

## RdM 2021/330

§§ 1297, 1299  
ABGBOGH 27. 5. 2021,  
5 Ob 28/21kAufklärung;  
typisches Risiko

## → Aufklärung in Bezug auf Oversizing und/oder Innenrotation der Tibiakomponente?

1. Über ein Risiko ist aufzuklären, wenn ein ordentlicher und pflichtgetreuer Durchschnitts-(Fach-)Arzt in der konkreten Situation des behandelnden Arztes gemessen am jeweiligen zumutbaren Erkenntnisstand der Ärzte und den aktuell anerkannten Regeln ärztlicher Kunst in der Lage gewesen wäre, das verwirklichte Risiko abzusehen. Der Umfang der Aufklärungspflicht ist anhand der getroffenen Feststellungen rechtlich zu beurteilen.

2. Kommen als Schmerzursache nach einer Knieendoprothesenimplantation ua auch das zu große Implantat (Oversizing) und die Innenrotation

der Tibiakomponente in Frage, ist zu klären, ob die Auswahl der Prothese und die Operation selbst lege artis waren. Sollte die Behandlung ordnungsgemäß gewesen sein, sind Feststellungen zur Häufigkeit und Typizität der Beschwerden geboten, um feststellen zu können, ob sich mit den Schmerzen tatsächlich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat.

3. Der Haftungsumfang des Arztes unterscheidet sich danach, ob ihm ein Behandlungsfehler oder eine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen ist.

**Sachverhalt:**

[1] Der ErstBekl ist ärztlicher Leiter der DrittBekl. Diese ist Rechtsträgerin von zwei privaten Krankenanstalten – der Klinik S, in der der Kl v 8. 9. bis 22. 9. 2014 stationär aufgenommen war und wo ihm vom ErstBekl als Belegarzt am 9. 9. 2014 eine Knieendoprothese implantiert wurde, und des Rehabilitationszentrums B, in dem er anschließend vom 22. 9. bis 20. 10. 2014 zur Rehabilitation sowie nach der RevisionsOP vom 11. 7. 2016 bis 1. 8. 2016 untergebracht war. Die ZweitBekl ist Haftpflichtversicherer des ErstBekl, ihre Passivlegitimation ist unbestritten.

[2] Der Kl hatte immer wieder Traumata am linken Knie erlitten, so 2012 aufgrund eines Schiunfalls. Der ErstBekl diagnostizierte eine Varusgonarthrose links und besprach bei einem Termin am 16. 1. 2012 mit ihm die Möglichkeit einer Arthroskopie mit vorderem

Kreuzband Re-Ersatz, eine Kniegelenktotalendoprothese-Implantation und eine konservative Therapie. Vorerst entschied sich der Kl gegen die Totalendoprothese.

[3] Nach einer neuerlichen Verletzung am Knie 2013 ließ sich der Kl wieder vom ErstBekl beraten. Die Feststellung, der ErstBekl habe ihm die bereits 2012 genannten Möglichkeiten im Hinblick auf die neuerliche Verletzung erklärt, darunter die Totalendoprothese, ihm mehrere Modelle gezeigt und ihm erklärt, je nach interoperativem Befund den geeigneten Prothesentyp zu wählen, hat er mit einer vom BerG nicht erledigten Beweistrüge bekämpft. Unbekämpft blieb, dass der ErstBekl ihm den Ablauf der Operation erklärte, der Kl einverstanden war und in die Operation einwilligte.

[4] Am 8. 9. 2014 wurde der Kl stationär in der Klinik S aufgenommen und unterfertigte ein Informa-

Der OGH präzisiert seine Rsp zur Aufklärung über typische Risiken.

tionsblatt, wonach Eingriff und Behandlungsdurchführung im alleinigen Verantwortungsbereich des ErstBekl lag. Die Feststellungen des ErstG zum Inhalt des dem Kl ausgefolgten Aufklärungsbogens und des mit ihm vom ErstBekl geführten Aufklärungsgesprächs sind ebenfalls Gegenstand einer nicht erledigten Beweisrüge, so insb, dass dieser mit ihm die Metallentfernung, das Erfordernis der Zementierung von Komponenten bei schlechten Knochenverhältnissen, die Möglichkeit einer Gefäß- oder Nervenläsion, die Thrombose- und Emboliegefahr, die Möglichkeit eines Infekts, von Wundheilungsstörungen, Bewegungseinschränkungen und Restbeschwerden, die Möglichkeit einer Lockerung und Erforderlichkeit einer Re-OP besprach und der Kl keine Fragen hatte.

[5] Der ErstBekl setzte bei der Operation eine CPR-Knie-Endoprothese ein, die zertifiziert ist. Er hat große Erfahrung mit derartigen Prothesen, weil er sie oft verwendet.

[6] Der Kl blieb bis 22. 9. 2014 in der Klinik. Nach seiner Überstellung in das Reha-Zentrum B blieb er dort bis 20. 10. Wegen anhaltender Schmerzen suchte der Kl eine Schmerzzambulanz der Klinik D in S auf, wo er fünf Tage stationär war. Ein orthopädisches Konsil dort kam zum Ergebnis, dass die Prothese unauffällig sitze und keine endogene Ursache für die Schmerzen direkt nachvollziehbar sei.

[7] Die Feststellungen, der Kl habe am 26. 6. 2015 den ErstBekl neuerlich wegen Schmerzen, Weichteilschwellung und Bewegungseinschränkungen aufgesucht, dieser habe ihn untersucht, ein Röntgen anfertigen lassen, weitere Physiotherapie empfohlen, dem Kl das Ergebnis des Röntgens (das keine Frühlockerung gezeigt habe) telefonisch mitgeteilt und ihm empfohlen, mit der Arthroskopie noch weiter zuzuwarten, sind Gegenstand einer nicht erledigten Beweisrüge.

[8] Letztlich suchte der Kl wegen anhaltender Schmerzen im Jänner 2016 Dr. T auf, der von einer mechanischen Irritation der Knieprothese ausgehend im Sinn eines Oversizings der Femur-Komponente und dadurch bedingten Bewegungseinschränkungen und Schmerzen sowie rezidivierender Ergussbildung ausging. Deshalb entschloss sich der Kl zum Austausch der Prothese am 8. 6. 2016, die nunmehr verwendete Prothese (NexGenLPS) ist weltweit verbreitet und wird oft angewendet. Acht Wochen nach der – notwendigen – RevisionsOP hatte der Kl keine Beschwerden mehr. Die Feststellungen, dass das Oversizing der Oberschenkelkomponente, ein stummer Infekt und die Lockerung auch ohne Innenrotation der Tibiakomponente zur Notwendigkeit einer RevisionsOP geführt hätten, dass eine Fehldrehung der vom ErstBekl implantierten Prothese nicht vorlag und die Schmerzen des Kl auch aufgetreten wären, wäre die Innenrotation etwas geringer gewesen, sind ebenso Gegenstand einer nicht erledigten Beweisrüge wie die Feststellung, dass der Kl eine im axialen Strahlengang überhängende zu große Prothese implantiert bekommen hatte, diese aber in korrekter Position eingebaut wurde und nicht feststellbar ist, ob dies lege artis erfolgte.

[9] Jedenfalls wies der Kl bei der RevisionsOP 2016 einen stummen Protheseninfekt mit *Propionibacterium acnes* als Zufallsbefund auf, dies ist eine unge-

wollte Komplikation der vorangegangenen OP in Form eines schicksalhaften Verlaufs mit einer Inzidenz von 0,2 bis 2%. Postoperativ war es außerdem – ebenso schicksalhaft – zur Lockerung der vom ErstBekl implantierten Prothese gekommen.

[10] Das ErstG wies das auf Schmerzensgeld von € 135.000,- sA und Feststellung der Haftung für künftige Schäden gerichtete Klagebegehren ab. Dem Kl sei der Beweis eines Kunstfehlers bei Auswahl und Implantation der Prothese nicht gelungen. Der ErstBekl habe ausreichend aufgeklärt. Überdies sei davon auszugehen, dass der Kl in die OP auch eingewilligt hätte, wäre die Aufklärung des ErstBekl nicht vollständig gewesen. Ein Fehlverhalten der Mitarbeiter der Drittbekl, die nur für Unterbringung, Verpflegung und pflegerische Versorgung zuständig gewesen sei, sei nicht hervorgekommen.

[11] Das BerG gab der Berufung des Kl Folge. In Ansehung der Drittbekl hob es das Urteil zur Verfahrensergänzung durch das ErstG auf; dies ist nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens. In Bezug auf ErstBekl und ZweitBekl änderte es in ein stattgebendes Teilurteil über das Feststellungsbegehren und ein Teilzwischenurteil über das Leistungsbegehren dahin ab, dass das Klagebegehren auf Schmerzensgeld von € 135.000,- dem Grunde nach zu Recht bestehe. Es folgte der Mängelrüge des Kl dahin, dass das Sachverständigengutachten zur Beurteilung der Rechtssache unvollständig geblieben und die Tatsachengrundlage daher unzureichend begründet sei. Zur Abklärung des behaupteten Kunstfehlers bei der OP liege ein Stoffsammlungsmangel vor, weil das beantragte (weitere) Gutachten eines Sachverständigen mit den erforderlichen Fachkenntnissen nicht eingeholt worden sei, obwohl der bestellte Sachverständige erklärt habe, das verwendete Prothesenmodell nicht zu kennen. Zu den postoperativen Folgen und der Nachbehandlung liege ein Begründungsmangel vor, weil das ErstG dem Sachverständigengutachten gefolgt sei, ohne dessen Grundlagen zu hinterfragen. Dies „bedinge die Aufhebung des Ersturteils, ohne dass auf die weitere Tatsachen- und Beweisrüge näher einzugehen wäre“. Allerdings meinte das BerG weiter, diese Mängel seien in Bezug auf erst- und zweitbekl Partei nicht relevant. Der Kl habe deren Haftung nämlich nicht nur auf einen Kunstfehler, sondern auch auf Aufklärungsmängel gestützt. Da die Behandlung des Kl nicht notwendig gewesen sei, um ihn vor drohender Lebensgefahr oder erheblicher Gefahr für seine Gesundheit zu bewahren, sei eine ausführliche Aufklärung geboten gewesen. Als nicht bekämpfte Feststellung zur Schmerzursache meinte das BerG das Oversizing der Oberschenkelkomponente und die Innenrotation der Tibiakomponente zu erkennen, als Ursache für die RevisionsOP das Oversizing der Oberschenkelkomponente, den stummen Infekt und die Lockerung. Ob das Oversizing ein Kunstfehler sei, wäre durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu klären, während die (deutliche) Innenrotation der Tibiakomponente nicht außerhalb des Tolerablen liege. Der Kl habe mit Beweisrüge nicht bekämpft, dass ihm eine zu große überhängende Prothese implantiert wurde (Oversizing) und dass dies die RevisionsOP notwendig gemacht habe – offen sei nur, ob dies gemeinsam mit oder auch neben dem stummen Infekt und der septischen Lo-

ckerung Ursache gewesen sei. Als unbekämpft wertete das BerG auch eine Feststellung, dass „ab der Mobilisation neben dem postoperativen Zustand das zu große Implantat und die Innenrotation schmerzbestimmend waren“ (wörtlich lautete die Feststellung aber: „Zunächst resultierten die vom Kläger erlittenen Schmerzen aus dem postoperativen Zustand. Zum Zeitpunkt der beginnenden Mobilisation kommen auch das zu große Implantat [Oversizing] und die Innenrotation in Frage, in welchem Ausmaß welcher Faktor schmerzbestimmend war, ist nicht feststellbar. Der Infekt war nicht schmerzbestimmend.“).

[12] Weil der festgestellte und von den Bekl behauptete Inhalt von Aufklärungsgespräch und Formblatt – wenn auch mit Beweistrübe bekämpft – auf keine der beiden Schmerzursachen (Oversizing und Innenrotation) Bezug genommen und nicht darüber aufgeklärt habe, dass solche Probleme mit dem Einsetzen, allenfalls der Auswahl der Prothese verbunden sein könnten, wäre über dieses Risiko – falls es sich nicht ohnedies um Kunstfehler gehandelt habe – aufzuklären gewesen. Eine Aufklärung über die Restbeschwerden und Bewegungseinschränkungen genüge nicht. Für die Auffassung des ErstG, der Kl hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt, fehle es an ausreichendem Vorbringen der dafür behauptungs- und beweispflichtigen Bekl.

[13] Die Revision ließ das BerG wegen der Einzelfallabhängigkeit der E nicht zu.

[14] Dagegen richtet sich die ao Revision von erst- und zweitbekl Partei, in der diese die Abänderung im Sinn einer Wiederherstellung der erstinstanzlichen E, hilfsweise die Aufhebung anstreben. [...]

[16] Die Revision ist zulässig, weil die Rechtsansicht des BerG zur Verletzung der Aufklärungspflicht im Einzelfall korrekturbedürftig ist, sie ist auch im Sinn ihres Eventualantrags berechtigt.

[17] Die Revisionswerber machen eine Fehlbeurteilung des BerG zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht geltend. [...]

#### Aus den Entscheidungsgründen:

[19] 1. Der Grundsatz, dass vom BerG verneinte Mängel des Verfahrens erster Instanz nicht Gegenstand der Revision sein können (vgl RIS-Justiz RS0042963), ist hier nicht anzuwenden, weil das BerG die Mangelhaftigkeit an sich bejahte, die nach seiner – vom erkennenden Senat nicht geteilten – Rechtsauffassung allerdings nicht relevant sei. Dies ist mit dem Fall vergleichbar, dass das BerG die Behandlung einer Mängelrüge infolge vermeintlich rechtlicher Unerheblichkeit des gerügten Mangels unterlässt (vgl RIS-Justiz RS0043051 [T 5]), auch wenn es dies hier nicht getan hat. Die rechtliche Beurteilung des BerG – die zu Lasten von Erst- und ZweitBekl erfolgte, die als im erstinstanzlichen Verfahren obsiegend keinen Anlass hatten, im Berufungsverfahren etwas zu rügen – ist angesichts dieser prozessualen Lage daher vom OGH überprüfbar.

[20] 2. Die Ausführungen der ao Revision sind weitgehend zu teilen. Entgegen der Meinung des BerG liegt keine ausreichende Tatsachengrundlage vor, aus der sich jedenfalls eine Verletzung der Aufklärungspflicht

durch den ErstBekl ableiten ließe, und die Frage, ob diesem nicht doch ein Kunstfehler bei der Auswahl der Prothese oder bei deren Implantat unterlaufen ist, ist auch nach der Auffassung des BerG noch nicht ausreichend geklärt.

[21] 2.1. Nach stRsp schuldet der Arzt im Rahmen der Erfüllung des ärztlichen Behandlungsvertrags Diagnostik, Aufklärung und Beratung nach den Regeln der ärztlichen Kunst; maßgeblich dafür ist der aktuell anerkannte Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft (5 Ob 231/10x mwN). Grundlage für die Haftung eines Arztes oder Krankenhausträgers wegen Verletzung der Aufklärungspflicht ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in dessen körperliche Integrität durch die Behandlung eingegriffen wird. Der Patient muss daher in die konkrete Behandlungsmaßnahme einwilligen; Voraussetzung für seine sachgerechte Entscheidung ist eine entsprechende Aufklärung durch den Arzt (5 Ob 231/10x). Der Patient kann nur dann wirksam einwilligen, wenn er über die Bedeutung des vorgesehenen Eingriffs und seine möglichen Folgen hinreichend aufgeklärt wurde (RIS-Justiz RS0026499). Für die nachteiligen Folgen einer ohne Einwilligung oder ausreichende Aufklärung vorgenommenen Behandlung des Patienten haftet der Arzt selbst dann, wenn ihm bei der Behandlung kein Kunstfehler unterlaufen ist (RIS-Justiz RS0026783), es sei denn, der Arzt behauptet und beweist, dass der Patient auch bei ausreichender Aufklärung in die Behandlung eingewilligt hätte (RIS-Justiz RS0038485). Die Haftung des Arztes beschränkt sich auch bei Annahme einer Aufklärungspflichtverletzung auf die Verwirklichung des Risikos, auf das er hinweisen hätte müssen. Das pflichtwidrige Verhalten – der ohne ausreichende Aufklärung erfolgten und daher rechtswidrigen Eingriffe – muss den geltend gemachten Schaden verursacht haben (RIS-Justiz RS0026783 [T 6, T 9, T 11]; 5 Ob 231/10x).

[22] 2.2. Die ärztliche Aufklärungspflicht reicht umso weiter, je weniger der Eingriff aus Sicht des vernünftigen Patienten vordringlich oder gar geboten ist. Ist der Eingriff medizinisch empfohlen, aber nicht eilig, ist eine umfassende Aufklärung notwendig (RIS-Justiz RS0026772). Dann ist die ärztliche Aufklärungspflicht im Einzelfall selbst dann zu bejahen, wenn erhebliche nachteilige Folgen wenig wahrscheinlich sind (RIS-Justiz RS0026313). Auch dann muss der Arzt aber nicht auf alle nur denkbaren Folgen der Behandlung hinweisen (RIS-Justiz RS0026529). Wollte man etwa nicht nur die Aufklärung über typische Operationsrisiken, deren Wahrscheinlichkeit nur bei 0,05% bis 0,1% liegen, verlangen, sondern jeweils auch Hinweise auf typische Komplikationen bei Verwirklichung solcher Risiken fordern, würde dies die Aufklärungspflicht in unvertretbarer Weise ausdehnen. Den Patienten müsste oftmals eine derartige Fülle von Informationen gegeben werden, dass ihnen die Einschätzung der Lage nicht ermöglicht, sondern erschwert würde (7 Ob 228/11x).

[23] 2.3. Die ärztliche Aufklärungspflicht ist beim Vorliegen sogenannter typischer Gefahren verschärft, wobei sich die Typizität nicht aus der Komplikationshäufigkeit, sondern daraus ergibt, dass das Risiko speziell dem geplanten Eingriff anhaftet und auch bei An-

wendung größter Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung nicht sicher zu vermeiden ist und den nicht informierten Patienten überrascht, weil er damit nicht rechnet (RIS-Justiz RS0026340). Es handelt sich um erhebliche Risiken, die geeignet sind, die Entscheidung des Patienten zu beeinflussen, ohne dass auf die Häufigkeit der Verwirklichung des Risikos abzustellen wäre (RIS-Justiz RS0026581). Abzustellen ist darauf, ob ein ordentlicher und pflichtgetreuer Durchschnitts-(Fach-)Arzt in der konkreten Situation des behandelnden Arztes als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB, gemessen am jeweiligen zumutbaren Erkenntnisstand der Ärzte und den aktuell anerkannten Regeln ärztlicher Kunst, in der Lage gewesen wäre, das verwirklichte Risiko abzusehen, und ob er folglich darüber hätte aufklären müssen (1 Ob 138/16z). Das bedarf einer Feststellungsgrundlage (5 Ob 231/10x). Der Umfang der Aufklärungspflicht ist anhand der getroffenen Feststellungen rechtlich zu beurteilen (RIS-Justiz RS0026763 [T 2]) und ist – da nach den Umständen des Einzelfalls zu beantworten – im Allgemeinen nicht revisibel (RIS-Justiz RS0026763 [T 5]), es sei denn, dem BerG wäre eine Fehlbeurteilung unterlaufen, die aus Gründen der Rechtssicherheit oder der Einzelfallgerechtigkeit vom OGH korrigiert werden müsste (RIS-Justiz RS0021095).

[24] 3.1. Die Grundsätze dieser Rsp hat das BerG richtig wiedergegeben. Allerdings verweisen die Revisionswerber zutreffend darauf, dass die Feststellungen des ErstG nicht ausreichen, um von einer Aufklärungspflichtverletzung des ErstBekl in Bezug auf Oversizing und/oder Innenrotation der Tibiakomponente auszugehen. Die Negativfeststellung in Bezug auf den Kunstfehler würde dagegensprechen, insoweit ist jedenfalls von einer Aufklärungspflicht auszugehen; war die Behandlung fehlerhaft, muss nicht über dieses – dann ja auf einen Kunstfehler zurückgehende – Risiko aufgeklärt werden. Die Frage, ob die Auswahl der Prothese und die Operation selbst *lege artis* waren, ist hier mangels gesicherter Tatsachengrundlage aber noch nicht geklärt. Vor allem aber fehlen jegliche Feststellungen zur Häufigkeit und Typizität der Beschwerden des Kl, selbst dann, wenn die Auswahl der Prothese und die Durchführung der OP ordnungsgemäß gewesen sein sollten. Damit kann auch in rechtlicher Sicht nicht davon ausgegangen werden, dass diesfalls eine allenfalls unrichtige Dimensionierung der Prothese und/oder die konkrete

Operation ein häufiges oder ein typisches, für die Patientenentscheidung erhebliches Operationsrisiko wäre, über das jedenfalls aufzuklären gewesen wäre. Die berufsgerichtliche Wiedergabe der Feststellungen zur Ursache für Schmerzen und RevisionsOP lässt nämlich außer Acht, dass aus dem Umstand, dass für die vom Kl erlittenen Schmerzen neben dem postoperativen Zustand auch das zu große Implantat (Oversizing) und die Innenrotation in Frage kommen (ohne dass der Anteil feststellbar wäre), noch nicht ableitbar ist, mit den Schmerzen des Kl habe sich tatsächlich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht. Auch die Feststellung des ErstG, der Nachoperateur sei von einer mechanischen Irritation der Knieprothese ausgehend im Sinn eines Oversizings der Tibiakomponente und dadurch bedingter Bewegungseinschränkungen ausgegangen, der Kl habe sich deshalb zum Austausch der Prothese entschlossen, lässt nicht die Auslegung zu, die RevisionsOP habe – wie das BerG offenbar meint – auch aus objektiver Sicht wegen des Oversizings der Oberschenkelkomponente, des stummen Infekts und der Lockerung erfolgen müssen. Dazu fehlen vielmehr ausreichend präzise Feststellungen, die das ErstG nachzutragen haben wird.

[25] 3.2. Damit kann auch die Frage nach einer Aufklärungspflichtverletzung des ErstBekl auf Basis der unbekämpften Feststellungen noch nicht abschließend beurteilt werden, das Verfahren ist – zusätzlich zu der vom BerG betreffend Kunstfehler, postoperative Folgen und Nachbehandlungen bereits konstatierten unzureichenden Tatsachengrundlage – auch insoweit in erster Instanz ergänzungsbedürftig.

[26] 4. Für das weitere Verfahren wird auch zu bedenken sein, dass sich der Haftungsumfang des Arztes danach unterscheidet, ob ihm ein Behandlungsfehler oder aber eine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen ist. Im erstgenannten Fall hätte der ErstBekl etwa für die vom Kl unter Berücksichtigung der ihm zugutekommenden Beweiserleichterung (vgl. RIS-Justiz RS0026209; RS0106890) zu beweisenden schädlichen Folgen des Behandlungsfehlers selbst einzustehen, im Fall der Verletzung der Aufklärungspflicht hingegen für die Folgen der Verwirklichung des Risikos, auf das er hinweisen hätte müssen (RIS-Justiz RS0026783 [T 6, T 9, T 11]). Diese Abgrenzung wird auch bei der neuerlichen E über das Feststellungsbegehren zu berücksichtigen sein [...].

#### Anmerkung:

Mit dem gegenständlichen Beschluss wird die *ao* Revision für zulässig erklärt, weil die Rechtsansicht des BerG zur Verletzung der Aufklärungspflicht im Einzelfall korrekturbedürftig ist; die Revision ist im Sinne des Eventualantrags auch berechtigt.

Es fehlen vor allem jegliche Feststellungen zur Häufigkeit und Typizität des verwirklichten Risikos; damit kann laut OGH die Frage nach einer Aufklärungspflichtverletzung des Arztes noch nicht abschließend beurteilt werden, weshalb das Verfahren auch insoweit in erster Instanz ergänzungsbedürftig ist.

Revisionen an das HöchstG zur Frage von Aufklärungspflichten (auch und insb iZm der Frage der „Typizität“ des Behandlungsrisikos) werden nur (noch) selten für zulässig erklärt,<sup>1)</sup> weshalb der gegenständliche Beschluss eine nähere Betrachtung verdient.

#### 1. Bisheriger Verfahrensablauf

Nach den Feststellungen des ErstG begannen die Kniebeschwerden des Kl bereits im Jahr 1994 (Kreuzband-

1) Zurückweisung einer diesbezüglichen Revision jüngst mit Beschluss v 15. 3. 2021, 4 Ob 194/20p zur Frage der Typizität von Nachblutungen nach einer laparoskopischen Cholezystektomie.

ersatzplastik nach Knieverletzung beim Fußballspielen). Im Jahr 2011 wurde er wegen eines Meniskus-schadens an diesem Knie operiert. Die Kreuzbandplastik war gerissen. Das Kniegelenk war in der Folge nicht mehr stabil und der Kl erlitt mehrere Traumata. Bereits bei kleineren Bewegungen hatte der Kl Schmerzen. Im Jahr 2012 erlitt der Kl einen Schiunfall und verletzte sich das Knie neuerlich. Der Kl hatte bereits 2012 einen großen Leidensdruck und den Wunsch, daran etwas zu ändern. Mit seinen Einschränkungen wollte er nicht mehr leben. Im Jänner 2012 wurde der Patient erstmals beim ErstBekl (Arzt) in dessen Ordination behandelt. Es erfolgte die Diagnostik und es wurden dem Patienten mehrere Therapieoptionen dargelegt. Als „ultima ratio“ wurde die Totalendoprothese angesprochen. Im Dezember 2013 verletzte sich der Kl neuerlich am Knie, er kam zur Beratung wiederum zum ErstBekl. Im Rahmen von drei Terminen erklärte der ErstBekl dem Patienten mehrere Behandlungsmöglichkeiten. Nach den erstinstanzlichen Feststellungen erklärte er dem Patienten auch die Möglichkeit der Totalendoprothese, zeigte ihm mehrere Modelle und erklärte, dass je nach intraoperativem Befund der geeignete Prothesentyp gewählt wird, sodass er, wenn möglich, eine knochen-sparende zementlose Prothese implantieren wolle. Diese wurde letztlich auch verwendet. Der Kl wurde auch mit Informationsblättern aufgeklärt und willigte letztlich in die Operation ein. Es wurde ein zertifiziertes Medizinprodukt verwendet (EG-Auslegungsprüfungsbescheinigung und EG-Zertifikat).

Die Operation wurde am 9. 9. 2014 durchgeführt.

Postoperativ litt der Patient an anhaltenden Schmerzen. Grund dafür war ua ein „Oversizing der Femur-Komponente“, dh die Oberschenkel-Komponente der Prothese hatte einen geringfügigen „Überstand“. Welchen Anteil an den Schmerzen des Kl das Oversizing neben dem postoperativen Zustand und der Innenrotation der Tibia-Komponente hatte, konnte (bislang) nicht festgestellt werden. Alleine wegen des Oversizings war die Notwendigkeit einer Revisionsoperation gegeben, diese wurde am 8. 6. 2016 durchgeführt. Der Patient war bereits acht Wochen nach der Revisionsoperation beschwerdefrei.

Eine Fehlbehandlung wurde durch das ErstG nicht festgestellt. Präoperativ war der Patient im persönlichen Aufklärungsgespräch und mit Hilfe von Aufklärungsbögen über die Risiken der Operation aufgeklärt worden, ua über Bewegungseinschränkungen und Restbeschwerden, auch über die Möglichkeit einer Lockerung und die Erforderlichkeit einer Revisionsoperation.

Die vom bekl Arzt verwendete Prothese war auf dem Markt (als Medizinprodukt) zugelassen, der ErstBekl hatte große Erfahrung in der Implantation dieser Prothese und sie schon vielfach verwendet gehabt. Die konkret verwendete Prothese hatte eine symmetrische Form, bei der die innere und äußere Oberschenkelrolle gleich konfiguriert war und somit für das linke und das rechte Kniegelenk verwendet werden konnte. Demgegenüber haben Oberschenkel-Komponenten diverser anderer Firmen einen eindeutigen Bezug zur linken

oder rechten Seite und sind somit asymmetrisch konfiguriert.

Das ErstG wies das Klagebegehren zur Gänze ab, ein Behandlungsfehler war nicht feststellbar, die präoperative Aufklärung des Patienten ausreichend gewesen.

Mit Teil- und Teilzwischenurteil gab das OLG Linz dem Feststellungsinteresse des Kl gegenüber Erst- und ZweitBekl (Arzt und dessen Haftpflichtversicherer) wegen Verletzung von präoperativen Aufklärungspflichten Folge. Der ErstBekl (Arzt) habe den Patienten vor dem Eingriff nicht ausreichend über die möglichen Ursachen postoperativer Schmerzen aufgeklärt, insb nicht darüber, dass diese auf die Auswahl der Prothese zurückgehen können. Die Aufklärung über allenfalls weiterhin bestehende Restbeschwerden oder Bewegungseinschränkungen genüge nicht, wird doch damit nicht angesprochen, dass die Prothese aufgrund ihrer Ausgestaltung Schmerzen verursachen könne. Dieses Risiko sei dem Aufklärungsbogen gerade nicht zu entnehmen, verspricht der Aufklärungsbogen doch die Auswahl einer „passgenauen“ Prothese. Der Aufklärungsbogen suggeriere, dass unter einer Vielzahl möglicher Prothesenmodelle genau die passende Prothese für den Patienten ausgewählt wird. Ein mögliches „Oversizing“ war daher für den Patienten aufgrund der Aufklärung nicht ins Kalkül zu ziehen.

Mit dem vorliegenden Beschluss erklärte der OGH die ao Revision des Arztes (und dessen Haftpflichtversicherer) für zulässig, er gab dem Rechtsmittel auch Folge.

In diesem Beschluss werden eingangs die allgemeinen Kriterien für die ärztliche Aufklärungspflicht dargelegt, um dann auszuführen, dass die ärztliche Aufklärungspflicht beim Vorliegen sogenannter typischer Gefahren „verschärft“ ist. Die Typizität ergibt sich nicht aus der Komplikationshäufigkeit, sondern daraus, dass das Risiko speziell dem geplanten Eingriff anhaftet und auch bei Anwendung größter Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung nicht sicher zu vermeiden ist und den nicht informierten Patienten überrascht. Es muss sich um erhebliche Risiken handeln, die geeignet sind, die Entscheidung des Patienten zu beeinflussen, ohne dass auf die Häufigkeit der Verwirklichung des Risikos abzustellen wäre. Der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht ist anhand der getroffenen Feststellungen rechtlich zu beurteilen, ist – da nach den Umständen des Einzelfalles zu beantworten – im Allgemeinen nicht revisibel, es sei denn, dem BerG wäre eine Fehlbeurteilung unterlaufen, die aus Gründen der Rechtssicherheit und der Einzelfallgerechtigkeit vom OGH korrigiert werden müsse. Die Feststellungen zur Häufigkeit und Typizität des verwirklichten Risikos reichen nicht aus, um die (Rechts-)Frage der Aufklärungspflichtverletzung zu beantworten, weshalb das erstinstanzliche Verfahren ergänzungsbedürftig ist.

## 2. Typizität

Im Gegensatz zum Urteil zweiter Instanz stellt der OGH der ao Revision folgend im gegenständlichen Beschluss den Begriff der Typizität eines Handlungsri-

sikos in den Mittelpunkt. So klar, wie die vom OGH dargestellte Vorjudikatur vermuten ließe, ist der Begriff der typischen Operationsrisiken tatsächlich nicht.

Der Begriff der „Typizität“ geht auf die „Elektroschock-Urteile“ des BGH aus den 50er-Jahren des vorigen Jahrhunderts zurück, wurde vom OGH übernommen und seither nahezu unverändert fortgeschrieben.

Unter „typische Risiken“ sind uE speziell dem Eingriff anhaftende Risiken, inhärente Risiken, spezifische Risiken des Eingriffs zu verstehen und diese den allgemeinen Operationsrisiken gegenüberzustellen. Die Entwicklung der Rsp, Details, Einzelfallentscheidungen und offene Fragen wurden bereits im Beitrag RdM 2011/2<sup>2)</sup> dargestellt.

Aufgezeigt wurde, dass in der Vergangenheit die Frage der Typizität teils uneinheitlich als Tatsachen- bzw Rechtsfrage beurteilt wurde, nach überwiegender (und uE zutreffender) Rsp eine Rechtsfrage ist, diese jedoch erst auf Basis des (mit dem Sachverständigen geklärten) Sachverhalts zu beantworten ist. Dazu bedarf es konkreter, an den Sachverständigen zu richtenden Fragen, ob das verwirklichte Risiko speziell dem durchgeführten Eingriff anhaftet, zumal dies in der Regel eine medizinische Frage (und keine Rechtsfrage) ist. Der gegenständliche Aufhebungsbeschluss des OGH ist sohin in jeder Hinsicht nachvollziehbar, wengleich die Begründung, dass Feststellungen zur Häufigkeit und Typizität der Beschwerden des Kl fehlen, unscharf ist: Nach der bisherigen Judikatur des OGH ist die Typizität rechtlich gerade nicht anhand der Inzidenz (Häufigkeit) einer Risikoverwirklichung zu beurteilen und überhaupt die Typizität eine Rechts-(und keine Sachverhalts-)Frage.

Im Übrigen ist die „Typizität“ eines Risikos nur eines unter vielen Kriterien der Risikoaufklärung. Dem Patienten ist vom Arzt ein realistisches (nicht verharmlosendes) Bild über die Dringlichkeit, Erforderlichkeit der Operation darzulegen, ihre Chancen und Risiken und die Erheblichkeit der allfälligen Operationskomplikation für die Lebensführung des Patienten. IdS judiziert der BGH, dass auch sehr seltene Risiken aufklärungspflichtig sind, wenn sie dem Eingriff spezifisch anhaften und bei ihrer Realisierung die Lebensführung des Patienten besonders belasten.<sup>3)</sup> Insgesamt muss der Arzt jedoch nicht auf alle nur denkbaren Folgen der Behandlung hinweisen, weil dem Patienten sonst eine derartige Fülle von Informationen gegeben werden müsste, die ihm die Einschätzung der Lage nicht ermöglichen, sondern erschweren würde.<sup>4)</sup>

### 3. Behandlungsmethode – Behandlungstechnik – Behandlungsmaterial

Im Zentrum des Verfahrens steht tatsächlich nicht die Frage der Risikoaufklärung in Bezug auf die Implantierung einer Knieendoprothese, wie der Beschluss des OGH auf den ersten Blick vermuten ließe. Nach den Feststellungen des ErstG war der Leidensdruck des Patienten groß, er wollte mit den Einschränkungen nicht mehr leben.

Das OLG Linz begründete in der Rechtsmittelentscheidung die Haftung des Arztes nicht (vordergründig) damit, dass der Patient über das Operationsrisiko an sich nicht aufgeklärt worden wäre, sondern damit, dass die postoperativen Schmerzen und Bewegungseinschränkungen mit der Auswahl der Prothese verbunden sein können; ein mögliches „Oversizing“ wäre für den Patienten aufgrund der Aufklärung nicht ins Kalkül zu ziehen gewesen.

Nach der Judikatur ist der Patient nicht über alle theoretisch in Betracht kommenden Behandlungsmöglichkeiten und Operationsmöglichkeiten zu informieren. Der Arzt muss den Patienten, um ihm eine selbstbestimmte Entscheidung zu ermöglichen, über mehrere zur Wahl stehende diagnostische oder therapeutische adäquate Verfahren informieren und das Für und Wider mit ihm abwägen, wenn jeweils unterschiedliche Risiken entstehen können und der Patient eine echte Wahlmöglichkeit hat. In diesem Fall sind Risiken, Folgen, Erfolgssicherheit und Schmerzbelastung mit dem Patienten zu besprechen. Das Gleiche hat zu gelten, wenn bei einer alternativen Operationsmethode ein besseres Ergebnis des Eingriffs im kosmetischen Bereich in einem für den Patienten erkennbaren nicht unwichtigen Teilbereich erwartet werden kann.<sup>5)</sup>

Nach der Judikatur<sup>6)</sup> ist der werdenden Mutter nicht ungefragt zu erläutern, welche Entbindungsmethoden theoretisch in Betracht kommen und was für oder gegen die eine oder andere dieser Methoden spricht, solange der Arzt eine Methode anwendet, die dem medizinischen Standard genügt und keine Indikation für eine Kaiserschnittentbindung vorliegt. Die Spinalanästhesie ist einer Gebärenden als Alternative zur Allgemeinanästhesie nach der Judikatur darzulegen, dabei auch auf das typische Risiko der intraoperativen Wachheit bei der Allgemeinanästhesie hinzuweisen.<sup>7)</sup>

Jüngst verneinte der OGH eine Aufklärungspflicht über verschiedene Operationstechniken zur Behandlung einer Leistenhernie (netzlose Shouldice-Operationstechnik gegenüber kunststoffverstärkenden Techniken),<sup>8)</sup> vor allem auch, weil die angewandte Technik die erstere als Methode der Wahl abgelöst hatte.

Nach der deutschen Judikatur muss der Arzt grundsätzlich nicht über einzelne Behandlungstechniken oder -schritte aufklären, bspw nicht über den intraoperativ notwendigen Umstieg von der Laparoskopie zur Laparotomie.<sup>9)</sup> Nicht aufklärungsbedürftig ist nach der deutschen Judikatur die Möglichkeit der Verwendung verschiedener Materialkombinationen bei einer Totalendoprothese.<sup>10)</sup> →

2) Pitzl/Huber, Das „typische“ Behandlungsrisiko als Aufklärungskriterium, RdM 2011/2.

3) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht<sup>5</sup> (2018) 236 mwN.

4) OGH 15. 3. 2021, 4 Ob 194/20p mwN.

5) RIS-Justiz RS0026426.

6) OGH 8. 7. 2003, 5 Ob 162/03i.

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

8) OGH 7. 7. 2020, 5 Ob 107/20a.

9) OLG Bamberg 11. 11. 2002, 4 U 99/02.

10) OLG Köln 4. 4. 2012, 5 U 99/11.

In der E OLG Koblenz, 22. 7. 2015, 5 U 758/14, nahm der Arzt eine Entlastung des Spinalkanals unter Einbringung eines Wirbelkörperersatzes aus Kunststoff vor. Nach dem Urteil war über unterschiedliche Operationstechniken nicht aufzuklären, auch wenn als Alternative die Möglichkeit bestand, über einen dorsalen Ansatz eine Laminoplastie oder eine Laminektomie vorzunehmen. Die Entscheidung betonte, dass es auch auf die Erfahrung des Arztes ankomme, der autonom entscheiden müsse, welchen Weg er gehe.

Über die Möglichkeiten einer Immobilisation des Kniegelenkes (geschalter Cast oder Orthese statt mit einem zirkulären Cast-Tutor) ist nicht aufzuklären, dabei handle es sich lediglich um eine Frage der Behandlungstechnik, die der Arzt eigenverantwortlich festlegen kann, ohne den Patienten in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen.<sup>11)</sup>

Zur Implantation einer Radiuskopffprothese wurde entschieden,<sup>12)</sup> dass der Patient nicht darüber aufzuklären ist, dass die Prothesengröße erst intraoperativ exakt bestimmt werden kann. Nach den Entscheidungsgründen war der Arzt nicht verpflichtet, den Kl über die Auswahl der Größe der Prothese zu informieren. Die Wahl der Behandlungsmethode ist primär Sache des Arztes. Im Übrigen hat die Aufklärung nur „im Großen und Ganzen“ zu erfolgen. Wenn dem Arzt bei der Auswahl der Prothese ein Fehler unterläuft, liegt ein Behandlungsfehler vor.

Im gegenständlichen Fall wurde der Patient (nach den erstinstanzlichen Feststellungen) präoperativ darüber aufgeklärt, dass je nach intraoperativem Befund der geeignete Prothesentyp gewählt wird, dies war dem Patienten präoperativ auch anhand von Modellen demonstriert worden.

Genau betrachtet liegt sohin nicht die Frage über die Aufklärung von unterschiedlichen Behandlungsmethoden (bspw operativ, konservativ) vor, auch nicht die Information über unterschiedliche Operationstechniken (bspw dorsal oder ventraler Zugang bei chirurgischen Eingriffen an der HWS), sondern steht in Frage,

ob der Patient präoperativ über unterschiedliche Osteosynthesematerialien aufzuklären ist. Dies würde sich nicht nur beschränken auf unterschiedliche Prothesentypen (mit ihren jeweiligen Vor- und Nachteilen, Chancen und Risiken), sondern auch bspw über unterschiedliche Marknägel bis hin zu Nahtmaterial. UE bestünde hier eher die Gefahr, den Patienten, der dem Arzt vertraut und sich in aller Regel eine Expertenmeinung und Empfehlung über das Behandlungsregime erwartet und die Details seiner fachlichen Einschätzung überlässt, mit Detailinformationen zu überfordern und ihm eine autonome Entscheidung weniger zu ermöglichen als vielmehr zu erschweren. Auf der Internet-Website Weltbild.de<sup>13)</sup> sind bspw weit über 100 Knieendoprothesen alphabetisch nach Hersteller gelistet und würde es jedes Aufklärungsgespräch uferlos gestalten, wollte man Patienten über die Vor- und Nachteile der jeweiligen Prothesentypen auch nur ansatzweise informieren.

#### 4. Fazit

Die „Typizität“ eines Behandlungsrisikos sollte bei der Beurteilung der Aufklärungspflicht uE nicht überbewertet werden, sie ist lediglich ein Kriterium (unter vielen), das die Aufklärungspflicht begründen kann.

Die Kriterien der Rsp über die Aufklärung des Patienten über verschiedene Behandlungsmethoden sollten nicht unbesehen übertragen werden auf Aufklärungspflichten über unterschiedliche Operationstechniken oder gar Operationsmaterialien. Letzteres würde die Aufklärung uferlos machen und sowohl Arzt als auch Patienten überfordern und die Entscheidung des Patienten nicht ermöglichen, sondern erschweren.

*Gerhard W. Huber/Jakob Dietrich*

11) OLG Karlsruhe 23. 3. 2011, 7 U 116/10.

12) OLG Dresden 9. 5. 2017, 4 U 1491/16.

13) Abgerufen am 19. 7. 2021.