

Die Rechtsprechungsentwicklung zur ärztlichen Aufklärungspflicht und zur Arzthaftung

Theo MAYER-MALY

ZUSAMMENFASSUNG

Auch in Österreich werden immer öfter Maßnahmen von Patienten wegen tatsächlicher oder angenommener ärztlicher Fehler gesetzt. Zur Zeit werden solche Prozesse gegen Krankenhausträger und nicht direkt gegen die Ärzte geführt. Die Rechtsprechung tendiert in solchen Fällen immer mehr zur Bestätigung der Haftung. Beunruhigend ist, daß die Haftung für Kunstfehler auf die Seite der Haftung für eine unvollständige Risikoaufklärung verschoben wird.

Schlüsselwörter: Rechtsprechung, Kunstfehler, Haftung, Risikoaufklärung

ABSTRACT

Also in Austria actions of patients because of real or supposed medical mistakes become more frequent. At present these actions are filed against the hospital and not directly against doctors. The jurisdiction tends to affirm more and more the liability in these cases. Disquietingly the problem of the liability for a professional blunder shifts to the liability for the incomplete information on potential risks.

keywords: jurisdiction, professional blunder, liability, information on potential risks

BEKANNTLICH unterscheidet sich das österreichische und das übrige kontinentaleuropäische Recht vom englischen Recht und dem Recht der USA dadurch, daß es versucht, für alle wichtigen Probleme gesetzliche Lösungen zu schaffen. Die Gerichte sollen auf „denkenden Gehorsam“ beschränkt bleiben. Im englischen und im amerikanischen Recht entnimmt man viele Problemlösungen aus „Leitentscheidungen“ zu als exemplarisch angesehenen Fällen (leading cases). Im Bereich der ärztlichen Aufklärungspflicht und der Arzthaftung hat man aber auch in Österreich – und übrigens auch in Deutschland – nur wenige gesetzliche Vorschriften (wie 110 Strafgesetzbuch und 8 Abs. 3 Krankenanstaltengesetz) zur Verfügung, so daß die Rechtsprechungsentwicklung eine sehr große Rolle spielt.

Am Anfang der neueren Entwicklung steht eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (OGH) vom 23.6.1982 (Juristische Blätter 1983, 373). Bei der Entfernung eines Kropfes war eine Stimmbandlähmung eingetreten. Es war unstrittig, daß die Patientin nicht auf dieses spezielle Operationsrisiko hingewiesen worden war, obwohl es in etwa 2,5% der Fälle realisiert wird. Bei der Operation selbst war kein Kunstfehler unterlaufen. Der OGH verneinte eine Haftung von Arzt und Krankenhaus. Er bejahte zwar die grundsätzliche Aufklärungspflicht eines Arztes, stellte aber die Frage, was im Grenzfall letzten Endes wichtiger sei: das Selbstbestimmungsrecht des Patienten oder die ärztliche Fürsorge- und Hilfeleistungspflicht? Der OGH fragte, ob der hippokratische Grundsatz „salus aegroti suprema lex“ weiterhin im Vordergrund stehen solle oder nach einem neueren Verständnis der Patient vor allem vor der Eigenmacht des Arztes geschützt werden solle. Der OGH hielt dafür, der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht sei in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des Wohls des Patienten abzugrenzen und erst in zweiter Linie auch unter Bedachtnahme auf sein Selbstbestimmungsrecht. In seinen Gründen nahm der OGH auch auf einen Vortrag

von Wilhelm HOLCZABEK Bezug, in dem dieser gesagt hatte, ein Patient könne seinem Arzt die Einwilligung auch dadurch erteilen, daß er diesem sein Vertrauen bekundet und es ausdrücklich oder konkludent dem Arzt überläßt, zu beurteilen, was für den Patienten am besten sei (Vortragsbericht in Österreichische Juristenzeitung 1978, 318). Dieser Gedanke ist meines Erachtens sehr beachtenswert. Wolfgang HOLZER (Juristische Blätter 1983, 377) steht ihm jedoch skeptisch gegenüber und meint, der OGH habe den Stellenwert der Aufklärungspflicht unterschätzt.

Mit dem Verhältnis zwischen Operationsrisiko und verminderter Abwehrschwäche des Patienten hatte sich der OGH in einer Entscheidung vom 7.5.1985 (Juristische Blätter 1986, 576) auseinandergesetzt. Nach einem Oberschenkelbruch war eine Schockbehandlung unterlassen worden. Zahlreiche Komplikationen stellten sich ein. Der OGH vermißte in den Urteilen der Vorinstanzen eine eindeutige Klarstellung dahin, ob ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung der Schockbehandlung und der nachfolgenden Infektion zu bejahen oder zu verneinen ist. Daher kam es zur Zurückverweisung der Sache. Zu einer wahrhaft salomonischen Lösung gelangte der OGH am 9.11.1989 (Juristische Blätter 1990, 524) zur Konkurrenz zwischen schuldhaftem Behandlungsfehler und dem Patienten zurechenbarem Zufall: Es sei eine Schadensteilung zu gleichen Teilen angemessen. Zytostatika waren in das umliegende Gewebe gelangt und hatten eine Nekrose ausgelöst. Der OGH hielt dafür, daß dieses Geschehen auch schicksalhaft sein könne und sprach nur 50 % des begehrten Schadenersatzes zu.

Fragen des Kausalzusammenhangs zwischen Kunstfehler und Schädigung prägen auch die in der „Sammlung Zivilsachen“ (Band 63, Nr. 90) veröffentlichte Entscheidung des OGH vom 31.5.1990. Bei einer Blinddarmoperation an einem 5-jährigen Kind war es zu schweren Hirnschädigungen gekommen, weil man bei dem mit hohem Fieber eingelieferten Kind eine Hirnhautentzündung nicht erkannt und die Narkose nicht auf diese Gefahr

abgestimmt hatte. Der OGH entschied, den Rechtsträger eines Krankenhauses treffe die Beweislast dafür, daß ein Kunstfehler mit größter Wahrscheinlichkeit für eine eingetretene Gesundheitsschädigung unwirksam geblieben sei. Damit veränderte der OGH die Beweislastverteilung gegenüber 1985 (Oberschenkelbruch) nicht unwesentlich. Damals hatte er noch gesagt, grundsätzlich trage der Geschädigte die Beweislast für die Verursachung des Schadens durch den vermeintlichen Schädiger (Juristische Blätter 1986, 577).

Zur Entscheidung zwischen mehreren Behandlungsmethoden sagte der OGH am 16.3.1989 (Sammlung Zivilsachen Band 62, Nr.53), ein Arzt handle nicht fahrlässig, wenn er eine Behandlungsmethode wähle, die von einer anerkannten Schule medizinischer Wissenschaft vertreten und noch nicht von einem gewichtigen Teil der medizinischen Wissenschaft und Praxis für bedenklich gehalten werde. Es ging um die Beseitigung einer Feuchtwarze an der Penisspitze. In Frage kamen Resektion und Koagulation. Weil beide Methoden wissenschaftlich anerkannt waren, verneinte der OGH mit Recht eine Vernachlässigung der „üblichen Sorgfalt eines ordentlichen, pflichtgetreuen Durchschnittsarztes“.

Angesichts der Zunahme ambulanter Eingriffe in Tageskliniken ist die Stellungnahme von Michael KOPETZ in „Recht der Medizin“ 1995, 143 bemerkenswert, die dahin geht, daß der Patient nicht nur allgemein über die Alternative „ambulant oder stationär“, sondern auch über das postoperative Verhalten, die Einschränkung der Fahrtüchtigkeit, mögliche Komplikationen und die Erreichbarkeit ärztlicher Hilfen bei Komplikationen aufzuklären sei.

Eine Verletzung von ärztlichen Aufklärungspflichten hat nach einer OGH-Entscheidung vom 25.1.1994 (Juristische Blätter 1995, 245) zur Folge, daß den Arzt die Beweislast dafür trifft, daß der Patient auch bei ausreichender Aufklärung die Zustimmung zur Operation erteilt hätte. Es war bei einer operativen Ellbogenrevision zu einer Schädigung des Nervus radialis gekommen. Auf diese

Gefahr war die Patientin, die eine Zustimmungserklärung abgegeben hatte, nicht hingewiesen worden. Der OGH verwies zwar zu weiterer Beweisaufnahme an die Erstinstanz zurück, ließ aber seine Bereitschaft zur Bejahung der Haftung erkennen. Überdies sagte er, die Aufklärungspflicht gehe um so weiter, je weniger der Eingriff dringlich erscheint. Mit der ärztlichen Dokumentationspflicht, die auch in diesem Fall eine Rolle spielte, hat sich Michael KOPETZ in „Recht der Medizin“ (1995, 12) beschäftigt. Die Ansicht, daß eine Verletzung der ärztlichen Dokumentationspflicht zu einer Beweislastumkehr führe, hat der OGH in einer Entscheidung vom 7.11.1995 (Juristische Blätter 1996, 181 = Recht der Medizin 1996, 54) bestätigt. Es ging um eine perinatale Hirnschädigung, die entweder durch schwere Plazentainsuffizienz der Mutter oder durch zweifache Nabelschnurumschlingung verursacht wurde. Für solche Konkurrenz möglicher Ursachen hielt der OGH an der schon früher judizierten Schadensteilung fest.

Die Mitteilung des Arztes, die operative Eileiterunterbrechung gehöre zu den relativ sichersten Sterilisationsmethoden, erklärte der OGH am 26.1.1995 (Recht der Medizin 1995, 69) für eine zureichende Aufklärung. Sie mache erkennbar, daß nicht zu 100 % mit einem „Erfolg“ gerechnet werden könne. Der Fall führt in ein Problemfeld, zu dem für das deutsche Recht Eduard PICKER vorzügliche Untersuchungen verfaßt hat: „Schadenersatz für das unerwünschte eigene Leben“ (Verlag Mohr, Tübingen 1995) und „Schadenersatz für das unerwünschte Kind“ (Archiv für die civilistische Praxis 1995, 483 ff.).

Erheblich gesteigert und schärfer sanktioniert wurde die ärztliche Aufklärungspflicht durch die Entscheidung des OGH vom 31.1.1995 (Juristische Blätter 1995, 453 = Österreichische Juristenzeitung 1995, S.743 = Recht der Medizin 1995, 91). Es stellt eine komplette Fehleinschätzung dar, wenn Johannes W.STEINER in seiner Anmerkung zu dieser

Entscheidung (Juristische Blätter 1995, 455) meint, diese Entscheidung stelle eine Weiterführung der Leitentscheidung aus 1982 (Juristische Blätter 1983, 373) dar. Die Entscheidung vom 31.1.1995 bezieht nicht nur die Aufklärungspflicht in den Behandlungsvertrag ein, sondern qualifiziert auch „jede ärztliche Heilbehandlung, die mit einer Verletzung der körperlichen Integrität verbunden ist, als Körperverletzung und damit als Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes“ (Juristische Blätter 1995, 454). Diese nun zur herrschenden Meinung gewordene Qualifikation verkennt elementar die Finalität ärztlichen Wirkens. Dieses zielt eben nicht auf Verletzung, sondern auf Heilung. Im Anlaßfall des OGH war es bei einer operativen Entfernung der Gallenblase zu einer Ligatur der Gallenwege und dadurch zu einer vom Operateur nicht wahrgenommenen Durchtrennung des Ductus choledochus gekommen. Dies gilt als seltene Komplikation mit einer Häufigkeit von 0,25 %, nicht als ärztlicher Kunstfehler. Der OGH befand jedoch, daß auch über seltene, aber operationstypische Risiken aufgeklärt werden müsse. Dabei kam der Gedanke zur Geltung, daß jenes Einverständnis eines Verletzten, das die Rechtswidrigkeit einer Verletzung aufhebe, nur wirksam sei, wenn ihm eine vollständige Aufklärung des Patienten vorangegangen sei.

Die neuere Rechtsprechungsentwicklung ist durch mehrere Tendenzen gekennzeichnet, die allesamt als bedenklich bezeichnet werden müssen. Vor allem ist es unglücklich, wenn die Frage nach einem Verschulden des Arztes gegenüber der Frage nach der Vollständigkeit der Patientenaufklärung zurücktritt. Der Patient wird nun einmal nicht durch die Unterlassung von Hinweisen, sondern durch Fehler in der Diagnose oder der Behandlung beschädigt. Über solche Fehler ist gewiß schwerer zu entscheiden als über die Vollständigkeit einer Aufklärung. Es wäre aber verhängnisvoll, würde man das Kernproblem durch ein Randproblem verdecken.

Die judizielle Verschärfung der Arzthaftung ist in Österreich bisher nicht so weit gegangen wie in Deutschland oder gar in den USA. Doch ist es schon an der Zeit, auf die Gefahren einer Juridifizierung des Gesundheitswesens hinzuweisen. Diese bestehen nicht nur darin, daß hochqualifizierte Ärzte heikle Operationen vermeiden und diese Neulingen überlassen. Es muß schon der nunmehrigen Rechtsprechung des OGH vorgeworfen werden, daß sie keine ausreichende Handhabe dafür bietet, zwischen Schlamperei und verantwortungsbewußtem Risiko zu unterscheiden. Nimmt man den Ärzten die Bereitschaft zu verantwortungsbewußtem Risiko, so schadet man ihren Patienten mehr, als es noch so viele Kunstfehler tun könnten.

Ein praktischer Fall zur Arzthaftung: die riskante Gallenblasenentfernung

Theo MAYER-MALY

IN einem Kärntner Krankenhaus ist es bei einer am 6.2.1990 durchgeführten operativen Entfernung der Gallenblase zu einer Durchtrennung des Ductus choledochus gekommen. Dies wurde vom Operateur nicht sogleich erkannt. Sowohl die Durchtrennung wie deren verspätete Erkennung gelten als operationsinhärente Komplikationen. Im Durchschnitt treten sie bei jeder vierhundertsten Operation dieser Art auf. Am 8.2.1990 wurde dann eine Reoperation durchgeführt, bei der die Komplikation erkannt wurde.

Die Patientin verklagte den Krankenhausträger auf Schadenersatz. Sie stützte ihre Forderung zum einen darauf, daß ein ärztlicher Kunstfehler unterlaufen sei, zum andern darauf, daß der ärztlichen Aufklärungspflicht nicht Genüge getan worden sei.

Der Oberste Gerichtshof (OGH) verneinte in seiner Entscheidung vom 31.1.1995 (Geschäftszahl 4 Ob 509/95) das Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers, bejahte aber eine Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht. Die in der Österreichischen Juristenzeitung 1995, S 743 f. veröffentlichte Entscheidung hat den Fall noch nicht erledigt, da der OGH dem Landesgericht Klagenfurt noch einige Feststellungen aufgetragen hat. Dabei hat der OGH das Klagebegehren der Patientin sehr großzügig interpretiert. Diese hatte nur von einem Kunstfehler gesprochen. Der OGH ordnete aber beim Begriff des Kunstfehlers auch die Unterlassung der gebotenen ärztlichen Aufklärung ein.

Ein ärztlicher Kunstfehler im eigentlichen Sinn liegt nach der ständigen Rechtsprechung des OGH dann vor, wenn ein Arzt nicht nach

Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung vorgeht. Den Beweis des Vorliegens eines Behandlungsfehlers und seiner Ursächlichkeit für den eingetretenen Schaden hat grundsätzlich der Patient zu führen. Diese Maxime hat der OGH besonders deutlich in seiner Entscheidung vom 16.3.1989, SZ Bd.61, Nr.53 ausgesprochen. Im Gallenblasenfall hielt der OGH dafür, daß dem Operateur bei Anlegung des von der Rechtsprechung geforderten Sorgfaltsmaßstabes eines ordentlichen Durchschnittsarztes kein Fehlverhalten anzulasten sei. Der Beweis eines kausalen Behandlungsfehlers sei der Patientin nicht gelungen.

Dagegen befand der OGH, daß der ärztlichen Aufklärungspflicht nicht Genüge getan worden sei, weil mit der Klägerin gar kein ärztliches Aufklärungsgespräch geführt wurde, sondern nur im „bürokratischen Weg“ eine Zustimmungserklärung zu dem operativen Eingriff eingeholt worden ist. In einem ärztlichen Aufklärungsgespräch hätte nach Auffassung des OGH auf das bei der Klägerin eingetretene Operationsrisiko hingewiesen werden müssen. Die Klägerin hätte über das typische Operationsrisiko trotz seiner relativen Seltenheit aufgeklärt werden müssen.

Im Rahmen der Begründungselemente des OGH fällt für den mit Rechtsprechung und Strafrechtslehre nicht vertrauten Leser besonders folgender Satz auf: „Grundsätzlich ist nämlich jede ärztliche Heilbehandlung, die mit einer Verletzung der körperlichen Integrität verbunden ist, als Körperverletzung und damit als Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes zu werten und somit rechtswidrig, weshalb erst die Zustim-

mung des Patienten den rechtswidrigen Eingriff zu rechtfertigen vermag“. Die Zustimmung des Patienten setzt aber nach Auffassung des OGH zu ihrer Rechtswirksamkeit eine vorangegangene entsprechende Aufklärung voraus.

Es ist durchaus richtig, daß die Qualifikation einer die körperliche Integrität berührenden Heilbehandlung als rechtswidrige Körperverletzung der herrschenden Strafrechtslehre und der eingebürgerten Rechtsprechung auf diesem Gebiet entspricht. Dennoch muß die Frage gestellt werden, ob eine solche Qualifikation mehr auf einer juristischen Scharfsinn oder mehr auf einer in der Gesellschaft anerkannten Wertung beruht. Es läßt sich doch nicht übersehen, daß ärztliche Heilbehandlungen von der Gesellschaft positiv und nicht negativ bewertet werden, während etwa ihr Unterbleiben oder gar ihre Verweigerung negativ bewertet wird. Ob etwas rechtswidrig oder rechtmäßig ist, hängt aber gerade davon ab, ob ein bestimmtes Verhalten mit einem Unwerturteil belegt ist oder nicht. Die Strenge, die im Umgang mit strafrechtlichen Begriffen gewiß geboten ist, steht der hier empfohlenen Revision in der Bewertung ärztlicher Heilbehandlungen nicht entgegen. Diese Strenge richtet sich nämlich allein gegen eine Ausweitung strafrechtlicher Tatbestände, nicht aber gegen eine am Gesetzessinn orientierte Einschränkung einer zu weit gehenden Interpretation.

Zustimmung verdient dagegen die Ansicht des OGH, daß der mit einem Arzt oder einem Träger eines Krankenhauses abgeschlossene Be-

handlungsvertrag auch die Pflicht einschließt, den Patienten möglichst umfassend über mögliche Gefahren oder schädliche Folgen der Behandlung zu informieren. Unterschiedlicher Auffassung kann man freilich darüber sein, ob zu dieser Aufklärungspflicht auch eine Pflicht gehört, den Patienten rückhaltlos über Art und Schwere seiner Erkrankung zu informieren, wie es der OGH anscheinend auch annimmt. Wie erfahrene Ärzte feststellen, kann eine solche rückhaltlose Information beim Patienten zu einem Grad von Niedergeschlagenheit führen, der das Leiden verschlimmert.

Auf keinen Fall darf es dazu kommen, daß die Frage, ob nach den Regeln der ärztlichen Kunst oder fehlerhaft behandelt wurde, durch die Frage, ob in zureichendem Ausmaß aufgeklärt wurde, in den Hintergrund gedrängt wird. Allzu groß würde dann die Versuchung für die Gerichte, die Entscheidung in Streitfällen zur Arzthaftung statt aufgrund des Vorliegens eines Kunstfehlers aufgrund des Fehlens einer kompletten Information zu fällen.

Zu den neueren österreichischen Entscheidungen zu Arzthaftungsfragen kann allerdings auch eine sehr positive Beobachtung gemacht werden. Die Prozesse spielen sich regelmäßig zwischen den Patienten und den Krankenhausträgern ab. Veröffentlichte Entscheidungen zu Rückgriffsansprüchen der Krankenhausträger gegen die Ärzte liegen kaum vor. Anscheinend schätzen die Krankenhausträger die Situation der Ärzte besser ein als viele Gerichte.