalten des Patienten zu erreichen, also etwa auf Nebenwirkungen von Medikamenten aufmerksam zu machen, ihm aufzutragen, bei welchen Symptomen er wieder eine Kontrolluntersuchung veranlassen sollte, usw.

Im hier maßgeblichen Zusammenhang geht es ausschließlich um die Selbstbestimmungsaufklärung, die ihre Wurzeln in rechtlichen Anforderungen – insbesondere im Vertragsrecht – hat, nicht um die therapeutische Aufklärung, die Teil der

medizinischen Behandlung ist und sich damit aus den Regeln der medizinischen Wissenschaft ableitet. Niemand kann natürlich ernsthaft bezweifeln, dass die Selbstbestimmungsaufklärung eine zwingende Voraussetzung dafür ist, dem Patienten eine mündige Entscheidung zu ermöglichen und dass der Patient nicht Objekt einer Behandlung sein darf, sondern – sofern er nicht durch ein Gebrechen oder eine Krankheit seine volle Entscheidungsfähigkeit eingebüßt hat – nur er zu entscheiden hat, ob er sich einer medizinischen Behandlung unterzieht.

Die in den letzten Jahrzehnten von den Gerichten entwickelten Kriterien für die ärztliche Aufklärung werden allerdings in der Praxis vielfach als überzogen empfunden. Es gibt eine ganze Reihe von Forderungen, die in der Alltagsroutine als unerfüllbar angesehen werden. Gegen die derzeit geltende, sehr hoch angesetzte Latte für die Selbstbestimmungsaufklärung werden daher auch eine Reihe von weniger rechtsdogmatischen als rechtspolitischen Einwänden laut:

- Es wird argumentiert, dass eine überspannte Aufklärungspflicht das Ziel der **Selbstbestimmung des Patienten nicht fördert**, sondern im Gegenteil untergräbt. Tatsächlich zeigt sich in der Praxis, dass im Bewusstsein, die strengen Anforderungen für eine volle Konformität mit den Aufklärungsregeln ohnehin nicht erreichen zu können, auch Aufklärungsschritte unterbleiben, die praktisch möglich wären. Dies gilt insbesondere im extramuralen Bereich, für den die Judikatur ähnliche Anforderungen wie im stationären Bereich vorgibt, obwohl dies mit dem Zeitbudget von Kassenärzten (die praktisch Versorgungsaufträge für bestimmte Regionen übernehmen) nicht zu schaffen ist.
- Die strengen Anforderungen an die Aufklärungspflicht führten in der jüngeren Vergangenheit bereits dazu, dass die **Erbringung medizinisch sinnvoller Maßnahmen gefährdet erschien**. So stand vor zwei Jahren das Angebot an Impfleistungen in den Schulen in Frage, weil sich Schulen und Schulärzte nicht mehr im Stande sahen, die in einem damals aktuellen Fall vom OGH verlangten Aufklärungserfordernisse in der Praxis auch nur annähernd zu erfüllen. Erst nachdem sich das Bundesministerium für Gesundheit mit einer relativierenden Rechtsmeinung eingeschaltet hat (von der allerdings noch nicht sicher ist, ob sich der OGH an diese auch halten wird), konnten die Impfungen fortgesetzt werden. Dieses Beispiel zeigt, dass es bei Zuspitzung der Aufklärungsproblematik auch tatsächlich dazu kommen kann, dass ärztliche Eingriffe unterbleiben. Eine derartige Konsequenz kann wohl bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen (wie bei kosmetischen Eingriffen) hingenommen werden, wenn aber die Aufklärungspflichten die Durchführung der ärztlichen Versorgung gefährden, zeigt sich, dass das Rechtsgut der Selbstbestimmung durchaus in Kollision zum Rechtsgut auf Schutz der körperlichen Integrität geraten kann.

- Die fehlenden generellen Vorgaben und die damit im Einzelfall verbundenen Unsicherheiten über das Ausmaß der erforderlichen Aufklärung, die für den Arzt nicht einmal dadurch behebbar sind, dass er rechtsberatende Hilfe in Anspruch nimmt, führen dazu, dass der Ausgang von Aufklärungsprozessen aus Sicht der betroffenen Ärzte subjektiv als willkürlich empfunden wird. Tatsächlich ist es ein Gebot der **Rechtssicherheit und der Rechtsstaatlichkeit**, dass jeder Rechtsunterworfenen weiß, welches Verhalten das Recht von ihm erwartet, um sich darauf einstellen zu können. Bei den Aufklärungskriterien ist dies in concreto oft nicht mehr der Fall. Es gibt Konstellationen, bei denen es unvorhersehbar ist, welche Verhaltensanforderungen Höchstgerichte im Fall einer Schadenersatzklage (im Nachhinein) postulieren werden.
- Die strengen Anforderungen an die Aufklärung führen dazu, **dass ärztlicher Trost schnell aus rechtlicher Sicht zur unzulässigen Bagatellisierung werden kann**. Es darf nicht aus den Augen verloren werden, dass auch der noch so mündige Patient im Fall einer Erkrankung jemand ist, der Empathie und Schonung bedarf. Und es darf auch nicht aus den Augen verloren werden, dass sonst völlig rational handelnde Menschen dann, wenn sie vom Schicksalsschlag einer schweren Krankheit getroffen werden, sich durchaus auch irrational verhalten. Es werden daher (siehe auch den Artikel von Prof. Dr. Hansen in diesem Heft) bereits Nachweise dafür gesehen, dass eine stringent rechtskonforme Aufklärung den Heilerfolg gefährdet.

Der strengen Aufklärungsjudikatur wird auch zum Vorwurf gemacht, dass sie – weil vielfach unter den Bedingungen der Praxis gar nicht erfüllbar – zu einer **verkappten Erfolgshaftung** führt und sich damit von den dogmatischen Grundsätzen des Schadenersatzrechts entfernt, das Ersatz nur bei Verschulden des Schädigers gewährt. Vielfach wird die Aufklärungspflicht als Vehikel empfunden, eine verschuldensunabhängige Haftung durchzusetzen. Man kann sicherlich darüber diskutieren, ob es rechtspolitisch sinnvoll ist, so wie etwa in Skandinavien auch in Österreich eine verschuldensunabhängige Haftung im Zusammenhang mit Behandlungszwischenfällen einzuführen. Dann sollte es sich aber um eine ehrliche Diskussion auf gesundheitspolitischer Ebene handeln und nicht abseits der Politik durch richterliche Interpretation in ein völlig anderen Zwecken dienendes Instrument wie die Aufklärungspflicht „umgewidmet“ werden.

2. Rechtsgestaltung durch Richterrecht?

Richterrecht hat den Vorzug, dass es sich mit einzelnen konkreten Fällen befasst und daher das Potential hat, eine möglichst **hohe Einzelfallgerechtigkeit** zu erreichen. Demgegenüber wird bei generell – abstrakt erlassenen – Rechtsgrundlagen in Kauf genommen, dass es (vor allem in nicht vorhergesehenen) Einzelfällen zu problematischen Entscheidungen kommt. Generell abstrakte Normen haben aber den Vorteil, dass sie Rechtssicherheit schaffen und sich der Einzelne im Vorhinein daran orientieren kann, was das Recht von ihm verlangt.

Die ärztliche Aufklärungspflicht hat sich im Wesentlichen (wenn man von jüngeren und nur sektorell wirksamen Entwicklungen wie im ÄsthOpG absieht) aus der höchstgerichtlichen Judikatur entwickelt und zeigt daher auch die kritischen Phänomene, die mit einer kasuistischen Rechtsentwicklung verbunden sind, vor allem die oben schon kritisierte Unsicherheit darüber, welches Verhalten tatsächlich ex post als rechtskonform erachtet wird.

Besonders problematisch ist im gegebenen Zusammenhang, dass sich dieses Richterrecht **nicht am Regelfall einer medizinischen Behandlung entwickeln kann**, sondern am Ausnahmefall. Zur richterlichen Entscheidung vorgelegt werden nur jene Geschehen, in denen sich ein (seltenes) Risiko einer Heilbehandlung verwirklicht und zu einer Schädigung des Patienten geführt hat. Die vor Gericht auftauchenden Fälle sind daher eine Art Negativauslese, aus der Regeln entwickelt werden, die dann allgemein gelten, also auch für die völlig anders ablaufenden Regelsituationen. Dazu kommt, dass die strenge Aufklärungsjudikatur wohl nicht zu Unrecht im Verdacht steht, Sozialjudikatur zu betreiben. Dies wäre wohl auch durchaus psychologisch verständlich, weil es bei solchen Verfahren typischerweise um vom Schicksal hart getroffene Patienten geht, denen auf der anderen Seite ein Beklagter gegenübersteht (in der Regel mit dem Spital sogar eine anonyme Institution), dessen Schadenersatzpflicht faktisch ohnehin über eine Haftpflichtversicherung abgewickelt wird. Dass in solchen Fällen auch soziale Überlegungen eine Rolle spielen könnten, wäre gut nachvollziehbar. Allerdings ist Sozialpolitik keine Aufgabe des Schadenersatzrechts, sondern ist darüber auf sozialpolitischer Ebene zu befinden.

Dazu kommt, dass die Aufklärungspflicht auch tief in gesundheitspolitische Fragen eingreift, die eigentlich nicht durch Richterspruch, sondern durch einen politischen Diskurs zu entscheiden sind. Eine der zentralen Aufgaben der Ge-

sundheitspolitik besteht darin, **über den öffentlichen Ressourceneinsatz abzuwägen und zu entscheiden**. Es gibt – genauso wie in anderen politischen Bereichen – im Gesundheitswesen keine unbegrenzten Ressourcen und solche wird es auch nie geben. Sowohl die Finanzressourcen, die die Gesellschaft aufbringen kann, als auch die Personalressourcen – insbesondere die Zahl der Ärzte – sind begrenzt. Erforderlich ist daher eine politische Entscheidung, wofür diese eingesetzt werden. Es muss klar sein, dass Ressourcen, die zur Erfüllung von Aufklärungserfordernissen benötigt werden, auf der anderen Seite fehlen und dass gesellschaftspolitisch zu entscheiden ist, wie dieser nolens volens abzuschließende Kompromiss auszusehen hat. Wenn man sich – sozusagen als Extrem – das Versorgungsmodell der allgemeinärztlichen Kassenpraxis ansieht, ist dieses darauf ausgerichtet, wohnortnahe für die Patienten möglichst rasch die Behandlung von einfacheren Erkrankungen zu ermöglichen bzw. darüber zu entscheiden, ob eine komplexere Diagnostik oder Behandlung, wie sie nur unter den Bedingungen einer Facharztpraxis oder im Spital gewährleistet werden kann, notwendig ist. Dieses System einer ärztlichen Erstanlaufstelle kann nur funktionieren, wenn sie in der Lage ist, eine hohe Aufnahmekapazität für Patienten zur Verfügung zu stellen. Würde man vom Allgemeinarzt in der Kassenpraxis verlangen, dass er sich mit jedem Patienten so lange auseinandersetzt, bis alle Anforderungen, die die Aufklärungspflicht im Interesse der Selbstbestimmung des Patienten stellt, erfüllt sind, käme es entweder zu erheblichen Unterversorgungen oder es müsste die Anzahl der Ordinationen beträchtlich ausgeweitet werden, was wieder deshalb unmöglich ist, weil die dafür notwendigen Ressourcen ebenso fehlen wie die benötigten Ärzte.

Wenn man das Ziel ernst nimmt, durch entsprechende Aufklärungsregeln das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu gewährleisten, muss es klare Verhaltensanweisungen an die beteiligten Ärzte geben. Diese Verhaltensregeln könnten theoretisch auch **Teil des Behandlungsvertrags** sein, also nicht auf der Metaebene des Normengebers gelöst werden, sondern auf der Mikroebene des einzelnen Behandlungsvertrags. Eine Lösung auf dieser Ebene wäre insofern naheliegend, als die Rechtsgrundlage der Aufklärungspflicht gerade dem Vertragsrecht entnommen wird. Die Pflicht zur Aufklärung resultiert ja sowohl aus vertrags- als auch aus persönlichkeitsrechtlichen Vorgaben. Die Zustimmung des Patienten im Rahmen des Behandlungsvertrags ist einerseits Einwilligung in die Behandlung als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts auf körperliche Selbstbestimmung, andererseits aber auch Zustimmung zum Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags. In beiden Fällen ist Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Zustimmung, dass der Zustimmende auch die Folgen seiner Erklärung abschätzen kann und daher über die Konsequenzen der Erteilung oder Nichterteilung seiner Zustimmung informiert ist. Da die Aufklärungspflicht ihre Grundlage (vor allem) im Zivilrecht hat,

wäre es auch nicht unlogisch, die Aufklärungsregeln auf zivilrechtlicher Ebene zu bestimmen.

Faktisch ergeben sich bei einer vertragsrechtlichen Umsetzung der Aufklärungspflichten eine Reihe von Problemen, die allerdings weitgehend lösbar sind. Das beginnt vor allem damit, dass Behandlungsverträge fast ausschließlich mündlich abgeschlossen werden und dass in der Praxis keine Zeit bleibt, die Bedingungen solcher Verträge tatsächlich zwischen den Vertragsparteien Patient und Arzt auszuhandeln. Dieses Problem scheint nicht unlösbar, wenn man auch bei Behandlungsverträgen das akzeptiert, was in gewerblichen Geschäftsbereichen Usus ist, nämlich die **Zugrundelegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen**. Vorstellbar wäre, dass – etwa durch Ordinationsaushang – dem Patienten gegenüber kargestellt wird, zu welchen Bedingungen der Arzt oder das Spital zum Abschluss eines Behandlungsvertrags bereit ist, was die Ausgestaltung der Aufklärungsregelungen anlangt. Wenn die darin enthaltenen Regelungen nicht unangemessen sind, gäbe es auch aus rechtlicher Sicht gegen die Gültigkeit einer derartigen Vereinbarung nichts einzuwenden.

Es ist allerdings davon auszugehen, dass es die Gesundheitspolitik nicht völlig dem freien Markt und der Mikroebene der Behandlungspartner überlassen möchte, wie diese Aufklärungsregeln zustande kommen. Dies ist deshalb nachvollziehbar, weil – so wie immer bei allgemeinen Geschäftsbedingungen – der Konsument in einer verhältnismäßig schwachen Position ist. Er steht in der Regel nur vor der Wahl, den Vertrag zu diesen Bedingungen abzuschließen oder gar nicht und hat vor allem keine ernsthafte Möglichkeit, in die Festlegung dieser allgemeinen Geschäftsbedingungen einzugreifen. Da es im gegebenen Fall nicht um irgendeinen Konsumenten, sondern um einen Patienten geht, wäre es gesundheitspolitisch sehr verständlich, wenn die Festlegung der Aufklärungsregeln nicht dem freien Markt überlassen werden, sondern bis zu einem gewissen Grad **staatlich determiniert und überwacht** werden. Es stellt sich daher die Frage, wie eine derartige Determinierung erfolgen könnte.

In Frage kämen praktisch zwei Wege: der Gesetzgeber (aus verfassungsrechtlichen Gründen wäre der Bundesgesetzgeber zuständig) könnte selbst **gesetzlich Aufklärungsregeln festlegen** (was im ÄsthOpG auch tatsächlich schon für den allerdings schmalen Bereich der kosmetischen Operationen geschehen ist) bzw. allenfalls auch Detailregelungen in die Verordnungskompetenz des Gesundheitsministeriums übertragen. Die Alternative dazu wäre, die Festlegung dieser Verhaltensregeln einer **Verordnung durch die Österreichische Ärztekammer** zu überlassen, wobei derartige Entscheidungen natürlich nur im übertragenen Wirkungsbereich denkbar wären, weil sie nicht bloß die Rechte und Pflichten der Ärzte betreffen, sondern auch diejenigen der Patienten und durch die **im übertragenen**

Wirkungsbereich sichergestellte Weisungsbefugnis der Aufsichtsbehörde (also des Gesundheitsministeriums) dafür Vorsorge getroffen wird, dass die Interessen der Gesamtbevölkerung – insbesondere der Patienten – berücksichtigt bleiben.

Die Erlassung einer Aufklärungsverordnung durch die Österreichische Ärztekammer im übertragenen Wirkungsbereich setzt voraus, dass der Gesetzgeber diese Aufgabe zum Kompetenzbereich der Österreichischen Ärztekammer erklärt. Tatsächlich wurde durch die 13. ÄrzteG-Novelle, BGBl 144/2009, in § 117 c Abs. 2 Z 7 festgelegt, dass der Österreichischen Ärztekammer im übertragenen Wirkungsbereich die Erlassung einer Verordnung über die Ausgestaltung der ärztlichen Berufspflichten, insbesondere der Aufklärungs- und Dokumentationspflichten, obliegt. Eine derartige Verordnung wurde zwar bis dato noch nicht erlassen, trotzdem spricht viel dafür, dass es der Österreichischen Ärztekammer eher als dem Gesetzgeber gelingt, eine klare normative Grundlage für die Selbstbestimmungsaufklärung zu schaffen.

Zum einen bedarf die Ausarbeitung einer derartigen Richtlinie ärztlicher Expertise. Vor allen Dingen kann eine Richtlinie, die Verhaltensregeln für die Aufklärung gibt, wenn sie praktikabel und damit umsetzbar sein soll, nur dann gelingen, wenn sie auch tatsächlich unter den Bedingungen der Praxis erfüllt werden kann. Sie kann daher nur von jenen entwickelt werden, die genau über die Prozesse Bescheid wissen, die im medizinischen Alltag ablaufen. Zum anderen und vor allen Dingen aber ist es **wahrscheinlich realistischer, dass es der Österreichischen Ärztekammer bei aller Komplexität dieses Themas gelingt, eine Aufklärungsrichtlinie zu erlassen**, als auf den Gesetzgeber zu warten. Der Gesetzgeber hatte schon bisher (abgesehen von den Regeln im ÄsthOpG) große Scheu, sich zu den konkreten Anforderungen der ärztlichen Aufklärung festzulegen. Er ist dabei auch in einer politisch sehr schwierigen Situation, weil es um einen unpopulären Kompromiss geht. Auf der einen Seite ist das Selbstbestimmungsrecht (und die Patientenrechte allgemein) nicht nur ein hohes Rechtsgut, sondern auch von hoher politischer Priorität. Auf der anderen Seite muss ein Gesetzgeber, der die Latte für die Aufklärungspflicht sehr hoch legt, dann auch dafür Sorge tragen, dass die notwendigen Ressourcen bestehen, um diese Verpflichtungen auch erfüllen zu können, was angesichts zunehmend knapper öffentlicher Mittel immer aussichtsloser wird. Der Gesetzgeber steht daher im Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärung vor dem selben Dilemma, vor dem die Gesundheitspolitik im Bereich der gesamten medizinischen Versorgung steht: der politischen Scheu, an der Anspruchshaltung der Bevölkerung zu rütteln (alles, was in der Medizin nur irgendwie machbar ist, ist auch aus öffentlichen Mitteln zur Verfügung zu stellen), und der Einsicht, dass das Finanzbudget des Staats begrenzt ist und immer geringeren Spielraum zulässt. Bislang jedenfalls weicht die Politik der öffentlichen Diskussion darüber, was mit den begrenzten Mitteln im Gesundheitsbereich finanziert wer-

den und wo die Grenze gezogen werden soll, beharrlich aus. Es ist daher auch wenig wahrscheinlich, dass die Gesundheitspolitik gerade zum sensiblen Thema der ärztlichen Aufklärung eine andere Haltung einnehmen könnte und bereit ist, den notwendigen Kompromiss zwischen Wünschbarem und Machbarem zu beantworten.

Es ist daher eher zu erwarten, dass es der Österreichischen Ärztekammer gelingen könnte, klare Regelungen für die ärztliche Aufklärung zu schaffen, nicht nur im Interesse der Ärzte, die so wie alle Staatsbürger einen Anspruch auf Rechtssicherheit haben, sondern vor allem auch im Interesse der Patienten, die sich in der oft existenziellen Ausnahmesituation einer schweren Erkrankung eine einfühlsame Betreuung, natürlich aber auch höchstmögliche Selbstbestimmung wünschen. Der – zweifellos nachvollziehbaren – Angst, dass die ärztliche Standesvertretung primär die Interessen ihrer Mitglieder im Auge haben könnte, wird dadurch Rechnung getragen, dass im übertragenen Wirkungsbereich ohnehin Weisungsrechte der Aufsichtsbehörde, im Konkreten des Gesundheitsministeriums, bestehen und eine Aufklärungsverordnung auch der Zustimmung des Gesundheitsministeriums bedürfte.

3. Inhalte einer Aufklärungsrichtlinie

Es wäre praktisch undenkbar, für jeden medizinischen Eingriff konkrete Vorgaben im Rahmen einer generellen Richtlinie zu machen. Abgesehen davon, dass ein derartig weitgehender Anspruch schon aus technischen Gründen unerfüllbar wäre, ist es auch unmöglich, die medizinische Expertise dafür aufzubringen. Die konkreten Vorgaben für die ärztliche Aufklärung vor spezifischen Eingriffen setzen eine genaue Kenntnis davon voraus, welche Risiken mit dem Eingriff verbunden sind und sind daher höchst fachspezifisch. Diese Arbeit können nur wissenschaftliche Einrichtungen leisten. Nicht ohne Grund hat sich auch eine eigene Branche entwickelt, die Aufklärungsmerkblätter ausarbeitet und vertreibt.

Was aber Inhalt von generellen Aufklärungsregeln sein könnte, ist eine **Festschreibung der allgemeinen Grundbedingungen, wie Aufklärung stattzufinden hat**. Es geht also nicht um die Festlegung von inhaltlichen, sondern von strukturellen Anforderungen an die Aufklärung. Was das Inhaltliche anlangt, wäre eine Einbindung der Österreichischen Ärztekammer wohl nur im Sinne einer gewissen Aufsichtsfunktion denkbar. Aus Gründen der Rechtssicherheit könnte die Österreichische Ärztekammer etwa die Aufgabe übernehmen, **Patientenaufklärungsbögen (Aufklärungsmerkblätter) zu approbieren**. Denkbar wäre allerdings auch, diese Aufgabe dem Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen zu übertragen, das schon derzeit eine ähnliche Aufgabe erfüllt, nämlich die Genehmigung der Fach- und Gebrauchsinformation für Arzneispezialitäten im Zusammenhang mit der Zulassung ebendieser.

Bei der Festlegung genereller Aufklärungsregeln, wie sie die Österreichische Ärztekammer im Rahmen einer Aufklärungsverordnung festhalten könnte, geht es zunächst darum, **in welcher Form die Aufklärung zu erfolgen hat**. Derzeit steht die Judikatur auf dem Standpunkt, dass eine ausschließlich schriftliche Aufklärung ungenügend ist. Während aber eine schriftliche Aufklärung verhältnismäßig ressourcenschonend möglich wäre, stößt die persönliche Aufklärung durch den Arzt an Kapazitätsgrenzen. In der Praxis führt dies dazu, dass in vielen Fällen gar keine Aufklärung erfolgt, weil eine schriftliche Aufklärung ohnehin unzulässig ist, für eine mündliche Aufklärung aber die Ressourcen fehlen.

Ein praktikables Aufklärungskonzept müsste daher davon ausgehen, dass es zwei Stufen von Aufklärungsformen gibt: die schriftliche Aufklärung (wobei wie oben ausgeführt auch denkbar wäre, den Inhalt der schriftlichen Aufklärung einem Art Zulassungsverfahren zu unterziehen). Im Rahmen der schriftlichen Aufklärung könnten wieder zwei Unterfälle unterschieden werden: es könnte als ausreichend

erachtet werden, dass **die schriftliche Aufklärung** nur zur Verfügung gestellt wird (wie dies etwa bei Beipacktexten von Arzneimitteln gehandhabt wird), oder dass zwar eine schriftliche Aufklärung genügt, dem Patienten aber eine Bestätigung abverlangt wird, dass er diese zur Kenntnis genommen hat. Neben diesen zwei Formen schriftlicher Aufklärung steht als dritte Alternative **die mündliche Aufklärung** (allenfalls im Zusammenhang und unter Nutzung von schriftlichen Aufklärungsformularen). Eine Aufklärungsrichtlinie könnte es nun leisten, Kategorien zu schaffen, bei denen auf eine mündliche Aufklärung (wie sie derzeit von der Judikatur generell verlangt wird) verzichtet werden könnte und eine schriftliche Aufklärung ausreicht, natürlich immer mit dem Hinweis an den Patienten und mit der Möglichkeit, Unklarheiten mit dem Arzt besprechen zu können. Eine derartige schriftliche Aufklärung wäre wahrscheinlich für Routinemaßnahmen im extramuralen Bereich oder für Screeningmaßnahmen das Mittel der Wahl.

Eine Aufklärungsrichtlinie sollte darüber hinaus folgende Fragen klären:

- **Verantwortlichkeit für die Aufklärung:** Klar festgehalten werden muss, wer zur Durchführung der Aufklärung berufsrechtlich kompetent ist bzw. wer bei arbeitsteiligen Verfahren für die Durchführung der Aufklärung zuständig ist.
- Unter welchen Bedingungen die Aufklärung **entfallen** kann (etwa wie ein allfälliger Verzicht erklärt werden muss).
- **Wem gegenüber** die Aufklärung zu erfolgen hat (hier bestehen allerdings insbesondere durch § 173 ABGB weitgehend klare gesetzliche Vorgaben).
- Zu welchem **Zeitpunkt** die Aufklärung zu erfolgen hat (wünschenswert wären genauere Regelungen als bisher, insbesondere im Zusammenhang mit ambulanten Eingriffen).
- Die Form der **Dokumentation** der Aufklärung.
- Festlegung von **Risikoschwellen** (die Judikatur lehnt derartige Schwellen ab, was dazu führt, dass auch über Risiken aufzuklären ist, die extrem selten eintreten und bei denen sich die Frage stellt, ob die daraus resultierende praktisch fast immer unnötige Beunruhigung des Patienten wirklich gerechtfertigt ist).

Die Ausgestaltung einer Aufklärungsrichtlinie durch die Österreichische Ärztekammer könnte und müsste sinnvollerweise auf die Ergebnisse der bisherigen höchstgerichtlichen Judikatur zurückgreifen, in die eine breite Varianz von in der Praxis auftretenden Fällen eingeflossen ist. Die Richtlinie könnte allerdings – da sie normativen Charakter hat und, weil im übertragenen Wirkungsbereich erlassen, auch über die Mitglieder hinaus Verbindlichkeit erzeugt – die bisherigen in der Judikatur entwickelten Standards verändern, nicht anders, als es der Gesetzgeber selbst jederzeit kann. Dies würde die Möglichkeit eröffnen, Kritikpunkten an der

bisherigen Judikatur Rechnung zu tragen. Klar ist allerdings, dass ein Abweichen von der bisherigen Judikatur auch einer fundierten Begründung bedürfte, weil nur dann zu erwarten wäre, dass das Gesundheitsministerium als Aufsichtsbehörde eine derartige Verordnung bewilligen würde.

Es steht außer Zweifel, dass die Erlassung einer Verordnung über die ärztliche Aufklärung für die Ärztekammer ein ungeheuer ambitioniertes Ziel wäre, weil sich dabei außerordentlich komplexe rechtliche Fragestellungen ergeben. Dazu kommt, dass eine derartige Verordnung auch standespolitisch brisant ist, weil sie definitionsgemäß Pflichten der eigenen Mitglieder enthalten muss und der derzeit bisweilen bestehende Widerwille gegen das notwendigerweise formalistische Konzept der ärztlichen Aufklärung sich nicht mehr gegen die Gerichte, sondern dann gegen die eigene Standesvertretung richten würde.

Trotzdem würde es meines Erachtens Sinn machen, wenn sich die Österreichische Ärztekammer dieser Herkulesaufgabe annimmt, auch im Interesse der Ärzte, die ein nachvollziehbares Bedürfnis nach eindeutigen Verhaltensregeln haben und im Vorhinein und nicht erst am Ende eines Schadenersatzprozesses wissen wollen, wie sie sich verhalten sollen. Eine solche Regelung wäre aber vor allem im Interesse der Patienten zu begrüßen, weil klare und in der Praxis auch tatsächlich eingehaltene Vorgaben diesen mehr dienen, als ein in der Praxis gar nicht erfüllbarer Standard, der nur auf dem Papier steht und nicht dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten weiterhilft, sondern nur dazu instrumentalisiert wird, auch in Fällen einer lege artis erfolgten Behandlung zu Schadenersatz zu kommen.