

Zeitliche Anforderungen an die Anästhesieaufklärung

Die zeitlichen Anforderungen an die präoperative Anästhesieaufklärung sind aus rechtlicher Sicht nicht zwingend mit den zeitlichen Anforderungen an die Operationsaufklärung gleichzusetzen. Sie richten sich in erster Linie nach dem individuellen Anästhesierisiko, nicht nach dem Operationsrisiko.

Deskriptoren: Anästhesieaufklärung, zeitliche Anforderungen, Überlegungsfrist.

Normen: §§ 1295 ABGB, § 49 ÄrzteG, § 5 ÄsthOpG, § 7 FMedG.

Von Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich

1. Themenstellung

Operationen sind regelmäßig mit Anästhesien verbunden. Anästhesien ohne operative Eingriffe sind seltener, jedenfalls selten Gegenstand gerichtlicher Verfahren (denkbar wäre zB Sedoanalgesie im palliativen Setting). Der Patient ist nicht nur über den operativen Eingriff ärztlich aufzuklären, sondern auch über die Anästhesie und deren Risiken. Nach der Judikatur¹ ist die Anästhesie bei einem operativen Eingriff Teil der Heilbehandlung, weshalb sich die zur ärztlichen Aufklärungspflicht entwickelten Grundsätze auch auf sie beziehen.

In der bisherigen Jud und Lit wird diesbezüglich zu wenig exakt differenziert zwischen Operationsaufklärung einerseits und Anästhesieaufklärung andererseits. IdR werden die Kriterien der Operationsaufklärung ungeprüft auf die Anforderungen der Anästhesieaufklärung übertragen, was zumindest hinterfragenswert ist.

Es werden allgemeine zeitlichen Anforderungen an die präoperative Operationsaufklärung nur soweit dargelegt, als sie zum Verständnis der zeitlichen Anforderungen an die Anästhesieaufklärung erforderlich sind. Ausgehend von der bisherigen Rsp und der medizinrechtlichen Lehre wird hinterfragt, ob die zeitlichen Anforderungen an die Anästhesieaufklärung jedenfalls und zwingend den zeitlichen Anforderungen der Operationsaufklärung folgen.

2. Zeitliche Anforderungen an die Operationsaufklärung

Nach stRsp hat die ärztliche Aufklärung vor den Operationen grundsätzlich so rechtzeitig zu erfolgen, dass

dem Patienten noch eine angemessene Überlegungsfrist offenbleibt. Bei dringend gebotenen Behandlungen ist allerdings zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten und der ärztlichen Hilfeleistungspflicht abzuwägen. Die Dauer der dem Patienten nach entsprechender Aufklärung durch den Arzt einzuräumenden Überlegungsfrist hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von der Dringlichkeit der ärztlichen Behandlung.²

Die „Überlegungsfrist“ ist nicht gesetzlich definiert, dies mit wenigen Ausnahme, zB vor ästhetischen Operationen, bei denen eine Überlegungsfrist von zumindest zwei Wochen zwischen Aufklärung und Einwilligung gesetzlich gefordert wird.³

In der Jud⁴ und L⁵ wird vertreten, dass eine OP-Aufklärung am Tag vor der Operation grundsätzlich als ausreichend angesehen wird, der Patient soll sohin die Möglichkeit haben, nochmals „darüber zu schlafen“. Welche zusätzlichen Erkenntnisse der Patient bei seiner Entscheidungsfindung erhalten sollte, wenn er (beispielsweise zwischen 22:00 Uhr und 07:00 Uhr) nochmals über seine Entscheidung „schläft“, wurde bislang nicht beleuchtet, insbesondere welchen Mehrwert das „darüber Schlafen“ gegenüber dem Wachzustand hat. Bei (relativ) geringen Erfolgsaussichten, nicht alltäglichen Operationsmethoden und relativ hohen Operationsrisiken wurde – nach den Umständen des Einzelfalles – auch die Operationsaufklärung am Vortag der Operation als zu kurz bemessen beurteilt.⁶

3. Zeitliche Anforderungen an die Anästhesieaufklärung

Allgemein, aber uE insuffizient begründet, wird davon ausgegangen, dass die erforderliche Überlegungsfrist für den Patienten für die Anästhesieaufklärung der Überlegungsfrist für die Operationsaufklärung folgt.

Diese Überlegungen treffen jedenfalls im Bereich ästhetischer Operationen zu: Die im § 6 Abs 1 ÄsthOpG vorgeschriebene Zweiwochenfrist beginnt nach dem Ge-

1 RIS-Justiz RS0026328.

2 RIS-Justiz RS0118651.

3 § 6 Abs 1 ÄsthOpG.

4 OGH 24.06.2020, 1 Ob 107/20x uva.

5 Memmer in Aigner ua Handbuch Medizinrecht I.3.8.1.2 (Stand 1.5.2022, rdb.at); Juen, Arzthaftungsrecht², 125 ff.

6 OGH 28.1.2016, 1 Ob 252/15p; OGH 13.11.2023, 3 Ob 179/23d.

setzeswortlaut erst nach „abgeschlossener“ ärztlicher Aufklärung zu laufen, dh wenn die Patientin sowohl über den Eingriff selbst als auch durch den Facharzt für Anästhesiologie und Intensivmedizin über die allenfalls erforderliche Anästhesie aufgeklärt worden ist.⁷ Bei medizinisch indizierten Operationen (also außerhalb des Anwendungsbereiches des ÄsthOpG) existiert eine derartige gesetzliche Anforderung nicht. Die gesetzlich normierten generell sehr hohen Aufklärungsanforderungen vor ästhetischen Operationen sind nicht auf medizinisch indizierte Eingriffe anzuwenden.

Eine Mindestfrist von 14 Tagen sieht auch § 7 FMedG vor, wobei diese Frist auch hier wiederum für die allenfalls erforderliche Anästhesie gilt.

Außerhalb dieser *leges specialis* ist es uE aus teleologischen Überlegungen verfehlt, die Überlegungsfristen zu Operation zwingend den Überlegungsfristen zur erforderlichen Anästhesieaufklärung gleichzusetzen. Es kann durchaus operative Eingriffe geben, die wenig dringlich sind, relativ geringe Erfolgsaussichten haben und selten durchgeführt werden (daraus resultierend hohe Anforderungen an die Operationsaufklärung auch in zeitlicher Hinsicht), aber beim konkreten Patienten ein geringes Anästhesierisiko aufweisen. Hier müsste die Operationsaufklärung allenfalls schon Tage vor dem operativen Eingriff erfolgen, während die Anästhesieaufklärung auch wenige Stunden zuvor erfolgen kann.

Umgekehrt kann ein operativer „Routineeingriff“ eine relativ zeitnahe operative Aufklärung erlauben (zB am Vortag der Operation), aber im konkreten Fall ein hohes Anästhesierisiko aufweisen (zB ASA IV, Lungeninsuffizienz) was eine kurzfristige Anästhesieaufklärung ausschließt.

Ein faktischer (damit aber nicht zwingend ein rechtlicher Zusammenhang) zwischen der Operationsaufklärung einerseits und der Anästhesieaufklärung andererseits besteht insofern, als ohne den operativen Eingriff (idR) auch die Anästhesie nicht erforderlich wäre, eine nicht dringliche Operation sohin auch rechtlich für eine längere Überlegungsfrist in Bezug auf die Anästhesie sprechen könnte. Es ist rechtlich jedenfalls davon auszugehen, dass eine nicht dringliche Operation bei hohem Anästhesierisiko ein entsprechend lange Überlegungsfrist in Bezug auf die Anästhesie nach sich zieht. Andererseits reduziert eine dringliche Operation bei geringem Anästhesierisiko die Überlegungsfrist für die Anästhesie auf ein Mindestmaß.

Alle übrigen (dazwischen liegenden) Konstellationen sind in einem beweglichen System im Einzelfall zu be-

urteilen und waren bislang nicht Gegenstand höchstgerichtlicher Rsp.

Rsp zu isolierten Anästhesierisiken ist relativ rar: Im Jahr 2008 judizierte der OGH⁸ zum „intraoperativen Wachsein“ (awareness), dass über dieses Risiko – ungeachtet der Seltenheit der Verwirklichung – wegen der Typizität aufzuklären ist. Nicht streitgegenständlich war hier allerdings die Überlegungsfrist, zumal präoperativ über das Risiko überhaupt nicht aufgeklärt worden war. Das Höchstgericht hält hier nur allgemein fest, dass sich die zur ärztlichen Aufklärungspflicht (über Operationen) entwickelten Grundsätze auch auf die Anästhesie beziehen, zumal die Anästhesie bei einem operativen Eingriff ein Teil der Heilbehandlung ist. Die Aufklärungspflicht (über die Anästhesie?) reicht umso weiter, je weniger die Operation aus der Sicht eines vernünftigen Patienten vordringlich oder gar geboten ist. Gerade bei nicht dringlichen Operationen gilt, dass der Patient selbst die Abwägung (zur Anästhesie?) vornehmen soll, ob er trotz des statistisch unwahrscheinlichen Risikos nachteiliger Folgen sich der geplanten Operation unterziehen will. Diese E weckt auf den ersten Blick den Anschein, als würde die Überlegungsfrist zur Anästhesie (zwingend) der Überlegungsfrist für die Operation folgen. Näher setzte sich der OGH in dieser E (mangels Relevanz) damit nicht auseinander.

Erhellend (inhaltlich aber uE problematisch) ist diesbezüglich die E des OGH vom 24.11.2011.⁹ Nach einer Hallux-Operation verwirklichte sich das Risiko einer Arthrose sowie einer Nekrose. Die Operation selbst und die Operationsaufklärung erfolgten *lege artis*. Jedoch erfolgte die Anästhesieaufklärung „vor der Tür des Operationssaals“ und wurde vom Höchstgericht als nicht mehr zeitgerecht beurteilt. Eine Anästhesieaufklärung drei oder vier Stunden vor der Operation wäre eventuell noch zeitgerecht gewesen.

Diese E ist uE deshalb zu hinterfragen, weil nach stRspr der Arzt bei einem Aufklärungsdefizit nur für jenes Risiko haftet, über das nicht aufgeklärt wurde, das sich aber in der Folge verwirklichte.¹⁰ Hier verwirklichte sich aber kein Anästhesierisiko, sondern ein Operationsrisiko, weshalb die insuffiziente Anästhesieaufklärung nicht haftungsbegründend sein dürfte. Auch diese E ist ein weiteres Argument dafür, dass rechtlich zwischen Operationsaufklärung einerseits und Anästhesieaufklärung andererseits differenziert werden muss.

Entscheidungsgegenständlich in 6 Ob 258/00k¹¹ ist eine Anästhesiekomplikation bei einer Zahnextraktion. Die

⁷ Pitzl/Huber, Aufklärungs-, Einwilligung- und Informationspflichten nach dem ÄsthOpG, RdM 2014, 85 ff; Memmer in Aigner ua Handbuch Medizinrecht I.3 (Stand 1.5.2022, rdb.at); OGH 31.08.2018, 6 Ob 120/18t.

⁸ OGH 10.4.2008, 3 Ob 11/08a.

⁹ OGH 24.11.2011, 1 Ob 215/11s.

¹⁰ OGH 18.03.2024, 9 Ob 23/24h; OGH 26.09.2024, 8 Ob 85/24y.

¹¹ OGH 15.3.2001, 6 Ob 258/00k.

Aufklärung über die Anästhesie erfolgte erst, als „der Narkosearzt bereits bereitstand“, sohin (nachvollziehbar) verspätet. Wäre auch hier die Anästhesieaufklärung nur wenige Stunden vorher erfolgt, wäre sie uE mit hoher Wahrscheinlichkeit zeitgerecht gewesen, wenn das konkrete Anästhesierisiko sehr gering war.

In der juristischen Lit führt *Memmer*¹² aus, dass bei „Hilfshandlungen“ (wozu er auch die Anästhesie zählt) idR eine Aufklärung am Vorabend der Operation genügen würde. Die Aufklärung über die Anästhesie und deren Risiken könne zeitlich nach der Aufklärung über den therapeutischen Eingriff erfolgen; sie würde idR den Prozess der stufenweisen Aufklärung abschließen. Habe sich der Patient nach einer ausreichenden Bedenkfrist für die Hauptbehandlung (die Operation) entschieden, könne er sich kurzfristig über die Narkose entscheiden. Anders stellt sich für *Memmer* der Fall dar, wenn die Narkose (zB wegen einer Narkoseunverträglichkeit) das Hauptrisiko der Behandlung bildet.

Memmer kann sich diesbezüglich (wie ausgeführt) auf keine Judikatur stützen, die Anästhesie ist (mittlerweile seit Jahrzehnten) keine Hilfstätigkeit des Operators sondern ein eigenes Fachgebiet im Rahmen der Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2015, deren Aufgaben und Ausbildung gesondert und detailliert geregelt sind.¹³

Memmer führt aus, dass, wenn das Hauptrisiko der Behandlung im Anästhesierisiko besteht, eine zeitlich vorgelagerte Anästhesieaufklärung zu erfolgen hat. UE trifft auch der Umkehrschluss zu: Bei geringem Anästhesierisiko ist rechtlich ein zur Operation zeitnahe gelegene Anästhesieaufklärung vertretbar, auch wenn konkret eine Operationsaufklärung am Tag zuvor erforderlich ist.

Einschlägige Rsp zu dieser Frage existiert auch in Deutschland nicht: Es wird zwar – wie in Österreich – judiziert, dass beispielsweise bei Leitungsanästhesien zur Schmerzausschaltung (Zahnextraktionen) über das Risiko der (dauerhaften) Schädigung des nervus lingualis aufzuklären ist, bei Implantaten im Unterkiefer über Taubheitsgefühl in der Zunge und dauerhafte

Geschmacksstörungen.¹⁴ Vor einem Routineeingriff (Krampfaderoperation) muss der Anästhesist darüber aufklären, dass es nach einer Spinalanästhesie zur Entstehung eines Subduralhämatoms kommen kann.¹⁵ Über unterschiedliche Anästhesiemethoden ist präoperativ zu informieren.¹⁶ Die veröffentlichten deutschen E beschäftigen sich mit der Aufklärungspflicht über die Anästhesierisiken an sich, nicht hingegen mit dem zeitlichen Faktor. Lediglich allgemein führt diesbezüglich der BGH aus, dass der Patient im Allgemeinen am Vortag der Operation normale Narkoserisiken abschätzen und zwischen den unterschiedlichen Risiken der ihm alternativ vorgeschlagenen Narkoseverfahren abwägen kann.¹⁷ Im Detail differenziert auch der BGH nicht zwischen unterschiedlichen Narkoserisiken und ist keine veröffentlichte E ersichtlich, in der der BGH in dieser Konstellation eine Anästhesieaufklärung wenige Stunden vor dem operativen Eingriff als zu kurz bemessen beurteilt.

Im Jahr 2010 entschied der BGH¹⁸, dass die Anästhesieaufklärung über ein Anästhesierisiko (hier: bei einem Kleinkind) auch noch unmittelbar vor dem Eingriff rechtswirksam erfolgen kann – ua deshalb, weil die Anästhesie bereits Tage zuvor in einem (15-minütigen) Telefonat besprochen worden war.

Die medizinischen Fachgesellschaften nehmen aus ihrer fachlichen Sicht zum zeitlichen Aspekt der Anästhesieaufklärung vereinzelt Stellung:

Die DGIIN¹⁹ und ÖGIIN²⁰ gingen in ihrer 46. Jahrestagung 2014²¹ davon aus, dass eine anästhesiologische Evaluierung und Aufklärung am Operationstag nur (Anm.: aber immerhin) für ASA I und II – Patienten infrage kommt.

Die ÖGARI²² empfiehlt²³, dass bei elektiven Eingriffen (auch Tageschirurgie) die Anästhesieeinwilligung erst am OP-Tag die Ausnahme sein sollte – eine uE etwas zu restriktive Ansicht.

In diesen Zusammenhang weisen wir auf die Möglichkeit der Distanzaufklärung hin²⁴, die eine praktikable Ergänzung zur Präsenzaufklärung ist, aber idR auch in zeitlicher Distanz zur Operation stattfindet.

12 *Memmer* in *Aigner* ua Handbuch Medizinrecht I.3 (Stand 1.5.2022, rdb.at); OGH 31.08.2018, 6 Ob 120/18t.

13 ÄAO 2015, Anlage 2.

14 *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht⁶ (2021), A 1112 ff.

15 BGH 19.10.2010; VI ZR 241/09.

16 *Martis/Winkhart*, A 1372.

17 BGH 17.4.1992, VI ZR 192/91.

18 BGH 15.06.2010 – VI ZR 204/09.

19 Deutsche Gesellschaft für Internistische Intensivmedizin und Notfallmedizin.

20 Österreichische Gesellschaft für Internistische und Allgemeine Intensivmedizin und Notfallmedizin.

21 *Anästh Intensivmed* 2014, 55; 228-244.

22 Österreichische Gesellschaft für Anästhesiologie, Reanimation und Intensivmedizin.

23 Grundsätze der Aufklärung und Einwilligung, Version 3; Oktober 2024.

24 *Huber/Dietrich*, Rechtsfragen der Fernaufklärung, JMG 2024, 322 ff.

4. Zusammenfassung

4.1 Die zeitlichen Anforderungen zur Anästhesieaufklärung sind nicht zwingend ident mit den zeitlichen Anforderungen zur Operationsaufklärung; sie können verschärft aber auch reduziert sein, je nach Anästhesierisiko; sie werden nur bedingt mitbestimmt von der Dringlichkeit und den Erfolgsaussichten der Operation; bestimmend ist das konkrete Anästhesierisiko.

4.2 Gesicherte Rsp existiert dazu weder in Österreich noch in Deutschland; bei geringem Anästhesierisiko ist eine Anästhesieaufklärung wenige Stunden vor dem operativen Eingriff (am Operationstag) vertretbar, wenn der Patient nicht aktiv eine längere Bedenkzeit einfordert.

4.3 Stufenaufklärungen sind jedenfalls hilfreich; der Patient bekommt eine überblicks-

artige Aufklärung auch über die Anästhesie bei der Operationsindikation und -terminisierung sowie durch Aushändigung eines Aufklärungsbogens. Die finale Befundung und Anästhesieaufklärung findet am Operationstag durch den Facharzt für Anästhesiologie und Intensivmedizin statt.

5. Distanzaufklärung sind rechtlich gut vertretbar, ressourcenschonend und können eine praktikable Alternative zur üblichen Präsenzaufklärung sein.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Gerhard W. Huber, LL.M., PM.ME.,
Rechtsanwalt in Linz, office@medizinrecht.at
Dr. Jakob Dietrich, Rechtsanwalt in Linz,
office@medizinrecht.at