

Medizinrecht – Anwalt – Cercle • Medizinrecht – Sachverständigen – Cercle



Intensivseminar 07.09. und 08.09.2012

ÄRZTE- UND SACHVERSTÄNDIGENHAFTUNG

Im Lichte der neuesten Rechtsprechung

Vortragender: Mag. Gerhard Stingl, Rechtsanwalt,
Kalchberggasse 10, 8010 Graz

Die Ärzthaftung im Lichte der Rechtsprechung 2011/2012

„Der Arzt schuldet keinen Erfolg aber eine gewissenhafte Betreuung nach Maßgabe der medizinischen Wissenschaft und der ärztlichen Erfahrung mit jener Sorgfalt die von einem ordentlichen pflichtgetreuen Durchschnittsarzt in der konkreten Behandlungssituation erwartet werden kann.“

„Wer noch nie einen Fehler gemacht hat, hat sich noch nie an etwas Neuem versucht“.

Inhalt:

1. Die neueste Rechtsprechung im Bereich der Arzt- und Sachverständigenhaftung unter Berücksichtigung des faktischen Zusammenspiels des Belegarztes mit dem Belegspital unter Einbeziehung der Rechtsstellung des Konsiliararztes und des angestellten Arztes
2. Aktuelle Rechtsprechung zum Problemkreis der Aufklärungspflicht unter Bedachtnahme der dadurch entwickelten Maßstäbe
3. Eingriff in die ärztliche „Therapiefreiheit“ durch die Bestimmungen des Heimaufenthaltsgesetzes
4. Die Ärzthaftpflichtversicherung im Lichte der Entscheidung des OGH 7 Ob 72/11 f vom 31.08.2011
5. Die Verjährungsproblematik bei Schadenersatzprozessen im Zusammenhang mit einem Behandlungs- und/oder Therapiefehler
6. Diskussion der aktuellen Rechtsprechung zur Sachverständigen- und Ärzthaftung 2011/2012

1. Die neueste Rechtsprechung im Bereich der Arzt- und Sachverständigenhaftung unter Berücksichtigung des faktischen Zusammenspiels des Belegarztes mit dem Belegspital unter Einbeziehung der Rechtsstellung des Konsiliararztes und des angestellten Arztes

Allgemein:

§ 49 Ärztegesetz 1998, 1. Absatz:

*„Ein Arzt ist verpflichtet, jeden von ihm in ärztliche Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken ohne Unterschied der Person **gewissenhaft** zu betreuen. Er hat sich laufend im Rahmen anerkannter Fortbildungsprogrammen der Ärztekammer in den Bundesländern oder der österreichischen Ärztekammer oder im Rahmen anerkannter ausländischer Fortbildungsprogramme **fortzubilden** und nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung, sowie unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften und der fachspezifischen Qualitätsstandards, insbesondere aufgrund des Gesundheitsqualitätsgesetzes, **das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren.**“*

Der Arzt, der seine Leistung entgeltlich anbietet, haftet gegenüber seinen Patienten und gegebenenfalls auch gegenüber Dritten als Sachverständiger im Sinne des **§ 1299 ABGB**.

„Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt, oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muss daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewusst, oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können; so fällt sogleich dem Letzteren ein Versehen zur Last.“

Die Diagnose und Behandlung des Arztes muss immer entsprechend den Grundsätzen der **medizinischen Wissenschaft** und den **Regeln der ärztlichen Kunst** erfolgen.

Wenn mehrere Behandlungsmethoden nach der anerkannten schulmedizinischen Wissenschaft möglich sind, obliegt es dem behandelnden Arzt die Auswahl vorzunehmen, wobei der Patient immer einen Anspruch auf die sicherste Behandlungsmethode hat.

Die sicherste Behandlungsmethode ist nicht immer die wirkungsvollste. Der Arzt hat hier eine angemessene Risikoabwägung vorzunehmen.

Die Entscheidung, welche Behandlungsmethode angewandt wird, setzt voraus, dass der Patient vom Arzt über die jeweiligen **Alternativbehandlungsmöglichkeiten** auch umfassend informiert wurde.

Es droht:

- eine Null- Risikobehandlung
- die Entwicklung einer Passivmedizin bzw. Sicherheitsmedizin
- eine evidente Kostensteigerung durch Absicherungsmedizin
- eine Einschränkung der Entwicklung medizinischer Methoden
- die Unterbindung der Eigenverantwortung der behandelnden Ärzte
- ein Verabschieden von der wirkungsvollsten Behandlungsmethode hin zur sichersten Behandlungsmethode

Die Medizin, in deren Anwendung am Patienten, wird geprägt durch Standards, die im Gerichtsverfahren unter Beiziehung von gerichtlichen Sachverständigen festgeschrieben werden.

Der behandelnde Arzt als durchaus gut aus- und weitergebildeter Fachmann steht einem hochspezialisiertem Sachverständigen gegenüber, der meist über universitäres Zusatzwissen verfügt und oft auch Verfechter einer speziellen Lehrmeinung ist, an deren Entwicklung er nicht selten persönlich mitgewirkt hat.

Was den gerichtlichen Sachverständigen disqualifiziert:

- Keine Einsicht in tägliche Praxis an Versorgungsspitalern oder Durchschnittspraxen
- Der Gerichtssaal dient als Ort der Selbstdarstellung des medizinischen Sachverständigen
- Umfassende Schwierigkeiten der Sachverständigen mit der Anwendung der ex ante Betrachtung

Es kommt nicht selten vor, dass bei Überprüfung einer im medizinischen Alltag durchgeführten Behandlung, der behandelnde Arzt als Beklagter mehreren Sachverständigen, welche in ihren Fachgebieten spezialisiert sind, gegenübersteht (Neurologie, Psychiatrie, Chirurgie, Interne Medizin, Anästhesie bzw. Notfallmedizin).

Belegarzt versus Belegspital versus Konsiliararzt

Die aktuelle Rechtsprechung des OGH führt mehr und mehr zu einer solidarischen Haftung der selbstständigen Belegärzte und der Belegspitäler, teilweise unter Einbeziehung tätig gewordener Konsiliarärzte.

Dieser Umstand ergibt sich durch die Vielartigkeit der zu erbringenden Leistungen, der Anzahl diverser an der Behandlung beteiligten Erfüllungsgehilfen und der tief greifenden Verzahnung der unterschiedlichen Aufgabengebiete von Spital und Arzt.

Die vertragliche Grundlage für dieses Rechtskonstrukt ist weiterhin der „**gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag**“ im Gegensatz zum „**vollen Krankenhausaufnahmevertrag**“.

Vereinfachte Aufgabenteilung:

Belegspital: Erbringt OP Leistungen und Anstaltspflege ohne ärztliche Dienstleistung

Belegarzt: Schließt mit dem Patienten direkt einen Behandlungsvertrag ab

Praxis:

- Der Erstkontakt mit dem Patienten bzw. die Vorbesprechung und die Erstellung der Diagnose erfolgt durch den Belegarzt in dessen Privatordination.
- Die Aufnahme des Patienten und die Erstellung der Anamnese erfolgt durch einen Mitarbeiter des Belegspitals, wobei hier die Dokumentation eine wichtige Rolle spielt.
- Ein Anästhesist, sowie auch ein Internist werden beigezogen, um die OP-Tauglichkeit, die oft noch nicht geprüft wurde, abzuklären. Hier tritt der Anästhesist meist als Angestellter des Belegspitals bzw. der Internist als Konsiliararzt auf.

- Die ärztliche Operationsassistenz wird meist vom Belegarzt gestellt.
- Das Belegspital verpflichtet sich gegenüber dem Belegarzt eine entsprechende Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, wobei hier auch das Operationspersonal mitumfasst ist.
- Die Betreuung des Patienten im Aufwachzimmer erfolgt durch Mitarbeiter des Belegspitals, jedoch meist als weisungsunterworfenen Erfüllungsgehilfen des Belegarztes.
- Bei Vorhandensein einer Intensivstation, was immer häufiger in Privatsanatorien anzutreffen ist, wird das gesamte Personal, sowie auch der Intensivmediziner vom Spital zur Verfügung gestellt, wobei es sich hier teilweise auch um Konsiliarärzte handeln kann.
- Auf der Station wird der Patient vom Pflegepersonal, welches das Belegspital zur Verfügung stellt, betreut und wird die ärztliche Betreuung durch so genannte Stationsärzte, Angestellte des Belegspitals, vorgenommen.

Problematisch erscheint die Stellung des Personals des Belegspitals gegenüber dem Belegarzt bzw. die entsprechenden Weisungsbefugnisse, wobei die jeweiligen Ärzte des Belegspitals oft auch in Eigenverantwortung handeln müssen (müssten).

Immer häufiger werden, wie bereits ausgeführt, **Konsiliarärzte** beigezogen, wobei diese Konsiliarärzte teilweise schon in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zum Belegspital stehen.

Dies ist aus rechtlicher Sicht nicht unerheblich, da diese Konsiliarärzte entweder in Eigenverantwortung, oder als Erfüllungsgehilfen des Belegarztes aber auch als Erfüllungsgehilfen des Belegspitals tätig werden können.

- Internist und Anästhesist für OP-Tauglichkeit
- Radiologe für OP-Vorbereitung und auch teilweise OP-Tauglichkeit
- Pathologe
- Anästhesist während der Operation
- Operationsassistenz
- Als Spezialist beigezogener Facharzt

Es ist oft unklar, auf Basis welcher Vertragsverhältnisse die jeweiligen Ärzte oder das jeweilige Pflegepersonal tätig wird. Es besteht die Möglichkeit eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Konsiliararzt und dem Belegarzt, dem Konsiliararzt und dem Belegspital bzw. auch dem Konsiliararzt und dem Patienten direkt.

Insbesondere im Zusammenhang mit der Nachbehandlung überschneiden sich die Verantwortungsbereiche des Belegspitals und des Belegarztes, wobei hier ein besonderer Wert auf eine ordnungsgemäße und umfassende **Dokumentation** zu legen ist, dies insbesondere im Hinblick auf die Weisung des Belegarztes an die jeweiligen Stationsärzte.

Dienstnehmerhaftpflichtgesetz

Das DHG regelt die Haftung für Schäden, die bei Ausführung von Arbeitsleistungen dem Dienstgeber oder Dritten zugefügt worden sind.

Das DHG ist auch auf arbeitnehmerähnliche Personen anzuwenden.

Strittig ist, bzw. liegt diesbezüglich noch keine Entscheidung vor, inwieweit auch Kassaärzte gegenüber der jeweiligen Krankenkasse in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis stehen.

Auch fraglich ist die Stellung wirtschaftlich abhängiger Belegärzte zum jeweiligen Belegspital, wobei hier nicht selten die Leistung des Belegarztes über das Belegspital gegenüber dem Patienten abrechnet wird und teilweise auch eine Weisungsbindung des Arztes gegenüber dem Spital gegeben ist.

Nach dem DHG gibt es eine gestufte Abschwächung der Schadenersatzpflicht des Dienstnehmers:

- **Leichteste Fahrlässigkeit** (entschuld bare Fehlleistung) führt zu keiner Haftung
- **Leichte Fahrlässigkeit** führt zur Haftung, kann jedoch aufgrund eines Mäßigungsrechtes vom Gericht vollkommen erlassen werden
- **Grobe Fahrlässigkeit** führt zu einem Mäßigungsrecht des Gerichtes

Die Grundfrage lautet: „Ist ein Arzt in Ausübung seiner Tätigkeit in fachlicher Hinsichtlich weisungsgebunden“.

Auch einen angestellten Arzt trifft der Sorgfaltsmaßstab des Sachverständigen nach § 1299 ABGB. Eine erkennbar unrichtige Weisung ist nicht zu befolgen.

Für eine Haftung des Dienstnehmers nach dem DHG besteht keine gesetzlich vorgeschriebene **Berufshaftpflichtversicherung**, ist jedoch der Abschluss einer solchen Berufshaftpflichtversicherung zur Absicherung dieses wirtschaftlichen Risikos angeraten.

Angefragte Problemstellung aus der Praxis:

Ein Kollege hat einen nicht uninteressanten Sachverhalt an mich herangetragen:

Ein Oberarzt führt auch eine Privatordination, in welcher sich ein Patient an ihn wendet. Die Notwendigkeit einer Operation wird vom Oberarzt mit dem Patienten besprochen, erfolgt jedoch die Operation durch den Oberarzt in einem öffentlichen Spital, ohne dass gesondert mit dem Oberarzt ein Behandlungsvertrag bezüglich der Durchführung der Operation abgeschlossen wurde.

Es besteht jedoch zweifelsfrei ein Behandlungsvertrag im Rahmen der Privatordination des Oberarztes.

Es tritt ein Behandlungsfehler auf und stellt sich die Frage, wer nunmehr in Haftung genommen werden kann.

Der Oberarzt deliktisch (er wird nach dem DHG den Arbeitgeber in die Schadensabwicklung einbezieht)
vertraglich (Diagnose, Behandlung, Aufklärung)

Das Spital vertraglich (Behandlungsvertrag)

Bei einem Regress des Spitalbetreibers gegenüber dem Oberarzt ist die Anwendung des DHG fraglich.

Ein Auszug von aktuellen Entscheidungen im Zusammenhang mit einer Konsiliararzthaftung, Belegspitalshaftung und Belegarzthaftung:

7 Ob 141/10 a	vom 01.09.2010	Konsiliararzthaftung
7 Ob 136/06 k	vom 11.10.2006	Konsiliararzthaftung
8 Ob 103/09 v	vom 29.09.2009	solidarische Haftung
1 Ob 267/99 t	vom 27.10.1999	Haftung des Belegarztes für Erfüllungsgehilfen unter kritischer Betrachtung des gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages
7 Ob 002/09 h	vom 11.02.2009	Zuordnung der Erfüllungsgehilfen
8 Ob 103/09 v	vom 29.09.2009	Erfüllungsgehilfenhaftung (Nachbehandlung)
9 Ob 152/04 z	vom 02.02.2005	Aufklärung/Einwilligung
1 Ob 269/99 m	vom 23.11.1999	Haftung des Belegarztes für den Anästhesisten

2. Aktuelle Rechtsprechung zum Problemkreis der Aufklärungspflicht unter Bedachtnahme der dadurch entwickelten Maßstäbe

Allgemein:

Die Rechtsprechung sieht in der Einwilligung ein höchstpersönliches Recht des Patienten, welches frei von falschen Vorstellungen abgegeben werden muss.

Die Einwilligung wiederum setzt eine gebotene Aufklärung voraus, welche nicht nur eine Darlegung des Gesundheitszustandes des Patienten, die beabsichtigte Behandlung, etwaige Alternativbehandlungen sondern auch die jeweiligen Folgen und Risiken beinhalten muss.

„Die Einwilligung eines Patienten ist nur dann rechtsgültig, wenn dieser über sein Rechtsgut frei verfügen kann.“

Die medizinische Versorgung von Minderjährigen und Beschwalteten:

Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Sinne des § 865 ABGB

- Notwendige Einwilligung des Obsorgeberechtigten
- Im § 146 c ABGB ist die Zustimmung der Mj. neu geregelt
Die Mj. können einer Behandlung selbst zustimmen, soweit sie über Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen.

Die strafrechtliche Komponente:

„Bei Fehlen einer entsprechenden Aufklärung ist die erfolgte Einwilligung rechtsungültig und ist auch bei einer lege artis Behandlung von einer Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches auszugehen“.

§ 110 Abs. 1 StGB: **„Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft behandelt, ist mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 6 Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“**

Jeder Eingriff in die körperliche Integrität als absolut geschütztes Rechtsgut ist zunächst einmal rechtswidrig – erst durch eine rechtsgültige Zustimmung des Verletzten wird der Eingriff gerechtfertigt. (Dieser Grundsatz ist im Rahmen der Notfallmedizin nicht anzuwenden.)

Die Rechtsgültigkeit der Zustimmungserklärung setzt jedoch eine **rechtzeitige und ausreichende** Aufklärung voraus.

„Der Patient muss sein Selbstbestimmungsrecht in zurechenbarer Eigenverantwortung ausüben können.“

Die Heilung:

Die ursprüngliche rechtsungültige Zustimmungserklärung, oder der Umstand, dass eine solche überhaupt nicht vorliegt, wird nachträglich dadurch geheilt, indem vom behandelnden Arzt bewiesen wird, dass der Patient der Behandlung auch dann zugestimmt hätte, wenn er umfassend über die Art der Behandlung bzw. deren Risiken aufgeklärt worden wäre.

- Beweisproblem

Sonderbestimmung:

„Es bedarf keiner Zustimmung des Pfleglings oder dessen gesetzlichen Vertreters, wenn mit einem Aufschub der Behandlung das Leben des Patienten gefährdet wird oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre.“

Bei Vorliegen ausreichender Zeit und keiner Gefährdung des Patienten durch das Zuwarten ist das jeweilige zuständige Bezirksgericht zu informieren, um zu gewährleisten, dass ein Sachwalterschaftsverfahren eingeleitet wird bzw. hat das Gericht die Möglichkeit einen Dringlichkeitssachwalter zu bestellen oder der Behandlung zuzustimmen.“

Aufklärung und Sprachbarriere:

Aufgrund einer hohen Anzahl von Patienten, die die deutsche Sprache nicht beherrschen bzw. mit denen eine Kontaktaufnahme über die englische Sprache auch nicht möglich ist, stellt sich die Frage, wer für etwaige Übersetzungsfehler haftet.

Es hat sich bisher dahingehend eine Rechtsprechung entwickelt, wonach der Dolmetsch der Erfüllungshilfe jener Person ist, welche diesen beigezogen hat.

Sollte das Spital einen Dolmetsch zur Verfügung stellen oder für die Übersetzung eigenes Personal beiziehen, so haftet das Spital bzw. auch der behandelnde Arzt für etwaige Übersetzungsfehler im Zusammenhang mit dem Aufklärungsgespräch bzw. im Zusammenhang mit der aufzunehmenden Anamnese.

Für den Fall, dass der Patient selbst eine Vertrauensperson stellig macht, die auch gleichzeitig als Übersetzer fungiert, hat der Patient etwaige Übersetzungsfehler sich selbst zuzuschreiben zu lassen.

Für den Fall, dass dem Arzt Kommunikationsschwierigkeiten bewusst werden, kann er sich nicht mehr darauf verlassen, dass der Patient in seiner Muttersprache entsprechend aufgeklärt bzw. in Kenntnis gesetzt wird. Für diesen Fall hat der behandelnde Arzt für die Beiziehung eines Dolmetsches Sorge zu tragen.

Es gibt das Projekt „**Videodolmetschen im Gesundheitsbereich**“ der **Plattform Patientensicherheit**, welches mit Jänner 2013 gestartet wird.

Dieses Projekt wird umfassend von der Sozialversicherung und dem Ministerium unterstützt, wobei man offenbar erkannt hat, dass hier die mit Abstand größte Hürde im Zusammenhang mit einer rechtsgültigen Aufklärung zu nehmen ist.

Durch dieses Pilotprojekt soll nicht nur eine umfassende Aufklärung und eine erleichterte Kommunikation mit den Patienten gewährleistet werden, sondern soll auch die Compliance des Patienten gesteigert werden.

Vorläufig ist eine Dolmetschzentrale für Österreich geplant, wobei auch die Gebärdensprache eingebunden ist.

Problematisch erscheint mir die eingeschränkte Erreichbarkeit von 06:00 Uhr bis 22:00 Uhr, dies im Hinblick auf den Notfallsbereich bzw. die Geburtshilfe.

Besonders im ambulanten Bereich erwartet man sich hier eine umfassende Hilfe.

Bisher hat man sich häufig mit der multikulturellen Durchmischung des Krankenhauspersonals geholfen, kam es jedoch hier häufig, besonders im Bereich der Aufklärung, zu Missverständnissen, wobei damit zusammenhängende Aufklärungspflichtverletzungen dem Krankenhausleiter bzw. dem behandelnden Arzt zugerechnet wurden.

Aufklärungsverzicht:

Grundsätzlich kann der Patient auf die Aufklärung verzichten.

„Vertrauen ist akzeptierte Abhängigkeit“

Eine Irrtumsanfechtung bei Verzicht auf Aufklärung ist nicht möglich, wohl besteht die Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung bei einer irrtumsführenden Information im Rahmen des Erlangens von Vorkenntnissen (Schulimpfung, Impfprospekt).

Höchstpersönliche Aufklärungspflicht:

Der operierende bzw. behandelnde Arzt muss nicht persönlich das Aufklärungsgespräch führen, sondern wird ein solches Aufklärungsgespräch oft durch einen Turnusarzt durchgeführt. Der behandelnde Arzt muss sich jedoch persönlich davon überzeugen, dass der Patient rechtsgültig aufgeklärt wurde und haftet der behandelnde Arzt für eine mangelnde Aufklärung bzw. eine rechtsungültige Zustimmungserklärung aus Verschulden des von ihm eingesetzten aufklärenden Arztes - (Problematik des Regresses).

Zeitpunkt der Aufklärung:

Der Zeitpunkt der Aufklärung ist Einzelfallabhängig und sohin auch abhängig von der Dringlichkeit und des Umfangs des Eingriffes.

Es gibt Entscheidungen in der österreichischen Rechtsprechung, welche eine Aufklärung unmittelbar vor der Behandlung oder dem Eingriff zulassen, wobei jedoch auch Entscheidungen vorliegen, in welchen eine Aufklärung 48 Stunden vor der Operation als nicht ausreichend angesehen wird.

Muss ich über Umstände aufklären, die dem Patienten von vornherein bekannt sind:

Grundsätzlich besteht keine Aufklärungspflicht über Umstände, die dem Patient bereits bekannt sind bzw. von welchen der behandelnde Arzt ausgehen kann, dass der Patient Kenntnis haben müsste.

Vom Kenntnisstand des Patienten muss sich jedoch der Arzt persönlich überzeugen und kann davon ausgegangen werden, dass die Überprüfung der Kenntnisse des Patienten genauso zeitaufwändig ist, wie eine direkte Aufklärung des Patienten über etwaige Risiken und Nebenwirkungen.

Die Aufklärung eines Arztes als Patient kann unterbleiben, soweit dieser aufgrund seiner Fachausbildung über die entsprechenden Kenntnisse verfügen muss.

Grundlegende Entscheidungen des OGH zur Aufklärung und Zustimmung zu medizinischen Eingriffen:

9 Ob 064/08 i vom 04.08.2009	Keine Aufklärungspflicht
4 Ob 166/08 b vom 20.01.2009	Aufklärung über die geringe Erfahrung des Chirurgen
1 Ob 084/08 x vom 16.12.2008	Impfungsaufklärung (notwendig)
7 Ob 208/08a vom 05.11.2008	Kein Recht auf Aufklärung über Operateur, außer es liegt eine vertragliche Vereinbarung über die Person des Operateurs vor
1 Ob 080/08 h vom 16.09.2008	Substantiierungspflicht
7 Ob 113/08 f vom 11.06.2008	Aufklärung über Alternativbehandlung
3 Ob 101/10 i vom 30.06.2010	Aufklärung über Risiko
8 Ob 113/09 i vom 29.09.2009	Operationsdauer
4 Ob 039/09 b vom 14.07.2009	Alternative OP-Behandlung
5 Ob 016/09 b vom 10.02.2009	Seltenes Risiko
3 Ob 011/08 b vom 10.04.2008	Interoperative Wachheit
4 Ob 203/09 b vom 23.02.2010	Aufklärung – Dringlichkeit
4 Ob 212/09 v vom 19.01.2010	Heilung der Aufklärungsverletzung
5 Ob 111/09 y vom 09.06.2009	Postoperative Komplikation
7 Ob 054/09 f vom 30.03.2009	Alternativbehandlung
5 Ob 290/08 w vom 27.01.2009	Wundinfektion

1 Ob 121/10 s vom 10.08.2010	Aufklärung unmündiger Minderjähriger
5 Ob 009/11 a vom 09.02.2011	Aufklärung über mögliches Scheitern der OP
5 Ob 231/10 x vom 08.03.2011	Osteoporose
8 Ob 030/11 m vom 22.03.2011	Aufklärung Entbindungsmethode
1 Ob 009/11 x vom 31.03.2011	Aufklärungspflicht gegenüber Arzt als Patient
7 Ob 046/11 g vom 27.04.2011	Bestrahlung
7 Ob 064/11 d vom 27.04.2011	Überlegungszeit 24 Stunden ausreichend
1 Ob 215/11 s vom 24.11.2011	Überlegungszeit 2 Stunden zu gering
2 Ob 148/11 w vom 29.11.2011	Aufklärung über Krankenhausinfektionsrisiko
6 Ob 012/12 a vom 15.03.2012	Aufklärung Risiko
9 Ob 041/11 m vom 30.04.2012	Reoperation

Fallbesprechung:

1. 5 Ob 186/11 f vom 09.11.2011 Beweislast für den Nachweis der Kausalität des Schadens bei Aufklärungsfehlern:

Der Kläger muss mit einem sehr **hohen Grad an Wahrscheinlichkeit** beweisen, dass ein Behandlungsfehler vorliegt.

Wenn dies gelungen ist, besteht nur eine geringe Anforderungen an dem Kausalitätsnachweis.

Der **Anscheinsbeweis** reicht aus.

2. 1 Ob 202/11 d vom 13.10.2011 Aufklärung bei einem medizinisch nicht dringendem Eingriff:

Eine Augenoperation mittels Laser zur Beseitigung der Weitsichtigkeit ist durchzuführen.

Es liegt hier eine besondere strenge Anforderung an die Aufklärung bei medizinisch nicht zwingend notwendigen Eingriffen vor.

Die anzuwendende Methode war neu.

Es gab zu diesem Zeitpunkt in Deutschland Richtlinien für die Anwendung dieser Behandlungsmethode, wonach maximal bis 4 Dioptrien diese Methode angewendet werden kann. Im gegenständlichen Fall lag eine Weitsichtigkeit mit 6 Dioptrien vor.

Es wurde der Patient nicht darüber aufgeklärt, dass es auch **zu einer Verschlechterung** der Sehkraft durch die Operation kommen kann.

(Eine ähnliche Entscheidung OGH 5 Ob 9/11 a vom 09.02.2011.)

3. 1 Ob 215/11 s vom 24.11.2011 Haftung des Operateurs bei mangelhafter Überprüfung der Aufklärung des Patienten durch einen anderen Arzt:

Der Operateur haftet bei fehlender Einwilligung des Patienten deliktisch. Er muss sich davon überzeugen, dass der Patient umfassend und rechtsgültig aufgeklärt wurde und die Zustimmung zur Operation aufgrund dieser umfassenden Aufklärung vorliegt.

Er darf sich nicht auf die Aufklärung eines anderen Arztes, im gegenständlichen Fall des Belegarztes, verlassen. Der Belegarzt für sich haftet dem Patienten gegenüber aufgrund des zwischen dem Patienten und dem Belegarzt abgeschlossenen Behandlungsvertrages.

In dieser Entscheidung wurde auch die Überlegungsdauer bzw. der Zeitpunkt der Aufklärung thematisiert. Von einer Aufklärung unmittelbar vor dem Eingriff bis zu einer Aufklärung einige Tage vor dem Eingriff besteht eine weite Spanne und ist auf die Dringlichkeit des Eingriffes abzustimmen.

Die Überlegungszeit muss ausreichen, um dem Patienten die Möglichkeit zu geben, sich von der Behandlung ein Bild zu machen und das Risiko abzuwägen.

4. 1 Ob 9/11 x vom 31.03.2011 Aufklärung – Vorwissen:

Eine Aufklärung kann unterbleiben, wenn der Arzt aufgrund der Vorgeschichte und der beruflichen Ausbildung des Patienten (Arzt) annehmen darf, dass dieser bereits über die nötigen Kenntnisse von seinem Leiden, von den Behandlungsmöglichkeiten und deren Erfolgen verfügt.

Die Annahme des Vorliegens solcher Kenntnisse reicht nicht aus, der Patient muss tatsächlich über diese Kenntnisse verfügen. Von diesem Umstand muss sich der Arzt überzeugen.

Die Haftung des Arztes verwirklicht sich, wenn der Patient nicht über die entsprechenden Kenntnisse bezüglich etwaiger Risiken verfügt und wenn sich ein solches Risiko dann tatsächlich verwirklicht.

3. Eingriff in die ärztliche „Therapiefreiheit“ durch die Bestimmungen des Heimaufenthaltsgesetzes

Das Heimaufenthaltsgesetz regelt die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen und deren Überprüfung an **psychisch Kranken** oder **geistig behinderten** Personen, die sich in bestimmten **Einrichtungen** aufhalten.

Die damit zusammenhängende Bewegungseinschränkung wird wie folgt definiert:

„Gegen seinen Willen oder ohne seine Zustimmung (kein Erkennen) eine Ortsveränderung unterbunden wird.“

Die freiheitsbeschränkende Maßnahmen können erfolgen durch:

- elektronische Mittel
- mechanische Mittel
- Medikamente (Sedierung)

Jedenfalls bedarf es der Beeinflussung der Willensbildung.

Abzuklären ist, ob das Heimaufenthaltsgesetz überhaupt zur Anwendung kommt.

Voraussetzung ist der ständige Aufenthalt, die psychische Erkrankung bzw. geistige Behinderung sowie die Durchsetzung der Maßnahme gegen den Willen des Patienten.

Gemäß § 2 Abs. 3 Heimaufenthaltsgesetz sind von der Anwendung des Heimaufenthaltsgesetzes **ärztliche Behandlungen** nicht umfasst.

Diese Bestimmung soll die „ärztliche Therapiefreiheit“ gewährleisten.

Die therapeutische Behandlung eines Arztes soll nur dem Regulativ der ärztlichen Kunst unterworfen sein und ist die maßgebende Norm das Ärztegesetz bzw. im Haftungsfall die Sachverständigenhaftung.

- Es häufen sich die Anlassfälle, die zu einer gerichtlichen Überprüfung der Maßnahmen führen. Dies aufgrund des Entstehens einer Unzahl privater Heime bzw. Verlagerung der Pflege von behinderten und kranken Personen aus dem Familienverbund in Anstalten

In der Praxis werden mechanische und elektronische Maßnahmen umfassend geprüft, kann jedoch eine medikamentöse Maßnahme schwerlich einer Überprüfung unterzogen werden.

Medikamente sind nicht zu verabreichen, wenn sie nicht therapeutisch, sondern nur zum Zwecke der Freiheitsbeschränkung bzw. Bewegungseinschränkung verabreicht werden.

Ist die Einschränkung eine Nebenwirkung der therapeutischen Behandlung, dann ist sie zulässig.

Es ergibt sich ein weiter Raum für Interpretationen und besteht ein umfassender Zugang für unterschiedlichste Begründungen vor.

Die **Primärintention** einer Verabreichung von Medikamenten kann jedoch nur therapeutisch gerechtfertigt werden und muss die Medikamentierung auf die Therapie ausgerichtet sein.

Der OGH hat insbesondere in den letzten Entscheidungen drei Grundsatzfragen aufgeworfen (OGH 1 Ob 21/09 h vom 26.02.2009):

1. Welchen therapeutischen Zweck verfolgt die Anwendung der Medikamente?
2. Wurden die Medikamente diesem Zweck entsprechend eingesetzt?
3. Welche konkrete Wirkung war für den Bewohner mit diesem Mitteleinsatz verbunden?

„Unvermeidliche bewegungsdämpfende Nebenwirkung“

Wenn die therapeutische Medikamentierung auf eine Bewegungseinschränkung hinzielt, dann ist gemäß § 2 Abs. 3 Heimaufenthaltsgesetz dieses nicht anzuwenden – dies gilt jedoch nur dann, wenn die Bewegungseinschränkung ein wesentlicher Behandlungsbestandteil ist.

Beispiel:

- Patient mit Schlafstörungen (mit Krankheitswert): Eine Sedierung durch Schlafmittel dient der Therapie dieser Schlafstörungen. Keine Anwendung des HeimAufG.
- Ein nachtaktiver Patient stört andere Patienten bzw. ist stationsflüchtig, womit eine Gefährdung für sich und Dritte verbunden ist. Durch die Sedierung bzw. Verabreichung von Schlafmittel wird die Bewegungsfreiheit des Patienten eingeschränkt und ist hier das Heimaufenthaltsgesetz im vollem Umfang anzuwenden.
- Behandlung von Angstzuständen als Therapie mit der Nebenwirkung einer Bewegungseinschränkung (7 Ob 142/11 z vom 31.08.2011),

Aktuellste Entscheidung 7 Ob 62/12 m vom 25.04.2012:

Hier liegt ein Bewegungsüberschuss eines Patienten vor, welcher durch pflegerische Maßnahmen nicht mehr beherrschbar ist, es wird in Folge eine Einschränkung dieses Bewegungsüberschusses durch Medikamente herbeigeführt und ging der behandelnde Arzt bzw. die Anstaltsleitung von einer rein therapeutischen Maßnahme im Sinne des § 2 Abs. 3 Heimaufenthaltsgesetz aus.

Der OGH vermeint hier eine unzulässige Freiheitsbeschränkung bzw. eine solche im Sinne des Heimaufenthaltsgesetzes zu sehen.

4. Die Ärzthaftpflichtversicherung im Lichte der Entscheidung des OGH 7 Ob 72/11 f vom 31.08.2011

Allgemein:

Mit der 14. Novelle zum Ärztegesetz wurde mit § 52 d Ärztegesetz eine verpflichtende Haftpflichtversicherung für private Krankenanstalten, freiberufliche Ärzte und Gruppenpraxen eingeführt.

Seit **19.08.2010** müssen bei Neuniederlassungen und ab **19.08.2011** alle über eine Berufshaftpflichtversicherung verfügen.

Keine Versicherungspflicht besteht für öffentliche Spitäler und angestellte Ärzte (eine Versicherung für Dienstnehmer im Sinne des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes ist zu empfehlen).

Mindesterfordernisse des Versicherungsschutzes:

- Die Mindesthaftungssumme pro Schadensfall muss € 2.000.000,-- betragen
- Das Deckungserfordernis beträgt € 6.000.000,-- (drei Schadensfälle) für freiberufliche Ärzte
- Das Deckungserfordernis für Gruppenpraxen und Spitäler beträgt € 10.000.000,-- (fünf Schadensfälle)
- Die Nachhaftung muss 30 Jahre betragen
- Die Deckung von reinen Vermögensschäden muss gewährleistet sein

Es besteht keine verpflichtende Haftpflichtversicherung für **Ärzte in Ausbildung**, wobei solche Ärzte auch häufig zur Betreuung von Studien herbeigezogen werden und hier selbstverständlich haftungsbegründende Sachverhalte, insbesondere im Bereich der Aufklärung, denkbar sind.

Zum Sachverhalt 7 Ob 72/11 f – vom 31.08.2011 (RdM. 2012/14):

Deckungspflicht von „**wrongful birth**“ Schäden:

Problemkreise:

- Verletzung der Warnpflicht des Versicherungsunternehmens
- Prinzip von „Treue und Glauben“ bei Verletzung der Beratungs- und Warnpflicht

Die Versicherungsnehmerin, es handelt sich um eine Ärztin des Fachgebietes der Gynäkologie, wollte einen umfassenden und typischen Versicherungsschutz für ihr Fachgebiet.

Der gegenständliche Versicherungsvertrag wurde vor dem ersten Urteil des OGH zu „wrongful birth“ (1Ob 91/99 k) abgeschlossen (1996).

Durch diese Entscheidung des OGH war erkennbar, dass eine Ausweitung der Haftung für Gynäkologen nunmehr auch im Bereich von Vermögensschäden droht.

Beim Abschluss von Berufshaftpflichtversicherungen ist das Versicherungsunternehmen grundsätzlich verpflichtet, die typischen Deckungsbedürfnisse des Versicherungsnehmers zu erkunden und den Versicherungsvertrag an diese typischen Deckungsbedürfnisse anzupassen.

Es wurde ein Versicherungsvertrag abgeschlossen, mit welchem **Vermögensschäden** bis max. ATS 100.000,-- und sonstige, insbesondere **Personenschäden**, mit einer Versicherungssumme von ATS 20.000.000,-- versichert waren.

Die Problematik einer Haftung im Zusammenhang mit „wrongful birth“ wurde nicht erörtert bzw. in den Versicherungsvertrag auch nicht einbezogen.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass bei einem Schadensfall nach „wrongful birth“ in erster Linie Vermögensschäden (Unterhalt) geltend gemacht werden.

Zum Zeitpunkt des Versicherungsvertragsabschlusses bestand in Deutschland bereits eine Rechtsprechung, wonach ein Unterhaltsschaden bei ungewollter Schwangerschaft nicht wie ein Vermögensschaden, sondern wie ein Personenschaden behandelt wird und sohin zur Abdeckung solcher Schäden eine entsprechende Versicherungssumme zur Verfügung gestanden ist.

Im Jahre 2006 kam es zum Eintritt des Schadensfalles und hat die Versicherungsnehmerin, sohin die Ärztin, offenbar das Vorliegen eines Downsyndroms im Rahmen einer Schwangerschaft übersehen.

Die Versicherungsnehmerin war mit zwei Klagen konfrontiert, einerseits klagte der Vater des behinderten Kindes auf Unterhaltszahlung in der Höhe von € 162.000,--, Pflegeaufwand von € 26.168,48 sowie die Abgeltung eines psychischen Schmerzensgeldes in der Höhe von € 130.000,--, und andererseits die Mutter des behinderten Kindes auf Abgeltung der Geburtsschmerzen in der Höhe von € 5.000,--, einen Diagnoseschaden in der Höhe von € 10.000,-- und psychisches Schmerzensgeld in der Höhe von € 125.000,--.

Das Versicherungsunternehmen erklärte für dieses Verfahren eine Abwehrdeckung für die Personenschäden (Schmerzensgeld) bis zur Versicherungssumme von € 1.453.456,--, verwies jedoch im Hinblick auf den Vermögensschaden auf die Haftungshöchstgrenze von € 7.267,29.

Die Versicherungsnehmerin brachte eine Deckungsklage gegen das Versicherungsunternehmen ein, vertreten durch eine Vorarlberger Anwaltskanzlei, welche sich in erster Linie mit Schadenersatzverfahren bzw. Versicherungsdeckungsverfahren beschäftigt.

Die Klage wurde durch ein Eventualbegehren ergänzt, zielte jedoch darauf hin, dass das Versicherungsunternehmen zur Deckung des gesamten Versicherungsschadens, unabhängig von der Vertragsdeckungssumme, verpflichtet werden sollte (??).

Das **Erstgericht** gab der Klage statt und begründet dies damit, dass das Versicherungsunternehmen zum Zeitpunkt des Versicherungsvertragsabschlusses über die deutsche Rechtsprechung informiert hätte sein müssen und sohin die Versicherungsnehmerin darüber auf-

zuklären gewesen wäre, dass insbesondere bei einem Schadenfall im Sinne des „wrongful birth“ Unterhalt von den Kindeseltern gefordert werden kann, wobei dieser Unterhalt einen Vermögensschaden darstellt und dieser Vermögensschaden laut Vertrag nur mit einer geringen Versicherungssumme von ATS 100.000,- abgedeckt ist.

Es hätte der Versicherungsnehmerin die Möglichkeit gegeben werden müssen, entweder ein anderes Versicherungsunternehmen zu wählen, damit auch dieser Vermögensschaden mit einer höheren Summe abgedeckt wird bzw. hätte unter Umständen auch vom Versicherungsunternehmen ein entsprechend adaptierter Vertrag angeboten werden können.

Soweit sich die klagende Partei auf Schadenersatz stützt, hat die beklagte Partei, sohin das Versicherungsunternehmen, den Vertrauensschaden zu ersetzen.

Das Erstgericht thematisiert auch die Schutz- und Sorgfaltspflicht des Versicherungsunternehmens im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses.

Es wäre sohin Aufgabe des Versicherungsunternehmens gewesen, auch dann, wenn kein Betreuungsvertrag abgeschlossen worden ist, den laufenden Versicherungsvertrag an die sich verändernden Gegebenheiten anzupassen und sohin etwaige Schadensrisiken, die durch die österreichische Rechtsprechung hervortreten, zu berücksichtigen.

Das Versicherungsunternehmen hätte sohin die Entscheidung des OGH 1 Ob 91/99 k berücksichtigen müssen, wobei die Versicherungsnehmerin ab 1999 anzuleiten gewesen wäre, die Versicherungskonditionen entsprechend anpassen zu lassen.

Das Erstgericht ging hier von **nebenvertraglichen Schutzpflichten** des Versicherungsunternehmens aus.

Das **Oberlandesgericht** hob das Urteil auf und vermeint, dass kein haftungsbegründendes Fehlverhalten des Versicherungsunternehmens zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages gegeben war, da in Österreich zu diesem Zeitpunkt noch keine entsprechende Rechtsprechung vorgelegen sei.

Es wäre eine Überspannung der Sorgfaltspflicht im Sinne des § 1299 ABGB, wenn das Versicherungsunternehmen diesbezüglich zur Haftung herangezogen werden würde.

Inwieweit im Rahmen der Betreuung der Versicherungsnehmerin durch das Versicherungsunternehmen eine Aufklärungspflichtverletzung vorliege, könne noch nicht beantwortet werden.

Sowohl die klagende, als auch die beklagte Partei brachte gegen diese Entscheidung des OLG einen Rekurs an den OGH ein, wobei die klagende Partei die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils herbeiführen wollte bzw. die beklagte Partei eine Abweisung der Klage begehrte.

Der **OGH** führte in seiner Entscheidung aus, dass der Versicherungsnehmer grundsätzlich erwarten kann, dass **jedes denkbare Risiko** in den Schutzbereich einer Versicherung fällt, wenn dies als Vorgabe des Abschlusses eines Versicherungsvertrages vereinbart wird.

Es darf jedoch die Belehrungspflicht des Versicherers nicht überspannt werden und betrifft dies insbesondere die Aufklärungspflicht zum Zeitpunkt des Versicherungsvertragsabschlusses.

Der OGH vermeint jedoch, dass ab dem Zeitpunkt der ersten Entscheidung eines österreichischen Gerichtes über die Problematik „wrongful birth“ das Versicherungsunternehmen verpflichtet gewesen wäre, die Versicherungsnehmerin über dieses ausgeweitete Risiko hinzuweisen und ist sohin das Versicherungsunternehmen ihrer **Warn- und Aufklärungspflicht** nicht nachgekommen, wobei hier vom OGH ebenfalls die nebenvertragliche Pflicht des Versicherungsunternehmens bezüglich dieser Aufklärung bejaht wurde.

Der OGH hat hier auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine entsprechende Aufklärungspflicht insbesondere existenzbedrohende Berufsrisiken und typische Deckungsbedürfnisse betrifft.

Den Rekursen der beklagten und klagenden Partei wurde sohin nicht Folge gegeben und hat nunmehr in Folge das Erstgericht abzuklären, ob seit der Österreichischen Entscheidung zu „wrongful birth“, sohin ab 1999 bis zum Schadensfall 2006, die Erfüllungsgehilfen des Versicherungsunternehmens es unterlassen haben, die Beklagte über die Deckungslücke zu informieren bzw. ist durch einen Sachverständigen festzustellen, ob in dieser Zeitspanne überhaupt die Möglichkeit bestanden hat, in Österreich eine entsprechende Vermögensschadensversicherung abzuschließen.

In Folge wäre die Haftung des Versicherungsunternehmens mit jener Versicherungssumme begrenzt, hinsichtlich welcher ein Berufshaftpflichtversicherungsvertrag für Vermögensschäden zu diesem Zeitpunkt überhaupt abgeschlossen hätte werden können bzw. berufstypisch gewesen wäre.

5 Die Verjährungsproblematik bei Schadenersatzprozessen im Zusammenhang mit einem Behandlungs- und/oder Therapiefehler

Die Verjährungsfrist bei Behandlungsfehlern beginnt in der Regel mit dem Vorliegen eines SV-Gutachtens zu laufen.

Bei mehreren Behandlungsfehlern liegen unterschiedliche Anspruchsgründe vor, sodass unter Umständen von unterschiedlichen Zeitpunkten ausgegangen werden muss, zu welchen die jeweilige Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

Regelmäßig ist von den Gerichten zu prüfen, inwieweit dem Geschädigten eine Verletzung seiner Erkundigungspflicht vorgeworfen werden kann (Obliegenheitsverletzung).

„Wann wäre es dem Geschädigten frühestens möglich gewesen, ein Gutachten einzuholen und dadurch Kenntnis über Schaden und Schädiger zu erlangen.“

Fallbesprechung 4 Ob 144/11 x vom 22.11.2011:

Chronologie:

- | | |
|------------|---|
| 14.04.2002 | 1.OP. Hüftprothese implantiert |
| 28.05.2003 | Anhaltende Schmerzen, den Zweitbeklagten kontaktiert |
| 21.01.2004 | 2. OP – Durch den Zweitbeklagten Austausch der Pfanne, kein Austausch des Schaftes |
| 28.12.2004 | wegen anhaltender Schmerzen Verständigung der Patientenvertretung in Tirol im Hinblick zur Überprüfung des Vorliegens eines Behandlungsfehlers des Erstoperateurs |
| 20.01.2005 | 3.OP. durch den Zweitbeklagten, wobei der Schaft ausgetauscht wurde, zu diesem Zeitpunkt scheint eine Infizierung im Gelenkbereich eingetreten zu sein |
| 26.04.2005 | Beiziehung der Salzburger Patientenvertretung aufgrund eines wahrscheinlichen Behandlungsfehlers durch den Zweitoperateur |
| 25.03.2007 | Vorliegen eines SV-Gutachtens in den Schlichtungsverfahren, in welchen ein Behandlungsfehler verneint wird |
| 05.06.2007 | Klage gegen Erstoperateur |
| 07.08.2007 | Patientenvertretung stellt Tätigkeit ein |

- 03.02.2009 Gerichtsgutachten im ersten Verfahren, aus welchem sich kein Behandlungsfehler des Erstoperateurs ergibt und sohin in Folge die Klage abgewiesen wird
- 22.02.2010 Klage gegen zweiten Operateur als Zweitbeklagten sowie dem Spitalserhalter als erstbeklagte Partei: begründet wird die Klage mit dem Sachverhalt, dass es der zweite Operateur bei der Operation am 21.01.2004 unterlassen hat, den Schaft zu tauschen und dadurch die dritte Operation notwendig wurde, bei welcher es zur Infektion gekommen sei.

Die beklagten Parteien wenden die Verjährung der Ansprüche ein, da bereits im Jahre 2005 der Kläger in der Lage gewesen wäre, zumindest eine Feststellungsklage einzubringen.

Die klagende Partei verneint eine Verjährung mit Hinweis auf das Vorliegen eines Gutachtens erst im März 2007, wobei darüber hinaus die Vergleichsgespräche den Ablauf einer Verjährung gehemmt hätten, dies im Hinblick auf die Bestimmungen des § 58 Arztegesetzes.

Entscheidung des Erstgerichtes:

Sekundär wird ein Behandlungsvertrag bejaht, wobei offenbar zwischen dem Kläger und dem Zweitbeklagten vereinbart war, dass dieser persönlich die Operation durchführt und geht das Gericht sohin von einem direkten Vertragsverhältnis zwischen Operateur und Kläger aus.

Gleichzeitig vermeint das Erstgericht jedoch, dass die Ansprüche des Klägers gegenüber der erst- als auch zweitbeklagten Partei **verjährt** seien und begründet dies damit, dass bereits im April 2005 dem Kläger sowohl der Schaden, als auch der Schädiger bekannt gewesen sei.

Darüber hinaus vermeint das Erstgericht, dass überhaupt kein Behandlungsfehler vorgelegen wäre.

Entscheidung des Berufungsgerichtes:

Das Berufungsgericht hat das Erstgericht hinsichtlich dessen Entscheidung bezüglich der Verjährung bestätigt und vermeint, dass die objektive Annahme des Klägers im Jahre 2005 keine Mutmaßung gewesen sei, sondern der Kläger zu diesem Zeitpunkt in die Lage versetzt war, Schaden und Schädiger zu konkretisieren und eine entsprechende Klage mit den entsprechenden Erfolgsaussichten einzubringen.

Im Sinne des § 58 Arztegesetz sei eine Hemmung von 18 Monaten einzuberechnen, sodass die Verjährung mit 26.10.2009 eingetreten wäre.

Entscheidung des OGH:

Der OGH vermeint, dass die von den Vorinstanzen festgestellte „objektive Überzeugung“ des Klägers nur als subjektive Annahme zu qualifizieren wäre, des Weiteren differenziert der OGH zwei unterschiedliche Behandlungsfehler:

1. Das Unterlassen des Tausches des Schaftes bei der Behandlung am 21.01.2004
2. Die Verursachung der Infektion im Rahmen der Operation am 20.01.2005

„Die dreijährige Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, an dem der Ersatzberechtigte sowohl den Schaden, als auch den Ersatzpflichtigen soweit kennt, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann.“

- Die Kenntnis muss den ganzen anspruchsbegründenden Sachverhalt umfassen, dies betrifft auch die Kenntnis der Ursachenzusammenhänge zwischen Schaden und kausalem Verhalten
- Das Sachvorbringen muss aufgrund der Kenntnisse des Klägers konkret erstattet werden können
- Eine Mutmaßung im Hinblick auf den Schädiger und das schädigende Ereignis reicht zum Auslösen der Verjährungsfrist nicht aus

Obliegenheitsverletzung durch den Geschädigten:

Der Geschädigte darf sich nicht passiv verhalten. Er ist zu einer angemessenen Erkundung im Hinblick auf Schaden und Schädiger verpflichtet, wobei die Erkundungspflicht in diesem Zusammenhang nicht überspannt werden darf.

Grundsätzlich erfolgt die Erkundung durch die Einholung eines SV-Gutachtens um den Geschädigten in die Lage zu versetzen, eine Klage mit den entsprechenden Erfolgsaussichten einbringen zu können.

Die Einholung eines Gutachtens durch den Geschädigten muss diesem zugemutet werden können, dies insbesondere in finanzieller Hinsicht.

Zumutbarkeit heißt: „Ohne nennenswerte Mühe“

Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass erst das Erkenntnis des Gutachtens vom 25.03.2007 den Lauf der Verjährungsfrist ausgelöst hat.

Die gegenständliche Causa wurde an das OLG zurückverwiesen, da sich dieses mit der Berufung der klagenden Partei im Hinblick auf das Vorhandensein eines Behandlungsfehlers noch nicht auseinandergesetzt hat.

6 Diskussion der aktuellen Rechtsprechung zur Sachverständigen- und Arzthaftung 2011/2012

Die aktuellste Rechtsprechung bezieht sich in erster Linie auf die Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit der Verwirklichung von Risiken und Nebenwirkungen.

Das Ergebnis einer immer besserer Dokumentation und Transparenz der ärztlichen Behandlung ist eine Reduktion der Behandlungsfehler aber auch eine Verbesserung und Erleichterung der Schadensabwicklung zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Fallbesprechung:

1. Schadensminderungspflichtverletzung wegen Verweigerung einer therapeutischen Maßnahme (Bluttransfusion). 2 Ob 219/10 k vom 22.06.2011

Die Verletzte hat die Verabreichung einer Bluttransfusion verweigert und begründete die Verweigerung mit Glaubens- und Gewissensgründen.

Der OGH hat dazu ausgeführt:

„Ein Geschädigter hat sich zu seinem Nachteil eine ungünstige, gegen die Obliegenheit verstoßende Gewissensentscheidung zurechnen zu lassen.“

Im gegenständlichen Fall hat nicht der Kläger selbst die Bluttransfusion verweigert, sondern seine Ehegattin, welche schlussendlich verstorben ist, wobei Begräbniskosten und Trauerschmerzgeld vom Kläger gerichtlich gefordert werden.

Die Geschädigte treffe ein Mitverschulden, welches sich der Kläger anrechnen lassen muss, da sie Handlungen unterlassen habe, die geeignet gewesen wären, den Schaden abzuwehren oder zu verringern, wobei diese Behandlungen objektiv beurteilt von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden wären, um eine nachteilige Veränderung des eigenen Vermögens hintanzuhalten bzw. wenn der Verletzte Handlungen gesetzt hat, die geeignet gewesen wären, den Schaden zu vergrößern, die von einem verständigen Durchschnittsmenschen nicht gesetzt worden wären und dies von der konkreten Geschädigten bei gehöriger Aufmerksamkeit erkannt hätte werden müssen.

Der Kläger argumentierte mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Religions-, Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 14 Abs. 1 und 2 STGG bzw. Art. 9 EMRK).

Die bisherige Rechtsprechung hat dieser Glaubens- und Gewissensfreiheit eine große Bedeutung zugemessen und lag ein Urteil des OLG Innsbruck aus dem Jahre 1994 vor, wonach in einem vergleichbaren Fall eine Obliegenheitsverletzung der Verletzten verneint wurde.

Nunmehr hat der OGH jedoch klar dargelegt, dass es sich bei der Verweigerung der Verletzten um eine Obliegenheitsverletzung handelt. Es ist der Patientin offen gestanden, ihrer Religions- und Glaubensüberzeugung zu folgen, war ihr jedoch bewusst, dass dadurch die Heilungsprognose stark verschlechtert wird.

Dass die Entscheidung, medizinisch indizierte Bluttransfusionen generell zu verweigern, objektiv ungünstig ist, zeigte bereits die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Weigerung von Eltern, notwendige Bluttransfusionen ihren Kindern verabreichen zu lassen, womit gegen das Kindeswohl verstoßen wurde (1 Ob 586/86).

2. Die Problematik der nicht medizinisch indizierten Beschneidung:

Hinsichtlich dieser Problematik liegt in Österreich keine Rechtsprechung vor, hat jedoch ein deutsches Gericht die **religiöse Beschneidung** als rechtswidrige Körperverletzung eingestuft.

Der einschreitende Operateur wurde jedoch freigesprochen, da er sich auf einen Rechtsirrtum gestützt hat.

Auch hier spielt die Religionsfreiheit eine nicht unerhebliche Rolle und musste zwischen der körperlichen Unversehrtheit eines Kindes und der Religionsfreiheit der Eltern abgewogen werden.

Nachdem es sich bei dem Patienten um ein unmündiges minderjähriges Kind gehandelt hat, ging man von einem **Eingriff in Rechte Dritter** aus.

Unstrittig handelt es sich bei einer religiösen Beschneidung um einen nicht medizinisch indizierten Eingriff in die körperliche Integrität.

Das deutsche Gericht hat hier auch insbesondere das Kindeswohl beachtet und vermeint, dass jedenfalls von einer strafrechtlich relevanten Körperverletzung auszugehen ist.

Nach österreichischem Recht ist derzeit ein solcher Eingriff mit Zustimmung des Patienten bzw. mit Zustimmung der Obsorgeberechtigten zulässig, kann jedoch davon ausgegangen werden, dass in Zukunft das Kindeswohl mehr in den Vordergrund gerückt wird und lässt dies einen Wandel in der Rechtsprechung erwarten.

Diese Diskussion wurde nunmehr in österreichischen Zeitungen dahingehend ergänzt, indem man auch das **Durchstechen der Ohrläppchen** für das Anbringen von Ohrenstecker als strafbaren Tatbestand zu kriminalisieren versucht, wobei hier sicherlich kein religiöser Hintergrund besteht.

3. Die Grenzen der Aufklärungspflicht bei Schulimpfaktionen (RdM 2012/31):

Auslöser der Diskussion war ursprünglich eine Entscheidung des OGH aus dem Jahre 2008 (1 Ob 84/08 x) und hat die nunmehrige Entscheidung des BG Graz-Ost, welche zu einer sehr problemumfassenden Entscheidung des OGH geführt hat, einen Schwenk der Rechtsprechung eingeleitet.

Die ursprüngliche Entscheidung aus dem Jahre 2008 hat die Schulgesundheitspflege in Frage gestellt, wenn nicht sogar erschüttert.

Diese Entscheidung führte zu einer Tendenz; weg vom Impfschadengesetz, hin zum zivilrechtlichen Haftungsrecht. Es bestand die Gefahr, dass im Rahmen von Schulimpfungen ein hoher Maßstab bezüglich der Aufklärung anzusetzen ist.

Konkret handelt es sich beim ursprünglichen Schadensfall um eine Schulimpfung gegen Hepatitis B, wobei die Aufklärung über Risiken und Nebenwirkungen; aber auch über den Benefit der Impfung, mittels Broschüren erfolgt ist.

Grundsätzlich kann eine Broschüre ein persönliches Aufklärungsgespräch **nicht ersetzen**, da sich der Mediziner nicht davon überzeugen kann, dass der Inhalt der Broschüre ausreicht, um den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, Pro und Contra im Hinblick auf die positive Wirkung zu den Nebenwirkungen und Risiken abzuwägen.

Es stellt sich hier die Frage: - wenn man nicht von einer umfassenden Aufklärung durch die Broschüre ausgeht -, ob nicht durch die Zustimmungserklärung von den Erziehungsberechtigten bzw. Obsorgeberechtigten auf eine Aufklärung ausdrücklich, gegebenenfalls konkludent, **verzichtet** wird.

Einer rechtsgültigen Aufklärung durch Broschüren steht entgegen, dass der behandelnde Arzt nicht über die individuellen Eigenarten des Patienten informiert ist (Allergien, Vorerkrankungen).

Der Arzt kann in dieser Situation auch nicht abschätzen, ob der Betroffene die Ausführungen in der Broschüre verstehen kann bzw. aus der Aufklärung auch die richtigen Schlüsse zieht.

Nur bei einer umfassenden Aufklärung ist dem Patienten eine selbstbestimmende Entscheidung möglich. Vom Aufklärungspflichtigen verschuldete Fehlvorstellungen des Patienten führen zu keiner rechtsgültigen Aufklärung.

Durch eine Impfbroschüre wird das sogenannte „**Vorwissen**“ des Aufklärungsbedürftigen erhöht und könnte man sohin davon ausgehen, dass eine Aufklärung nicht notwendig ist, da ja der Patient über Risiken und Nebenwirkungen umfassend informiert ist.

Hier lassen sich weitere Probleme erkennen.

Einerseits besteht die Möglichkeit einer **Irrtumsanfechtung** im Hinblick auf den Aufklärungsverzicht, wenn beim Patienten durch eine unvollständige oder unrichtige Broschüre ein Irrtum über wesentliche aufklärungspflichtige Umstände hervorgerufen wird. Durch diese Irrtumsanfechtung kann die Zustimmungserklärung für nichtig erklärt werden und müsste dann in Folge der Eingriff, auch wenn er lege artis erfolgt, als rechtswidrig angesehen werden.

Andererseits ist der aufklärungspflichtige Arzt auch verpflichtet, das tatsächliche Vorwissen des Patienten zu prüfen. Es ist sohin nicht ausreichend eine Broschüre zu übergeben und kann man nicht zwingend davon ausgehen, dass der Betroffene die Broschüre auch liest und insbesondere diese auch versteht.

Es müsste sohin mit dem jeweiligen Patienten ein gesondertes persönliches Gespräch geführt werden, um abzuklären, ob hier nunmehr ein entsprechendes Vorwissen vorliegt.

Jedenfalls muss die Broschüre ein umfassendes Wissen über Risiken und Nebenwirkungen vermitteln.

Im gegenständlichen Fall aus dem Jahre 2008 war dies nicht der Fall und wurde in der Broschüre auf etwaige Risiken überhaupt nicht hingewiesen, sodass der OGH von einer ärztlichen **Aufklärungspflichtverletzung** ausgegangen ist.

Anders nunmehr in der neuen Entscheidung 1 Ob 14/12 h vom 01.03.2012 (RdM 2012/84).

Der OGH verneint in dieser Entscheidung die **Aufklärungspflicht über äußerst seltene Nebenwirkungen**.

Dies betrifft Nebenwirkungen mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,00075% und mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,000135%.

Der OGH vermeint, dass eine zu umfassende Aufklärung die gesundheitsfördernde Maßnahme untergraben würde.

Die Vor- und Nachteile der Impfung sind abzuwägen, wobei im gegenständlichen Fall die sich verwirklichte Nebenwirkung als eher geringfügig anzusehen ist, dies insbesondere im Vergleich zu dem Nutzen aus dem Impfschutz.

Interessant in diesem Verfahren ist der Verlauf und die unterschiedlichen Rechtsmeinungen der Instanzen.

Der Erstrichter, es handelt sich um einen äußerst jungen engagierten Richter, verneint die Aufklärungspflichtverletzung bzw. verneint in diesem Zusammenhang die Aufklärungspflicht für seltene Risiken und Nebenwirkungen, da seiner Ansicht nach bei der Entscheidungsfindung diese Nebenwirkungen nicht ins Gewicht gefallen wären.

Die zweite Instanz hat das klagsabweisende erstinstanzliche Urteil in ein klagsstattgebendes Urteil abgeändert und vermeint, dass mangels Dringlichkeit des Eingriffes der Arzt verpflichtet gewesen wäre, hier eine umfassende Aufklärung vorzunehmen, es hätte auch über die seltenen Nebenwirkungen eine Aufklärung erfolgen müssen, unabhängig von einer Nutzenabwägung.

Die dritte Instanz, sohin der OGH, schließt sich umfassend der Rechtsansicht des Erstgerichtes an, hält aber ausdrücklich fest, dass der Aufklärungsumfang, sowie auch der Zeitpunkt der Aufklärung nach dem Einzelfall zu beurteilen ist und hier grundsätzlich kein einheitlicher Maßstab vorgegeben werden kann.

4. Aufklärungsumfang bei Reoperation der Hüftprothese:

9 Ob 41/11 m vom 30.04.2012 (RdM 2012/37):

Die Klägerin wurde von einer Assistenzärztin über die Gefahr einer vorzeitigen Lockerung der neu einzusetzenden Hüftprothese (rechts) aufgeklärt und wurde darauf hingewiesen, dass die Prothese im Falle einer Lockerung ausgetauscht werden muss.

In Folge einer Instabilität kam es zu einem Pfannenausriss und bestanden unterschiedliche Auffassungen, ob durch die Aufklärung der Assistenzärztin auch das Risiko des Ausreißens der Gelenkspfanne mitumfasst war.

Die Vorinstanzen haben die Aufklärung als ausreichend qualifiziert und ausgeführt, dass der Pfannenausriss die Folge einer Instabilität sei und sohin ausdrücklich auf diese Komplikation hingewiesen wurde.

„Wenn bereits eine geringfügige Lockerung der Prothese dazu führt, dass sie neuerlich ausgetauscht werden muss, gilt dies erst recht für einen Ausriss.“

Diskutiert wurde im Rahmen dieses Verfahrens auch die Auswahl der Prothesenart:

„zementfreies Produkt oder zementiertes Implantat.“

Das zementfreie Produkt verwächst nach einigen Monaten direkt mit dem Knochen und ist sohin nach drei Monaten davon auszugehen, dass eine Lockerung nicht mehr erfolgen wird.

Bei einem zementierten Implantat ist eine Lockerung eher möglich.

Der Vorteil von zementierten Implantaten ist, dass sie unmittelbar nach der Operation bereits belastungsstabil sind.

Es kann nach Ansicht des OGH nicht von zwei gleichwertigen Behandlungsmethoden ausgegangen werden, sodass der Klägerin hier keine Auswahl zur Verfügung gestanden ist und sohin der Arzt über die Alternativbehandlung nicht aufklären musste.

Die vorgenommene Behandlung mit einem zementfreien Produkt war, aufgrund der vorliegenden Gegebenheiten, die einzige medizinisch indizierte Möglichkeit.

In diesem Zusammenhang ist auf eine weitere Problematik zu verweisen:

Bei Implantaten, insbesondere Hüftimplantaten, werden diese von den Produktionsfirmen oft direkt bei der Operation zur Verfügung gestellt und wird von der Herstellerfirma Personal abgestellt, welches den behandelnden Arzt berät. Die Implantate werden dem Operateur direkt am OP-Tisch gereicht und hat er hier kaum eine Möglichkeit zu prüfen, ob tatsächlich jenes Produkt ihm überreicht wird, welches er bestellt hat.

Ich beziehe mich hier auf einen aktuellen Rechtsstreit, bei welchem die Inlays zwischen der Pfanne und dem Gelenkkopf mit dem Material der Pfanne und des Kopfes nicht kompatibel waren und dadurch eine Reoperation notwendig gewesen ist.

5. Aufklärung über Krankenhausinfektionsrisiko

2 Ob 148/11 b vom 29.11.2011 (RdM-LS 2012/29):

Das Infektionsrisiko in Spitälern ist allgemein bekannt, jedoch oft unterschätzt und ist im gegenständlichen Fall ein Patient im Rahmen einer Infusionsbehandlung an einer Krankenhausinfektion erkrankt.

Der Patient klagt den Spitalsträger mit der Begründung, dass er über das Risiko der Krankenhausinfektion nicht aufgeklärt worden sei.

Eine Aufklärung ist tatsächlich auch nicht vorgelegen. Der OGH vermeint jedoch, dass sich der Patient auch dann einer Infusionsbehandlung unterzogen hätte, wenn er über das Risiko einer Krankenhausinfektion aufgeklärt worden wäre.

6. Keine Aufklärungspflicht über typische Risiken eines Reparaturingriffes

7 Ob 228/11 x vom 25.01.2012:

Der Patient wurde über die Grundoperation und die Risiken, welche mit dieser Operation im Zusammenhang stehen, umfassend aufgeklärt, die Operation war indiziert und ist eine typische Komplikation eingetreten (Gefäßverletzung).

Aufgrund dieser Komplikation war ein Reparaturingriff (Gefäßoperation) notwendig und wurde dieser Eingriff im Rahmen des ursprünglichen Eingriffes durchgeführt.

Ein typisches Risiko bei einer Gefäßoperation ist eine Nervenverletzung und wurde der Patient über dieses Risiko nicht aufgeklärt, da es sich hierbei nicht um ein typisches Risiko der ursprünglichen Operation gehandelt hat.

Der OGH vermeint, dass hier eine Aufklärungspflicht nicht gegeben ist, da für den Fall der Aufklärung von Risiken auch von Reparaturingriffen die Aufklärungspflicht in einer unverhältnismäßigen Weise ausgedehnt wird bzw. besteht die Gefahr, dass der Patient die Risiken nicht mehr einschätzen kann und sohin schlussendlich Patienten auch von dringend notwendigen Operationen Abstand nehmen würden.

7. Haftung für „wrongful birth“ bei Aufklärungspflichtverletzung

7 Ob 214/11 p vom 27.02.2012:

Der Arzt schuldet nach dem Behandlungsvertrag Diagnostikaufklärung und Beratung. Dazu gehört auch die pränatale Diagnostik zur Abklärung von Fehlbildungen und Entwicklungsstörungen. Diese Aufklärung dient der **sachgerechten Entscheidung über einen etwaigen Schwangerschaftsabbruch**.

Es ist zwischenzeitlich gefestigte Rechtsprechung, dass die finanziellen Interessen der Kindesmutter vom Schutzzweck des ärztlichen Behandlungsvertrages umfasst sind.

Im gegenständlichen Fall litt das Kind an Trisomie 21 und hat es der behandelnde Arzt unterlassen, die Patienten über diverse Untersuchungsmethoden und deren Notwendigkeit aufzuklären (Fruchtwasseruntersuchung).

Die Klägerin war äußerst ängstlich und wollte offenbar der behandelnde Arzt sie durch den Vorschlag der Durchführung einer Fruchtwasseruntersuchung nicht beunruhigen, vielmehr hat er beteuert, dass eine solche Untersuchung nicht notwendig sei bzw. mit hohen Risiken verbunden wäre.

Der Beklagte hob offenbar das Fehlgeburtsrisiko hervor, ohne auf die tatsächliche Wahrscheinlichkeit zu verweisen. Das Gericht geht von einer **tendenziösen und suggestiven Aufklärung** aus und war sohin der Klägerin eine selbstständige unbeeinflusste Entscheidungsfindung nicht möglich.

Die Haftung des Arztes wurde bejaht.

Anhang:

- (1) § 49 Abs.1 Ärztegesetz 1998
- (2) § 1299 ABGB
- (3) § 146c ABGB
- (4) § 110Abs.1 StGB
- (5) 5 Ob 186/11f vom 09.11.2011
- (6) 1 Ob 202/11d vom 13.10.2011
- (7) 1 Ob 215/11s vom 24.11.2011
- (8) 1 Ob 009/11x vom 31.03.2011
- (9) § 2 Abs.3 HeimAufG
- (10) Ob 062/12m vom 25.04.2012
- (11) § 52d ÄrzteG
- (12) Ob 072/11f vom 31.08.2011
- (13) 4 Ob 144/11x vom 22.11.2011
- (14) 2 Ob 219/10k vom 22.06.2011
- (15) 1 Ob 014/12h vom 01.03.2012
- (16) Ob 041/11m vom 30.04.2012
- (17) 2 Ob 148/11b vom 29.11.2011
- (18) 7 Ob 228/11x vom 25.01.2012
- (19) 7 Ob 214/11p vom 27.02.2012