



**STINGLUND DIETER**

RECHTSANWÄLTE

MAG. GERHARD STINGL  
MAG. GEORG DIETER

Medizinrecht – Anwalt – Circle • Medizinrecht – Sachverständigen – Circle



Intensivseminar 02.09. und 03.09.2016

# **ÄRZTE- UND SACHVERSTÄNDIGENHAFTUNG**

im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes

Vortragender: Mag. Gerhard Stingl,  
Rechtsanwalt der STINGL und DIETER Rechtsanwälte OG  
Kalchberggasse 10, 8010 Graz

# **DIE ÄRZTEHAFTUNG IM LICHT** **DER RECHTSPRECHUNG 2015/2016**

**„Die Typizität eines Risikos ergibt sich nicht aus der Häufigkeit des Auftretens, sondern daraus, dass das Risiko speziell dem geplanten Eingriff anhaftet und auch bei Anwendung allergrößter Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung nicht sicher zu vermeiden ist. Über die Häufigkeit (Wahrscheinlichkeit) des Eintritts des Risikos ist nicht aufzuklären.“**

**„Sowohl für Ärzte, als auch für Sachverständig gilt, dass der jeweils zum Zeitpunkt der Ausübung der Tätigkeit geltende Leistungsstandard maßgeblich ist, mag sich der Wissensstand auch zwischenzeitig vertieft, erweitert oder geändert haben.“**

**„Die Überlegungsfrist hat umso länger zu sein, je weniger dringlich die ärztliche Maßnahme ist, bzw. je größer die damit verbundenen Gesundheitsrisiken sind.“**

**„Im Falle eines Arztfehlers bei der Heilbehandlung ist ein Mitverschulden des Patienten an der Herbeiführung seiner Behandlungsbedürftigkeit gegenüber dem Arzt nicht zu berücksichtigen.“**

**„Der Arzt muss die Zusammensetzung eines Medikamentes jedes Mal neu bei Anwendung genau prüfen.“**

**„Keine analoge Auslegung der medizinischen Aufklärungspflicht bezüglich der Versicherungsabrechnung oder Kostenfrage.“**

**„Das Schmerzensgeld ist die Genugtuung für alles Ungemach, das der Geschädigte infolge seiner Verletzung bzw. ärztlichen Fehlbehandlung und ihrer Folgen zu erdulden hat.“**

Bei allen Bezeichnungen, die auf Personen bezogen sind, meint die gewählte Formulierung beide Geschlechter, auch wenn aus Gründen der leichteren Lesbarkeit die männliche Form steht.

## ENTSCHEIDUNGSLISTE:

- I. OGH 30.06.2015 10 Ob 40/15b  
Ist über die Häufigkeit – Wahrscheinlichkeit – des Eintritts eines typischen Risikos aufzuklären?
- II. OGH 30.07.2015 10 Ob 50/15y  
Sachverständigenhaftung – Übernahmeverschulden
- III. OGH 27.08.2015 9 Ob 48/15x  
Übertragung einer ärztlichen Tätigkeit / Betreuungshandlung der Eltern im Rahmen der Pflege und Betreuung
- IV. OGH 29.09.2015 8 Ob 93/15g  
Auch das Vorliegen eines Behandlungsfehlers steht einer erfolgreichen Operation nicht entgegen
- V. OGH 21.12.2015 5 Ob 248/15d  
Der Kläger muss beweisen, dass das pflichtwidrige Verhalten des Arztes zum Schaden geführt hat – Kausalitätsbeweis
- VI. OGH 28.01.2016 1 Ob 252/15p  
Überlegungsfrist
- VII. OGH 25.02.2016 9 Ob 76/15i  
Fahrlässige Herbeiführung einer Behandlungsbedürftigkeit – Mitverschulden bei einem Behandlungsfehler
- VIII. OGH 22.03.2016 5 Ob 252/15t  
Haftung des Versicherungsmaklers für eine Unterversicherung
- IX. OGH 30.03.2016 4 Ob 42/16t  
Überprüfungspflicht des behandelnden Arztes bezüglich der Zusammensetzung eines von ihm verwendeten Medikamentes
- X. OGH 30.03.2016 4 Ob 48/16m  
Schmerzensgeld – bei seelischen Schmerzen ohne Folgen einer Körperverletzung
- XI. OGH 31.03.2016 1 Ob 39/16s  
Aufklärungspflicht bei Vorliegen einer Anomalie
- XII. OGH 06.04.2016 7 Ob 46/16i  
Haftung bei mangelhafter Aufklärung über nachhaltige Folgen einer Nichtbefolgung der therapeutischen Anweisung
- XIII. OGH 21.04.2016 9 Ob 19/16h  
Aufklärungspflicht über die nicht bestehende Kostendeckung für die Behandlung
- XIV. OGH 28.04.2016 1 Ob 41/16k  
Beweislastumkehr
- XV. OGH 07.06.2016 10 Ob 42/16y  
Hypothetische Aufklärung
- XVI. OGH 07.06.2016 10 Ob 89/15h  
Schmerzensgeld für deutlich reduzierte Lebenserwartung

## I.

### **Ist über die Häufigkeit – Wahrscheinlichkeit – des Eintritts eines typischen Risikos aufzuklären?**

10 Ob 40/15b vom 30.06.2015

#### Sachverhalt:

Es erfolgte eine Extraktion eines Zahnes und infolge eine Versorgung der Patientin durch ein Implantat. Dieses Implantat drang beim Einsetzen in den Nervenkanal ein, sodass das Implantat aufgrund anhaltender Beschwerden der Patientin wieder entfernt werden musste.

Vor der Behandlung wurde die Patientin über die eingriffstypischen Risiken, sohin auch über die Gefahr einer Nervenschädigung aufgeklärt und hat die Patientin auf Basis dieser Aufklärung in die Behandlung eingewilligt.

#### Erste Instanz:

Die Patientin begehrt Schmerzensgeld und eine Feststellung der Haftung für Spät- und Dauerfolgen. Sie behauptet eine Fehlbehandlung und eine mangelhafte Aufklärung, wobei sie ausdrücklich ausführt, dass sie der Behandlung nicht zugestimmt hätte, wenn sie über das Nervenschädigungsrisiko, mit welcher Wahrscheinlichkeit auch immer, aufgeklärt worden wäre.

Das Erstgericht wies die Klage ab und führte aus, dass die Behandlung lege artis durchgeführt wurde und die Klägerin auch ausreichend über die typischen Risiken der Behandlung aufgeklärt worden sei.

#### Zweite Instanz:

Die zweite Instanz schließt sich dem Urteil der Erstinstanz an und führt aus, dass die festgestellte Aufklärung ausgereicht hätte, um die Klägerin hinreichend in die Lage zu versetzen die Tragweite ihrer Einwilligungserklärung zu überschauen.

Die von der Klägerin geforderte Aufklärung über die mögliche **Eintrittswahrscheinlichkeit** der Risiken wird von der zweiten Instanz als Überspannung der Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht qualifiziert.

Die Berufung wurde abgewiesen.

#### OGH:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Der Oberste Gerichtshof weist darauf hin, dass sich aus dem Behandlungsvertrag, abgeschlossen zwischen dem Arzt und dem Patienten ergibt, dass der Arzt dazu verpflichtet ist, den Patienten über die Art und Schwere, sowie die möglichen Gefahren und die schädlichen Folgen einer Behandlung umfassend aufzuklären.

Bei einer mangelhaften Aufklärung wird der Patient nicht in die Lage versetzt, die Tragweite seiner Erklärung, in die Behandlung einzuwilligen, zu überschauen. Der Patient kann nur dann wirksam seine Einwilligung abgeben, wenn er über die Bedeutung des vorgesehenen Eingriffes und seine möglichen Folgen hinreichend aufgeklärt wurde. Auch wenn die Behandlung infolge lege artis ausgeführt wird, haftet der Arzt für sämtliche Folgen aus dieser mangelfrei ausgeführten Behandlung, außer er kann nachweisen, dass der Patient in die Behandlung auch eingewilligt hätte, wenn er umfassend über die Risiken bzw. die Folgen der Behandlung aufgeklärt worden wäre.

In dieser Entscheidung des OGH wird nochmals darauf hingewiesen, dass die ärztliche Aufklärungspflicht umso weiter reicht, je weniger der Eingriff aus der Sicht eines vernünftigen Patienten vordringlich oder geboten ist. Bei einer nicht vordringlichen Operation ist die ärztliche Aufklärungspflicht auch dann zu bejahen, wenn erheblich nachteilige Folgen wenig wahrscheinlich sind.

Grundsätzlich muss der Arzt aber nicht auf alle nur denkbaren Folgen einer Behandlung hinweisen. Die Typizität eines Risikos ergibt sich nicht aus der Komplikationshäufigkeit, sondern daraus, dass das Risiko speziell den geplanten Eingriff anhaftet und auch bei Anwendung allergrößter Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung nicht sicher zu vermeiden ist.

Die typischen Risiken müssen erhebliche Risiken sein, die geeignet sind, die Entscheidung des Patienten zu beeinflussen, ohne dass dabei nur auf die Häufigkeit der Verwirklichung dieses Risikos abzustellen wäre. Die Wahrscheinlichkeit des Auftretens einer Komplikation ist daher nur ein Faktor bei der Beurteilung der Frage, ob grundsätzlich über dieses Risiko aufzuklären ist.

Daraus ergibt sich für den Obersten Gerichtshof, dass der Arzt den Patienten **nicht** über die Häufigkeit des Eintritts des Risikos bzw. über die Eintrittswahrscheinlichkeit aufklären muss und eine solche genaue Prozentzahlennennung würde eine Überspannung der ärztlichen Aufklärungspflicht darstellen.

#### Diskussion:

Es ist davon auszugehen, dass die Häufigkeit des Auftretens von Risiken, insbesondere wenn es sich um schwere Folgen der durchzuführenden Behandlung handelt, durchaus entscheidungsrelevant für den Patienten sein kann.

Bagatellisierung von typischen Risiken (es kann nicht Aufgabe des Arztes sein, den Patienten vor der Behandlung hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Risiken zu beruhigen)?

## II.

### Sachverständigenhaftung – Übernahmeverschulden

10 Ob 50/15y vom 30.07.2015

#### Sachverhalt (Vorgeschichte):

Der Bürger einer Gemeinde klagte diese auf Schadenersatz aufgrund einer Gesundheitsbeeinträchtigung, die der Gemeindebürger auf eine Bleikontamination des Gemeindevorkwassers durch Bleirohre der Gemeindevorkwasserleitung zurückführt.

Ein Sachverständiger aus dem Fachgebiet der Inneren Medizin erstattete ein Gutachten, wonach mit 80%iger Wahrscheinlichkeit eine chronische Bleivergiftung beim Kläger vorgelegen sei.

Diese Einschätzung des Sachverständigen war ursächlich dafür, dass die Haftpflichtversicherung der Gemeinde den Schadenersatzanspruch des Gemeindebürgers erfüllt hat und einen Verjährungsverzicht für etwaige zukünftige Schadenersatzansprüche abgab.

Aufgrund weiterer erheblicher Schadenersatzforderungen des Gemeindebürgers wurde der Prozess 5 Jahre nach Klageeinbringung fortgesetzt und mit Urteil abgewiesen. Die Klageabweisung wurde damit begründet, dass es dem Kläger nicht gelungen ist, eine Bleivergiftung nachzuweisen.

#### Sachverhalt der OGH-Entscheidung:

Die Haftpflichtversicherung der Gemeinde ging davon aus, dass das Sachverständigengutachten definitiv falsch gewesen sei und der Sachverständige ungeeignete Testmethoden für die Erstellung seines Gutachtens herangezogen habe.

Die Haftpflichtversicherung der Gemeinde forderte vom Sachverständigen den Ersatz der Prozesskosten, welche gegenüber dem Kläger nicht einbringlich zu machen waren, sowie den Rückersatz der Zahlungen an den Kläger, welche an den Kläger aufgrund des unrichtigen Gutachtens vor Fortsetzung des Verfahrens ausbezahlt wurden bzw. auch den Ersatz der Vertretungskosten, welche ebenfalls vor Vorliegen des Urteils an den Rechtsanwalt des Klägers bezahlt wurden.

Gestützt wurde das Klagebegehren auf die Bestimmungen der §§ 1295 und 1299 ABGB.

#### Erste Instanz:

Die erste Instanz hat das Klagebegehren abgewiesen.

Begründet wird das Urteil damit, dass der im Verfahren beigezogene Sachverständige festgestellt hat, dass die vom beklagten Sachverständigen verwendete Testmethode für einen Arzt der Inneren Medizin lege artis gewesen sei bzw. auch im Fachbereich der Arbeits- und Umweltmedizin vertretbar gewesen wäre.

Die mangelhafte Eignung des „Ausschwemmungstests“ ergibt sich ex post, da erst nach dem Zeitpunkt der Erstellung des ursprünglichen Gutachtens die Röntgenfluoreszenzanalyse des Knochengewebes in Österreich im klinischen Betrieb verfügbar gewesen ist. Zum Zeitpunkt des ursprünglichen Gutachtens waren die Kenntnisse über diese neue Untersuchungsart äußerst spärlich vorhanden. Es war jedenfalls der Kenntnisstand im Jahre 2000 zu berücksichtigen und nicht der zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens im Regressprozess.

Die Unterscheidung zwischen einer Bleivergiftung und einem vermehrten Bleibestand kann für Vertreter anderer medizinischer Fächer, als der klinischen Umweltmedizin und Arbeitsmedizin eine zu spezielle Frage sein.

Grundsätzlich kann ein Sachverständiger auch zur Haftung herangezogen werden, wenn ihm wegen seiner mangelnden Fähigkeit kein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann, er jedoch einen **fach-überschreitenden** Gutachtensstellungsauftrag übernimmt.

Jeder der eine besondere Tätigkeit ausübt, muss auch dafür einstehen, dass er die dafür nötigen Fähigkeiten hat.

Im gegenständlichen Fall wird jedoch dem beklagten Sachverständigen zugestanden, dass ein durchschnittlich sorgfältiger Sachverständiger aus dem Fachgebiet der Inneren Medizin zu einer eben solchen Fehlinterpretation der Befunde gekommen wäre.

#### Zweite Instanz:

Die zweite Instanz (OLG Graz) hat das Urteil teilweise aufgehoben und dem Klagebegehren teilweise stattgegeben; dies mit der Begründung, dass dem Beklagten eine **Übernahmefahrlässigkeit** zur Last gelegt wird, da er es unterlassen habe, seine Fachkompetenz zum Gutachtensauftrag kritisch zu hinterfragen.

Er habe sohin schuldhaft ein unrichtiges Gutachten erstellt.

#### OGH:

Der OGH hat die Revision für zulässig und berechtigt erkannt und wurde das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt.

Der Sorgfaltsmaßstab ist im Sinne des § 1299 ABGB bei einem Sachverständigen, der sich öffentlich zu einem Amt, einer Kunst, einem Gewerbe oder einem Handwerk bekennt, erhöht, darf dieser Sorgfaltsmaßstab jedoch nicht **überspannt** werden.

Der jeweils zum Zeitpunkt der Ausübung der Tätigkeit geltende Leistungsstandard ist maßgeblich, mag sich der Wissensstand auch zwischenzeitig vertieft, erweitert oder geändert haben.

Wenn ein Sachverständiger außerhalb seiner Fachkompetenz liegende Tätigkeiten übernimmt, obwohl er weiß, dass ihm die dafür erforderlichen Fähigkeiten fehlen, hat er ein Übernahmeverschulden zu verantworten.

Grundsätzlich ist die Diagnose und Therapie von Bleivergiftungen, sohin auch die diesbezügliche Gutachtenserstellung, dem Bereich der Inneren Medizin zuzuordnen, selbst wenn, wenn diese Frage **auch** in den Bereich der Arbeitsmedizin und in den Bereich der Umweltmedizin fällt.

Ex ante betrachtet, und diese Betrachtungsweise ist im gegenständlichen Fall zwingend, kann nur der zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung herrschende Wissensstand das Maß der Sorgfaltspflicht des Sachverständigen sein. Ein Verschulden ist zu verneinen, wenn das Gutachten diesem damaligen Wissensstand entsprochen hat.

Die Auswahl der Untersuchungsmethode erfolgte nach den einschlägigen und zum damaligen Zeitpunkt gültigen Fachkenntnissen auch dann, wenn mehrere Methoden anerkannt werden.

Es ist auch zu beachten, dass in der Fachliteratur der Umweltmedizin diese nunmehr beanstandete Methode zum damaligen Zeitpunkt anerkannt war.

Der Oberste Gerichtshof sieht sohin weder ein Übernahmeverschulden, noch eine Sorgfaltspflichtverletzung durch den Sachverständigen erfüllt.

### III.

## Übertragung einer ärztlichen Tätigkeit / Betreuungshandlung der Eltern im Rahmen der Pflege und Betreuung

9 Ob 48/15x vom 27.08.2015

#### Sachverhalt:

Die Mutter eines 8 Monate alten Kleinkindes kontaktierte telefonisch den ärztlichen Bereitschaftsdienst und teilte dem Arzt mit, dass ihr Sohn hohes Fieber habe. Der Arzt fordert sie auf, mit dem Kind zu ihm in die Ordination zu kommen. Die Mutter hat das missverstanden und wartet zuhause auf den Arzt. Durch dieses Missverständnis kommt es zu einer Verzögerung der Behandlung um ca. 1 ½ Stunden. Tatsächlich hatte das Kind eine Hirnhautentzündung durch Meningokokken.

Die klagende Partei beehrte Schadenersatz durch die verzögerte Behandlung und warf dem Arzt eine mangelhafte Diagnostik und Aufklärung vor.

#### Erste Instanz:

Der Arzt schuldet aus dem Behandlungsvertrag Diagnostik, Aufklärung, Beratung und Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst.

Wenn der Arzt erkennt, dass bestimmte ärztliche Maßnahmen erforderlich sind, dann hat er den Patienten auf deren Notwendigkeit und die Risiken ihrer Unterlassung hinzuweisen.

Es ist anzumerken, dass eine banale virale Infektion und eine Infektion mit Meningokokken in der Anfangsphase kaum zu unterscheiden sind.

Für den Arzt bestand kein Anhaltspunkt dafür, dass die Mutter die Aufforderung, sofort in die Ordination zu kommen, nicht verstanden hätte.

Das Klagebegehren wurde sohin abgewiesen.

#### Zweite Instanz:

Das Berufungsgericht stellt noch ergänzend fest, dass offenbar zwischen dem Arzt und der Mutter des Klägers die Ordinationsadresse erörtert wurde und schon dieser Umstand ausreichend war, dem Arzt nicht vorzuwerfen, dass er nicht überprüft hat, ob die Mutter des Klägers die Anweisungen auch verstanden hat.

Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt.

#### OGH:

Die Revision wurde zurückgewiesen.

Der Obersten Gerichtshof erörtert die Übertragung einzelner ärztlicher Tätigkeiten im Einzelfall an Laien gemäß § 50a ÄrzteG 1998. Diese Übertragung einzelner ärztlicher Tätigkeiten steht jedoch in keinem Zusammenhang mit familien- und pflegschaftsrechtlich gebotenen Maßnahmen.

Der Transport eines Kleinkindes zum behandelnden Arzt durch die Eltern stellt keinen ärztlich angeordneten Krankentransport dar, sondern ist den Betreuungshandlungen der Eltern im Rahmen der Pflicht zur Pflege und Erziehung des Kleinkindes zuzuordnen.



Üblicherweise bedarf eine solche Pflege und Erziehung keiner Anweisung und Unterweisung des Arztes.

Zu beachten sind die Entscheidungen **5 Ob 165/05h** vom 07.03.2006 und **9 Ob 64/085i** vom 07.08.2009; dies in Hinblick auf die notwendige Anleitungspflicht des Arztes bzw. Hinweispflicht bezüglich des Unterlassens von Anweisungen.

## IV.

### **Auch das Vorliegen eines Behandlungsfehlers steht einer erfolgreichen Operation nicht entgegen**

8 Ob 93/15g vom 29.09.2015

#### Sachverhalt:

Am Kläger wurde eine Lymphknotenentfernung durchgeführt, wobei es für die ordnungsgemäße Durchführung der Operation nicht notwendig war, den im Operationsgebiet verlaufenden nervus accessorius für dessen Erkennbarkeit frei zu präparieren. Während der Operation wurde der nervus accessorius durchtrennt.

Das Durchtrennen des nervus accessorius stellt einen Behandlungsfehler dar.

#### Erste Instanz:

Dem Klagebegehren wird in erster Instanz stattgegeben und festgestellt, dass das Durchtrennen des nervus accessorius einen Behandlungsfehler darstellt. Die Operation an sich, sohin die Entfernung des Lymphknoten, wurde lege artis durchgeführt, ändert dies jedoch nichts daran, dass der Operateur dem Kläger schuldhaft und rechtswidrig einen Schaden zugefügt hat.

#### Zweite Instanz:

Das Berufungsgericht hat die erstinstanzlichen Feststellungen übernommen und führt aus, dass die Beurteilung der Operation als sachgerecht, richtig ist, jedoch das sachgerechte Vorgehen alleine die Entfernung des Lymphknoten betrifft, nicht jedoch die Schädigung des Klägers durch die Durchtrennung des nervus accessorius.

Auch bei einer lege artis durchgeführten Operation kann dem Patienten, wie im gegenständlichen Fall ein Schaden zugefügt werden.

#### OGH:

Die außerordentliche Revision wurde zurückgewiesen.

Der OGH führt aus, dass es Aufgabe der beklagten Partei gewesen wäre, die Schuldlosigkeit des Operateurs zu beweisen.

Steht ein Behandlungsfehler objektiv fest, kehrt sich gemäß § 1298 ABGB die Beweislast für das Verschulden des Verursachers um.

Wenn der geschädigte Patient den Nachweis erbracht hat, dass die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts durch den ärztlichen Fehler nicht bloß unwesentlich erhöht wurde, liegt es am Arzt, den vollen Beweis zu erbringen, dass die ihm zuzurechnende Sorgfaltsverletzung mit größter Wahrscheinlichkeit nicht kausal war, bzw. unwesentlich geblieben ist.

## V.

### **Der Kläger muss beweisen, dass das pflichtwidrige Verhalten des Arztes zum Schaden geführt hat – Kausalitätsbeweis**

5 Ob 248/15d vom 21.12.2015

#### Sachverhalt:

Am Patienten wurde eine Operation durchgeführt, in welcher sich eine Komplikation verwirklicht (nach einer laparoskopischen radikala Prostatektomie) ist eine Inkontinenz und eine erektile Dysfunktion aufgetreten.

Der behandelnde Arzt hat es unterlassen, den Patienten über eine alternative Behandlungsmethode (roboterunterstützt) aufzuklären.

Die Operation an sich wurde lege artis ausgeführt, hat sich jedoch ein Risiko, über welches aufgeklärt wurde, verwirklicht.

#### Erste Instanz:

Der Kläger stützt die Klage auf die Behauptung, dass er über eine alternative OP-Methode nicht aufgeklärt worden ist und er bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung die Operation nicht durchführen hätte lassen bzw. er sich für die alternative Operationsmethode entschieden hätte.

Der Kläger behauptet darüber hinaus, dass bei der Anwendung der alternativen Operationsmethode diese verfahrensgegenständliche Komplikation nicht eingetreten wäre.

Ein Arzt haftet für die nachteiligen Folgen eines lege artis erfolgten Eingriffs, wenn der Patient bei ausreichender Aufklärung in die Behandlung nicht eingewilligt hätte.

Den Kläger trifft die Beweislast dafür, dass durch das pflichtwidrige Verhalten des Beklagten der Schaden verursacht wurde (Kausalitätsbeweis).

In diesem Zusammenhang muss der Kläger beweisen, dass unter Anwendung der alternativen Operationsmethode der Schaden nicht eingetreten wäre.

Im gegenständlichen Verfahren ist es dem Kläger gelungen, nachzuweisen, dass er operationskausal nach der Operation an Inkontinenz und einer erektilen Dysfunktion leidet.

Das Klagebegehren wird in erster Instanz abgewiesen und geht der Erstrichter davon aus, dass auch bei der Verwendung des „Da-Vinci-Roboters“ die gleiche Komplikation nicht hätte vermieden werden können.

#### Zweite Instanz:

Die zweite Instanz schließt sich der Rechtsansicht der ersten Instanz an und bestätigt das erstinstanzliche Urteil.

#### OGH:

Die Revision des Klägers wird zurückgewiesen und führt der Oberste Gerichtshof aus, dass der Kläger den Beweis dafür nicht erbringen konnte, dass ein pflichtwidriges Verhalten der Beklagten den behaupteten Schaden verursacht habe. Dem Kläger ist sohin der *Kausalitätsbeweis* nicht gelungen.

## VI.

### Überlegungsfrist

1 Ob 252/15p vom 28.01.2016

#### Sachverhalt:

Der Kläger wurde in einem Spital im Bereich der Hüfte operiert. Die Operation wurde lege artis durchgeführt, sind jedoch Komplikationen aufgetreten, welche zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung des Klägers geführt haben.

Der Kläger behauptete, über die Risiken der Operation nicht aufgeklärt worden zu sein bzw. sei er erst **18 Stunden** vor der Operation über die Notwendigkeit der Operation unterrichtet bzw. über die typischen Risiken der Operation aufgeklärt worden. In dieser kurzen Zeit sei es ihm nicht möglich gewesen, das Für und Wider der Operation ordnungsgemäß abzuwägen und sei er mehr oder weniger von der rasch angesetzten Operation „übereilt“ worden.

#### Erste Instanz:

Der Kläger macht Schmerzensgeld, den Ersatz von Pflegekosten, einen Verdienstentgang, eine Verunstaltungsentschädigung und pauschale Unkosten geltend und begehrt die Feststellung der Haftung der beklagten Partei für zukünftige Schäden.

Gestützt wird das Klagebegehren auf eine mangelhafte Aufklärung bzw. auf eine zu kurze Bedenkzeit und hätte dem Kläger zumindest eine Bedenkzeit von 3 Tagen gewährt werden müssen. Tatsächlich hatte der Kläger jedoch nur eine Nacht lang Zeit (18 Stunden) sich die Zustimmung zur Operation zu überlegen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab und vermeinte, dass die Aufklärung des Klägers über die Operationsrisiken am Vortag vor der Operation rechtzeitig und umfassend gewesen sei.

#### Zweite Instanz:

Die zweite Instanz hob das Urteil auf und verwies die Rechtssache an die erste Instanz zurück. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurde für zulässig erklärt.

Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Graz habe eine Aufklärung so rechtzeitig zu erfolgen, dass dem Patienten eine angemessene Überlegungsfrist bleibt, um das Für und Wider der geplanten Behandlung abzuwägen, wobei die Dauer der einzuräumenden Überlegungszeit jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängt.

Je weniger dringlich und je schwerwiegender der Eingriff sei, umso länger habe die Frist zur Abwägung der Risiken und Vorteile zu dauern.

Die Zeit von 18 Stunden war jedenfalls nicht ausreichend, da der Kläger im Spital aufgenommen wurde, um sich an seiner Hüfte konservativ behandeln zu lassen. Einen Tag vor der schlussendlich durchgeführten Operation wurde ihm die Durchführung einer Umstellungsosteotomie des Beckens empfohlen.

Bei der Operation handelt es sich um einen beträchtlichen Eingriff mit erheblichen Risiken und wäre es medizinisch durchaus vertretbar gewesen, die Operation zu einem späteren Zeitpunkt durchzuführen.

Die zweite Instanz hat die Haftung des Operateurs bzw. des Spitals nicht gleich bejaht, sondern vertritt die Ansicht, dass das Erstgericht sich mit dem Einwand der beklagten Partei auseinanderzusetzen

hat, wonach der Kläger bei einer früheren Aufklärung sich ebenfalls zur Durchführung der Operation entschieden hätte.

Zusammengefasst geht das Oberlandesgericht davon aus, dass die Einwilligung des Klägers rechtswidrig ist, da dem Kläger nicht ausreichend Zeit eingeräumt wurde, um das Für und Wider der Operation abzuwägen.

#### OGH:

Der Oberste Gerichtshof weist die Revision des Beklagten zurück und verneint, dass die Frage der angemessenen Überlegungsfrist vor einer rechtswirksamen Einwilligung in eine Operation stets von den Umständen des Einzelfalls abhängt und dem Berufungsgericht kein krasser Beurteilungsfehler unterlaufen sei.

Der Oberste Gerichtshof verweist auf den bisherigen Leitsatz, wonach die Überlegungsfrist umso länger zu sein hat, je weniger dringlich die ärztliche Maßnahme ist bzw. je größer die damit verbundenen Gesundheitsrisiken sind.

Der Oberste Gerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auch auf die Erfolgsquote bei dieser Art von Operation von nur 50 bis 70% bei Jugendlichen und weit weniger bei 46jährigen. Als beachtlich streicht der Oberste Gerichtshof auch hervor, dass vor der Aufklärung über die Operation, die alternativen Behandlungsmöglichkeiten und die Risiken einer Operation noch nicht Thema waren bzw. der Patient erstmalig mit der Möglichkeit einer Operation einen Tag vor der Operation konfrontiert wurde.

Bei einem ähnlich gelagerten Fall kam es auch zur Aufklärung des Patienten einen Tag vor der Operation, wurde der Patient in dieser Causa jedoch bereits 14 Tage vor der Operation über die medizinische Möglichkeit einer solchen Operation aufgeklärt, hat sich der Patient jedoch vorerst für eine konservative Behandlung entschieden.

Auch die Schwere der beiden besprochenen Operationen ist nicht ident, wobei gerade bei der gegenständlichen Operation das Komplikationsrisiko bei weitem höher liegt.

Es ist auch zu beachten, dass im gegenständlichen Fall die Operation nicht dringlich gewesen ist und es zu keinen nachteiligen Folgen gekommen wäre, wenn die Operation einige Tage später durchgeführt worden wäre.

## VII.

### Fahrlässige Herbeiführung einer Behandlungsbedürftigkeit – Mitverschulden bei einem Behandlungsfehler

9 Ob 76/15i vom 25.02.2016

#### Sachverhalt:

Der Patient verursachte einen Verkehrsunfall aus eigenem Verschulden und wurde dabei schwer verletzt. Ein herbeieilender Notarzt verantwortet einen Behandlungsfehler, welcher für den Tod des Patienten kausal war.

Die Unfallversicherung des verstorbenen Patienten forderte nunmehr vom behandelnden Arzt den Ersatz der von der Versicherung ausgelegten Bestattungskosten, sowie des bezahlten Unterhaltes an die Hinterbliebenen.

Der Notarzt erhob einen Mitverschuldenseinwand, da sich der Patient aus eigenem Verschulden in die Behandlungssituation gebracht habe.

#### Erste Instanz:

Das Erstgericht geht von einem Mitverschulden des Patienten aus und bewertet dieses mit 50%. Die Hinterbliebenen müssen sich dieses 50%ige Mitverschulden des Verstorbenen bei ihren Forderungen anrechnen lassen; dies im Sinne der §§ 1304 und 1327 ABGB.

Diese Entscheidung des Erstgerichtes entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (4 Ob 36/10p) in welchem der Oberste Gerichtshof ein Mitverschulden aufgrund der schuldhaften Herbeiführung eines behandlungsbedürftigen Zustandes durch den Patienten bejaht hat.

#### Zweite Instanz:

Die zweite Instanz gibt der Berufung der klagenden Partei statt und spricht der klagenden Partei den vollen geltend gemachten Schadensanspruch zu; dies unter Abstandnahme von dem erhobenen Mitverschuldenseinwand.

Den Patienten, der durch einen Behandlungsfehler zu Schaden kommt, trifft einzig die Obliegenheit, an den Heilbemühungen des Arztes mitzuwirken und er hat alles Zumutbare zu tun, um **nach Eintritt** eines behandlungsbedingten Schadensfalls den Schaden zu vermindern.

Nur ein Verstoß gegen diese Obliegenheit führt zu einem beachtlichen Mitverschulden gemäß § 1327 ABGB.

Die Herbeiführung des **behandlungsbedürftigen Zustandes** selbst begründet kein zu beachtendes Mitverschulden des Patienten.

#### OGH:

Die beklagte Partei erhebt Revision gegen die Entscheidung der zweiten Instanz und begehrt die Wiederherstellung des Ersturteils.

Der OGH lässt die Revision zu, weist sie jedoch als unberechtigt ab.

Im Sinne des § 1327 ABGB hat der Schädiger alles, was aus dem Tod des Patienten an Kosten entstanden ist, zu ersetzen. Dies betrifft auch die Unterhaltszahlung an die Hinterbliebenen des Getöteten.

Grundsätzlich haben sich die Hinterbliebenen nach herrschender Rechtsprechung bei Anspruchserhebung nach § 1328 ABGB analog zu § 7 Abs. 2 EKHG ein Mitverschulden des Getöteten anrechnen zu lassen.

Ein solches Mitverschulden im Sinne des § 1304 ABGB setzt kein Verschulden in technischem Sinne voraus und ist auch eine Rechtswidrigkeit des Verhaltens nicht erforderlich. Es genügt alleine die Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern, worunter auch die Gesundheit fällt.

Es ist unstrittig, dass den geschädigten Patienten die Obliegenheit trifft, an den Heilungsbemühungen des Arztes mitzuwirken und ist der Patient in diesem Zusammenhang auch zur Schadensbegrenzung verpflichtet, wobei ein allfälliges Fehlverhalten des geschädigten Patienten unter Anwendung des § 1304 ABGB als Mitverschulden zu werten ist und infolge zu einer Verkürzung der Regressansprüche führt.

Im gegenständlichen Fall hat der Patient, welcher nicht mehr sein Bewusstsein erlangt hat, diese ihm auferlegte Obliegenheit nicht verletzt. Er konnte die Heilbehandlungsbemühungen des Arztes nicht unterstützen bzw. an diesen auch nicht mitwirken.

Eine Kürzung der Hinterbliebenenansprüche bzw. der Regressansprüche der klagenden Partei ist somit nicht berechtigt.

Die Entscheidung 4 Ob 36/10p wird durch die gegenständliche Entscheidung des Obersten Gerichtshofes überholt, wobei sich der Oberste Gerichtshof bei der aktuellen Entscheidung umfassend auf die Rechtslehre bzw. diverse Aufsätze, welche im Zusammenhang mit der Entscheidung 4 Ob 36/10p veröffentlicht wurden, berufen hat.

Das Verhalten des Verstorbenen ist sicherlich kausal für den Eintritt der Behandlungsbedürftigkeit, nicht jedoch kausal für den Schadenseintritt bzw. für den Behandlungsfehler.

## VIII.

### Haftung des Versicherungsmaklers für eine Unterversicherung des haftenden Arztes

5 Ob 252/15t vom 22.03.2016

#### Sachverhalt:

Der Kläger ist Gynäkologe und die Beklagte ist ein Versicherungsmaklerunternehmen, spezialisiert auf Versicherung von Ärzten.

2001 schloss der Kläger auf Anraten des Maklers eine Bündelversicherung ab, diese umfasste auch eine Berufshaftpflichtversicherung.

Dem Makler war bekannt, dass der Kläger im Fachbereich der Pränataldiagnostik tätig ist. Vom Makler wurde der Schadensfall „Wrongful Birth“ angesprochen (unzureichende Aufklärung der werdenden Mutter über den Zustand des ungeborenen Kindes und Geburt eines behinderten Kindes).

Der Makler erklärte gegenüber dem Kläger, dass die Unterhaltskosten, die in diesem Fall von den Eltern gefordert werden können, als Vermögensschaden unter die Haftpflichtversicherung fallen. Es folgte jedoch kein Hinweis durch den Makler, dass die Versicherungssumme von damals ATS 2 Mio. für reine Vermögensschäden nicht ausreichend war.

Es wurde jedoch durchaus die Erhöhung der Versicherungssumme besprochen. Im Jahre 2002 wurde die zwischenzeitig auf ATS 5 Mio. erhöhte Versicherung auf € 400.000,-- umgestellt. Bei dieser Umstellung wurde der Kläger vom Makler auf die Möglichkeit einer Erhöhung der Versicherungssumme auf ATS 15 Mio. hingewiesen.

Bei einer Deckungsprüfung im Jahre 2004 bestätigte der Makler das Prämienleistungsverhältnis als sehr gut und wurde von ihm empfohlen, den Vertrag unverändert zu lassen; **dies bei gleichbleibendem Risiko**. Die letzte Besprechung zwischen Makler und Kläger fand im Jahre 2006 statt.

Zu beachten ist, dass der Oberste Gerichtshof im Jahre 1999 einen Unterhaltsmehraufwand für behinderte Kinder als ersatzfähigen Vermögensschaden zugesprochen hat.

Im Jahre 2003 hat der Oberste Gerichtshof grundsätzlich die Haftung für eine unerwünschte Geburt eines behinderten Kindes bei Unterlassung der gebotenen Aufklärung bejaht.

Im Jahr 2006 wurde durch den Obersten Gerichtshof der Ersatz des **gesamten Unterhaltes** bei der Geburt eines behinderten Kindes zuerkannt.

Bereits ab dem Jahre 1999 wurde der Ersatz des gesamten Unterhaltes zwar diskutiert, jedoch in den Rechtsfällen bis 2006 nicht geltend gemacht.

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes aus dem Jahre 2006 erging am 07.03.2006 und die letzte Besprechung zwischen Makler und Kläger erfolgte am 15.11.2006.

Aufgrund der Entscheidung aus dem Jahre 2006 wäre eine Erhöhung der Deckungssumme erforderlich gewesen. Der Kläger hätte bei einer **entsprechenden Aufklärung** die Versicherungssumme auf eine mögliche Deckungssumme von € 1,1 Mio. erhöht.

Der verfahrensgegenständliche Schadensfall ist im Jahre 2007 (12.08.2007) eingetreten. Im Jahre 2010 wurde die Schadenersatzklage von der betroffenen Mutter eingebracht. Im Jahre 2011 war dem Kläger bewusst, dass die Versicherungssumme von € 400.000,-- jedenfalls nicht ausreichen wird (im November 2011 waren bereits € 285.179,15 verbraucht).



Im Juli 2012 wurde der Makler für den Versicherungsschaden über € 400.000,- in Anspruch genommen und kam es am 24.09.2013 zur Ablehnung der Forderung des Klägers durch die Haftpflichtversicherung des Maklerunternehmens.

Am 29.12.2014 wurde die Klage gegen den Makler eingebracht.

Wie nicht anders zu erwarten war, hat der Beklagte die Verjährung der Klagsforderung eingewandt und vorgebracht, dass es dem Kläger bereits spätestens im Jahre 2010 möglich gewesen wäre, die Unterversicherung zu erkennen und hätte er spätestens im Jahre 2011 bei Urteilszustellung von einer Überschreitung des Schadens in Bezug auf die Versicherungssumme ausgehen müssen.

Die Aufklärung des Klägers sei ausreichend gewesen und habe dieser von sich aus die Versicherungssumme nicht erhöhen wollen, da ihm die Prämie zu hoch gewesen wäre.

Darüber hinaus sei der Kläger über das Urteil aus dem Jahre 2006 informiert gewesen und habe er sohin bewusst, trotz Kenntnis dieses Urteils, die Versicherungssumme nicht erhöhen lassen.

#### Erste Instanz:

Die erste Instanz hat der Feststellungsklage stattgegeben und verneint, dass eine Dokumentationspflichtverletzung analog zur Anwendung des § 51 ÄrzteG (Beweislastumkehr) vorliegt, da die Dokumentation als vertragliche Nebenpflicht eines Versicherungsvertrages anzusehen ist.

Das Deckungskonzept über ATS 5 Mio. sei nicht dokumentiert worden.

Darüber hinaus verneint das Erstgericht, dass der Makler aufgrund der neuesten Rechtsprechung aus dem Jahre 2006 erkennen hätte müssen, dass die Deckungssumme zu gering ist und hätte er den Kläger zur Erhöhung der Deckungssumme anleiten müssen. Dieser Verstoß gegen die Anleitungsspflicht stellt einen Verstoß gegen § 28 Z 7 MaklerG dar.

Bezüglich des Verjährungseinwandes führt das Erstgericht aus, dass dem Kläger zuzubilligen ist, den Ausgang des Primärverfahrens abzuwarten und ist das Urteil des Obersten Gerichtshofes bezüglich dieses Primärprozesses erst im April 2012 ergangen.

Der Mitverschuldenseinwand der beklagten Partei wird vom Erstgericht verworfen.

#### Zweite Instanz:

Die zweite Instanz bestätigt das erstinstanzliche Urteil und verweist auf den Haftungsmaßstab nach § 1299 ABGB. Gemäß § 28 MaklerG besteht für den Makler die Pflicht der Erstellung einer Risikoanalyse und muss diese Risikoanalyse laufend überprüft werden.

Spätestens ab 07.03.2006 (Datum der OGH-Entscheidung) bestand dringender Handlungsbedarf.

Hinsichtlich der Verjährung führt die zweite Instanz aus, dass die Verjährungsfrist nicht vor Eintritt des Schadens zu laufen beginnt. Solange der Betrag von € 400.000,- ausgereicht hat (Versicherungssumme) ist noch kein Schaden im Vermögen des Klägers eingetreten.

#### OGH:

Der Oberste Gerichtshof hat die außerordentliche Revision des Beklagten für zulässig erklärt und gleichzeitig die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben.

Eine Verjährung der Ansprüche sei nicht eingetreten, da die Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB erst zu laufen beginnt, wenn dem Geschädigten die Person des Schädigers bekannt ist und der Schaden eingetreten ist.

Besteht die Ungewissheit darüber, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist und ist über diese Frage ein Rechtsstreit anhängig, ist auf die Rechtskraft dieser Entscheidung abzustellen, weil erst dann der Schadenseintritt unverrückbar feststeht und ausreichend sichere Informationen für eine Schadenersatzklage zur Verfügung stehen.

Der Versicherungsmakler haftet für eine mangelhafte Aufklärung nach dem erhöhten Haftungsmaßstab gemäß § 1299 ABGB.

Der Wunsch des Versicherungsnehmers, sohin des Klägers, nach bestmöglichem Versicherungsschutz ist zu achten.

Das Risikomanagement während der Laufzeit des Versicherungsvertrages gehört zu den Aufgaben des Versicherungsmaklers. Einzig auf eine OGH-Entscheidung hinzuweisen reicht nicht aus. Der Versicherungsnehmer ist auch auf die Konsequenz der OGH-Entscheidung in Bezug auf seine eigene Situation und dem bestehenden Versicherungsvertrag aufzuklären.

Der Makler wäre verpflichtet gewesen, den Arzt auf die Änderung der Rechtsprechung hinzuweisen und den bestehenden Versicherungsschutz zu diskutieren. Der Zuspruch eines gesamten Unterhaltes für ein behindertes Kind führt zu einer **wesentlichen Risikoerhöhung** und verpflichtet den Makler zum Anraten einer Versicherungsanpassung.

Dem Maklerunternehmen ist sohin eine Verletzung einer vertraglichen Aufklärungspflicht zur Last zu legen.

Der Oberste Gerichtshof geht auch davon aus, dass der Kläger bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung eine höhere Versicherungssumme, auch unter Berücksichtigung der höheren Versicherungsprämie, gewählt hätte.

Es ist sohin die Haftung des Maklers für den Obersten Gerichtshof unstrittig, jedoch nicht die Frage des Mitverschuldens des Versicherungsnehmers.

Ein Mitverschulden im Sinne des § 1304 ABGB setzt nach ständiger Rechtsprechung kein Verschulden im technischen Sinne voraus, es genügt die Sorglosigkeit des Geschädigten gegenüber seinen eigenen Gütern.

Der Kläger hätte, wenn er über die Entscheidung aus dem Jahre 2006 informiert war, von sich aus die Entscheidung ansprechen und seine Versicherungsdeckung hinterfragen müssen.

Das Problem des „Wrongful Birth“ war dem Kläger durchaus bekannt. Auch die Problematik des reinen Vermögensschadens. Es war offensichtlich auch eine Deckungssummenerhöhung Thema und muss davon ausgegangen werden, dass der Kläger über die bestehende Deckungssumme umfassend informiert war.

Der Oberste Gerichtshof meint, dass der Kläger bzw. der Versicherungsnehmer nicht untätig auf eine Empfehlung des Maklers warten darf. Er muss nachfragen bzw. im Anlassfall kritisch seine Versicherungssituation hinterfragen.

Nachdem keine Feststellungen darüber vorliegen, ob der Kläger über die Entscheidung aus dem Jahre 2006 vor seinem eigenen Schadensfall informiert war, hat der Oberste Gerichtshof die Entscheidung der Vorinstanzen aufgehoben und die Rechtssache an die Vorinstanzen zurückverwiesen.

Sollte der Versicherungsnehmer bzw. Kläger erst nach dem Schadenseintritt über die Entscheidung aus dem Jahre 2006 informiert worden sein, so gibt es keine Minderung der Schadenersatzpflicht der beklagten Partei nach § 1304 ABGB.

## IX.

### **Überprüfungspflicht des behandelnden Arztes bezüglich der Zusammensetzung eines von ihm verwendeten Medikamentes**

4 Ob 42/16t vom 30.03.2016

#### Sachverhalt:

Die Klägerin wurde im Rahmen einer ärztlichen Behandlung bei einer Lokalanästhesie an ihrer Nasenschleimhaut verätzt.

Der Erstbeklagte, ein HNO-Facharzt, hat bei der Oberflächenanästhesie eine Pantocain-Lösung verwendet, die von der drittbeklagten Partei irrtümlich, statt mit destilliertem Wasser, mit 96% Alkohol hergestellt wurde. Bisher hat die Apotheke eine solche Mischung nicht geliefert.

Der Arzt hat die richtige Mischung bestellt. Auf der Flasche befand sich eine Bezeichnung mit „2% Pantocain-Lösung“. Darunter stand die Zutatenliste in 1,6mm Größe, in welcher der tatsächliche Alkoholanteil richtig angegeben war. Auf der Flasche selbst war kein Warnhinweis angebracht.

Der Arzt hat die Zutatenliste nicht gelesen und ging irrtümlich davon aus, dass das von ihm bestellte Medikament richtig geliefert wurde.

#### Erste Instanz:

Die Klägerin begehrt Schmerzensgeld und Ersatz von Heilungskosten, Barauslagen und auch die Feststellung der Haftung der beklagten Parteien für Spät- und Dauerfolgen.

erstbeklagte Partei	behandelnde Arzt
zweitbeklagte Partei	Haftpflichtversicherung im Sinne des § 52d Abs. 6 ÄrzteG
drittbeklagte Partei	Apotheke

Die drittbeklagte Partei hat ihre Haftung dem Grunde nach anerkannt.

Die erst- und zweitbeklagten Parteien haben eingewandt, dass das richtige Medikament bestellt wurde und sich der Erstbeklagte darauf verlassen konnte, dass die drittbeklagte Partei das richtige Medikament mit der richtigen Zusammensetzung liefert, insbesondere da bisher immer das geliefert wurde, was bestellt worden war.

In erster Instanz wird das Klagebegehren gegenüber der erst- und zweitbeklagten Partei abgewiesen und begründet die erste Instanz das Urteil damit, dass der Arzt sich nur vergewissern müsse, ob er das richtige Medikament verwendet. Es kann von ihm aber nicht erwartet werden, sich über die richtige Zusammensetzung des Medikamentes zu informieren.

Der Arzt kann darauf vertrauen, dass er von der Apotheke das erhält, was er bestellt hat. Es bestand für den Arzt kein Anlass dafür, der Apotheke nicht zu vertrauen und eine Überprüfung der Zusammensetzung vorzunehmen.

Eine solche Überprüfungspflicht würde die **Sorgfaltspflicht des Arztes überspannen**.

Eine solche Überprüfungspflicht ergebe sich auch nicht aus der Apothekenbetriebsordnung.

### Zweite Instanz:

Die zweite Instanz bestätigt das erstinstanzliche Urteil und hält fest, dass der erstbeklagte Arzt nicht für das Verhalten der drittbeklagten Partei hafte, da diese nicht unmittelbar in die vertragliche Erfüllungshandlung gegenüber der Klägerin eingebunden worden sei.

Haftet sohin auch nicht der Arzt für eine unrichtig gelieferte und eingesetzte Endoprothese? Der Zahnarzt für ein mangelhaftes Zahnersatzmaterial? Ist der Arzt Adressat des § 22 Abs. 1 Z 3 ABO 2005?

### OGH:

Die Revision der klagenden Partei ist nicht nur zulässig, sondern auch berechtigt.

Ein Arzt hat nach § 1299 ABGB den Mangel der gewissenhaften Betreuung seines Patienten nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung zu vertreten. Er hat also jene Sorgfalt anzuwenden, die von einem ordentlichen und pflichtgetreuen Durchschnittsarzt in der konkreten Situation erwartet wird. Es ist zwar richtig, dass der Sorgfaltsmaßstab nicht überspannt werden darf, trifft den Arzt jedoch die Verpflichtung zur Überprüfung der konkreten Zusammensetzung eines von einem Apotheker zubereiteten Arzneimittels.

Der Schutzzweck der ABO 2005 ist, zu verhindern, dass der Patient durch Verwechslungen oder unrichtig zubereitete Arzneimittel geschädigt wird.

Der Apotheker ist verpflichtet, die Zusammensetzung des Medikamentes auf der Flasche anzugeben, damit es dem behandelnden Arzt möglich ist, die Zusammenstellung zu überprüfen, bevor das Medikament verabreicht wird.

Der Apotheker hat im gegenständlichen Fall zwar nicht das bestellte Medikament geliefert, jedoch das gelieferte Medikament richtig, bezüglich der Zutaten, bezeichnet.

Das Anführen der Zutaten auf der Flasche soll gewährleisten, dass der Arzt Kenntnis von den Bestandteilen hat. Adressat dieser Bestimmung ist sohin der Arzt.

Fraglich ist, ob die drittbeklagte Partei nicht zu Unrecht und vorzeitig die Ansprüche der klagenden Partei dem Grunde nach anerkannt hat; dies in Hinblick darauf, dass ja das Medikament richtig bezeichnet war und auch die Zutaten richtig angegeben waren.

Die ABO 2005 bestimmt, dass der Apotheker verpflichtet ist, die Zutaten richtig anzugeben, um dem Arzt die Möglichkeit zu geben, die Zutaten zu überprüfen, bevor das Medikament verabreicht wird.

Es stellt sich die Frage, ob ein Direktanspruch der klagenden Partei gegenüber der drittbeklagten Partei aus der Vertragshaftung besteht oder hier nur die Verschuldenshaftung zum Zuge kommt.

In der gegenständlichen Rechtssache ist davon auszugehen, dass der Arzt die Pflichten aus dem Behandlungsvertrag verletzt hat und darf der Arzt sich grundsätzlich nicht darauf verlassen, dass das bestellte Medikament in der angeforderten Zusammensetzung geliefert wird, da ihm ja die Möglichkeit eingeräumt wurde, die Zutaten des Medikamentes zu prüfen.

Der Grund des Anspruches gegenüber der erst- und zweitbeklagten Partei besteht sohin zu Recht und wurde die Rechtssache an die Vorinstanzen zurückverwiesen, um die Höhe der Forderung zu prüfen bzw. zu prüfen, ob Spät- und Dauerfolgen vorliegen.

## X.

### **Schmerzensgeld – bei seelischen Schmerzen ohne Folgen einer Körperverletzung**

4 Ob 48/16m vom 30.03.2016

#### Sachverhalt:

Im Jahre 2008 wurde der Kläger am Herzen operiert. Dabei ist die Spitze der Präparierschere abgebrochen und rutschte der abgebrochene Teil in die linke Pulmonalvene.

Die Operation wurde zu Ende geführt und verblieb die Spitze als Fremdkörper im Körper des Patienten.

Der Fremdkörper wird normalerweise in kurzer Zeit in den Körper integriert.

Anfangs bestand beim Kläger ein erhöhtes Risiko für eine lokale Entzündung bzw. für eine Blutvergiftung, ist jedoch eine solche Entzündung nicht eingetreten.

Der Fremdkörper hatte keine Einwirkungen auf den allgemeinen Gesundheitszustand des Klägers, er verursachte keine Schmerzen, keine krankheitswertigen psychischen Beeinträchtigungen und ist auszuschließen, dass der Fremdkörper wanderte bzw. lagen auch keine Spät- und Dauerfolgen vor.

Der Kläger zweifelte an der Situation und nagte an ihm die Ungewissheit, wobei die aufgetretene psychische Alteration keinen Krankheitswert erreicht hat. Die Entfernung der Spitze war zwar möglich, aber wäre nicht unkompliziert gewesen, sodass nach einer Risikoabwägung auf die Entfernung der Spitze verzichtet wurde.

Einzig fraglich ist, ob in der Zukunft bei einer MR-Untersuchung Komplikationen auftreten können bzw. war davon auszugehen, dass eine solche MR-Untersuchung nicht durchgeführt werden kann.

Die Schere wurde von der zweitbeklagten Partei hergestellt und begehrt der Kläger auf Basis des Produkthaftungsgesetzes einerseits ein Schmerzensgeld und andererseits die Feststellung bezüglich der Haftung für Spät- und Dauerfolgen.

#### Erste Instanz:

Die erste Instanz bejaht eine PHG-Haftung gegenüber der zweitbeklagten Partei und spricht ein Schmerzensgeld in der Höhe von € 5.500,- zu. Die Ansprüche gegenüber der erstbeklagten Partei wurden abgewiesen.

Begründet wird der Zuspruch damit, dass der Kläger aufgrund des Fremdkörpers weder körperliche Schmerzen verspürt, noch eine psychische Erkrankung erlitten hat. Es besteht jedoch beim Kläger ein Unbehagen bzw. eine Ungewissheit, die über ein bloßes Unlustgefühl hinausgehen. Diese Beeinträchtigung des Klägers sei abzugelten.

#### Zweite Instanz:

Das Schmerzensgeld wurde von der zweiten Instanz auf € 500,- reduziert und damit begründet, dass aufgrund des Abbrechens der Scherenspitze sich die Operation verlängert hat und auch ein erhöhtes Entzündungsrisiko nach der Operation vorgelegen ist. Diese beiden Erschwernisse der Operation werden mit einem Betrag von € 500,- abgegolten. Die beim Kläger vorliegende Ungewissheit führte nicht zu körperlichen Schmerzen und auch nicht zu einer psychischen Beeinträchtigung und ist somit nicht ersatzfähig.

OGH:

Es erfolgt eine Revision durch die klagende Partei nur gegen die Abweisung des Schmerzensgeldes über einem Betrag von € 500,--.

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

Das Feststellungsurteil gegen die zweitbeklagte Partei bleibt bestehen und basiert auf dem Anerkennung der zweitbeklagten Partei.

Das Schmerzensgeld hat die Aufgabe, eine Globalentschädigung für alle durch die eingetretenen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen zu gewähren, auch Unlustgefühle sind dabei zu berücksichtigen.

Seelische Schmerzen sind ersatzfähig, wenn sie Folgen einer Körperverletzung sind; dies gilt auch für den Fall einer längerdauernden Ungewissheit.

Für die Ausgleichsfähigkeit kommt es weder auf das Vorliegen eines eigenständigen Leidenszustandes von Krankheitswert, noch auf eine ärztliche Behandlungsbedürftigkeit an.

Nur in Ausnahmefällen kommt es zur Abgeltung eines seelischen Schmerzes ohne, dass dieser eine Folge einer Körperverletzung ist (Todesangst, Trauerschaden).

Das Verbleiben der Scherenspitze im Körper ist eine Körperverletzung, die zu Spätfolgen führen kann. Die Sorge des Klägers ist eine nachvollziehbare seelische Folge einer Körperverletzung nach § 1325 ABGB.

Der OGH verneint, dass dafür ein Betrag von € 5.000,-- als ausreichender Ausgleich anzusehen ist.

## XI.

### **Aufklärungspflicht bei Vorliegen einer Anomalie**

1 Ob 39/16s vom 31.03.2016

#### Sachverhalt:

Der beklagte Zahnarzt passte eine Zahnprothese an. Davor wurde der Fehlbiss der Klägerin mit einer Schiene behandelt. Die Behandlung erfolgte lege artis.

Die Metallprothese wurde fachgerecht und spannungsfrei angepasst, wobei sie gut bei den Schleimhäuten angelegen ist. Trotzdem kam es zu starken Schmerzen und konnte die Ursache vorerst nicht erkannt werden.

Erst im Nachhinein hat sich herausgestellt, dass die Klägerin an einem atypischen Gesichtsschmerz litt, welcher durch eine zahnärztliche Behandlung hervorgerufen werden kann.

Über diesen Umstand wurde die Klägerin vom Zahnarzt nicht aufgeklärt. Es erfolgte nur eine Aufklärung über ein mögliches Fremdkörpergefühl nach der Einsetzung der Metallprothese.

Die Klägerin wurde, wie bereits ausgeführt, über die Möglichkeit des Auftretens von Fremdkörpergefühlen und einer möglichen Reaktion bei Einsetzung der Metallprothese aufgeklärt und bestritt der geklagte Arzt den kausalen Zusammenhang zwischen seiner Behandlung und den aufgetretenen Schmerzen.

#### Erste Instanz:

Die Klage wird abgewiesen und verneint das Erstgericht das Vorliegen eines Behandlungsfehlers und eines Aufklärungsmangels.

Darüber hinaus stellt das Gericht fest, dass sich die Klägerin auch bei einer entsprechenden Aufklärung für die Operation entschieden hätte. Das Erstgericht lässt offen, ob die Klägerin über die Komplikation – Gesichtsschmerz - aufgeklärt hätte werden müssen.

#### Zweite Instanz:

Die zweite Instanz bestätigt das Ersturteil und erläutert die Problematik, ob das Vorbringen der beklagten Partei den Einwand der hypothetischen Zustimmung beinhaltet.

Die klagende Partei vermeint, dass die diesbezüglich vorliegende Feststellung des Erstgerichtes überschießend sei und nicht auf einem Vorbringen der beklagten Partei basiert.

Das Berufungsgericht führt dazu aus, dass das Vorbringen der beklagten Partei so zu verstehen ist, dass die klagende Partei jedenfalls auch bei einer umfassenden Aufklärung der Operation zugestimmt hätte.

Nachdem der Arzt nur vorgebracht hat, dass er die Klägerin umfassend und ausreichend aufgeklärt hat, vermeint das Berufungsgericht die Revision an den Obersten Gerichtshof zuzulassen, um abzuklären, ob dieses Vorbringen auch eine hypothetische Zustimmung bei gehöriger Aufklärung mitumfasst.

#### OGH:

Der Oberste Gerichtshof erklärt die Revision für nicht zulässig, da im Sinne des § 502 Abs. 2 ZPO keine erhebliche Rechtsfrage vorliegt.

In der Revision lässt die klagende Partei die Behauptung eines Behandlungsfehlers fallen.

In der Judikatur des Obersten Gerichtshofes hat sich der Grundsatz gebildet, dass die ärztliche Aufklärung den Einwilligenden in den Stand versetzen soll, die Tragweite seiner Erklärung zu überschauen. Nachdem der konkrete Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängt, bildet diese Frage regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage.

Berücksichtigt man, dass die Somatisierungsstörung der Klägerin eine **Anomalie** darstellt, ist eine Aufklärungspflicht nur dann zu bejahen, wenn diese Störung bei einer größeren Anzahl von Menschen auftritt und damit im Aufklärungsgespräch ins Kalkül zu ziehen wäre oder der Arzt über diese Anomalie des Patienten informiert war.

Über Behandlungsrisiken, die sich nur ganz selten und unter ganz bestimmten Umständen verwirklichen, ist **nicht aufzuklären**.



## **XII.**

### **Haftung bei mangelhafter Aufklärung über nachhaltige Folgen einer Nichtbefolgung der therapeutischen Anweisung**

7 Ob 46/16i vom 06.04.2016

#### Sachverhalt:

Dem behandelnden Arzt war bewusst, dass der Kläger bei der Aufnahme seiner beruflichen Tätigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Relaxation der Schulter erleiden würde. Über diesen Umstand bzw. über diese Befürchtung hat der Arzt den Kläger nicht aufgeklärt.

Der Arzt war ausdrücklich mit der Arbeitsaufnahme des Klägers einverstanden und wusste er, dass der Kläger bei seiner Arbeit schwere Sachen tragen muss.

Der Arzt war damit einverstanden, dass der Kläger vorerst einmal probieren soll, seinen Arbeit in vollem Umfang auszuführen und könne er ja im Nachhinein den Arbeitgeber um Schonarbeiten ersuchen.

Darüber hinaus ist erschwerend, dass der Kläger über seine mangelnde Kraft im Schulterbereich Sorgen äußerte, ihm jedoch von Seiten des Arztes begegnet wurde, dass mit der Arbeit auch die Kraft wiederkommen würde.

#### Erste und zweite Instanz:

Die beiden Instanzen geben dem Klagebegehren statt und gehen von einem Aufklärungsfehler bzw. von einer Aufklärungspflichtverletzung des Arztes aus. Das Mitverschulden des Klägers wird verneint.

Der Arzt hätte den Kläger darüber aufklären müssen, dass er keine schweren Lasten heben darf, wobei der Kläger auch darüber informiert hätte werden müssen, dass bei einem Verstoß gegen diese Anweisung des Arztes eine Relaxation der Schulter droht.

#### OGH:

Die außerordentliche Revision des Beklagten wird vom Obersten Gerichtshof mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen.

Der Oberste Gerichtshof hält fest, dass der Arzt nach Versorgung einer Verletzung den Patienten über die nachteiligen Folgen einer Nichtbefolgung der therapeutischen Anweisungen aufzuklären hat.

Darüber hinaus hat der Arzt den Patienten auch anzuleiten, es zu unterlassen, Arbeiten auszuführen, welche aufgrund der vorliegenden Verletzung zu einer Verschlimmerung der Verletzung bzw. zu einem Wiederaufleben der Verletzung führen könnten.

Ärzte sind, je nach den Umständen des Einzelfalls, verpflichtet, den Patienten über das richtige Verhalten nach der Behandlung aufzuklären.

Am Rande ist zu erwähnen, dass im gegenständlichen Verfahren auch die Frage der Zulässigkeit einer schriftlichen Zeugenaussage erörtert wurde und hat der Oberste Gerichtshof ausdrücklich festgehalten, dass eine schriftliche Zeugenaussage unzulässig ist. Aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips hat eine Zeugenaussage mündlich zu erfolgen. Eine schriftliche Stellungnahme (schriftliche Zeugenaussage) kann nur als Urkunde gewertet werden.

Bezüglich der Revision des Klägers führt der Oberste Gerichtshof aus, dass bei der Bemessung des Schmerzensgeldes jede Verletzung nach ihrer Gesamtauswirkung und den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalls zu betrachten und auf dieser Basis eine Bemessung vorzunehmen ist. Zur Vermeidung von Ungleichmäßigkeiten in der Rechtsprechung ist ein objektiver Maßstab anzulegen, liegt jedoch im gegenständlichen Fall keine aufzugreifende Fehlbemessung vor. Eine aus dem Rahmen fallende Schmerzensgeldbemessung stellt eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs. 2 ZPO dar.

### **XIII.**

#### **Aufklärungspflicht über nichtbestehende Kostendeckung für die Behandlung**

9 Ob 19/16h vom 21.04.2016

##### Sachverhalt:

Nach einem Skiunfall wurde eine Patientin in einem Ambulatorium erstversorgt und überlegte gemeinsam mit den Ärzten, wo die Operation schlussendlich durchgeführt werden soll.

Die Entscheidung fiel auf die Privatkrankenanstalt der klagenden Partei. Die Beklagte wusste, dass es sich bei dieser Krankenanstalt um eine Privateinrichtung handelt.

Die Dispositions- und Diskretionsfähigkeit der Beklagten war zum Zeitpunkt der Behandlungsentscheidung nicht eingeschränkt. Die Beklagte gab an, dass sie über eine Zusatzversicherung verfüge und schloss einen Behandlungsvertrag ab.

Tatsächlich hat sich im Nachhinein herausgestellt, dass die Beklagte nur eine gesetzliche Krankenversicherung hatte. Die offenen Behandlungskosten wurden von der klagenden Partei gegenüber der beklagten Partei gerichtlich geltend gemacht. Die Beklagte vermeinte, dass sie über die Kostenfrage vorab aufgeklärt hätte werden müssen bzw. von der Klägerin abgeklärt hätte werden müssen, ob eine Kostendeckung durch die Versicherung der beklagten Partei gegeben ist.

##### Erste und zweite Instanz:

Die Vorinstanzen geben den Klagebegehren im vollen Umfang statt und sehen im Verhalten der klagenden Partei keinen Sorgfaltsverstoß.

##### OGH:

Der OGH hat die Revision der beklagten Partei zurückgewiesen.

Der Behandlungsvertrag ist ein im Gesetz nicht näher typisiertes Vertragsverhältnis. Der Arzt schuldet eine fachgerechte Behandlung, aber keinen Erfolg. Ein besonderes Merkmal dieses Behandlungsvertrages ist die Aufklärungspflicht. Diese verpflichtet den Arzt den Patienten über die Art und Schwere, sowie die möglichen Gefahren und schädlichen Folgen einer Behandlung zu unterrichten. Diese Aufklärung soll den einwilligenden Patienten in Stand setzen, die Tragweite seiner Einwilligung zu überschauen.

Es gibt keine analoge Anwendung der medizinischen Aufklärungspflicht hinsichtlich der Versicherungsabrechnung oder Kostenfrage. Den Arzt bzw. die Krankenanstalt trifft in diesem Zusammenhang auch keine besondere Warnpflicht.

Wird kein Entgelt vereinbart und ist auch nicht ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart, gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen.

Die Beklagte hat den Behandlungsvertrag nicht wegen „Irrtums“ angefochten.

Die Zustimmung zur Operation bzw. zur Behandlung erfolgte nicht unter der Voraussetzung der Kostendeckung durch die bestehende Versicherung.

Fraglich ist, ob für den Fall, dass eine Kostendeckung Voraussetzung für die Behandlung gewesen wäre, die von der Klägerin für den Eingriff erteilte Einwilligung rechtsungültig ist. Dies kann wohl nicht der Fall sein, da die Kostendeckungsfrage nicht in einem Zusammenhang mit dem Eingriff gesehen

werden darf. Es ist durchaus möglich, dass in diesem Fall eine Kostenersatzpflicht der Patientin nicht gegeben ist.

Die Beklagte hat im gegenständlichen Fall die klagende Partei nicht ausdrücklich mit der Prüfung der Kostendeckung beauftragt.

Eine Sorgfaltspflichtverletzung der klagenden Partei liegt sohin nicht vor.

## XIV.

### Beweislastumkehr

1 Ob 41/16k vom 28.04.2016

#### Sachverhalt:

Die Patientin erlitt eine Blinddarmentzündung und infolge einen Blinddarmdurchbruch, wobei eine Notoperation durchgeführt werden musste.

Am 09.12.2011 fand sich die Klägerin zu einer Kontrolluntersuchung bei der beklagten Partei ein. Fraglich ist, ob bei dieser Untersuchung die Blinddarmentzündung erkannt werden hätte können.

Tatsächlich erfolgte jedoch keine Untersuchung des Blinddarmbereiches an diesem Tag und hätte eine entsprechende Untersuchung an der eingetretenen nachteiligen Gesundheitsfolge nichts geändert.

Aus dem Sachverständigengutachten ergibt sich, dass die Behandlung in der Zeit von 05.12.2011 bis 16.01.2012 aus chirurgischer Sicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt ist. Eine Operationsindikation war am 09.12.2011 nicht gegeben.

Bei der oben angeführten Kontrolluntersuchung wurde eine Zyste festgestellt und wurde die Klägerin über diese Zyste bzw. die Folgen dieser Zyste umfassend aufgeklärt, hatte jedoch diese Zyste mit der späteren Operation nichts zu tun.

#### Erste und zweite Instanz:

Beide Instanzen haben das Klagebegehren abgewiesen und darauf hingewiesen, dass die Aufklärungspflicht der behandelnden Ärzte nur die bei der Erstuntersuchung festgestellte Zyste betrifft. Eine etwaige Aufklärungspflichtverletzung in diesem Zusammenhang ist nicht relevant, da im Fall einer Aufklärungspflichtverletzung der behandelte Arzt nur für die Verwirklichung jenes Risikos haftet, auf welches hinzuweisen gewesen wäre.

Eine Dokumentation dieser Kontrolluntersuchung (Ausdruck und Archivierung eines Ultraschallbildes) ist nicht erfolgt und vermeint die Beklagte, dass bei einer ordnungsgemäßen Dokumentation dieser Kontrolluntersuchung unter Umständen auf den Ultraschallbildern das Entzündungsgeschehen erkannt hätte werden können.

Dies widerspricht jedoch der Feststellung des Erstgerichtes, wonach zum Zeitpunkt der Kontrolluntersuchung noch keine Entzündung des Blinddarms vorgelegen ist.

Nach Ansicht der ersten und zweiten Instanz liegen sohin weder ein Behandlungsfehler, noch ein Aufklärungsfehler und schon gar kein Diagnosefehler vor.

#### OGH:

Es besteht keine Dokumentationspflichtverletzung im Zusammenhang mit der Blinddarmentzündung, sodass keine Beweislastumkehr vorzunehmen ist, da feststeht, dass von der gynäkologischen Untersuchung der Bereich des Blinddarms überhaupt nicht erfasst war.

Die Beweislast für das (Nicht-)Vorliegen der Kausalität zugunsten des Patienten wird dann umgekehrt, wenn ein ärztlicher Behandlungsfehler feststeht und es unzweifelhaft ist, dass die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts durch den ärztlichen Kunstfehler nicht bloß unwesentlich erhöht wurde.

Es besteht jedoch im gegenständlichen Fall weder ein Behandlungsfehler, noch ein Diagnosefehler, sodass die Beweislastumkehr nicht zur Anwendung kommt.

## XV.

### Hypothetische Aufklärung

10 Ob 42/16y vom 07.06.2016

#### Sachverhalt:

Am 19.11.2007 wurde bei einer Patientin vom Erstbeklagten im Spital der Zweitbeklagten das Knie aufgrund einer Miniskusverletzung operiert. Die OP wurde lege artis ausgeführt. Es konnte nicht festgestellt werden, dass der behandelnde Arzt vor der ersten Operation die Klägerin über die mit einer Arthroskopie typisch verbundenen Risiken und Komplikationen (Erguss und Infektion) aufgeklärt hat.

Es steht zweifelsfrei fest, dass sich die Klägerin bei einer umfassenden Aufklärung der Operation unterzogen hätte.

Am 29.11.2007 erfolgte eine Punktation und wurde Cortison in das Kniegelenk injiziert. Die Klägerin wurde auch hier weder über die Art der Behandlung, noch über die damit zusammenhängenden Risiken aufgeklärt.

Auch diese Behandlung hätte die Klägerin bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung durchführen lassen.

Ab dieser Punktation hat sich bis zur zweiten Operation am 12.12.2007 im Knie der Klägerin schleichend eine Infektion entwickelt. Diese Infektion war durch Laborwerte nicht zu erkennen. Aufgrund des Verdachtes einer Infektion war die Operation am 12.12.2007 lege artis und zeitgerecht (Arthroskopie).

#### Erste und zweite Instanz:

Das Klagebegehren wird in erster und zweiter Instanz abgewiesen.

Die Vorinstanzen haben eine Aufklärungspflichtverletzung festgestellt und haben sich aus dem Sachverständigen Gutachten im erstinstanzlichen Verfahren ergeben, dass die Eingriffe lege artis durchgeführt wurden und der Schmerzzustand der Klägerin nicht auf die Behandlung zurückzuführen war.

Wie bereits ausgeführt, hat das Gericht auch festgestellt, dass sich die Klägerin den Behandlungen auch bei einer umfassenden Aufklärung unterzogen hätte.

Der Arzt haftet nur dann bei der Verwirklichung einer Aufklärungspflichtverletzung, wenn sich ein Risiko verwirklicht, auf welches der Arzt hinweisen hätte müssen.

Ein solches Risiko habe sich bei den beiden Operationen nicht verwirklicht.

#### OGH:

Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen, da keine erhebliche Rechtsfrage vorliegt.

Der Oberste Gerichtshof weist nochmals darauf hin, dass er keine Tatsacheninstanz, sondern nur eine Rechtsinstanz ist.

Die Punktation war schadenskausal und liegt bezüglich der Punktation ein Aufklärungsmangel vor. Dieser Aufklärungsmangel ist jedoch nicht relevant, da die Klägerin der Behandlung auch bei umfassender Aufklärung zugestimmt hätte.

Was nunmehr die Operation am 12.12.2007 betrifft, so sei die Klägerin ausreichend über die Risiken und Komplikationen, welche mit der Operation in Zusammenhang stehen, aufgeklärt worden; dies anhand eines Aufklärungsbogens. Auch die Überlegungsfrist war aufgrund der akuten Infektion jedenfalls ausreichend. Es ist davon auszugehen, dass der Aufklärungsbogen als Grundlage für die Aufklärung herangezogen wurde, jedoch die Aufklärung mündlich durch die behandelnden Ärzte erfolgt ist.



## XVI.

### Schmerzensgeld für deutlich reduzierte Lebenserwartung

10 Ob 89/15h vom 07.06.2016

#### Sachverhalt:

Der Kläger wurde in einem Spital wegen starken Schmerzen in der linken Schulter behandelt.

Tatsächlich handelte es sich um ein Koronar-Syndrom und liegt sohin ein **Diagnosefehler** vor.

3 Tage nach der Behandlung erlitt der Kläger einen Herzinfarkt, der zu irreversiblen Schäden am Herzen führte.

Aus dem Sachverständigengutachten ergab sich, dass bei rechtzeitiger Diagnose, fachgemäßer Untersuchung und rechtzeitiger Therapie die Durchblutung wiederhergestellt hätte werden können und der Herzinfarkt wahrscheinlich verhindert worden wäre.

Als Folge litt der Kläger an mittelstarken und leichten Schmerzen, Atemnot und Beklemmungsgefühlen. Es bestand eine erhebliche psychische Belastung und eine depressive Verstimmung.

#### **Die statische Lebenserwartung war durch den Herzinfarkt erheblich reduziert.**

Der Kläger machte gegenüber der beklagten Partei ein Schmerzensgeld von € 200.000,- geltend, wobei bereits vor Klageeinbringung ein Betrag von € 50.000,- von der Haftpflichtversicherung der Krankenanstalt bezahlt wurde. Verfahrensgegenständlich war sohin restlich ein Betrag von € 150.000,-.

#### Erste Instanz:

Die erste Instanz spricht dem Kläger einen Betrag von € 100.000,- zu und begründet die Höhe des Schmerzensgeldes damit, dass mit diesem Schmerzensgeld auch die Verminderung der Leistungsfähigkeit, die erlittenen Schmerzen, die fortschreitende Beeinträchtigung **aber auch die Verkürzung der Lebenserwartung** abgegolten werden soll.

Das globale Schmerzensgeld beläuft sich sohin gesamt inkl. vorprozessualer Zahlung auf € 150.000,-. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

#### Zweite Instanz:

Sowohl der Kläger, als auch die beklagte Partei berufen gegen das erstinstanzliche Urteil. Beide wegen der Höhe des Schmerzensgeldes. Der Grund des Anspruches ist unstrittig.

Die beklagte Partei wendet ein, dass aufgrund des Umstandes, dass der Endzustand der Heilung noch nicht vorliegt, ein globales Schmerzensgeld nicht zugesprochen werden könne.

Die zweite Instanz führt aus, dass bereits ein stabiler Dauerzustand vorliegt und sohin eine Globalbemessung des Schmerzensgeldes möglich ist. Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt, beide Berufungen abgewiesen.

#### OGH:

Die Revision der beklagten Partei ist zulässig und berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof gibt der Revision der beklagten Partei Folge und reduziert das zugesprochene Schmerzensgeld von € 100.000,- auf € 40.000,-, sodass das Globalschmerzensgeld sich mit € 90.000,- ergibt.

Das Schmerzensgeld ist die Genugtuung für alles Ungemach, das der Geschädigte infolge seiner Verletzung, bzw. ärztlichen Fehlbehandlung und ihrer Folgen zu erdulden hat.

Das Schmerzensgeld soll den Gesamtkomplex der Schmerzempfindungen unter Bedachtnahme auf die Dauer und die Intensität der Schmerzen nach ihrem Gesamtbild, auf die Schwere der Verletzungen und auf das Maß der physischen und psychischen Beeinträchtigungen des Gesundheitszustandes abgelten.

Die durch die Schmerzen entstandenen Unlustgefühle sollen ausgeglichen werden und der Verletzte in die Lage versetzt werden, sich als Ersatz für die Leiden und anstelle der ihm entgangenen Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen.

Das Schmerzensgeld ist nach freier Überzeugung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls für alles Ungemach, das der Verletzte bereits erduldet hat und voraussichtlich noch zu erdulden haben wird, grundsätzlich **global** festzusetzen.

Es ist jedoch ein **objektiver Maßstab** anzulegen, um zu vermeiden, dass eine Unausgewogenheit bei Schmerzensgeldzusprüchen in unzumutbarer Form entsteht.

Eine Begrenzung des Schmerzensgeldes oder die Geltendmachung eines Teilschmerzensgeldes ist nur unter besonderen Umständen möglich, wenn kein Dauer(-end)zustand vorliegt, oder der Heilungsverlauf von der Erwartung abweicht.

Ein Teilschmerzensgeld kann grundsätzlich nur vom Kläger begehrt werden, kann jedoch der Beklagte nicht einwenden, dass eine Globalbemessung nicht möglich sei.

Im gegenständlichen Rechtsstreit ist eine Globalbemessung durchaus möglich.

Der Oberste Gerichtshof hat bisher die Zuerkennung einer Entschädigung für die verringerte Lebenserwartung abgelehnt – eine solche Entschädigung sei mit der Zweckbestimmung des Schmerzensgeldes nicht zu vereinbaren.

Es ist jedoch im gegenständlichen Fall darauf zu achten, dass der Leidenszustand des Klägers sich aus dem Wissen um die verringerte Lebenserwartung erhöht und ist dieser Leidenszustand bei der Bemessung des Schmerzensgeldes durchaus zu berücksichtigen.

Die Höhe des zugesprochenen Schmerzensgeldes sprengt jedoch den höchstgerichtlich vorgegebenen Rahmen.

Zum Vergleich hat der Oberste Gerichtshof nachstehende Entscheidungen für den vorgegebenen Rahmen zitiert:

- 2 Ob 104/06t
- 2 Ob 180/04s
- 2 Ob 83/14s
- 2 Ob 175/14w

Zu beachten ist, dass der Oberste Gerichtshof ausdrücklich festhält, dass ein Schmerzensgeldzuspruch hinsichtlich der verringerten Lebenserwartung nicht für jenen Zeitraum zu bemessen ist, welchen der Kläger nicht mehr erlebt, sondern einzig der Leidenszustand zu berücksichtigen ist, in welchem sich der Kläger im Bewusstsein der verkürzten Lebenserwartung befindet.

Auch hier zitiert der Oberste Gerichtshof zwei Entscheidungen, einerseits 2 Ob 221/02t und 10 Ob 71/04w.

Nur bei einer Abhängigkeit des Patienten von anderen Menschen (umfassende Pflege) und dann wenn dem Geschädigten keine aktive und selbstbestimmte Lebensgestaltung mehr möglich ist, ist ein höhere Schmerzensgeldbetrag zuzusprechen.

Im gegenständlichen Fall kann der Kläger am familiären und beruflichen Leben noch teilnehmen und liegt keine schwerwiegende Bewusstseinsstörung vor.