

# RECHT **RdM** DER MEDIZIN

Schriftleitung **Christian Kopetzki**

Redaktion **Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Meinild Hausreither, Thomas Holzgruber, Dietmar Jähnel, Matthias Neumayr, Reinhard Resch, Hannes Schütz, Lukas Stärker, Felix Wallner, Johannes Zahrl**

Februar 2011

01

1 – 32

## Beiträge

Das „typische“ Behandlungsrisiko als Aufklärungskriterium

*Eckhard Pitzl und Gerhard W. Huber* ➔ 4

Tot- und Fehlgeburten im Leichen- und Bestattungsrecht

*Beatrix Krauskopf* ➔ 10

## Der praktische Fall

**Epidemiologische Studien in der  
Intensivmedizin – Neuland und  
Graubereich für Ethikkommissionen?**

*Andreas Valentin, Gerhard Luf und Christian Kopetzki* ➔ 17

## Gesetzgebung und Verwaltung

Schadenersatzrechts-Änderungsgesetz 2011 ➔ 23

## Rechtsprechung

Zum Rechtsschutzinteresse bei Überprüfung von gerichtlich

genehmigten Heilbehandlungen *Christian Kopetzki* ➔ 25

## Disziplinarrecht

Ordinationsbezeichnung ➔ 28

# Das „typische“ Behandlungsrisiko als Aufklärungskriterium

RdM 2011/2

„Typizität“ eines  
Behandlungs-  
risikos;  
Typizität als  
Aufklärungs-  
kriterium

Dieser Beitrag setzt sich ausschließlich mit der Frage der „Typizität“ eines Behandlungsrisikos auseinander, maW mit der Frage, was unter dem Begriff „Typizität“ zu verstehen ist, ob diese Frage eine Sachverhalts- oder Rechtsfrage ist und welche Behandlungsrisiken als typisch für welche Eingriffe angesehen werden können.

Von Eckhard Pitzl und Gerhard W. Huber

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Problemstellung
- C. Rechtsprechung und Lehre
  1. Definition „Typizität“
  2. Komplikationshäufigkeit
  3. Spezialität
  4. Vermeidbarkeit
  5. Überraschungsmoment
  6. Erhöhtes Aufklärungsbedürfnis
  7. Rechts- oder Sachverhaltsfragen
- D. Schlussfolgerungen

## A. Einleitung

Nach stRsp und hL wird die *ärztliche Behandlung als rechtswidriger Eingriff in die körperliche Unversehrtheit* des Patienten angesehen, wenn sie nicht durch einen Notfall oder durch die *Einwilligung des Patienten gerechtfertigt* ist. Ausschließlich der vollständig und richtig über Art und Folgen des Eingriffs aufgeklärte Patient kann eine rechtswirksame Einwilligung in die Behandlung erteilen. Unterbleibt eine Aufklärung des Patienten und verwirklicht sich bei der anschließenden Behandlung ein aufklärungsbedürftiges Risiko, haftet der Arzt (bzw der Krankenanstaltenträger als Vertragspartner des Patienten) auch bei einer Behandlung *lege artis*, wenn er nicht beweist, dass auch der vollständig aufgeklärte Patient in die Operation eingewilligt hätte.<sup>1)</sup>

Die *ärztliche Aufklärung* soll den Patienten in die Lage versetzen, die Tragweite seiner Einwilligung zu überschauen. Die Aufklärungspflicht reicht umso weiter, je weniger der Eingriff aus Sicht eines Patienten vordringlich ist. Ist der Eingriff zwar medizinisch empfohlen, aber nicht eilig, so ist grundsätzlich eine umfassende Aufklärung notwendig. Dann ist die *ärztliche Aufklärungspflicht* im Einzelnen selbst dann zu bejahen, wenn eine erheblich nachteilige Folge wenig wahrscheinlich ist. Die Frage, in welchem *Umfang* der Arzt den Patienten aufklären muss, ist eine Rechtsfrage, die nach den Umständen des Einzelfalles zu beantworten ist. Grundsätzlich muss der Arzt nicht auf alle nur denkbaren Folgen einer Behandlung hinweisen.<sup>2)</sup>

Die *ärztliche Aufklärungspflicht* ist aber beim Vorliegen sog *typischer Gefahren verschärft*. Die Typizität

ergibt sich nach der Rsp nicht aus der Komplikationshäufigkeit, sondern daraus, dass das Risiko speziell dem geplanten Eingriff anhaftet und auch bei Anwendung allergrößter Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung nicht sicher zu vermeiden ist und den nicht informierten Patienten überrascht, weil er nicht damit rechnet. Diese 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. Es ist auch auf seltene – aber gravierende – Zwischenfälle hinzuweisen.<sup>3)</sup>

## B. Problemstellung

Der oa Leitsatz des OGH zum Begriff der „Typizität“ eines Behandlungsrisikos wird seit ca 30 Jahren nahezu unverändert fortgeschrieben, in den Einzelfällen der Praxis jedoch unterschiedlich interpretiert und angewendet. Er dürfte auf die sog „Elektroschock-Urteile“ des BGH<sup>4)</sup> zurückgehen. In diesen – soweit ersichtlich – ersten Judikaten des BGH zur „Typizität“ eines Behandlungsrisikos argumentierte der BGH noch damit, dass das Risiko „nicht atypisch“ zu bezeichnen wäre und daher aufklärungsbedürftig gewesen sei. Was der BGH hier konkret unter „nicht atypisch“ verstand, ist zumindest der veröffentlichten Entscheidung nicht zu entnehmen, der Begriff wird jedoch in unmittelbarem Zusammenhang mit der durchschnittlichen Inzidenz verwendet.<sup>5)</sup> Daraus wurde offenbar – positiv formuliert – die These, dass über „typische Risiken“ aufzuklären ist. Ob „nicht atypische Gefahren“ tatsächlich dasselbe sein sollten wie „typische Risiken“ ist der heutigen Terminologie, ist fraglich; jedenfalls stellt die heutige höchstgerichtliche Judikatur den „typischen Risiken“ die allgemeinen Behandlungsrisiken (und nicht etwa die atypischen) gegenüber.

1) *Tanczos/Tanczos*, Arzthaftung (2010) 25 ff mwN.

2) RIS-Justiz RS0026413, RS0026772, RS0026413, RS0026499 uva.

3) RIS-Justiz RS0026314, RS0026581, RS0026313, RS0026375 uva.

4) BGH 10. 7. 1954, VI ZR 45/54 NJW 1956, 1106 (Elektroschock-Behandlung: Fraktur 12. Brustwirbel); BGH 9. 12. 1958, VI ZR 203/57 NJW 1959/18, 813.

5) „Das BerG ist davon ausgegangen, die Elektroschock-Behandlung biete für den Patienten solche Gefahren, dass nicht von atypischen Gefahren gesprochen werden könne, die eine Darlegung erübrigt hätten. Es ist aufgrund namentlich des Gutachtens des Sachverständigen Dr. M., wonach bei dieser Behandlungsart durchschnittlich 7% Knochenbrüche zu verzeichnen sind, zu dem Ergebnis gelangt, dass jedenfalls ein völliges Unterbleiben jeder Aufklärung nicht gerechtfertigt gewesen sei“ (BGH 10. 7. 1954, VI ZR 45/54 NJW 1956, 1106).

Die (einschlägige) Lehre gibt den Leitsatz des OGH (aus welchen Gründen auch immer) nahezu unkommentiert wieder.<sup>6)</sup> Die Praxis zeigt,<sup>7)</sup> dass sowohl Tatsachenrichter als auch medizinische Sachverständige mitunter höchst unterschiedliche Vorstellungen vom Begriff der „Typizität“ eines Behandlungsrisikos haben. Selbst die Frage, ob die „Typizität“ eines Behandlungsrisikos eine Rechtsfrage oder eine Tatfrage ist, wird nicht einheitlich beantwortet.

Bei der Auslotung des Begriffs „typisches Behandlungsrisiko“ helfen weder semantische noch rechtsvergleichende Überlegungen tatsächlich weiter: „Typisch“<sup>8)</sup> bedeutet im Wesentlichen charakteristisch, bezeichnend, als Synonyme können „unverkennbar, charakteristisch, eigentümlich, arteigen“ gelten.<sup>9)</sup>

Der Jurist<sup>10)</sup> wird bei „Typizität“ wohl an den Anscheins- oder prima-facie-Beweis denken. Hier wird zur Bewältigung von Beweisnotständen *va in Schadenersatzprozessen* von „typischen“ Geschehensabläufen auf konkrete (Kausal-)Zusammenhänge geschlossen. Der Anscheinsbeweis ist zulässig, wenn eine typische formelhafte Verknüpfung zwischen zu beweisender Tatsache und gesetzlich gefordertem Tatbestandsmerkmal besteht, wenn typische Verhaltensweisen stets gleichartige und zuverlässige Schlüsse zulassen. Der Anscheinsbeweis beruht auf der Auswertung allgemeiner Erfahrungsgrundsätze, die sich aus der Beobachtung „stereotyper“ Geschehensabläufe gleichsam zur natürlichen Gesetzmäßigkeit verdichtet haben, für jedermann nachvollziehbar sind und bis zum Hervorkommen einer möglichen Ausnahmesituation die Vermutung des Vorliegens einer Tatsache beim Beweis einer damit regelmäßig im Zusammenhang stehenden anderen begründen.<sup>11)</sup>

Auch wenn die Begrifflichkeit der „Typizität“ beim Anscheinsbeweis nicht ident mit dem hier zu beurteilenden ist, wird darauf hingewiesen, dass die Wertung, ob der Anscheinsbeweis im konkreten Einzelfall erbracht ist („Typizität“ gegeben ist), in den Bereich der Beweiswürdigung (und nicht etwa jenen der rechtlichen Beurteilung) gehört, ausschließlich die Frage der Zulässigkeit des Anscheinsbeweises ist eine Rechtsfrage.<sup>12)</sup>

## C. Rechtsprechung und Lehre

### 1. Definition „Typizität“

Die Rsp geht davon aus, dass über „typische“ Behandlungsrisiken idR ungeachtet prozentmäßiger Wahrscheinlichkeiten aufzuklären ist. Diese rechtliche Anforderung vorerst dahingestellt lassend ist zu untersuchen, was die Rsp unter „Typizität“ versteht. Dabei werden von der Rsp *positive und negative Definitionsmerkmale* verwendet.

Demnach ergibt sich die Typizität

- nicht aus der Komplikationshäufigkeit,
- sondern daraus, dass das Risiko speziell dem geplanten Eingriff anhaftet und
- auch bei Anwendung allergrößter Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung nicht sicher zu vermeiden ist und
- den nicht informierten Patienten überrascht, weil er nicht damit rechnet.

Die Definitionsmerkmale der Rsp sollen im Einzelnen beleuchtet werden.

### 2. Komplikationshäufigkeit

Dass die *Komplikationshäufigkeit* bzw *Risikodichte* oder *Inzidenz* nicht mit „Typizität“ zu verwechseln ist, erscheint nach der höchstgerichtlichen Rsp klar, führt in der Praxis jedoch immer wieder bei medizinischen Sachverständigen zu Irrtümern. Im besten Fall werden diese Irrtümer des Sachverständigen durch den Richter aufgeklärt, indem das Gericht dem Sachverständigen erklärt, was die Rsp unter „Typizität“ versteht. Andernfalls wird der – verständliche – Rechtsirrtum des Sachverständigen mitunter (erst) durch die Rechtsmittelinstanzen korrigiert:

So bestätigte der OGH<sup>13)</sup> die E des OLG Innsbruck als BerG,<sup>14)</sup> dass eine Nervus-ulnaris-Läsion ein typisches Risiko einer Ellbogenrevision wäre. Die erste Instanz hatte (im Rahmen der Sachverhaltsfeststellungen) noch festgestellt, dass die Verletzung für die Operation untypisch ist, das Risiko (wohl gemeint bis zur gegenseitlichen Operation) unbekannt gewesen wäre und die statistische Wahrscheinlichkeit dieser Nervenverletzung bei gleich Null liegt. Zudem hätte es eine Behandlungsalternative beim vorliegenden Ellenbogenbruch ohnedies nicht gegeben.

Das BerG übernahm diese Feststellungen, gab dem Klagebegehren (weitgehend) statt und ging von einem Aufklärungsdefizit aus; die Revision wurde jedoch für zulässig erklärt, weil die Judikatur zur Frage, ob die Typizität Rechtsfrage oder Tatfrage ist, uneinheitlich wäre. Dessen ungeachtet wurde die Revision jedoch zurückgewiesen. Nach der Rechtsansicht des OGH ist die Frage der Typizität eine Rechtsfrage (keine Tatfrage). Der OGH schloss aus dem Nahebereich des Nerves zum OP-Gebiet auf ein typisches Risiko der Nervenschädigung. Die Feststellungen des ErstG, dass das Risiko ein unbekanntes gewesen war und die Wahrscheinlichkeit gegen Null tendierte, waren demgemäß rechtlich irrelevant.

Auch das Risiko der Darmperforation bei einer Darmspiegelung sah der OGH trotz der geringen Inzidenz von 0,32% als typisch an.<sup>15)</sup>

Bei einer Risikodichte von 0,5% bis 1% der Schädigung des nervus lingualis bei Extraktion eines Weisheitszahns ließ der OGH die Frage der Typizität of-

6) Memmer in Handbuch Medizinrecht I/82 a; Juen, Arzthaftungsrecht<sup>2</sup> 107 ff; Engländer, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 189 f; Prutsch, Die ärztliche Aufklärung<sup>2</sup> (2004) 178; Leischner, Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen 51 f; Tanczos/Tanczos, aaO 34 ff; Haslinger, Probleme der ärztlichen Aufklärung und Patienteneinwilligung, AnwBl 1994/11, 866 ff (871); Harrer in Schwimann, ABGB II<sup>3</sup> Rz 49 zu § 1300; Reischauer in Rummel, ABGB II 1<sup>3</sup> Rz 26 d zu § 1299.

7) Die Autoren vertreten seit mehr als 20 Jahren ständig Ärzte und zahlreiche Träger von Krankenanstalten (nicht jedoch Patienten) außergerichtlich und in Zivil- und Strafverfahren.

8) Von lat *typicus*, gr *typikos*.

9) Grimm/Grimm, Deutsches Wörterbuch (Leipzig).

10) In der Regel jedoch nicht der befragte medizinische Sachverständige.

11) Klausner/Kodek, JN-ZPO<sup>16</sup> E 4 ff zu § 272 ZPO; Fasching, Zivilprozessgesetze III<sup>2</sup> Rz 56 f Vor § 266 ZPO.

12) StRsp: Klausner/Kodek, aaO E 9 zu § 272 ZPO mwN.

13) OGH 28. 9. 2007, 9 Ob 12/07 s.

14) OLG Innsbruck 9. 11. 2006, 2 R 169/06 d.

15) OGH 28. 9. 2006, 4 Ob 132/06 z.

fen,<sup>16)</sup> weil für die Extraktion kein konkreter Anlass bestand und damit bereits erhöhtes Aufklärungserfordernis angenommen wurde.

Eine schwere Nachblutung nach einer Nasenseptum-Operation wurde vom OGH als typisches Risiko der Operation angesehen (Inzidenz 2,6%).<sup>17)</sup>

Die Ruptur der Gefäßwand der Halswirbelsäulenschlagader nach einem chiropraktischen Eingriff an der HWS wurde als typisches Behandlungsrisiko angesehen, der Einwand der Nebenintervenientin, dass die Komplikationsrate weniger als 0,05%(!) beträgt, als nicht relevant.<sup>18)</sup>

Als typisches Operationsrisiko wurde auch die Nervenläsion nach Lymphknotenexstirpation angesehen,<sup>19)</sup> wobei der OGH – entgegen stRsp – *aus der Häufigkeit der Risikoverwirklichung auf dessen Typizität schloss!*<sup>20)</sup>

Als typisches Risiko wurde auch die Ösophagus-Vorderwandperforation bei einer Magenoperation beurteilt.<sup>21)</sup> Die erste Instanz hatte die Typizität des Risikos verneint, folgend dem medizinischen Sachverständigen, der auf die Komplikationshäufigkeit bei der Beurteilung der Frage abgestellt hatte. Der OGH führte dazu aus, dass die Typizität des Risikos eine Rechtsfrage ist, sodass das BerG berechtigt war, ohne Beweiswiederholung eine andere rechtliche Beurteilung diesbezüglich vorzunehmen.

Ähnlich auch die E des OGH vom 11. 1. 1996.<sup>22)</sup> Die *Peronäuslähmung* nach einer Varizenoperation wurde vom HöchstG als typisches Risiko und damit aufklärungsbedürftig angesehen. Zuvor hatte die erste Instanz das Klagebegehren dem Grunde nach abgewiesen, ein Aufklärungserfordernis verneint, weil das Risiko der Schädigung dieses Nervs im Promillebereich gelegen war; Feststellungen zur Typizität wurden – soweit ersichtlich – in erster Instanz nicht getroffen. Die zweite Instanz bestätigte die Klagsabweisung (nach Beweiswiederholung), wobei – soweit ersichtlich – keine Ausführungen zur Typizität des Risikos getroffen wurden.

Der OGH ging hingegen von einem typischen Risiko aus, ohne dass die diesbezügliche Begründung ersichtlich wäre.

Als typisch sah der OGH auch die *Durchtrennung des Ductus choledochus* (Kanal zur Ableitung der Galle in den Zwölffingerdarm) mit anschließender Verschlussgelbsucht nach Cholezystektomie (Entfernung der Gallenblase) an, trotz einer Inzidenz von nur 0,25%.<sup>23)</sup>

Tetanien (Krampfanfälle) nach Struma-Operation (Kropfoperation) sind für den OGH typisch, trotz eines Risikos von nur 0,8% bis 1,4%.<sup>24)</sup>

Auch in der E v I. 4. 1987<sup>25)</sup> wird bereits betont, dass es bei der Frage der Typizität nicht auf die Wahrscheinlichkeit des Risikos ankommt (*Gesichtsnervenlähmung* und Nekrose der Ohrmuschel nach Ohroperation).

Die Recurrensparese (Stimmbandlähmung) nach einer Kropfoperation<sup>26)</sup> ist ebenso wie nach einer Stomektomie (Schilddrüsenoperation)<sup>27)</sup> eine typische Komplikation, ungeachtet der Statistiken.

Die Typizität der Schädigung des Nervus lingualis bei einer Zahnextraktion wurde in zwei Instanzen verneint, die Revision wegen uneinheitlicher Rsp zur Typizität vom BerG jedoch für zulässig erklärt; der OGH wies dessen ungeachtet die Revision zurück,<sup>28)</sup> weil das Risiko so unerheblich ist, dass ihm die Eignung

fehlt, die Entscheidung des Patienten zu beeinflussen. Offen blieb, was der OGH unter „unerheblich“ verstand, selten oder wenig gravierend.

Zusammengefasst verneint der OGH (ebenso wie der BGH) bei der Frage der Typizität – mit nur ganz wenigen Ausnahmen – die Relevanz der Inzidenz; wiederholt wurden diesbezügliche (Rechts-)Irrtümer der Unterinstanzen bzw der Sachverständigen korrigiert.

Die österreichische Lehre lässt die Ausführungen des Höchstgerichts unkommentiert.<sup>29)</sup> In der deutschen Lehre legt *Weißauer*<sup>30)</sup> die diesbezügliche Entwicklung der Rsp dar mit dem Ergebnis, dass bei eingriffsspezifischen, typischen Risiken, die sich im Falle ihrer Verwirklichung schwerwiegend auf die weitere Lebensführung des Patienten auswirken können, die Komplikationsdichte keine Rolle mehr spielt und in einem Fall der Judikatur (Übertragung der HIV/HCV-Infektion bei Bluttransfusionen) die Typizität bejaht wurde bei einem Risiko von 1 : 7 Millionen.<sup>31)</sup>

### 3. Spezialität

Als positives Erfordernis für die Typizität erachtet der OGH, dass das Risiko „speziell“ dem geplanten Eingriff anhaftet.

Synonym für „speziell anhaftende Risiken“ werden zuweilen „*inherentes Risiko*“,<sup>32)</sup> „*besonders eigentümliche*“ Risiken<sup>33)</sup> oder „*spezifische Risiken*“<sup>34)</sup> verwendet.

Abgrenzend werden diesen – besondere Aufklärung bedingenden – speziellen (spezifischen, besonders eigentümlichen etc) Risiken die allgemeinen Behandlungs- bzw Operationsrisiken – als idR nicht aufklärungsbedürftig – gegenübergestellt:

Das Risiko des *intraoperativen Wachseins* haftet nach der Rsp<sup>35)</sup> der Vollnarkose als spezielles Risiko an. Darüber ist – im Gegensatz zum allgemeinen Infektionsrisiko bei Operationen – aufzuklären.

In der E vom 5. 9. 1999<sup>36)</sup> stellte der OGH die allgemeinen Risiken einer Blutabnahme den speziellen der

16) OGH 8. 3. 2001, 8 Ob 33/01 p.

17) OGH 28. 2. 2001, 7 Ob 233/01 s.

18) OGH 23. 2. 1999, 4 Ob 335/99 p.

19) OGH 20. 5. 1998, 2 Ob 124/98 v.

20) „Im vorliegenden Fall hat keinerlei Aufklärung über Operationsrisiken stattgefunden, obwohl Läsionen des Nervus accessorius und des Ramus trapezius so häufig vorkommen, dass es erforderlich ist, Patienten darauf aufmerksam zu machen. Die Verletzung eines dieser Nerven oder beider zählt daher zum typischen Risiko einer Operation, ...“ (Hervorhebungen durch die Autoren).

21) OGH 16. 1. 1996, 4 Ob 1690/95.

22) 2 Ob 505/96.

23) OGH 13. 1. 1995, 4 Ob 509/95.

24) OGH 21. 9. 1989, 8 Ob 535/89.

25) 3 Ob 645/86.

26) BGH 26. 9. 1961, VI ZR 225/60 NJW 1961/48, 2203.

27) OLG Celle 17. 8. 1977, 1 U 8/77 NJW 1978/12, 593.

28) OGH 24. 10. 1996, 6 Ob 2211/96 g.

29) Vgl FN 5.

30) In *Laufs ua*, Die Entwicklung der Arzthaftung (1995) 18 ff.

31) Weitere Judikaturmachweise: *Hager in Staudinger*, BGB II Rz 1 89 zu § 823; *Wagner in MünchKommBZ zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Rz 712 zu § 823; *Laufs*, *Arztrecht* Rz 192.

32) OGH 13. 1. 1995, 4 Ob 509/95 (Durchtrennung des Ductus choledochus nach Cholezystektomie).

33) BGH 26. 9. 1961, VI ZR 225/60 NJW 1961/48, 23 (Recurrensparese nach Kropfoperation).

34) OLG Koblenz, 5 U 967/09 (Sehbehinderungen nach Kieferhöhlen-OP).

35) OGH 10. 4. 2008, 3 Ob 11/08 a.

36) 3 Ob 123/99 f.

Plasma-Spende gegenüber und führte aus, dass für den Fall, dass (nach damaligem Wissensstand) bei Plasma-Spenden eine über das allgemeine Hygienierisiko bei Blutabnahmen hinausgehende Gefahr nicht anzunehmen gewesen wäre, auch die Verletzung einer Aufklärungspflicht (mangels Typizität) verneint werden müsste.

Gleichlautend ging die Rsp davon aus, dass die Infektion nach einer Brückner-Plastik nach Riss des vorderen Kreuzbands *kein typisches*, sondern ein generelles (allgemeines) Infektionsrisiko ist, das jeder Operation, jedem chirurgischen Eingriff anhaftet und damit nicht aufklärungsbedürftig ist.<sup>37)</sup> Hingegen konnte der OGH<sup>38)</sup> die Frage der Typizität einer Wundinfektion nach einer Kreuzbandplastik offenlassen, zumal die Risikoauflklärung des Patienten festgestellt wurde. Die Peronäuslähmung (durch überschießende Narbenbildung) nach der operativen Behandlung eines Bänderisses wurde als nicht typisch für die konkrete Operation angesehen,<sup>39)</sup> ebenso wenig wie ein komplexes regionales Schmerzsyndrom (CRPS) nach einer Knie-scheibenoperation.<sup>40)</sup>

Hingegen wurde ein durch Sauerstoffunterversorgung bedingtes Apallisches Syndrom nach einer Herzoperation als typisches Risiko beurteilt.<sup>41)</sup> Der OGH argumentierte mit dem Erfordernis der Einschaltung einer Herz-Lungen-Maschine. Hinterfragt könnte allerdings werden, ob das Risiko der Sauerstoffunterversorgung des Gehirns nicht jeder Operation in Allgemein-anästhesie anhaftet, sohin kein spezielles Risiko des klagsgegenständlichen Eingriffs war.

Als „inherentes Risiko“ beurteilte der OGH die Durchtrennung des Ductus choledochus bei Cholezystektomie<sup>42)</sup> und die Peronäuslähmung nach Varizenoperation,<sup>43)</sup> ferner eine Ösophagus-Vorderwandperforation bei Magenoperation,<sup>44)</sup> eine komplette Querschnittssymptomatik nach Bandscheibenoperation L4/L5 und Th7/Th8,<sup>45)</sup> einen Darmriss<sup>46)</sup> dritten Grades bei Vaginalgeburt mit Lageanomalie des Kindes,<sup>47)</sup> eine Hepatitis C-Infektion nach Bluttransfusion<sup>48)</sup> oder die Darmperforation bei einer Darmspiegelung.<sup>49)</sup> Die Frage der Typizität einer opticus neuritis (hochgradige Sehbehinderung) nach einer Hepatitis B-Impfung ließ der OGH offen; der Aufhebungsbeschluss des OGH erfolgte, weil keine Feststellungen zur Inzidenz getroffen worden waren.<sup>50)</sup> Im zweiten Verfahrensgang bejahte das OLG Graz die Haftung,<sup>51)</sup> wobei – unseres Erachtens richtig – bei der Rechtsfrage der Aufklärung die Frage der Typizität des Risikos gar nicht mehr diskutiert wurde.

Auch wenn die Definition des „speziellen“ Operationsrisikos im Gegensatz zum „allgemeinen Operationsrisiko“ zumindest theoretisch weitgehend geklärt erscheint, muss der Begriff insb bei Erörterung mit den medizinischen Sachverständigen oftmals „diffus“<sup>52)</sup> bleiben:

Wundheilstörungen und Infektionen nach einem chirurgischen Eingriff sind als *allgemeine Behandlungsrisiken*<sup>53)</sup> anzusehen, sohin auch bspw für eine Bandscheibenoperation nicht „typisch“. Eine Discitis (Bandscheibenentzündung) nach Discektomie L4/L5 kann zwar insofern als „spezielles Risiko“ dieser Operation angesehen werden, als dieses Risiko bspw kaum einer Sprunggelenksoperation anhaftet. Allgemein ist das Ri-

siko jedoch andererseits insofern, als es sich nicht nur bei einer Discektomie L4/L5 verwirklichen kann, sondern grundsätzlich bei jeder Wirbelsäulenoperation.

Entwickelt sich aus dieser Discitis eine Spondylodiscitis (Beteiligung des Wirbelkörpers) stellen sich die oa Fragen erneut.

Setzt sich die Problematik fort und erleidet die Patientin eine Meningitis (Gehirnhautentzündung), wäre mit dem Sachverständigen Folgendes zu erörtern: War die Meningitis Folge der Discitis, weil Keime durch den Liquor zum Gehirn gelangten?

Haftet dieses Risiko speziell der gegenständlichen Operation an oder kann eine Meningitis auch Folge vieler anderer Operationen (bspw einer Schulteroperation) sein, weil Keime über die Blutbahn gestreut werden?

Kann eine Meningitis nicht überhaupt ohne jeglichen chirurgischen Eingriff auftreten?

All diese Fragen sind nicht nur Theorie, sondern waren verfahrensgegenständlich<sup>54)</sup> und zeigen auf, wie im Detail ungeklärt die Frage des „speziellen“ Behandlungsrisikos ist.

Zur Verdeutlichung ein weiteres, regelmäßig gerichtsanhängiges Behandlungsrisiko:

Nach der Operation einer Patientin (Sigmaresektion) in Lloyd-Davies-Lagerung trat bei der Patientin ein Kompartmentsyndrom in beiden Beinen auf. Der OGH bejahte die Typizität.<sup>55)</sup> Der OGH führte dazu aus, dass die Typizität nicht etwa deshalb ausgeschlossen wäre, weil diese Art der Lagerung auch bei anderen Operationen verwendet wird. Die Typizität ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Komplikation an einem anderen Körperteil (Beine) auftrat, als die Operation durchgeführt wurde (Bauch).

Wie wäre der Sachverhalt zu beurteilen gewesen, wäre das Kompartmentsyndrom nicht nach Lloyd-Davies-Lagerung (Rückenlage mit weit abgespreizten Beinen) aufgetreten, sondern nach Steinschnittlagerung (Rückenlage mit angewinkelten, gespreizten Beinen)?<sup>56)</sup>

Wäre jede Nervenläsion infolge Lagerung als typisch für die konkrete Lagerung zu beurteilen?

Ist nicht jeder Patient bei jeder Operation in irgendeiner Art zu lagern, sodass daraus resultierende Nerven-/Muskelschäden als allgemeines Risiko zu beurteilen sind? →

37) OGH 7. 9. 1993, 10 Ob 503/93.

38) OGH 27. 1. 2009, 5 Ob 290/08 w.

39) OGH 15. 3. 2000, 7 Ob 46/00 s.

40) OGH 19. 1. 2010, 4 Ob 212/09 v.

41) OGH 19. 2. 1984, 3 Ob 562/84.

42) OGH 13. 1. 1995, 4 Ob 509/95.

43) OGH 11. 1. 1996, 2 Ob 505/96.

44) OGH 16. 1. 1996, 4 Ob 1690/95.

45) OGH 12. 3. 1996, 10 Ob 1530/96.

46) In RIS-Justiz irrtümlich: Darmriss.

47) OGH 17. 2. 2003, 7 Ob 299/03 a.

48) OGH 6. 10. 2005, 6 Ob 83/05 g.

49) OGH 28. 9. 2006, 4 Ob 132/06 z.

50) OGH 16. 12. 2008, 1 Ob 84/08 x.

51) OLG Graz 19. 5. 2010, 6 R 5/10t (bislang unveröffentlicht).

52) Vgl *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 189.

53) Vgl FN 37.

54) LG Linz 63 Cg 32/09 s (Klagebegehren in erster Instanz rechtskräftig abgewiesen, E nicht veröffentlicht).

55) OGH 29. 9. 2009, 8 Ob 113/09 i.

56) Sachverhalt gerichtsanhängig gewesen zu 2 Cg 38/09 d des LG Wels (Klage unter Anspruchsverzicht zurückgezogen, nicht veröffentlicht).

Diese beiden in der gerichtlichen Praxis häufig vorkommenden Behandlungsrisiken (postoperative Infektionen, Lagerungsschäden) zeigen: Je näher der Terminus „Typizität“ betrachtet wird, desto weniger klar wird oftmals dessen Begriffsinhalt.

#### 4. Vermeidbarkeit

Das zusätzliche Erfordernis, dass das Risiko „auch bei Anwendung allergrößter Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung nicht sicher zu vermeiden ist, um ein Behandlungsrisiko als „typisch“ zu qualifizieren, ist entbehrlich: Verwirklicht sich ein Behandlungsrisiko, weil der Eingriff nicht fehlerfrei (sohin fehlerhaft) durchgeführt wurde oder weil nicht allergrößte Sorgfalt aufgewendet worden war, ist von einem haftungsbegründenden Behandlungsfehler auszugehen<sup>57)</sup> und die Frage der Patientenaufklärung und damit der Typizität eines Risikos von sekundärer Bedeutung.

#### 5. Überraschungsmoment

Ferner fordert die Typizitätsdefinition der Rsp, dass das spezielle Risiko den „nicht informierten Patienten überrascht, weil er nicht damit rechnet.“

Nachvollziehbar an diesem Kriterium ist, dass die Verwirklichung eines Risikos, das der Patient präoperativ kannte und mit dem er kalkulierte, nicht haftungsbegründend ist, zumal er im Wissen um dieses Risiko rechtswirksam in die Behandlung einwilligte.

Unklar, weil keineswegs zwingend, an der Definition der Rechtsprechung ist hingegen die Verknüpfung der Spezifität des Risikos mit der Annahme, dass dieses den nicht informierten Patienten überrascht.

Unseres Erachtens ist weder der Schluss, dass ein spezielles – dem Eingriff anhaftendes – Risiko dem Patienten unbekannt ist, noch, dass ein allgemeines Operationsrisiko jedem Patienten bekannt sein muss, zwingend.

Die komplette Querschnittssymptomatik einer Patientin nach einer Bandscheiben-OP L4/L5 und Th7/Th8 ist nach der Rsp<sup>58)</sup> ein typisches Risiko; dass eine Patientin, die bereits präoperativ an einer neurologischen Symptomatik gelitten hatte, dieses Operationsrisiko mit Sicherheit nicht kannte, ist hingegen fraglich. Naheliegender wäre vielmehr, dass ein Patient, dessen Discusprolaps ihm bereits neurologische Beschwerden verursacht, weiß, dass ein operativer Eingriff gerade an diesen Bandscheiben die dort austretenden Nerven schädigen kann.

Starke Nachblutungen nach einer Tonsillektomie (Entfernung der Gaumenmandeln) mögen allenfalls typisch für den Eingriff sein,<sup>59)</sup> dass dieses Risiko für den Patienten überraschend ist und er damit nicht rechnet, erscheint nach diversen Medienberichterstattungen<sup>60)</sup> nach Todesfällen von Kindern nicht zwingend.

Andererseits erscheint auch nicht zwingend, dass jedes allgemeine, sohin nicht spezielle Operationsrisiko dem Patienten bekannt ist: So wurden vom BGH Thrombosen oder bei größeren Operationen sogar tödlich verlaufende Fettembolien als der Allgemeinheit bekannt beurteilt.<sup>61)</sup>

Unseres Erachtens kann die „und“-Verknüpfung zwischen Spezifität und Überraschungseffekt für den nicht informierten Patienten in der Typizitätsdefinition

des OGH daher nur so verstanden werden, dass keine Typizität anzunehmen ist, wenn das Risiko zwar speziell dem geplanten Eingriff anhaftet, der (abstrakte) Patient jedoch mit diesem Risiko rechnet.

Welche Behandlungsrisiken die Judikatur dem Patienten als allgemein bekannt unterstellt, ist dem behandelnden/die Aufklärung schuldenden Arzt vorweg kaum zu prognostizieren.

#### 6. Erhöhtes Aufklärungsbedürfnis

Die Judikatur leitet aus der „Typizität“ ein „erhöhtes“ bzw. „verschärftes“ Aufklärungsbedürfnis ab, bleibt aber schuldig, was unter „erhöhtem/verschärftem“ Aufklärungsbedürfnis zu verstehen ist.

Unseres Erachtens könnte die „Typizität“ des Behandlungsrisikos die Aufklärungspflicht begründen, allerdings nicht erhöhen/verschärfen.

Voranzustellen ist, dass nach der Judikatur der Arzt nicht auf alle nur denkbaren Folgen einer Behandlung hinweisen muss; auf objektiv unbedeutende Risiken ist nur dann hinzuweisen, wenn für den Arzt erkennbar ist, dass diese aus besonderen Gründen für den Patienten wichtig sind. Nur auf typische Risiken einer Operation ist unabhängig von der prozentmäßigen statistischen Wahrscheinlichkeit, also auch bei einer allfälligen Seltenheit, hinzuweisen.<sup>62)</sup> Dh, dass auf äußerst seltene, unbedeutende Risiken grundsätzlich nicht hinzuweisen ist, wenn diese Risiken nicht als typisch anzusehen sind. Wenn die Typizität bejaht wird, besteht ein Aufklärungsbedürfnis, jedoch kein in Qualität oder Quantität erhöhtes.

#### 7. Rechts- oder Sachverhaltsfragen

Nach ständiger und langjähriger Rsp ist der Aufklärungsumfang an sich eine Rechtsfrage, die gegenteilige ältere Judikatur wurde abgelehnt.<sup>63)</sup>

Ob die „Typizität“ Tat- oder Rechtsfrage ist, beurteilt die Judikatur wechselnd:

So führt der OGH aus,<sup>64)</sup> dass die Frage, ob ein Risiko für eine Operation *typisch* ist, eine Rechtsfrage „anhand der getroffenen Feststellungen“ wäre. Der OGH bejahte hier im Rahmen der rechtlichen Beurteilung die Typizität, nachdem die Unterinstanzen die Typizität (folgend dem medizinischen Sachverständigen, der auf die Komplikationshäufigkeit abgestellt hatte) verneint hatten.

57) Der Patient hat aus dem Behandlungsvertrag Anspruch auf Anwendung der nach dem Stand der Wissenschaft zu fordernden sichersten Maßnahmen zur möglichsten Ausschaltung oder Einschränkung bekannter Risiken und Gefahren (OGH 1 Ob 91/99k; RIS-Justiz RS0026368).

58) OGH 12. 3. 1996, 10 Ob 1530/96.

59) So man nicht davon ausgehen muss, dass Nachblutungen Risiken jedes chirurgischen Eingriffs sind; „Typizität“ schwerer Nachblutungen wurden bspw auch für eine Nasenseptum-Operation bejaht (OGH 28. 2. 2001, 7 Ob 233/00s).

60) Vgl beispielsweise Kronen-Zeitung 14. 6. 2008, Gesundheitsbeilage (in welcher wegen dieses Risikos der stationäre Aufenthalt von Kindern nach Tonsillektomie von zumindest zwei bis drei Tagen gefordert wird).

61) Giesen, Arzthaftungsrecht (1995) 229.

62) OGH 17. 5. 2001, 7 Ob 321/00g (laparoskopische Sigmaresektion: Nahtbruch).

63) OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82 (Stimmbandlähmung nach Kropfoperation); OGH 21. 9. 1989, 8 Ob 535/89 (Tetanien nach Struma-Operation).

64) OGH 16. 1. 1996, 4 Ob 1690/95 (Ösophagus-Vorderwandperforation nach Magenoperation).

Auch in der E vom 20. 5. 1998<sup>65)</sup> bejahte der OGH die Typizität der Nervenläsion nach einer Lymphknotenexstirpation und damit die Haftung, nachdem zuvor die zweite Instanz die Klage abgewiesen hatte. Zumindest unscharf blieb allerdings die Begründung des OGH, der aus einer Häufigkeit des sich verwirklichten Risikos auf die Typizität schloss.

Zur Frage der Typizität eines Apallischen Syndroms nach einer Zahnbehandlung in Vollnarkose führte der OGH aus,<sup>66)</sup> dass der Umfang der Aufklärungspflicht eine Rechtsfrage anhand der getroffenen Feststellungen ist, wobei die Frage der Typizität im konkreten Fall offengelassen wurde.

Die Hämatombildung (und daraus resultierend die Verletzung des Nervus medianus) nach einer Angiographie wurde in erster Instanz als nicht typisches Risiko beurteilt, zumal Hämatome und daraus resultierende Nervenläsionen auch bei anderen Operationen/Zugängen entstehen können; das BerG deutete das Sachverständigengutachten (ohne Beweiswiederholung) im Rahmen der rechtlichen Beurteilung um und ging von einer Typizität aus, die dagegen erhobene Revision wurde zurückerwiesen.<sup>67)</sup>

In der E vom 28. 9. 2007<sup>68)</sup> schloss der OGH im Rahmen der rechtlichen Beurteilung aus dem Nahebereich des Nervs zum OP-Gebiet auf eine Typizität der Teildurchtrennung des nervus ulnaris für eine Operation eines Ellenhakenbruchs. Nach den Sachverhaltsfeststellungen erster und zweiter Instanz wäre ein atypisches Risiko vorgelegen.

Die Typizität der Beeinträchtigung des Sprechvermögens („Näseln“) nach einer Tonsillektomie (Entfernung der Gaumenmandeln) wurde bejaht,<sup>69)</sup> wobei in der Veröffentlichung offenblieb, ob diese Frage als Rechts- oder Tatfrage behandelt wurde.

Andererseits hob der OGH die E des OLG Linz wegen Verfahrensmangels auf,<sup>70)</sup> weil das BerG die erstinstanzlichen Feststellungen zur Frage der Typizität ohne Beweiswiederholung ergänzt hat; daraus könnte geschlossen werden, dass Typizität – zumindest auch – als Sachverhaltsfrage angesehen wurde.

Ebenso erging ein Aufhebungsbeschluss,<sup>71)</sup> weil keine Sachverhaltsfeststellungen dazu getroffen wurden, ob das Risiko (äußerlich sichtbare Narbe an der Lippe nach Zahnextraktion 15 und 25 und Wurzelspitzenrezession 36) typischerweise einem solchen Eingriff anhaftet.

In der E vom 12. 3. 1996<sup>72)</sup> übernahm der OGH die „Feststellung“ des Erstgerichts, dass die Typizität im konkreten Fall gegeben war (komplette Querschnittssymptomatik nach Bandscheiben-OP).

Ferner wies der OGH eine ao Revision zurück,<sup>73)</sup> weil diese nicht vom festgestellten Sachverhalt ausging, wenn sie die Verwirklichung eines typischen Risikos behauptet. Auch hier sah demnach der OGH die Typizität als Sachverhaltsfrage an.

Auch in der E vom 17. 12. 2003<sup>74)</sup> wurde davon ausgegangen, dass die Typizität keine Rechtsfrage, sondern eine Sachverhaltsfrage ist (Dammriss dritten Grades bei Vaginalgeburt/Lageanomalie des Kindes).

Zurückgewiesen wurde vom OGH eine Revision,<sup>75)</sup> weil diese keinen Verfahrensmangel des BerG zur Frage der Typizität und der Nichtbehandlung der diesbezüglichen Beweisträger geltend gemacht hatte, woraus zu

schließen ist, dass der OGH in diesem Fall die Typizität als Sachverhaltsfrage ansah.

Das OLG Wien beurteilt die Typizität als Sachverhaltsfrage, lediglich der rechtliche Schluss aus der Typizität sei eine Rechtsfrage;<sup>76)</sup> diese Rechtsansicht wurde allerdings vom OGH in der anschließenden Revision nicht geteilt.<sup>77)</sup>

Die österreichische Lehre nimmt zur Frage, ob „Typizität“ als Tat- oder Rechtsfrage zu beurteilen ist, im Detail nicht Stellung; ausschließlich *Tanczos/Tanczos*<sup>78)</sup> führen ohne weitere Begründung aus, dass die Beurteilung, ob ein typisches aufklärungsbedürftiges Risiko vorlag, keinem ärztlichen Sachverständigenbeweis zugänglich sei, sondern – als Rechtsfrage – vom Richter „anhand der zu den konkreten Umständen des Einzelfalls getroffenen Feststellungen“ zu lösen sei.

## D. Schlussfolgerungen

- Was rechtlich unter „Typizität“ eines Behandlungsrisikos zu verstehen ist, ist nur scheinbar geklärt, die Rsp schreibt jahrzehntelang eine mehrdeutige Formulierung fort; die hL geht darauf weitgehend nicht ein. Dieser ungeklärte Begriff der Typizität des Behandlungsrisikos wird zudem bei der Rechtsfrage des Umfangs der Aufklärungspflicht bei Weitem überbewertet. Aus der Sicht des vor die Entscheidung für oder gegen eine Behandlung gestellten Patienten ist es irrelevant, ob das Operationsrisiko von der Judikatur als „typisches“, „nicht atypisches“ oder „allgemeines“ definiert wird; der Patient wird sich in seiner Entscheidungsfindung vielmehr daran orientieren, ob und wie dringlich die Behandlung indiziert ist, welche Chancen sie bietet, welche wesentlichen (bedeutenden) Risiken bestehen und welche Alternativen sich böten.
- Wenn die Typizität Aufklärungskriterium sein soll, kann die Frage, ob ein Risiko speziell einer bestimmten Behandlung anhaftet oder dieses ein allgemeines Behandlungsrisiko ist, ausschließlich der medizinische Sachverständige beantworten, weil es eine medizinische Frage ist, nicht der Richter. Der rechtliche Schluss aus der Bejahung oder Verneinung der Spezialität ist eine Rechtsfrage.
- Wenn die Typizität Aufklärungskriterium sein soll, bedeutet Typizität im Sinne von Spezialität eines Risikos nicht automatisch Unbekanntheit für den Patienten.
- Wenn die Typizität Aufklärungskriterium sein soll, folgt rechtlich daraus keine graduell in Quantität

65) 2 Ob 124/98v.

66) 15. 3. 2001, 6 Ob 258/00k.

67) OGH 27. 8. 2003, 9 Ob 30/03g.

68) 9 Ob 12/07s.

69) OGH 17. 1. 2001, 6 Ob 318/00h.

70) OGH 18. 10. 1991, 8 Ob 620/91.

71) OGH 30. 1. 1996, 4 Ob 505/96.

72) 10 Ob 1530/96.

73) OGH 14. 1. 1998, 3 Ob 364/97v.

74) 7 Ob 299/03a.

75) OGH 15. 3. 2000, 7 Ob 46/00s (Peronäuslähmung nach operativer Behandlung eines Bänderrisses).

76) OLG Wien 27. 5. 2009, 11 R 35/09m (Kompartmentsyndrom nach Sigmaresektion/Lagerung nach Lloyd-Davies).

77) OGH 29. 9. 2009, 8 Ob 113/09i (Kompartmentsyndrom nach Bauch-OP).

78) AaO 35.

- und Qualität erhöhte oder verschärfte Aufklärungspflicht.
- Wenn Typizität Aufklärungskriterium sein soll, bedürfte es exakter Aufträge der Gerichte an die Sachverständigen vor der Gutachtenserstattung mit Hin-

- weisen auf die Begriffsdefinition des OGH zur Typizität.
- Unseres Erachtens ist zumindest zu überdenken, ob die „Typizität“ eines Behandlungsrisikos als Kriterium für die Aufklärungspflicht geeignet ist.

## → In Kürze

Die Judikatur zur Typizität eines Behandlungsrisikos wirft mehr Fragen auf als sie beantwortet. Es ist zu überdenken, ob die Typizität als Aufklärungskriterium geeignet ist.

## → Zum Thema

### Über die Autoren:

Dr. Eckhard Pitzl und Dr. Gerhard W. Huber, LL. M., sind Rechtsanwälte der Pitzl & Huber Anwaltspartnerschaft in Linz.

Kontaktadresse: Rudolfstraße 4, 4040 Linz.

Tel: (0732) 718 000

Fax: (0732) 71 78 78

E-Mail: [office@medizinrecht.at](mailto:office@medizinrecht.at)

Internet: [www.medicinrecht.at](http://www.medicinrecht.at)

### Von denselben Autoren erschienen:

Anmerkung zur Entscheidung, RdM-LS 2010/37: Facharztbeschränkung als Schutzgesetz; Behandelnder Arzt und Sorgfaltsmaßstab, RdM 2007, 4 ff; Verschuldensabhängige Patientenentschädigung – Patientenentschädigungsfonds, RdM 2003, 100 ff; Ärztliche Heilbehandlung und Körperverletzungskonstruktion, RdM 2000, 105 ff; Haftung des Belegarztes für Operationsvorbereitung, RdM 2000, 88 ff; Die Haftung des Arztes nach dem Produkthaftungsgesetz, Linzer medizinrechtliche Beiträge III (2002).

### Literatur:

Juen, *Arzthaftungsrecht*<sup>2</sup> (2005); *Handbuch Medizinrecht für die Praxis* (Stand 2010).

