

RECHT DER MEDIZIN

Schriftleitung **Christian Kopetzki**

Redaktion **Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Dietmar Jahnel, Karlheinz Kux,
Matthias Neumayr, Reinhard Resch, Hannes Schütz, Helmut Schwamberger,
Johannes Wolfgang Steiner, Felix Wallner, Johannes Zahrl**

Oktober 2009

05

169 – 200

Beiträge

VfGH zum Finanzierungssicherungs- beitrag und Auswirkungen

Thomas Krammer ↻ 179

Rechtsfragen des zahnärztlichen Praktikums *Beatrix Krauskopf* ↻ 172

Tabelle

Rechtsprechungsübersicht Arzthaftung

Aline Leischner ↻ 183

Gesetzgebung und Verwaltung

Novellen zum UGB und HeimaufG ↻ 187

Meldepflicht für Nicht-interventionelle Studien ↻ 188

Rechtsprechung

Aufklärung über spezifische Vorerfahrung des Operateurs? ↻ 189

Disziplinarrecht

Provisionsverbot ↻ 196

UHK

Preissenkung nach Aufnahme des dritten Nachfolgeprodukts in
den EKO ↻ 196

Rechtsprechungsübersicht Arzthaftung

RdM 2009/111

Entscheidungsübersicht zur Arzthaftung von Juli 2008 bis Juni 2009		
Stichwort(e)	Entscheidungs zitat	Leitsatz(e)
Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich Schadenminderungspflicht des Patienten	OGH 10. 6. 2008, 1 Ob 242/07 ¹⁾	Der Bekl hat zu behaupten und zu beweisen, dass der Geschädigte den eingetretenen Schaden hätte mindern können. Es liegt kein unvollständiges Vorbringen der Bekl vor, wenn sie behauptet, dass die Sanierungsoperation der KI zumutbar gewesen wäre, denn damit behauptet sie, dass die von der Rsp herausgebildeten Kriterien für eine solche Zumutbarkeit [und zwar die neuerliche Operation ist einfach und gefahrlos und bietet ohne nennenswerte Schmerzen eine sichere Aussicht auf Erfolg] vorlägen.
Aufklärung über Off label Use-Medikament	OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 113/08 ²⁾	Wenn für eine (kleinwüchsige) Patientin eine Therapie mit Wachstumshormonen angezeigt war, und zum Zeitpunkt, zu dem die KI behandelbar gewesen war, eine Behandlung mit rekombinierten Wachstumshormonen an Universitätskliniken „state of the art“ war, sowie mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die Behandlung Erfolg gehabt hätte, dann ist dem behandelnden Arzt ein Aufklärungsfehler unterlaufen, wenn er über die damals schon dem Stand der Wissenschaft entsprechende [auch wenn noch nicht arzneimittelrechtlich zugelassene] Hormonbehandlung nicht aufgeklärt hat.
Passive Sterbehilfe und mutmaßlicher Patientenwille	OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07 p ³⁾	Ist der Patient nicht einsichts- und urteilsfähig, ist zu prüfen, ob eine ausdrückliche Willensäußerung in Form einer Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht vorliegt. Liegt eine solche nicht vor, ist für die weitere ärztliche Behandlung der mutmaßliche Wille des Patienten maßgebend. Kehrseite des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung ist die mutmaßliche Behandlungsverweigerung; sie ist auch im Rahmen passiver Sterbehilfe anwendbar. Für die Einschätzung des mutmaßlichen Willens sind primär mündliche oder schriftliche Äußerungen des Patienten entscheidend. Ist der mutmaßliche Wille des Patienten nicht feststellbar, gilt im Zweifel der Wille, durch die medizinische Behandlung weiterzuleben (in dubio pro vita). In einem solchen Fall ist passive Sterbehilfe regelmäßig ebenso strafbar wie direkte aktive Sterbehilfe. [Hier: Im Zuge eines Erbrechtsstreits musste geklärt werden, ob der Erbe aufgrund des Versuchs der passiven Sterbehilfe erbunwürdig ist.]

1) *Nademeinsky in Kierein/Lanske/Wenda* (Hrsg), Gesundheitsrecht JB (2009) 169.2) RdM 2009/34, 26 (*Kopetzki*).3) EF-Z 2008/117, 189 = EF-Z 2008/141, 230 (*Jud*) = EvBl-LS 2008/35 = iFamZ 2008/178, 353 = iFamZ 2009/40, 35 = *Schütz*, iFamZ 2009, 32 = JBI 2009, 100 = *Bernat*, JBI 2009, 129 = RdM 2008/119, 149 = RZ-EÜ 2009/96 f = Zak 2008/571, 332 (*Kletečka*).

Entscheidungsübersicht zur Arzthaftung von Juli 2008 bis Juni 2009		
Stichwort(e)	Entscheidungs zitat	Leitsatz(e)
Verdienstentgang infolge Verlusts der Arbeitskraft	OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 75/08k ⁴⁾	Wird die Verfügbarkeit der individuellen Arbeitskraft des Verletzten unfallkausal beeinträchtigt, so stellt der entgehende Wert der Arbeitskraft einen Verdienstentgang dar. Der Schaden infolge des Verdienstentgangs entsteht in allen Bereichen, in denen der Verletzte nach dem – von ihm zu behauptenden und zu beweisenden – gewöhnlichen Lauf der Dinge seine Arbeitskraft ohne den Unfall und dessen Folgen eingesetzt hätte. [Hier: Ersatz der entrichteten Geldbeträge für die Innenausbauarbeiten, die er ohne den vom Bekl zu vertretenden Kunstfehler selbst vorgenommen hätte.]
Wrongful conception	OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 148/08w ⁵⁾	Wie der OGH schon mehrmals ausgesprochen hat, stellt die Geburt eines gesunden Kindes [hier: Geburt von gesunden, wenn auch unerwünschten Drillingen aufgrund des vereinbarungswidrigen Einsetzens von drei in vitro-Embryonen statt von zwei] keinen Schaden dar (Einheitstheorie). Bei der Geburt eines gesunden Kindes und der Geburt eines behinderten Kindes handelt es sich um unterschiedliche, nicht vergleichbare Sachverhalte.
1. Risikoaufklärung vor Diagnoseeingriff; 2. Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich hypothetischer Einwilligung	OGH 16. 9. 2009, 1 Ob 80/08h ⁶⁾	1. Besonders strenge Anforderungen sind an den Aufklärungsumfang zu stellen, wenn der Eingriff nicht unmittelbar der Heilung des Patienten, sondern (nur) der Diagnose dient [hier: Brustbiopsie]. Eine Aufklärungspflicht besteht im Einzelfall selbst dann, wenn erhebliche nachteilige Folgen [hier: Pneumothorax-Risiko] wenig wahrscheinlich sind. Dies gilt auch dann, wenn die gewählte Diagnosemethode die einzig zweckmäßige ist und eine erbliche Vorbelastung besteht. 2. Wird die Aufklärungspflicht verletzt, trifft den Bekl die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass der Patient auch bei ausreichender Aufklärung die Zustimmung zum Eingriff erteilt hätte. Daran würde sich auch bei Annahme einer Pflicht des Patienten nichts ändern, die Gründe für die (mögliche) Ablehnung des Eingriffs zu substantiieren.
Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich hypothetischer Einwilligung	OGH 14. 10. 2008, 4 Ob 155/08k ⁷⁾	Der Patient ist nur für den Umstand nicht beweispflichtig, dass er dem Eingriff bei ordentlicher Aufklärung nicht zugestimmt hätte; insofern trifft die (Behauptungs- und) Beweislast einer Einwilligung selbst bei vollständiger Aufklärung den Arzt oder Krankenanstaltenträger. Der Patient ist daher auch nicht verpflichtet, Vorbringen dazu zu erstatten, dass er dem Eingriff bei vollständiger Aufklärung nicht zugestimmt hätte [hier: keine Aufklärung über das typische Risiko einer Bride infolge einer Bauchraum-OP].
Aufklärung über sehr seltenes Risiko	OGH 22. 10. 2008, 7 Ob 199/08b	Ist eine Nierenverletzung als Folge eines operativen Eingriffs extrem selten und stellt diese insb kein dieser Operation speziell anhaftendes Risiko dar, so handelt es sich um keine typische Komplikation und der Kl war daher auch darüber nicht aufzuklären.
Schmerzensgeld aufgrund verspäteten Behandlungsbeginns	OGH 30. 10. 2008, 2 Ob 23/08h ⁸⁾	Der Zuspruch des Schmerzensgeldbetrags von € 5.000,- für die durch den um sechs Monate verzögerten Behandlungsbeginn länger bestandenen physischen und psychischen Beeinträchtigungen, hält sich im Rahmen der OGH-Rsp. Wenn der Kl diesen Zuspruch damit bemängelt, dieser bleibe deutlich hinter jenem zurück, der üblicherweise bei sechs Monaten leichten Schmerzen gewährt wird, vermag er im Hinblick darauf, dass er keine medizinisch erfassbaren Schmerzen erlitten hat, keine eklatante Fehlbemessung darzutun.

4) eclex 2008/371, 1014 = *Nademleinsky* in Gesundheitsrecht JB (2009) 167 = JusGuide 2008/41/6075 (OGH) = ZVR 2009/40, 98 = Zak 2008/614, 356.

5) AnwBl 2009, 100 = eclex 2008/397, 1117 (*Friedl*) = *Karner*, EF-Z 2009/69, 91 = JBl 2009, 108 = *Nademleinsky* in Gesundheitsrecht JB (2009) 175 = *Fucik*, ÖJZ 2008/67 = RdM-LS 2009/5, 20 (*Leischner*) = Zak 2008/578, 336 (*Kletečka*).

6) *Nademleinsky* in Gesundheitsrecht JB (2009) 175 = RdM 2009/62, 96 (*Leischner*).

7) eclex 2009/77, 229 = *Nademleinsky* in Gesundheitsrecht JB (2009) 176 = RdM-LS 2009/15, 101.

8) IFamZ 2009/77, 103 = *Nademleinsky* in Gesundheitsrecht JB (2009) 170.

Entscheidungsübersicht zur Arzthaftung von Juli 2008 bis Juni 2009		
Stichwort(e)	Entscheidungs zitat	Leitsatz(e)
Aufklärung über Person des Operateurs	OGH 5. 11. 2008, 7 Ob 208/08 a ⁹⁾	Steht dem Patienten bei der Aufnahme in ein Krankenhaus nicht das Recht zu, nur von einem bestimmten Arzt operiert zu werden, so hängt die Wirksamkeit seiner Einwilligung in die Operation nicht davon ab, ob er über die Person des Operateurs aufgeklärt wurde. Wurde jedoch die Operation durch einen bestimmten Arzt zumindest schlüssig vereinbart, so ist der Vertragspartner des Patienten verpflichtet, ihn darüber aufzuklären, dass am vorgesehenen Termin ein anderer Arzt operiere. Ob eine zumindest schlüssige Vereinbarung zustande kommt, hängt jedoch von den Umständen des Einzelfalls ab [hier: Terminabstimmung mit dem aufklärenden Krankenhausarzt war keine schlüssige Vereinbarung].
Adäquate Folgen eines unrichtigen ärztlichen Rats	OGH 13. 11. 2008, 2 Ob 113/08 v ¹⁰⁾	Ein unrichtiger ärztlicher Rat im Gefolge einer von einem Dritten verschuldeten Körperverletzung schließt die Adäquanz des Geschehensablaufs nicht aus, sodass die Folgen grds unter die Haftung dessen fallen, der die Körperverletzung zu verantworten hat. Die Behauptung der Adäquanz bedeutet aber noch nicht, dass den Bekl alle geltend gemachten Schäden zuzurechnen sind.
Wiederaufnahmsgrund: Nachträgliche ärztliche Stellungnahme	OGH 13. 11. 2008, 2 Ob 184/08 k ¹¹⁾	Ein nachträglich beigebrachtes Gutachten genauso wie eine nachträglich beigebrachte ärztliche Stellungnahme, die vom im Hauptprozess eingeholten Gutachten abweichen, sind keine neuen Tatsachen iSd § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, wenn das Thema bereits im Hauptprozess bekannt war. Gleiches gilt, wenn sich aus späteren Tatumständen die Unrichtigkeit eines Gutachtens oder mangelnde fachliche Eignung des im Hauptprozess tätigen Sachverständigen ergeben sollte. Es bedürfte weiterer Umstände, wie des Nachweises, dass eine behauptete Zwischenerhebung in Wahrheit nicht durchgeführt wurde oder neue wissenschaftliche Methoden entdeckt wurden, deren Anwendung im Hauptprozess zu anderen Ergebnissen hätte führen können. Die Berufung auf neue Untersuchungsmethoden setzt voraus, dass diese im Zeitpunkt der Gutachtenserstellung noch unbekannt gewesen sind.
1. Risikoaufklärung vor Schulimpfung; 2. Behauptungs- und Beweislast bei Aufklärungsfehler	OGH 16. 12. 2008, 1 Ob 84/08 x ¹²⁾	1. Die Aufklärungspflicht besteht auch vor Impfungen [hier: Schulimpfung gegen Hepatitis B]. Eine Aufklärung über mögliche schädliche Folgen [hier: hochgradige Sehbehinderung] ist nicht erforderlich, wenn die Schäden nur in äußerst seltenen Fällen auftreten und anzunehmen ist, dass sie bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluss, in die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen. 2. Bei Verletzung der Aufklärungspflicht trifft den Bekl die Beweislast dafür, dass der Patient auch bei ausreichender Aufklärung die Zustimmung zur ärztlichen Maßnahme erteilt hätte.
Aufklärung über Vorerfahrung des Operateurs	OGH 20. 1. 2009, 4 Ob 166/08 b ¹³⁾	Eine Aufklärung des Patienten über die Anzahl der vorher nach einer bestimmten Methode ausgeführten Operationen [hier: laparoskopische Dickdarmresektion, die für sich keine Neulandmedizin darstellt] ist nicht erforderlich, wenn der Arzt die vorgesehene Operation nach den Regeln der ärztlichen Ausbildung und jenen über die Ausübung der ärztlichen Kunst ausführen darf. Erkundigt sich der Patient jedoch von sich aus konkret nach der Vorerfahrung des für die Operation vorgesehenen Arztes, erfordert dies eine wahrheitsgemäße Antwort.
Aufklärung über Wundinfektion	OGH 27. 1. 2009, 5 Ob 290/08 w ¹⁴⁾	Wurde der Patient auf das jeder Operation typischerweise anhaftende Risiko einer Wundinfektion hingewiesen, ist für ihn ausreichend erkennbar, dass sich bei Verwirklichung eines solchen Risikos die Heilungsdauer verlängern werde. Einer konkreten Aufklärung über die Behandlungsmöglichkeiten einer Wundinfektion sowie über die Krankenstandsdauer bedarf es nicht.

9) *Nademeinsky* in *Gesundheitsrecht* JB (2009) 175 = RdM-LS 2009/16, 101 (*Leischner*).

10) RdM-LS 2009/18, 102 = Zak 2009/181, 116.

11) RdM-LS 2009/17, 102.

12) IFamZ 2009/117, 161 = JusGuide 2009/12/6460 (OGH) = RdM-LS 2009/21, 132 (*Leischner*).13) ASoK 2009, 179 = *ecolex* 2009/145, 406 = *EvBI* 2009/90, 612 (*Hinghofer-Szalkay*) = IFamZ 2009/119, 161 = JusGuide 2009/14/6492 (OGH) = RdM 2009, 128, 189 (*Leischner*) = Zak 2009/180, 115.

14) IFamZ 2009/161, 223 = JusGuide 2009/14/6493 (OGH) = RdM-LS 2009/22, 133 = Zak 2009/216, 136.

Entscheidungsübersicht zur Arzthaftung von Juli 2008 bis Juni 2009		
Stichwort(e)	Entscheidungs zitat	Leitsatz(e)
Risikoaufklärung vor nicht eiligem Eingriff	OGH 10. 2. 2009, 5 Ob 16/09b ¹⁵⁾	Ist der Eingriff zwar medizinisch empfohlen, aber nicht eilig, so ist grds eine umfassende Aufklärung notwendig. In einem solchen Fall ist dann auch auf die Möglichkeit seltener, aber gravierender Risiken hinzuweisen. Die Aufklärungspflicht entfällt nicht einmal bei einer Risikodichte im Promillebereich [hier: Versteifung des Pip-Gelenks nach Ganglion-Entfernung].
Belegarzthaftung	OGH 11. 2. 2009, 7 Ob 2/09h ¹⁶⁾	Ein zwischen Patient und Belegspital bestehender Krankenhausvertrag schließt nicht aus, dass Spitalsangestellte als Erfüllungsgehilfen des Belegarztes auch im Rahmen der Behandlung operationskausal auftretender Komplikationen agieren. Hätte der Belegarzt bei pflichtgemäßem Verhalten noch rechtzeitig den operationskausal auftretenden Wiederverschluss der Arterie feststellen und eine Revisionsoperation durchführen können, sodass die strittigen Komplikationen mit größter Wahrscheinlichkeit zu verhindern gewesen wären, haftet mangels Schadenskausalität des Belegspitals nur der Belegarzt.
Schmerzensgeld für Mehr an Schmerzen	OGH 19. 2. 2009, 2 Ob 285/08p ¹⁷⁾	War die Behandlung des beherrdeten Zahnes unbedingt erforderlich und stellte die mit der Exaktion des Zahnes eingeleitete Sanierungsmethode keine Fehlbehandlung dar, hätte der Patient aber bei entsprechender Belehrung, trotz einer Erfolgswahrscheinlichkeit von (nur) 50% die Alternative einer Wurzelbehandlung gewählt, so ist bei Bemessung des Schmerzensgelds nach Gegenüberstellung der konkreten und der fiktiven Behandlungs- und Folgeschmerzen nur das Mehr an Schmerzen zu berücksichtigen. Nur in diesem Ausmaß war die Unterlassung der gebotenen Aufklärung für den Schadenserfolg kausal.
Schmerzensgeld nach Schmerzmedikation	OGH 26. 2. 2009, 1 Ob 5/09f ¹⁸⁾	Werden die Schmerzen durch die Schmerztherapie gemildert, so sind die unter Berücksichtigung der Schmerzmedikation ermittelten Schmerzperioden der Globalbemessung des Schmerzensgelds zugrunde zu legen. Negative Begleiterscheinungen einer Schmerztherapie können sich im Rahmen der Globalbemessung anspruchserhöhend auswirken.
Aufklärung vor kosmetischer Operation; Verschuldensmaßstab beim Facharzt	OGH 27. 2. 2009, 6 Ob 122/07w ¹⁹⁾	1. Bei einer kosmetischen Operation [hier: Brustvergrößerung] ist darüber aufzuklären, dass die gewünschte optische Verbesserung aus vom Arzt nicht beeinflussbaren physiologischen oder psychologischen Gründen ganz oder teilweise nicht erreicht werden könnte [hier: aufgrund der Trichterbrust trat eine Randbildung des Implantats an der Brustinnenseite ein]. 2. Dass der Facharzt die begünstigende Auswirkung der Trichterbrust auf die Randbildung nicht voraussehen konnte, bedeutet nicht, dass dieser Umstand objektiv (nach dem Leistungsstandard der Fachärzte für plastische Chirurgie) nicht erkennbar war. An einen Facharzt ist der objektive Verschuldensmaßstab des § 1299 ABGB anzulegen, wobei an ihn ein höherer Maßstab als an einen praktischen Arzt anzulegen ist.
Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden	OGH 30. 3. 2009, 7 Ob 54/09f ²⁰⁾	Steht fest, dass der Patient selbst bei Aufklärung über weitere Behandlungsmöglichkeiten und entsprechende Risiken stets der tatsächlich gewählten Behandlungsform zugestimmt hätte, weil es sich auch aus der Sicht eines Laien um die einzig sinnvolle Behandlung gehandelt hat, so ist das Unterbleiben der entsprechenden Aufklärung nicht entscheidungserheblich.
Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich hypothetischer Einwilligung	OGH 14. 5. 2009, 6 Ob 71/09y	Die Behauptungs- und Beweislast einer (hypothetischen) Einwilligung der KI trifft selbst im Falle einer vollständigen Aufklärung den Bekl.

15) RdM-LS 2009/23, 133.

16) IFamZ 2009/118, 161 = RdM-LS 2009/24, 133 = Zak 2009/215, 136.

17) RdM-LS 2009/25, 133.

18) JusGuide 2009/22/6627 (OGH) = RdM-LS 2009/34, 164 = Zak 2009/302, 197.

19) RdM-LS 2009/33, 164.

20) RdM-LS 2009/32, 164.

Entscheidungsübersicht zur Arzthaftung von Juli 2008 bis Juni 2009		
Stichwort(e)	Entscheidungs zitat	Leitsatz(e)
Heilungskosten: Ersatz für Außenseitermethode	OGH 19. 5. 2009, 3 Ob 283/08 a ²¹⁾	Wenn der Erfolg (die Kausalität) einer alternativen Behandlungsmethode (Außenseitermethode) feststeht, hat der Schädiger die Kosten zu ersetzen. Einer uferlosen Ausweitung von Schadenersatzpflichten in Richtung einer Ersatzpflicht von Außenseitermethoden im Ausland steht die Pflicht des KI entgegen, den Erfolg der Behandlung nachzuweisen, der Patient hat also zunächst auf eigene Kosten die alternative Methode anzuwenden. [hier: Delfintherapie]
1. Schmerzensgeld für erlittene Todesangst; 2. Adäquate Folgen eines Aufklärungsfehlers	OGH 3. 6. 2009, 7 Ob 43/09 p ²²⁾	1. Der Zuspruch eines Schmerzensgeldbetrags von 2.000,- aufgrund der jedenfalls zehn Minuten erlittenen starken seelischen Schmerzen in Form von Todesangst wegen einer allergischen Reaktion auf den verabreichten Wirkstoff hält sich im Rahmen der OGH-Rsp. 2. Grds ist bei einem Behandlungsvertrag eine Fehleinschätzung der die Nachoperation durchführenden Ärzte regelmäßig als adäquate Folge der Aufklärungsverletzung anzusehen, sofern diese nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben. Im Einzelfall ist die vom anderen Krankenhaus eingeleitete Narkose vor Begutachtung der neu erstellten Befunde, die ergaben, dass eine Operation nicht mehr nötig ist, nicht mehr adäquat kausal.
Aufklärungspflicht des Zahnarztes nach deutschem Recht	OGH 9. 6. 2009, 4 Ob 65/09 a	Auch nach deutschem Recht hat ein Zahnarzt den Patienten über medizinisch gleichermaßen indizierte Alternativen einer prothetischen Versorgung aufzuklären. Dies gilt auch dann, wenn der Patient den Arzt schon zum Zweck einer bestimmten Behandlung aufgesucht hat. Ohne eine solche Aufklärung liegt keine wirksame Zustimmung vor. Der Arzt haftet nur für den durch den Eingriff verursachten Schaden, den der Patient zu beweisen hat. Keine Haftung besteht, wenn die Patientin auch bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Behandlung eingewilligt hätte. Der Patient hat nach deutschem Recht plausibel darzulegen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt gestanden wäre; nur wenn ihm das gelingt, hat der Arzt den Beweis zu führen, dass dieser im konkreten Fall dennoch zugestimmt hätte.

Ass. Dr. Aline Leischner
Universität Wien (Abteilung Medizinrecht)

21) iFamZ 2009/198, 294 = Zak 2009/397, 257.

22) Zak 2009/473, 298.