

# RECHT **RdM** DER MEDIZIN

*Schriftleitung* Christian Kopetzki

*Redaktion* Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Daniel Ennöckl, Meinhild Hausreither,  
Thomas Holzgruber, Dietmar Jahnel, Matthias Neumayr, Magdalena Pöschl,  
Reinhard Resch, Hannes Schütz, Lukas Stärker, Karl Stöger,  
Felix Wallner, Johannes Zahrl

August 2015

04

125 – 160

## Beiträge

### Wenn der „falsche“ Arzt operiert – und dann Komplikationen entstehen

Christian Huber ☎ 135

### Berufs- und haftungsrechtliche Fragen iZm der Transplantation von Allografts in der Orthopädie

Felix Wallner ☎ 128

Abgrenzung zwischen (tier)ärztlichen und nicht(tier)ärztlichen  
Tätigkeiten Stephan Kallab ☎ 139

Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger im  
Rettungs- und Notarztdienst Maximilian Burkowski ☎ 142

## Gesetzgebung und Verwaltung

Ärztliche Ausbildung NEU ☎ 145

## Rechtsprechung

### „Wrongful Conception“ – kein Anspruch auf Ersatz des dem Kind geleisteten Unterhalts Erwin Bernat ☎ 149

## Leitsätze

Vertretungsrecht des Vereins erlischt nicht mit Tod des Bewohners  
Ingrid Jez ☎ 157

# Wenn der „falsche“ Arzt operiert – und dann Komplikationen entstehen

Überlegungen aus Anlass der E OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a  
RdM 2015/111

Erklärt der Patient, nur von einem bestimmten Arzt operiert werden zu wollen, hat auch ein gemeinnütziger Krankenhausträger, bei dem es keine freie Arztwahl gibt, darüber aufzuklären, wenn ein anderer Arzt den Eingriff durchführt.

Von Christian Huber

## Inhaltsübersicht:

- A. Die faktische Ausgangslage
- B. Die bisherigen Entscheidungen
- C. Die Ausgangs-E OGH 26. 9. 2003, 3 Ob 131/03s SZ 2003/112
- D. Die Folge-E 4. 10. 2005, 4 Ob 121/05f SZ 2005/139
- E. Die zu besprechende E OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a RdM 2015/111 = Zak 2015/100
- F. Die gegenüber den Vor-E abweichende Begründung von OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a RdM 2015/111 = Zak 2015/100
- G. Der mögliche Bumerang – die Haftung des nicht zum Zug gekommenen Operateurs
- H. Haftung des (tatsächlichen) Operateurs aus Delikt infolge fehlender Einwilligung des Patienten
- I. Resümee

## A. Die faktische Ausgangslage

Es steht eine OP an. Der Patient hat zu einem bestimmten Arzt ein besonderes Vertrauensverhältnis; womöglich hat dieser zuvor einen vergleichbaren Eingriff zu seiner vollsten Zufriedenheit durchgeführt. Der Patient legt Wert darauf, dass gerade dieser Arzt im Krankenhaus die bevorstehende OP durchführt. In einem gemeinnützigen Krankenhaus besteht jedoch anders als in einem Belegspital keine freie Arztwahl. Der

vom Patienten präferierte Arzt leitet den Patientenwunsch zwar in dessen Gegenwart oder später an die für die OP-Einteilung zuständige Stelle des Krankenhauses weiter, dieser Arzt wird aber – aus Schlamperei oder wegen anderer dringlicher Fälle – nicht für die anstehende OP des Patienten eingeteilt; oder aber eine Weiterleitung durch diesen Arzt findet nicht statt, mit der Folge, dass auch keine Berücksichtigung beim OP-Plan erfolgt.

Verläuft die OP durch den (anderen) durchführenden Chirurgen ohne Komplikationen, kräht kein Hahn danach, wer Hand angelegt hat. Läuft aber irgendetwas schief, beruft sich der Patient auf eine „schlüssige Vereinbarung“ über die getroffene Arztwahl bzw seine für einen anderen Arzt nicht erteilte Einwilligung und verlangt Schadenersatz – typischerweise – vom Krankenhausträger. Dieser lehnt ab, weil es in seiner Einrichtung gerade keine freie Arztwahl gebe und in seiner Einrichtung der eine Arzt so gut wie der andere sei.

## B. Die bisherigen Entscheidungen

In dieser E<sup>1)</sup> hatte sich der OGH seit der Leit-E RdM 2004/37<sup>2)</sup> zum fünften Mal<sup>3)</sup> mit einer derartigen Kon-

1) 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a RdM 2015/111 = Zak 2015/100.

2) OGH 26. 9. 2003, 3 Ob 131/03s SZ 2003/112 = RdW 2004, 408 = RZ 2004, 114 mit Besprechungsaufsatz von Resch, RdM 2004/102.

3) Befasst waren jeweils unterschiedliche Senate.

RdM 2015/91

§§ 1295, 1311, 1325 ABGB

OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a

ärztliche Aufklärungspflicht;

Einwilligung;

Arzthaftung;

Krankenhausträger;

Zurechnung

stellation zu befassen, wobei er in zwei E<sup>4)</sup> im Rahmen einer ao Revision auf die bestehende Rsp verwiesen und ausgesprochen hat, dass die Beurteilung des Zustandekommens einer schlüssigen Vereinbarung stets von den Umständen des Einzelfalls abhängt und keine erhebliche Rechtsfrage darstelle. Ausführlicher befasst hat er sich in den beiden anderen E, die kurz dargestellt und gewürdigt werden sollen, weil jedenfalls die zu besprechende neueste E in der Begründung davon abgewichen ist.

### C. Die Ausgangs-E OGH 26. 9. 2003, 3 Ob 131/03s SZ 2003/112<sup>5)</sup>

Nach einer erfolgreichen Erstoperation begab sich der Patient geraume Zeit später zum selben Facharzt in dessen Ordination, der ihm die Notwendigkeit eines Eingriffs am anderen Arm schilderte. In Anwesenheit des Patienten rief der Facharzt im LKH Klagenfurt an und vereinbarte dort für den 9. 9. 1998 einen OP-Termin. Der Facharzt notierte den Termin auch in seinem Buch und erklärte dem Patienten, dass die OP für diesen Tag fixiert sei. Auf der dem Patienten ausgehändigten Überweisung stand unter anderem „K ipse“, also Durchführung der OP durch den Facharzt selbst. Der Facharzt war neben seiner Tätigkeit in seiner Privatordination auch halbbeschäftigter Arzt im LKH Klagenfurt und operierte dort so gut wie nur die von ihm selbst eingewiesenen Patienten, auch wenn er dafür kein Sonderhonorar erhielt. Die nicht dringliche OP wurde von einem anderen Arzt durchgeführt, wobei sich in der Folge Komplikationen einstellten, ohne dass ein Kunstfehler vorlag.

Der OGH gab dem Begehren statt, weil hier zwischen den Parteien ungeachtet des Umstands, dass es in einem gemeinnützigen Krankenhaus keinen Anspruch auf einen bestimmten Arzt gebe, eine schlüssige Einigung stattgefunden habe, dass der Patient (nur) vom betreffenden Facharzt operiert werde. Das gelte ungeachtet des Umstands, dass der Facharzt keine Vollmacht hatte, eine OP durch ihn persönlich zuzusagen. Abgestellt wurde nicht auf das Wissen des Facharztes, sondern auf das von „Leuten des Krankenhauses“, als ob es sich um eine Leutenschaft handelte! Das Krankenhaus hätte vor der OP den Patienten darüber aufklären müssen, wenn ein anderer Arzt tätig werde. Immerhin wurde dem Krankenhausträger der Gegenbeweis eingeräumt, dass auch bei Durchführung durch den Wunschoperateur eben diese Komplikationen eingetreten wären, weil feststand, dass der Patient die OP jedenfalls hätte durchführen lassen.

*Resch*<sup>6)</sup> wies in der Besprechung dieser E darauf hin, dass es – anders als in Belegspitälern – in gemeinnützigen Krankenhäusern weder in der allgemeinen Gebührenklasse noch in der Sonderklasse ein Wahlrecht bezüglich eines Arztes gebe. Diese Wertung dürfe auch nicht durch die Hintertür des Arzthaftungsrechts konkurrenzieren werden. Eine Festlegung auf einen bestimmten Arzt im Weg einer Vereinbarung sei vielmehr gesetz- und sittenwidrig.<sup>7)</sup> Allenfalls bestehe bei einer solchen getroffenen Vereinbarung eine Aufklärungspflicht über die rechtliche Unmöglichkeit, diesen wichtigen Vertrag zu erfüllen.

### D. Die Folge-E 4. 10. 2005, 4 Ob 121/05f SZ 2005/139<sup>8)</sup>

Ein bestimmter Oberarzt hatte an einem Ohr seines Patienten eine erfolgreiche OP durchgeführt, sodass der Patient die Folgeoperation beim selben Oberarzt durchführen lassen wollte. Der Oberarzt stellte aber bloß in Aussicht, dass er die OP im Krankenhaus durchführen werde, ohne dies 100%ig zusagen zu können. Am Abend vor dem OP-Termin äußerte sich ein Bettenachbar negativ über den Primar des Krankenhauses, der schlussendlich anders als der vom Patienten erwartete Oberarzt die OP durchführte, wobei Komplikationen auftraten, ohne dass ein Kunstfehler nachweisbar war.

Der OGH ließ für eine schlüssige Vereinbarung genügen, dass der Patient die Erwartung gehabt hatte, vom Oberarzt operiert zu werden. Eine Einwilligung bezüglich des Primars liege nicht vor. Wegen ihres Fehlens und des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz (§ 110 Abs 1 StGB; § 1311 ABGB) hafte der Krankenhausträger für die Folgen, ohne dass diesem ein Gegenbeweis eröffnet sei, dass eben diese Folgen auch bei Durchführung der OP durch den vom Patienten gewünschten Oberarzt eingetreten wären. Die – subjektiven – Bedenken des Patienten, die sich geradezu bestätigt hatten, spiegelten sich im zuerkannten Schmerzensgeld wider. *Pfersmann*<sup>9)</sup> besprach die E mit den Worten „wie sich die Bilder gleichen“, fügte süffisant hinzu, dass beide Male das LKH Klagenfurt betroffen gewesen sei und stimmte der E vollinhaltlich zu.

Dem kann sich der Verfasser dieses Beitrags nicht anschließen: Wer bloß in Aussicht stellt, dass er in einem gemeinnützigen Krankenhaus der Operateur sein werde, der gibt klar und unmissverständlich zu erkennen, dass er das gerade nicht zusagen könne. Wenn sich der Patient nach einer solchen Aufklärung ins Krankenhaus begibt und seine Einwilligung zum bevorstehenden Eingriff erklärt, dann kann einer solchen Erklärung gerade nicht die Bedeutung beigemessen werden, dass er seine Einwilligung nur bezüglich dieses Operateurs erteilt habe. So durfte das wohl auch der Oberarzt als der dem Krankenhausträger zurechenbare Erklärungsempfänger nicht verstehen. Dass sich der Bettenachbar am Tag vor der OP über einen bestimmten Operateur negativ geäußert hatte, ohne dass dies zu einer Willensäußerung des später operierten Patienten gegenüber dem Krankenhausträger führte, dieser Umstand vermag auch keine Änderung der zuvor nicht nur bezüglich eines bestimmten Operateurs erteilten Einwilligung zu bewirken.

4) OGH 14. 7. 2005, 6 Ob 86/05y; 5. 11. 2008, 7 Ob 208/08a Zak 2009/78.

5) = RdW 2004, 208 = RZ 2004, 114 mit Besprechungsaufsatz von *Resch*, RdM 2004/102.

6) RdM 2004/102.

7) Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung vor dem Hintergrund des Krankenanstaltenrechts in Frage stellend auch *Bernat* in *Wenzel*, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht<sup>3</sup> (2013) Kap 22 Einführung in das österr. Medizinrecht Rn 73.

8) = Zak 2006/25 = EvBl 2006/21 = RdM 2006/29 = JBl 2006, 254 (*Pfersmann*).

9) JBl 2006, 256f.

Mit *Reischauer*<sup>10)</sup> und *Bernat*<sup>11)</sup> sieht auch der Verfasser keinen Grund, dem Krankenhausträger – selbst bei Unterstellung einer hier nicht vorliegenden wirksamen Begrenzung der Einwilligung auf einen bestimmten Operateur<sup>12)</sup> – den Kausalitätsgegenbeweis bei rechtmäßigem Alternativverhalten abzuschneiden. ME kommt es – im Gegensatz zu *Reischauer*<sup>13)</sup> – auch nicht darauf an, ob der Eingriff (wie hier) jedenfalls durchgeführt worden wäre; in einem solchen Fall kann der Krankenhausträger seine Haftung freilich nicht schon dadurch vermeiden, dass er beweist, dass der Eingriff lege artis durchgeführt worden ist; vielmehr wäre das erst durch den Beweis gegeben, dass ein noch so tüchtiger Chirurg einen solchen Folgeschaden nicht hätte verhindern können. Völlig zutreffend verweist aber *Reischauer*<sup>14)</sup> darauf, dass es im Rahmen der lege artis durchgeführten OP Abstufungen zwischen durchschnittlichem und überdurchschnittlichem Leistungsvermögen gibt. *Bernat*<sup>15)</sup> macht zu Recht darauf aufmerksam, dass es denkbar ist, dass der „falsche“ Operateur bessere OPsergebnisse erzielt.

Aber auch wenn der Eingriff unterblieben wäre, muss mE dem Krankenhausträger der Einwand offenstehen, welche Beschwerden der Patient dann mit der Folge der Minderung seiner Ersatzpflicht zu erdulden gehabt hätte. Denn eine OP wird nicht aus Jux und Tollerei anberaumt, sondern deshalb, um Schmerzen und Beschwerden zu reduzieren. Lautet der Wahrspruch der Mediziner auch „nihil nocere“, ist deren Aufgabe doch darin zu sehen, durch ihre Dienstleistungen einen Beitrag zur Förderung des Wohlbefindens der Patienten zu leisten.

#### E. Die zu besprechende E OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a RdM 2015/111 = Zak 2015/100

In der Anlass-E legte eine Zahnärztin nach Diagnose ihrer Schilddrüsenerkrankung Wert darauf, dass ein indizierter chirurgischer Eingriff durch einen erfahrenen Operateur durchgeführt werde. Der Arzt, der die Schilddrüsenerkrankung diagnostiziert hatte, rief den Oberarzt an, der mit der OP betraut werden sollte und der wie er beim gleichen Krankenhausträger beschäftigt war. Der Oberarzt wusste, dass die Patientin nur von ihm operiert werden wollte. Er bekräftigte dieses Vertrauen auch noch dadurch, dass er sich der Patientin beim Aufklärungsgespräch als „ihr Operateur“ vorstellte und dem Ehemann gegenüber erklärte, dass er für die OP keine weiteren Unterlagen mehr benötige.

Als ein anderer Operateur den Eingriff durchführte und Komplikationen auftraten, wiederum ohne Nachweis eines Kunstfehlers, billigte der OGH den Zuspruch von € 30.000,- Schmerzgeld. Die Patientin konnte beweisen, dass sie die OP nur bei diesem Arzt hatte durchführen lassen wollen, ansonsten die nicht dringliche OP hinausgeschoben oder sogar alternative Behandlungsmethoden in Erwägung gezogen hätte.

Eine vor Kurzem ergangene OGH-E<sup>16)</sup> zu einer Schilddrüsenerkrankung belegt, dass der Verzicht auf einen chirurgischen Eingriff mitunter vorzuzugwürdig

ist, weil eine nicht lege artis durchgeführte OP mehr schaden kann als der Verzicht auf eine solche. Der Kausalitätsgegenbeweis spielte in der zu besprechenden E keine Rolle, womöglich auch deshalb nicht, weil es an einem diesbezüglichen Vorbringen seitens des Beklagten fehlte. ME hätte dieser jedenfalls zugelassen werden müssen.

#### F. Die gegenüber den Vor-E abweichende Begründung von OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a RdM 2015/111 = Zak 2015/100

Während sich die Vorentscheidungen noch auf eine „schlüssige Vereinbarung“ bezogen, die zwischen dem Patienten und dem Krankenhausträger zustande gekommen sei, wird dieser Begriff in der zu besprechenden E – wohl bewusst – unter Anführungszeichen gesetzt. Darüber hinaus wird ausgeführt, dass die „schlüssige Vereinbarung“ nur als eine Auslegungshilfe für den Umfang der Einwilligung heranzuziehen und nicht als vertragliche Einigung iS der Rechtsgeschäftslehre zu verstehen sei. Maßgeblich sei allein die Kenntnis des Krankenhausträgers von der auf einen bestimmten Operateur begrenzten Einwilligung, wobei sich der Krankenhausträger das Verhalten des Oberarztes zurechnen lassen müsse. Auf die Reichweite der Vollmacht des Oberarztes komme es nicht an.

Damit wird der Nagel auf den Kopf getroffen. Es geht nicht um das Zustandekommen einer – bei einem gemeinnützigen Krankenhaus unwirksamen – Vereinbarung über die Durchführung einer OP durch einen bestimmten Arzt. Da eine solche Festlegung nicht möglich ist, kann sich auch eine Vollmacht eines (Ober-)Arztes niemals darauf erstrecken. Maßgeblich ist allein der Zugang einer einseitigen Willenserklärung des Patienten.<sup>17)</sup> Und für einen solchen wäre bereits eine Erklärung gegenüber einem Empfangsboten ausreichend, etwa der Sekretärin der Aufnahme. Ein (Ober-)Arzt wird jedenfalls ein solcher Empfangsbote sein, sofern er nicht im Regelfall Vertreter des Krankenhauses ist.

Die E drückt sich in vornehmer Weise so aus, dass im Ergebnis die Vorentscheidungen das schon so gesehen hätten, und spricht von der „schlüssigen Vereinbarung“ als Auslegungshilfe, schon um Entscheidungen anderer Senate nicht zu desavouieren. Ein akademischer Lehrer ist an eine solche Rücksichtnahme der Courtoisie nicht gebunden; er ist in der Lage, Klartext zu sprechen: Es geht nicht um Willens-

10) In *Rummel*<sup>8</sup> § 1299 Rn 23 b.

11) In *Wenzel*, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht<sup>3</sup> (2013) Kap 22 Einführung in das österr Medizinrecht Rn 73.

12) Eine solche bejahend freilich *Reischauer* in *Rummel*<sup>8</sup> § 1299 Rn 23 b.

13) Ebenda.

14) Ebenda.

15) In *Wenzel*, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht<sup>3</sup> (2013) Kap 22 Einführung in das österr Medizinrecht Rn 73.

16) OGH 17. 2. 2014, 4 Ob 204/13y Zak 2014/218: *Kalziumunverträglichkeit*.

17) In diesem Sinn bereits *Reischauer* in *Rummel*<sup>8</sup> § 1299 Rn 23 b.

übereinstimmung, sondern um den Zugang einer einseitigen Willenserklärung. Bei dieser spielt freilich das Verhalten des Empfängers im Rahmen der Konkludenz der abgegebenen Erklärung eine wichtige Rolle, sofern die auf einen bestimmten Operateur begrenzte Einwilligungserklärung des Patienten nicht ausdrücklich erfolgte:

Wenn für den Patienten erkennbar ist, dass der Operateur den OP-Termin in sein Buch einträgt, in seiner Gegenwart das Krankenhaus anruft und mit diesem für ihn einen Termin vereinbart, ist das ausreichend;<sup>18)</sup> ebenso, wenn der Patient dem Gespräch beiwohnt, in dem der einen Termin anfragende Arzt dem Operateur klarmacht, dass die OP nur durch ihn durchgeführt werden soll und dieser daraufhin einen konkreten Termin benennt.<sup>19)</sup> Die vom Patienten abgegebene Willenserklärung kann dann bei Überlegung aller Umstände nur in einer ganz bestimmten Weise verstanden werden (§ 863 ABGB).

Wenn hingegen bei Fixierung eines OP-Termins der Operateur klarmacht, dass er sich beim Krankenhaus-träger – bloß – verwenden werde bzw könne, selbst zu operieren, das aber nicht 100%ig zusagen könne, genügt das nicht, eine konkludente Einwilligungserklärung des Patienten bezogen allein auf einen bestimmten Operateur, nämlich ihn, anzunehmen.<sup>20)</sup> Auf das Wahrscheinlichkeitskalkül, dass dieser Operateur zum OP-Termin eingeteilt werde, kommt es nicht an.<sup>21)</sup> Auch der Umstand, dass der betreffende Arzt schon früher eine solche OP durchgeführt hat, ist für sich allein nicht ausreichend.<sup>22)</sup>

### G. Der mögliche Bumerang – die Haftung des nicht zum Zug gekommenen Operateurs

In diesem Prozess naturgemäß nicht zu klären war die Frage, ob der vom Patienten gewünschte Arzt, dessen Wissen sich der Krankenhaus-träger zurechnen lassen muss, nicht am Ende selbst haftpflichtig wird; und zwar nicht gegenüber dem Patienten, dem womöglich auch, jedenfalls aber (auch) dem Krankenhaus-träger. Wenn der Arzt als Empfänger der Erklärung des Patienten dessen eingeschränkte Einwilligungserklärung nicht weiterleitet, muss sich zwar der Krankenhaus-träger das Wissen des Arztes als seines Vertreters zurechnen lassen, der mit der OP-Einteilung betrauten Stelle ist jedoch kein Vorwurf zu machen. Diese kann nur etwas berücksichtigen, was sie kannte oder kennen konnte.

Der Grund für die Haftung des Krankenhaus-trägers liegt in solchen Fällen ausschließlich darin, dass der Arzt als Erklärungsempfänger die auf seine Person eingeschränkte Einwilligungserklärung dem Krankenhaus-träger gegenüber nicht ausreichend transparent – häufig gar nicht – kommuniziert hat. Es ist daher folgerichtig, einen Regressanspruch des Krankenhaus-trägers gegen den Arzt nach § 1313 ABGB zu bejahen, wobei gegenüber einem angestellten Arzt die Besonderheiten des DHG zu beachten sind.

Auch die Regresskonstellation spricht für die hier vertretene Lösung: Ein Arzt, der gegenüber dem Patienten völlig korrekt erklärt, dass er sich verwenden werde bzw könne, die OP durch ihn aber nicht garan-

tieren könne, kommt als Regressschuldner nicht in Betracht. Es ist aber auch sonst kein Sorgfaltsvorwurf beim Krankenhaus-träger auszumachen, sodass es folgerichtig ist, in einem solchen Fall eine Haftung völlig zu versagen.

### H. Haftung des (tatsächlichen) Operateurs aus Delikt infolge fehlender Einwilligung des Patienten

Hat der Patient die Einwilligung nur für einen bestimmten Operateur erteilt, liegt bei Durchführung der OP durch einen anderen Arzt keine wirksame Einwilligung vor. Die durchgeführte OP ist damit rechtswidrig. Eine deliktische Haftung des Operateurs, dem kein Kunstfehler nachweisbar ist, ist aber abzulehnen, weil dieser sich darauf verlassen darf, dass der Krankenhaus-träger eine Einwilligung des Patienten eingeholt hat. Das im Detail nachzuprüfen, wird man jedenfalls bei einem gemeinnützigen Krankenhaus dem mit der OP betrauten Arzt nicht abverlangen können. Dieser darf davon ausgehen, dass der Patient mit einem Eingriff durch ihn einverstanden ist.<sup>23)</sup> Es fehlt jedenfalls am Verschulden.

### I. Resümee

Der OGH hat in der zu besprechenden E völlig zutreffend die Fiktion einer schlüssigen Vereinbarung zwischen Krankenhaus-träger und Patient aufgegeben. Maßgeblich ist allein eine ausreichend deutliche einseitige empfangsbedürftige Einwilligungserklärung des Patienten gegenüber einem Arzt, wobei sich der Krankenhaus-träger sowohl beim Empfang dieser Willenserklärung als auch bei deren Auslegung das Verhalten des Arztes, demgegenüber die Erklärung abgegeben worden ist, zurechnen lassen muss. Da eine einseitige Willenserklärung auch gegenüber einem Empfangsboten des Krankenhauses abgegeben werden kann, kann das auch gegenüber der Sekretärin der Ambulanz wirksam erfolgen. Das verändert auch den Prüfmaßstab für außerordentliche Revisionen.

Ein gemeinnütziges Krankenhaus ist zwar nicht zur Durchführung einer OP durch einen vom Patienten gewünschten Arzt verpflichtet, wohl muss es den Patienten rechtzeitig – nicht erst auf dem OP-Tisch knapp vor der Narkose – darüber aufklären. Wird die OP ungeachtet der eingeschränkten Einwilligung durch den Patienten durch einen anderen Arzt durchgeführt, haftet der Krankenhaus-träger, dem freilich im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens der Gegenbeweis zustehen muss, welche nachteiligen Folgen bei rechtmäßigem Verhalten beim Patienten eingetreten wären,

18) So in der AusgangsE OGH 26. 9. 2003, 3 Ob 131/03 s SZ 2003/112 = RdW 2004, 208 = RZ 2004, 114 mit Besprechungsaufsatz von Resch, RdM 2004/102.

19) So in der zu besprechenden E OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a RdM 2015/111 = Zak 2015/100.

20) So aber OGH 4. 10. 2005, 4 Ob 121/05 f SZ 2005/139 = Zak 2006/25 = EvBl 2006/21 = RdM 2006/29 = JBl 2006, 254 (Pfersmann).

21) Darauf abstellend aber OGH 4. 10. 2005, 4 Ob 121/05 f SZ 2005/139 = Zak 2006/25 = EvBl 2006/21 = RdM 2006/29 = JBl 2006, 254 (Pfersmann).

22) Zutreffend OGH 14. 7. 2005, 6 Ob 86/05 y.

23) Reischauer in Rummel<sup>9</sup> § 1299 Rn 23 b.

sei es, dass der Wunscharzt den Eingriff durchgeführt hätte oder dieser unterblieben wäre. Erfolgt eine OP durch einen anderen als den vom Patienten gewünschten Arzt, weil der angesprochene Arzt die einge-

schränkte Einwilligungserklärung des Patienten nicht an die zuständige Stelle weitergeleitet hat, kommt ein Regressanspruch des Krankenhausträgers gegen diesen Arzt nach § 1313 ABGB in Betracht.

### → In Kürze

**In einem gemeinnützigen Krankenhaus hat der Patient kein Recht auf freie Arztwahl. Erklärt er, dass er nur von einem bestimmten Arzt operiert werden will, ist die Einwilligung für den Eingriff insoweit begrenzt. Der Krankenhausträger muss dann über die Durchführung des Eingriffs durch einen anderen Arzt aufklären. Maßgeblich ist nicht eine zuvor getroffene Vereinbarung zwischen Patient und Krankenhausträger; vielmehr ist der Zugang der einseitigen Erklärung des Patienten an einen Empfangsboten des Krankenhausträgers ausreichend.**

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht der RWTH Aachen. Kontaktadresse: Templergraben 55, D-52056 Aachen. Tel: +49 (0)241 80 96 347, Fax: +49 (0)241 80 69 47 69, E-Mail: huber@privatrecht.rwth-aachen.de Internet: www.privatrecht.rwth-aachen.de/huber

#### Vom selben Autor erschienen:

Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringen um den „angemessenen marktkonformen Ausgleich“, zugleich Besprechung von OLG Zweibrücken vom 13. 11. 2007 (5 U 62/06), MedR 2008, 712–716; Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Bemessung von Hilfeleistungen durch Angehörige im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse einer verletzten Person, in FS Gerda Müller (2009) 35–64; Anmerkung zur Entscheidung des OGH vom 14. 9. 2006 (6 Ob 101/06f), RdM 2007, 20–29 (Haftung bei misslungener Sterilisation?); Anmerkung zur Entscheidung des OLG Köln vom 11. 8. 2011 (5 U 74/11), MedR 2012, 601–603 (Kapitalabfindung für einen Unterhaltsschaden nach einem Behandlungsfehler); Anmerkung zur Entscheidung des OLG Köln vom 7. 11. 2012 (5 U 51/12), MedR 2013, 526–529 (Versagte Vorteilsanrechnung beim Regressanspruch des Sozialhilfeträgers wegen Eingliederungshilfe nach § 53 Abs. 3 SGB XII); Fragen der Schadensberechnung<sup>2</sup> (1995).

