

*Dr. Eckhard Pitzl, Dr. Gerhard W. Huber LL.M.*

*Rechtsanwälte mit Kanzleischwerpunkt Medizinrecht in Linz*

# Patientenaufklärung aus medizinischer und forensischer Sicht

1. Einleitung	28
2. Gesetzliche Grundlagen	29
3. Judikatur und Literatur zur Aufklärung	32
4. Prozessrealität	38

*Die Aufklärungspflicht des Arztes entspringt in erster Linie dem Behandlungsvertrag. Sie ermöglicht dem Patienten die informierte Einwilligung in eine mit Risiken verbundene Behandlung. Der Umfang der Aufklärungspflicht ist nach ständiger oberstgerichtlicher Judikatur eine im Einzelfall zu entscheidende Rechtsfrage. Das führt zu breiter Kasuistik und verstärkt den Wunsch nach Orientierungshilfen und Aufklärungsbehelfen.*

# 1. Einleitung

„Salus aegroti suprema lex“<sup>39</sup>, lautete der Hippokratische Grundsatz. In den letzten Jahrzehnten tendierte die Judikatur dazu, diesen Hippokratischen Grundsatz abzuwandeln in „voluntas aegroti suprema lex“<sup>40</sup>. Betont wird verstärkt, dass der Patient nicht lediglich Objekt der ärztlichen Fürsorge sein soll, sondern auch (und insbesondere) in Zeiten schwerer Erkrankung selbstbestimmtes Subjekt. Demnach drängt in der Beziehung des Patienten zum Arzt das Prinzip der Selbstbestimmung des Menschen das in einer paternalistischen Ethik begründete Prinzip des Patientenwohls in den Hintergrund<sup>41</sup>.

So berechtigt und unumstritten das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in der Literatur und Judikatur betont wird, so problematisch kann die einseitige Betonung dieses Selbstbestimmungsrechtes das Arzt-Patienten-Verhältnis belasten, insbesondere dann, wenn die Judikatur die „schonungslose“ Aufklärung betont und den Arzt mit übermäßigen und im Vorhinein kaum kalkulierbaren bürokratischen Anforderungen konfrontiert.

Der nachfolgende Beitrag soll die Grundsätze der Aufklärungsjudikatur und die Problematik derselben in der medizinischen Praxis darstellen.

---

39 „Das Wohl des Kranken ist das oberste Gebot“

40 „Der Wille des Kranken ist das oberste Gebot“

41 *Tanczos/Tanczos*, *Arzthaftung*, 26f mwN

## 2. Gesetzliche Grundlagen

2.1. Die rechtliche Grundlage medizinischer Behandlungen beim niedergelassenen Arzt oder auch im Krankenhaus bildet der mit dem Patienten abgeschlossene Behandlungsvertrag. Das gilt im Übrigen auch dann, wenn dem Patienten gegenüber einem Sozialversicherungsträger gesetzliche Leistungsansprüche aus der Krankenversicherung zustehen<sup>42</sup>. Dies freilich mit der Einschränkung, dass Handlungen und Unterlassungen der mit der Behandlung und Pflege befassten Ärzte und Pfleger im Rahmen der Unterbringung i.S.d. UbG<sup>43</sup> in Vollziehung der Gesetze (und nicht eines Behandlungsvertrages) erfolgen<sup>44</sup>.

Aufgrund des Behandlungsvertrages entstehen für die Vertragspartner zahlreiche Rechte und Pflichten, auf Behandlerseite beispielsweise die Pflicht zur Behandlung *lege artis*, Schweigepflicht, Dokumentationspflicht<sup>45</sup>; der mit dem Arzt oder dem Träger der Krankenanstalt geschlossene Behandlungs- bzw. Krankenhausaufnahmevertrag bildet die wesentliche Grundlage für die Informationspflicht des Arztes, da zu den vertraglichen Pflichten auch die Aufklärung des Patienten über Art und Schwere der Krankheit, über die möglichen Gefahren und schädlichen Folgen der Behandlung oder ihrer Unterlassung zählt<sup>46</sup>. Dass nicht die „Körperverletzungstheorie“, sondern vordergründig der Behandlungsvertrag Grundlage der Aufklärungspflicht des Arztes ist, vertreten auch die Autoren selbst<sup>47</sup>.

---

42 *Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht, Zivilrechtliche Fragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses, 81

43 BG vom 1. März 1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten, BGBl Nr. 155/1990 i.d.g.F.

44 OGH 7.10.1991, 1 Ob 46/91; *Schragl*, AHG<sup>3</sup>, Rz 344 zu § 1 AHG

45 *Kletecka-Pulker*, Rechtsgrundlagen der Behandlung in *Aigner* u.a., Handbuch Medizinrecht für die Praxis, I/3

46 *Memmer*, Aufklärung, in *Aigner* u.a., Handbuch Medizinrecht für die Praxis, I/73

47 *Pitzl/Huber*, Ärztliche Heilbehandlung und Körperverletzungs konstruktion, RdM 4/2000, 105ff mwN

2.2. Gemäß § 49 Abs. 1 ÄrzteG ist der Arzt verpflichtet, jeden von ihm in ärztliche Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken ohne Unterschied der Person gewissenhaft zu betreuen. Gemäß § 51 Abs. 1 ÄrzteG ist der Arzt zudem verpflichtet, Aufzeichnungen über jede zur Beratung oder Behandlung übernommene Person zu führen, u.a. über Art und Umfang der beratenden diagnostischen oder therapeutischen Leistungen. Unter dem Oberbegriff „Betreuung“ unterscheidet § 49 Abs. 1 ÄrzteG zwischen ärztlicher Beratung einerseits und Behandlung andererseits; die ärztliche Beratung wird der Arzt den Gesunden und Kranken, die Behandlung primär den Kranken angedeihen lassen<sup>48</sup>. Bereits aus den §§ 49, 51 ist u.E. direkt ableitbar, dass der behandelnde Arzt zur Beratung, Information und Aufklärung des Patienten sowie zur Dokumentation dieser Schritte verpflichtet ist, eines Rückgriffs auf eine „Körperverletzungskonstruktion“ bedarf es u.E. nicht.

2.3. Auch das KAKuG<sup>49</sup> hält in § 5a Abs. 1 Z 2 das Recht des Patienten auf Aufklärung und Information über die Behandlungsmöglichkeiten samt Risiken ausdrücklich fest. Gemäß § 8 Abs. 3 KAKuG<sup>50</sup> dürfen Behandlungen an Patienten nur mit dessen Einwilligung durchgeführt werden; in den Krankengeschichten ist u.a. auch die Aufklärung des Pflégelings zu dokumentieren<sup>51</sup>.

Stöger<sup>52</sup> hält richtig fest, dass die in § 5a KAKuG enthaltenen „Patientenrechte“ für sich noch keine subjektiven Rechte der Patienten postulieren, diese subjektiven und damit durchsetzbaren Rechte jedoch aus anderen Rechtsgrundlagen resultieren können. Dies trifft insbesondere auf das Recht des Patienten auf ausreichende Aufklärung zu, gründet dieses doch (auch) auf § 8 Abs. 3 KAKuG.

48 Emberger in Emberger/Wallner, Ärztegesetz 1998, 187

49 Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, BGBl 1958/27 i.d.g.F.

50 und den diesbezüglichen landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen

51 § 10 Abs. 1 Z 2 lit a KAKuG sowie die diesbezüglichen landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen, z.B. § 21 Abs. 1 Z 2 lit a Oö. KAG

52 Krankenanstaltenrecht (2008), 662

2.4. Das Recht des Patienten auf Aufklärung bzw. die daraus resultierende Aufklärungspflicht des Arztes wird auch ausdrücklich in der zwischen dem Bund und den einzelnen Bundesländern abgeschlossenen Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta) im Art. 16 festgelegt. Ferner wird die Aufklärungspflicht des Arztes in § 18 ZÄG<sup>53</sup> festgeschrieben und jüngst auch in § 5 ÄstOpG<sup>54</sup>. Auch aus § 110 StGB<sup>55</sup>, der die eigenmächtige Heilbehandlung sanktioniert, ist zu schließen, dass der Arzt den Patienten vor einer medizinischen Behandlung entsprechend aufzuklären hat, damit der Patient überhaupt erst in die Lage versetzt wird, rechtswirksam in die Behandlung einzuwilligen.

Zusammengefasst ist sohin festzuhalten, dass das subjektive Recht des Patienten auf ausreichende Aufklärung sich einerseits insbesondere aus dem ÄrzteG, dem ZÄG, der Patientencharta, dem ÄstOpG, andererseits aus dem KAKuG (und den landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen) ergibt, zudem eine Pflicht aus dem regelmäßig abgeschlossenen Behandlungsvertrag ist, weshalb ein Rückgriff auf eine Körperverletzungstheorie entbehrlich scheint.

---

53 Bundesgesetz über die Ausübung des zahnärztlichen Berufes und des Dentistenberufes, BGBl I Nr. 126/2005 i.d.g.F.

54 Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen, BGBl I Nr. 80/2012

55 Bundesgesetz vom 23.1.1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen, BGBl Nr. 60/1974 i.d.g.F.

## 3. Literatur und Judikatur zur Aufklärung

### 3.1. Allgemeines

Dass jeder Patient vor jeder ärztlichen Aufklärung entsprechend zu informieren, aufzuklären ist, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, i.d.R. auch aus dem abgeschlossenen Behandlungsvertrag. Die zentrale Funktion der Aufklärung liegt in der Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten. Die Aufklärung ist Voraussetzung dafür, dass der Patient rechtswirksam in eine konkrete medizinische Maßnahme einwilligen kann. Erst wenn der Patient durch das erfolgte Aufklärungsgespräch weiß, worin er einwilligt, ist von einer rechtswirksamen Einwilligung des Patienten auszugehen.

Die Details zur gesetzlich bzw. vertraglich geforderten Aufklärung bleiben weitgehend der Literatur und Judikatur überlassen, insbesondere die Fragen, wer wen wann worüber und in welcher Form aufzuklären hat. Diese Details sollen überblicksmäßig dargestellt werden.

In der Judikatur<sup>56</sup> wird oftmals unterschieden zwischen Diagnoseaufklärung (Erklärung der Krankheit und der zur Abklärung notwendigen Schritte), therapeutischer Aufklärung (inklusive der Darlegung der therapeutischen Möglichkeiten und Alternativen sowie Verhaltensanweisungen an den Patienten) und Risikoaufklärung (Information über die Risiken und Folgen der ärztlichen Maßnahmen).

Die Mehrzahl der Judikate beschäftigt sich mit der Risikoaufklärung, stützen Patienten doch regelmäßig ihre Schadenersatzansprüche gegen Arzt/Krankenanstaltenträger nicht nur auf angeblich suboptimale Behandlung, sondern auch auf insuffiziente Risikoaufklärung.

---

56 OGH 29.1.2001, 3 Ob 87/00

## 3.2. Gegenstand der Aufklärung

In Literatur und Judikatur wird weitgehend zwischen Diagnoseaufklärung, therapeutischer Aufklärung und Risikoaufklärung unterschieden<sup>57</sup>.

Im Rahmen der Diagnoseaufklärung muss der Arzt den Patienten über den erhobenen Befund informieren, ihm die Krankheit erklären.

Im Rahmen der therapeutischen Aufklärung ist der Arzt verpflichtet, dem Patienten die Therapie, deren Wesen und Umfang, die Dringlichkeit der geplanten Maßnahmen und die allenfalls damit verbundenen Belastungen darzulegen. Dem Patienten sind auch allfällige Behandlungsalternativen für seine Entscheidungsfindung zu erklären. Keinesfalls darf die Information über mögliche Behandlungsalternativen, die weniger gefährlich sind oder besseren Erfolg versprechen, unterbleiben. Über mehrere zur Wahl stehende diagnostische oder therapeutisch adäquate Verfahren muss der Arzt den Patienten informieren und mit ihm die Vor- und Nachteile abwägen, damit der Patient eine echte Wahlmöglichkeit hat<sup>58</sup>.

Schließlich ist dem Patienten zu erklären, wie sich voraussichtlich sein Zustand ohne ärztliche Behandlung entwickeln wird und welche Risiken aus einer Unterlassung der gebotenen Behandlung resultieren können.

Im Rahmen der Risikoaufklärung hat der Arzt über die potentiellen Gefahren der Behandlung aufzuklären. Dem Patienten soll – nicht verharmlosend – dargestellt werden, welche Komplikationen selbst dann eintreten können, wenn die Behandlung *lege artis* und mit der entsprechenden ärztlichen Sorgfalt durchgeführt wird.

---

57 *Emberger in Emberger/Wallner*, Ärztegesetz 1998, 199ff; *Memmer*, Aufklärung, in *Aigner u.a.* Handbuch Medizinrecht für die Praxis, I/76ff; *Juen*, Arzthaftungsrecht<sup>2</sup>, 97ff; *Jesser-Huß*, Ärztliche Aufklärung und Einwilligung in die medizinische Behandlung in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht, 121ff mwN

58 OGH 15.2.1983, 5 Ob 557/81; 23.5.2000, 4 Ob 131/00v u.v.a.

### 3.3. Umfang der ärztlichen Aufklärung

In Literatur und Judikatur<sup>59</sup> wird regelmäßig betont, dass der Umfang insbesondere der Selbstbestimmungsaufklärung nur im Einzelfall abgesteckt werden kann; in welchem Umfang der Arzt im Einzelfall den Patienten aufklären muss, ist eine Rechtsfrage, die stets anhand der zu den konkreten Umständen des Einzelfalles getroffenen Feststellungen zu beurteilen ist. Dies ist u.a. für den behandelnden Arzt oftmals unbefriedigend, vermag er doch vorweg kaum abzuschätzen, wie weit seine Aufklärungspflicht reicht, und er fühlt sich allenfalls aus forensischer Sicht gedrängt, den Patienten über Maßen aufzuklären, was letztlich dem Patientenwohl widersprechen könnte. Dessen ungeachtet haben sich in der Judikatur Kriterien wie folgt herausgebildet:

Die Aufklärung hat umso umfassender zu erfolgen, je weniger dringlich der Eingriff und je größer die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung ist. Je dringender ein Eingriff ist und je geringer das Risiko, desto geringer auch das Aufklärungserfordernis. Im Einzelfall kann die Aufklärung gänzlich entfallen.

Bedacht zu nehmen ist zudem auf die Persönlichkeitsstruktur des Patienten. Der Arzt hat abzuwägen, ob er den Patienten durch eine zu umfangreiche Aufklärung verunsichern und damit bewirken könnte, dass sich der Patient gegen die Operation entscheidet.

Bei sogenannten „typischen Risiken“ judiziert der OGH eine erhöhte Aufklärungspflicht. Die Typizität ergibt sich nicht aus der Komplikationshäufigkeit, sondern haftet dieses Risiko dem Eingriff speziell an und ist auch bei allergrößter Sorgfalt nicht sicher zu vermeiden, weshalb es den Patienten regelmäßig überrascht<sup>60</sup>. Auch diese typischen Risiken müssen erhebliche Risiken sein, die geeignet sind, die Entscheidung des Patienten zu beeinflussen. Der Begriff der „Typizität“ bringt in der Praxis oftmals mehr Verwirrung als Klarheit, insbesondere im Zuge von ärztlichen Gutachten und deren Erörterung. Ob die „Typizität“ Tat- (oder vom OGH zu lösende) Rechtsfrage ist, beurteilt die Judikatur wechselnd<sup>61</sup>.

59 statt vieler: *Memmer*, aaO, I/86ff mwN

60 OGH 23.2.1999, 4 Ob 335/98; 5.10.2001, 8 Ob 103/01 u.v.a.

61 *Pitzl/Huber*, Das „typische“ Behandlungsrisiko als Aufklärungskriterium, RdM 2011/01, 4ff

Bei rein kosmetischen Eingriffen judiziert der OGH in ständiger Rechtsprechung einen außerordentlich hohen Aufklärungsbedarf. Der Arzt hat von sich aus und ohne ausdrückliche Befragung durch den Patienten weitestgehend über die Risiken und auch den möglichen Misserfolg der Behandlung aufzuklären; es wird hier von vollständiger und „schonungsloser“ Aufklärung gesprochen<sup>62</sup>. Mit 1.1.2013 trat das Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG) in Kraft. Gesetzlich neu geregelt werden ästhetischen Behandlungen und ästhetische Operationen, die ohne medizinische Indikation durchgeführt werden. Gemäß § 5 ÄsthOpG ist der Patient klar und verständlich, umfassend, mündlich und schriftlich gut lesbar dokumentiert über die Methode des Eingriffs, Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, im Rahmen des Eingriffs angewendete Arzneimittel und deren Nebenwirkungen sowie Medizinprodukte einschließlich Implantate und deren Funktionsfähigkeit und Lebensdauer, alternative Behandlungsmöglichkeiten, das in Aussicht gestellte Ergebnis des Eingriffs und mögliche Abweichungen, mit dem Eingriff verbundene Unannehmlichkeiten, mögliche Folgen wie Narbenbildungen und Komplikationen einschließlich der Beeinträchtigung von Organfunktionen, allenfalls unter Zuhilfenahme von beispielhaften Fotografien, sowie deren Behandlungsmöglichkeiten, die erforderlichen Nachbehandlungen einschließlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit und möglichen Spätfolgen, allfällig erforderliche Nachfolgeoperationen einschließlich dem Hinweis, dass diese Unfähigkeit der Arbeitsaufnahme als keine Arbeitsunfähigkeit im sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Sinn gelten könnte, sämtliche bekannte Gefahren des Eingriffs und sämtliche im Zusammenhang mit dem Eingriff stehenden Kosten einschließlich der zu erwartenden Folgekosten aufzuklären.

Besondere Form- und Schutzvorschriften bestehen gegenüber minderjährigen und besachwalteten Personen, auf die hier aus Platzgründen im Detail nicht eingegangen werden kann<sup>63</sup>.

---

62 *Gaisbauer*, Ärztliche Aufklärungspflicht bei kosmetischen Eingriffen, ÖJZ 1993, 25ff

63 vgl. dazu *Pitzl/Huber*, Aufklärungs-, Einwilligungs- und Informationspflichten nach dem ÄsthOpG (dzt. in Druck)

### 3.4. Zeitpunkt der Aufklärung

Wiederum vom Einzelfall – insbesondere der Dringlichkeit und Bedeutung der Behandlung – abhängig ist dem Patienten eine angemessene Überlegungsfrist zwischen Aufklärung und Operation zu gewähren. In der Regel wird in der Rechtsprechung eine Aufklärung am Vorabend der Operation als ausreichend angesehen, je nach Dringlichkeit und Umfang sowie Risiken der Behandlung können auch kürzere Überlegungsfristen ausreichend sein. Der Zeitpunkt der Aufklärung ist jedenfalls so zu wählen, dass der Patient nicht durch eine allzu kurz bemessene Überlegungsfrist in eine psychische Zwangslage gerät<sup>64</sup>. Das ÄsthOpG sieht hier ausdrücklich Fristen von zwei Wochen<sup>65</sup> bzw. (bei Minderjährigen und Behinderten) vier Wochen<sup>66</sup> vor.

### 3.5. Personen des Aufklärungsgesprächs

Aufgrund des Behandlungsvertrages ist der niedergelassene Arzt grundsätzlich persönlich verpflichtet, mit dem Patienten das Aufklärungsgespräch durchzuführen. Der Krankenanstaltenaufnahmevertrag wird vom Patienten nicht mit einem bestimmten Arzt geschlossen, sondern mit dem Krankenanstaltenträger, der Operateur selbst steht i.d.R. sohin in keinem Vertragsverhältnis zum Patienten. Es wird in der Judikatur sohin jedenfalls für zulässig erachtet, dass nicht der Operateur selbst, sondern ein anderer Arzt das Aufklärungsgespräch führt. Auch ein Turnusarzt kann das Aufklärungsgespräch führen, sofern er die entsprechenden Kompetenzen zur Darlegung des Eingriffs bereits erworben hat<sup>67</sup>. Über die möglichen Komplikationen der Anästhesie ist der Patient gesondert zu informieren<sup>68</sup>.

Aufklärungsadressat ist i.d.R. der Patient selbst. Bei Minderjährigen wird darauf abgestellt, ob das Kind bereits einsichts- und urteilsfähig ist. Dies wird mit der Vollendung des 14. Lebensjahres vermutet. Ist das Kind einsichts- und urteilsfähig, kann es nur selbst die Zustimmung zur medizinischen Behandlung erteilen. Mangelt es an der notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist die Zustimmung eines der Erziehungsberechtigten gefordert. Ist mit der medizinischen Behandlung gewöhnlich eine schwere oder nachhaltige Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder Persönlichkeit verbunden, so ist neben der

64 *Tanczos/Tanczos*, *Arzthaftung* (2010), 34

65 § 6 Abs 1 ÄsthOpG

66 § 7 ÄsthOpG

67 *Memmer*, aaO, I/106 mwN

68 OGH 15.3.2001, 6 Ob 528/00

Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Kindes auch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. Weder die Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes noch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wird gefordert, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, dass der mit der Einholung der Einwilligung oder Zustimmung verbundene Aufschub das Leben des Kindes gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre<sup>69</sup>. Eine ähnliche gesetzliche Regelung erfahren behinderte Personen in § 283 ABGB.

### 3.6. Form des Aufklärungsgesprächs

Die Aufklärung hat jedenfalls auch in einem persönlichen Gespräch zwischen Arzt und Patienten zu erfolgen. Das persönliche, vertrauensvolle Gespräch wird als einzig adäquate Form der Aufklärung betrachtet. Schriftliche Aufklärungsbögen können hier nur unterstützend und dokumentierend dienen<sup>70</sup>.

### 3.7. Aufklärungsverzicht

Der Patient ist i.d.R. berechtigt, auf die ärztliche Aufklärung zu verzichten<sup>71</sup>, was sich bereits aus der Patientencharta<sup>72</sup> ergibt. Ein Aufklärungsverzicht kann auch schlüssig erfolgen, aus fehlenden Fragen des Patienten ist jedoch keinesfalls immer darauf zu schließen, dass der Patient konkludent auf (weitere) Aufklärung verzichtet<sup>73</sup>.

Ausschließlich für ästhetische Operationen wird ein Aufklärungsverzicht ausgeschlossen<sup>74</sup>, d.h., der Eingriff dürfte in diesem Fall nicht durchgeführt werden.

---

69 § 173 ABGB

70 zu den Details: *Pitzl/Huber*, Behandlungsaufklärung-Risikoaufklärung-Aufklärungsbögen, RdM 1996, 113ff

71 *Tanczos/Tanczos*, aaO, 28

72 Art. 16 Abs 4

73 *Juen*, aaO, 105 mwN

74 § 5 Abs. 1 ÄsthOpG

## 4. Prozessrealität

Was bedeutet nun die höchstgerichtliche Judikatur, die eine Vielzahl von Spannungsfeldern erzeugt, für den Medizinhaftungsprozess in der Praxis?

4.1. Medizinhaftungsansprüche werden i.d.R. zumindest prozessinitial auf einen behaupteten Behandlungsfehler gestützt. Für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers ist der Kläger beweispflichtig<sup>75</sup>. Gelingt dem Kläger dieser Beweis, der durch ein Sachverständigengutachten zu führen wäre, nicht, so zieht sich die klagende Partei i.d.R. auf die Behauptung zurück, dass sie über das Behandlungsrisiko nicht oder nicht ausreichend aufgeklärt wurde und dass sie bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Behandlung nicht eingewilligt hätte. Diese Behauptung wird selbst dann aufgestellt, wenn der Patient oder die Patientin zuvor hochgradige Leidenszustände geschildert hat, die ihn zur Inanspruchnahme der später geklagten Einrichtung bewogen haben. Von diesen Leidenszuständen, die der Grund für das Aufsuchen des Krankenhauses waren, will der Kläger oder die Klägerin aber nichts mehr wissen, sobald die Aufklärung und damit die Patienteneinwilligung Prozessthema werden.

*„Dass der nunmehrige Prozesstandpunkt der Klägerin ein anderer ist, liegt gewissermaßen in der Natur der Sache. Wer durch den Eintritt eines Operationsrisikos massive Beeinträchtigungen zu erleiden hat(te), neigt in aller Regel verständlicherweise zur retrospektiven Annahme, dass er den Eingriff nicht vornehmen hätte lassen, wenn er ‚das gewusst‘ hätte, also umfassend informiert gewesen wäre. Umgekehrt werden aber mögliche Komplikationen, auf welche die behandelnden Ärzte vorweg pflichtgemäß hinweisen, von Patienten meist schon aus Gründen eines psychischen Selbstschutzes in der (nicht rational begründbaren) Hoffnung, dass sie schon nicht gerade bei ihnen auftreten würden, mental beiseite geschoben und nicht näher hinsichtlich ihrer Tragweite durchdacht. Bei sehr vielen Operationen ist es ja so, dass eine Gegenüberstellung der daraus zu erwartenden Vorteile einerseits und des komplikationsbedingten worst case andererseits eigentlich dazu führen müsste, sich gegen den Eingriff zu entscheiden. Sich dennoch dazu zu entschließen, lässt sich nur damit begründen, dass die statistische Wahrscheinlichkeit des Komplikationseintritts meist vergleichsweise gering ist; dies ändert aber nichts daran, dass dieses Risiko grundsätzlich jeden Patienten treffen kann, es also letztlich immer ‚Glücksache‘ ist, ob die Operation unter dem Strich ein positives Ergebnis bringt. Der durchschnittliche, idealtypische*

75 Juen, aaO, 203 mwN

*Patient vertraut auf dieses ‚Glück‘ und nimmt ein (geringes) Komplikationsrisiko im Hinblick auf die (meist ganz erheblich) größere Wahrscheinlichkeit in Kauf, dass es sich nicht verwirklicht.“*

Das Zitat stammt aus einer Entscheidung des OLG Linz<sup>76</sup>. Die Patientin hatte über Zuweisung ihres Hausarztes wegen eines schmerzhaften Abszesses in einer nicht leicht einsehbaren Körperregion das Krankenhaus aufgesucht, war dort untersucht und aufgeklärt worden und hatte in die Operation eingewilligt. Intraoperativ zeigte sich ein zweites operationswürdiges Abszess, das wegen der schwierigen Einsehbarkeit der betreffenden Körperregion zuvor nicht bekannt war. Die Klägerin lag also in Steinschnittlage auf dem Operationstisch in Narkose. Was tun?

Das Operationsteam entschied sich für das ihm logisch Erscheinende und entfernte auch das zweite Abszess gleich mit. Nach der Operation wurde die Klägerin vom Operateur darüber informiert, dass auch gleich ein zweites Abszess mitoperiert worden war. Die Klägerin remonstrierte dagegen in keiner Weise. In weiterer Folge traten Wundheilungsstörungen auf, und zwar just bei der Wunde jenes Abszesses, das erst intraoperativ entdeckt worden war. Jetzt war es der Klägerin gar nicht mehr recht, dass man auch dieses Abszess operiert hatte, sie behauptete einen Behandlungsfehler und mangelnde Einwilligung in die Operation und brachte eine Klage ein. Der chirurgische Sachverständige qualifizierte im Prozess die Operationsdurchführung als fehlerfrei. Der Klägerin gelang daher der Beweis eines Behandlungsfehlers nicht. Dem Krankenhausträger ist in diesem Prozess allerdings der Beweis des rechtmäßigen Alternativverhaltens gelungen. Er konnte beweisen, dass die Klägerin bei korrekter ärztlicher Vorgangsweise (Einholung ihrer Einwilligung unter Darlegung der medizinischen Operationswürdigkeit des Abszesses und der bestehenden Komplikationsrisiken) ihre Zustimmung erteilt hätte.

4.2. Die oben unter 3. dargestellte Literatur und Judikatur zur Aufklärung lassen mitunter für die Ärzte, die die Aufklärung im Alltag durchzuführen haben, erheblichen Interpretationsspielraum und befriedigen das Grundbedürfnis nach Rechtssicherheit weder für den Patienten noch für den Arzt. Die Aufklärungsjudikatur hat sich extrem kasuistisch entwickelt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Aufklärung in ständiger Judikatur des Obersten Gerichtshofes seit 1982 als Rechtsfrage angesehen wird, die anhand der zu den konkreten Umständen des Einzelfalles getroffenen Feststellungen vom Richter zu beurteilen sei<sup>77</sup>. Der Oberste Gerichtshof ist bei seinen Entscheidungen an die Tatsachenfeststellun-

---

76 OLG Linz 15.5.2013, 2 R 10/13y

77 OGH 23.6.1982 = SZ 55/114; *Beppel*, Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, 86 mwN

gen der Untergerichte gebunden, er kann allerdings den festgestellten Sachverhalt rechtlich völlig anders würdigen als die Untergerichte. Der OGH ist auch nicht an seine bisherige Rechtsprechung gebunden. Wenn der OGH in der Judikatur ständig betont, dass die Aufklärung jeweils anhand des Einzelfalles zu überprüfen ist, bedeutet dies, dass schon Nuancen in der Sachverhaltsabweichung ein völlig anderes Ergebnis erbringen können. Selbst völlig gleichgelagerte Sachverhalte darf der OGH von Fall zu Fall abweichend beurteilen.

Die Erfahrung zeigt aber, dass sich Sachverständige und Gerichte bei der Beurteilung der Risikoaufklärung am Inhalt der am Markt befindlichen standardisierten Aufklärungsbögen orientieren. Erfolgt die Aufklärung und Dokumentation der Aufklärung unter Zuhilfenahme solcher Bögen, so wird zumindest nach bisheriger Erfahrung den Erfordernissen der Risikoaufklärung entsprochen. Für die effiziente und erfolgreiche juristische Führung eines Medizinhaftungsprozesses ist die Kenntnis und das Verständnis der ärztlichen Diktion und der Abläufe im Gesundheitssystem unerlässlich.

# Literaturverzeichnis

- Beppel*, Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung (2007)
- Emberger in Emberger/Wallner*, Ärztegesetz 1998 (2004)
- Gaisbauer*, Ärztliche Aufklärungspflicht bei kosmetischen Eingriffen, ÖJZ 1993, 25ff
- Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht, Zivilrechtliche Fragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses (2011)
- Juen*, Arzthaftungsrecht2 (2005)
- Kletecka-Pulker*, Rechtsgrundlagen der Behandlung in Aigner u.a., Handbuch Medizinrecht für die Praxis (Stand 2013)
- Memmer*, Aufklärung, in Aigner u.a., Handbuch Medizinrecht für die Praxis (Stand 2013)
- Pitzl/Huber*, Ärztliche Heilbehandlung und Körperverletzungskonstruktion, RdM 4/2000, 105ff
- Pitzl/Huber*, Das „typische“ Behandlungsrisiko als Aufklärungskriterium, RdM 2011/01, 4ff
- Pitzl/Huber*, Aufklärungs-, Einwilligungs- und Informationspflichten nach dem ÄstOpG (dzt. in Druck)
- Pitzl/Huber*, Behandlungsaufklärung-Risikoaufklärung-Aufklärungsbögen, RdM 1996, 113ff
- Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008)
- Tanczos/Tanczos*, Arzthaftung (2010)