

(Wann) haftet der Gynäkologe für den Pathologen?

RdM 2017/101
 §§ 863, 1293 ff,
 1313a ABGB;
 § 31 Abs 3 ÄrzteG
 Haftung des
 Gynäkologen;
 Erfüllungsgehilfe;
 ergänzende
 Vertragsauslegung;
 Vertrauens-
 theorie;
 Vertragsinhalt;
 schlüssige
 Willenserklärung;
 schlüssige
 Bevoll-
 mächtigung

Holt die niedergelassene Gynäkologin für eine von ihr von der Patientin entnommene Probe eine gutachterliche Stellungnahme bei einem Pathologen ein, haftet sie für dessen Fehlverhalten nach § 1313a ABGB als ihren Erfüllungsgehilfen, wenn sie gegenüber der Patientin nicht offen legt, welchen Pathologen sie ausgewählt hat, sie mit diesem einen Vertrag für die Patientin abschließt und auch die Befunde dieser zukommen sollen.

Von Christian Huber

Inhaltsübersicht:

- A. Der Anlassfall 1 Ob 161/16g (RdM 2017/144)
- B. Die Erfüllungsgehilfenhaftung – ein aktuelles Thema
- C. Zwei unterschiedliche Lösungsmodelle
 1. Zurechnungsmodell: Generalunternehmervertrag, totaler Krankenhausaufnahmevertrag, Belegarztvertrag
 2. Verweisungsmodell: Eingeschränkte Einstandspflicht des Geschäftsherrn und Ersatzanspruch gegen den Dritten
- D. Die vorgelagerten Fragen
 1. Vertragsauslegung
 2. Stellvertretungsrecht
 3. Einfluss des ärztlichen Berufsrechts und der gesetzlichen Krankenversicherung
 4. Zusammenspiel dieser Kriterien im zu besprechenden Fall 1 Ob 161/16g
- E. Der eindeutige Fall: Die Überweisung eines Patienten durch einen Facharzt an einen anderen Facharzt
- F. Der kritische Fall: Einsendung einer vom behandelnden Arzt genommenen Probe an einen Pathologen ohne Absprache mit dem Patienten
- G. Schlussfolgerungen

A. Der Anlassfall 1 Ob 161/16g (RdM 2017/144)

Eine Patientin begab sich laufend zur Gynäkologin zu Vorsorgeuntersuchungen, insb einem Krebsabstrich. Die Gynäkologin übermittelte Abstriche mangelhafter Qualität dem Pathologen, der das einerseits nicht rügte und diese zudem falsch befundete. Die Patientin wusste nicht, von wem die Abstriche begutachtet worden sind. Als zu einem späteren Zeitpunkt ein zutreffender Befund erhoben worden war, ergab sich eine weit fortgeschrittene Krebserkrankung. Wäre der Befund zu einem früheren Zeitpunkt zutreffend gewesen, wäre ein Eingriff mit weniger Beschwerden möglich gewesen. Für die zusätzlichen Beschwerden infolge des verspäteten Eingriffs beehrte die Patientin von der Gynäkologin – für den ihr zurechenbaren Sorgfaltsverstoß des Pathologen – ein Schmerzensgeld von € 35.000,-. Solche Konstellationen kommen bei Einschaltung eines Pathologen und dessen falscher Befundung gelegentlich vor.¹⁾

B. Die Erfüllungsgehilfenhaftung – ein aktuelles Thema

Der Geschäftsherr muss die allermeisten vertraglichen Pflichten nicht höchstpersönlich erbringen. Er ist berechtigt, Gehilfen einzusetzen. Die Kehrseite der damit möglichen Erweiterung seines Aktionsradius ist freilich, dass er sich das Fehlverhalten der eingesetzten Gehilfen nach § 1313a ABGB so zurechnen lassen muss, als hätte er sich selbst so verhalten. Die Zurechnung setzt freilich voraus, dass der Gehilfe im Rahmen der Erfüllung der vom Geschäftsherrn dem Vertragspartner geschuldeten Leistung tätig wird, also „etwas“ erbringt, was der Geschäftsherr dem Vertragspartner eigentlich selbst erbringen müsste. Wie weit die jeweilige vertragliche Leistungspflicht reicht, ist aber mitunter eine durchaus knifflige Frage. Abzustellen ist auf den jeweiligen Vertragsinhalt; jedwede Schematisierung nach Vertragstypen wird – zu Recht – abgelehnt.²⁾ Mag auch die Vertragsauslegung mit Unwägbarkeiten verbunden sein, liefert dieses Kriterium noch immer trennschärfere Abgrenzungskriterien als das Abstellen auf ein nicht fassbares Interessenverfolgungsprogramm, in das der Geschäftsherr den Gehilfen einbezieht.³⁾

Für die Rechtssicherheit nicht gerade förderlich ist, dass der OGH die Frage der Auslegung eines Vertrags als Frage eines Einzelfalls qualifiziert und sich meist nur dazu äußert, ob die Entscheidung des OLG vertretbar,⁴⁾ nicht aber, ob sie richtig oder falsch war. Sie stellt sich namentlich dann, wenn für die „Lösung“ eines Problems das Zusammenwirken mehrerer geboten ist, wie das in der heutigen arbeitsteiligen Welt nicht nur ausnahmsweise vorkommt. So ist das namentlich aber nicht nur bei Errichtung eines Gebäudes und bei der Heilbehandlung eines kranken Menschen. Einige aktuelle OGH-E sowie deren kritische Besprechung

1) OGH 7 Ob 136/06k RdM 2007/42 = EvBl 2007/35 = Zak 2007/49; dazu Stärker, ASoK 2007, 183ff; 7 Ob 141/10a RdM-LS 2011/4. Zur Praxisrelevanz solcher Konstellationen Kletečka, Anm zu 7 Ob 136/06k, Zak 2007/49: Nur die Spitze des Eisbergs kommt zum OGH.

2) Burtscher, ÖJZ 2014, 1056.

3) Burtscher, ÖJZ 2014, 1056 (1057).

4) OGH 7 Ob 2/09h Zak 2009/215 = iFamZ 2009/118 (Ganner); dazu Resch, Zak 2010, 67; 7 Ob 141/10a RdM-LS 2011/4; 8 Ob 103/09v Zak 2010/117 = eolex 2010/42 (Friedl).

in der Literatur⁵⁾ sind eine Belegstelle für die Aktualität der Fragestellung.

C. Zwei unterschiedliche Lösungsmodelle

1. Zurechnungsmodell:

**Generalunternehmervertrag,
totaler Krankenhausaufnahmevertrag,
Belegarztvertrag**

Im Baurecht ist der Generalunternehmervertrag geläufig, bei dem der Generalunternehmer diverse Subunternehmer zur Erbringung der von ihm dem Bauherrn geschuldeten Leistung heranzieht. Für deren Fehlverhalten hat der Generalunternehmer dem Bauherrn gegenüber einzustehen. Gerade so ist es beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag: Der Krankenhausträger schuldet dem Patienten ein Bündel an Leistungen; er ist Vertragspartner des Patienten und muss sich das Fehlverhalten der von ihm herangezogenen Gehilfen, seien es nun Ärzte oder Pflegekräfte – wie ein Generalunternehmer das Verhalten seiner Subunternehmer – nach § 1313 a ABGB zurechnen lassen. Beim Belegarztvertrag übernimmt nach der von manchen Literaturstimmen kritisierten,⁶⁾ aber völlig zutreffenden OGH-Rsp⁷⁾ der Belegarzt die Rolle des Krankenhausträgers, wobei lediglich die Hotelkomponente abgespalten wird, für die das Krankenhaus selbständig einstandspflichtig ist.⁸⁾ Dieses Modell hat den Vorzug, dass der Geschädigte einen Anspruchsgegner hat. Ob ein Sorgfaltsverstoß beim Geschäftsherrn oder Gehilfen passiert ist, macht keinen Unterschied, weil der Geschäftsherr jedenfalls dafür einstehen muss.

2. Verweisungsmodell: Eingeschränkte Einstandspflicht des Geschäftsherrn und Ersatzanspruch gegen den Dritten

Das Gegenmodell kann so charakterisiert werden: Der Geschäftsherr haftet nur für die im Kernbereich erbrachte Leistung. Soweit zusätzliches Know-how erforderlich ist, verweist er den Vertragspartner auf einen von ihm ausgesuchten Dritten. Begeht der Dritte einen Sorgfaltsverstoß, hat der Geschädigte lediglich einen Schadenersatzanspruch gegen diesen, es sei denn, den Geschäftsherrn trifft ein Auswahlverschulden. Der Nachteil dieses Verweisungsmodells liegt für den Geschädigten darin, dass er nicht nur die Kausalität eines Sorgfaltsverstoßes im Rahmen des Gesamtpaketes für den von ihm erlittenen Schaden nachweisen muss, sondern zusätzlich, ob der Geschäftsherr oder der befasste Dritte eine Sorgfaltswidrigkeit begangen hat, die beim Geschädigten einen Schaden verursacht hat.

D. Die vorgelagerten Fragen

1. Vertragsauslegung

Ob es zu einer Zurechnung des Fehlverhaltens eines Dritten an den Geschäftsherrn kommt, ist abhängig vom Inhalt des Vertrags. Treffen die Parteien keine präzisen Absprachen, was zumeist bei einem schlüssigen Vertragsschluss gegeben ist, ist der Vertragsinhalt im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermit-

teln, somit was vernünftige Parteien redlicherweise vereinbart hätten. Nur wenn für den Vertragspartner des Geschäftsherrn eine begrenzte Leistungspflicht offenkundig ist, so etwa, wenn der Geschäftsherr bloß Waren von einem Dritten bezieht, die er ohne Übernahme zusätzlicher Pflichten weiterveräußert, wie das prototypisch bei Erwerb von Ware von einem Händler und deren Weiterveräußerung an den Käufer der Fall ist, haftet dieser nicht für seinen Lieferanten nach § 1313 a ABGB.⁹⁾

2. Stellvertretungsrecht

Soweit ein Vertrag zwischen dem Vertragspartner des Geschäftsherrn und einem Dritten angenommen wird, den der Geschäftsherr als Vertreter abgeschlossen hat, ist für die Gültigkeit des Vertrags des Vertragspartners des Geschäftsherrn mit dem Dritten nach allgemeinen Regeln des Stellvertretungsrechts sowohl ein Handeln im fremden Namen als auch eine ausreichende Vertretungsmacht des Geschäftsherrn für seinen Vertragspartner erforderlich. Wenn nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Vertrag im fremden Namen geschlossen wird, wird der Erklärende, somit der Geschäftsherr, selbst berechtigt und verpflichtet.

3. Einfluss des ärztlichen Berufsrechts und der gesetzlichen Krankenversicherung

§ 31 Abs 3 ÄrzteG legt fest, dass der betreffende Facharzt seine fachärztliche Berufstätigkeit auf sein Sonderfach zu beschränken hat. Daraus wird von manchen¹⁰⁾

5) So die Belegarztrechtsprechung OGH 1 Ob 267/99t RZ 2000/8 = EvBl 2000/67 = RdM 2000/7 (G. Huber/Pitzl) = JBl 2001, 56; 1 Ob 269/99m RdM 2000/8 (Kopetzki) = JBl 2001, 58; 1 Ob 265/03g RdW 2004/356 = JBl 2004, 648 (Lukas) = ecoloex 2004/278 (Wilhelm) = bbl 2004/107; 7 Ob 2/09h Zak 2009/215 = iFamZ 2009/118 (Ganner); 8 Ob 103/09v Zak 2010/117 = ecoloex 2010/42 (Friedl); weiters 8 Ob 53/14y EvBl 2014/155: Haftung der Fluglinie für den Weg im Flughafengebäude – kritisch, weil zu weitreichende Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 1313 a ABGB, Burtcher, ÖJZ 2014, 1056 (1060); gerade gegenläufig 10 Ob 29/16m: Ablehnung der Haftung eines Züchters für einen anderen – kritisch, weil Zurechnung nach § 1313 a ABGB verneint wurde, Schima, Zak 2017, 307 ff.

6) Kopetzki, Anm zu OGH 1 Ob 269/99m RdM 2000/8; Fuchs, RdM 2002, 138; Haberl, RdM 2005, 100; Bruck/Pfersmann, JBl 2001, 64 ff.

7) OGH 1 Ob 267/99t RZ 2000/8 = EvBl 2000/67 = RdM 2000/7 (G. Huber/Pitzl) = JBl 2001, 56; 1 Ob 269/99m RdM 2000/8 (Kopetzki) = JBl 2001, 58; zustimmend aber Bernat in FS Posch (2011) 69 (64 ff). Darauf, warum die Belegarztrechtsprechung zutreffend ist, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Sie erklärt sich aber aus der schlichten Beobachtung, dass der Belegarzt – mit Ausnahme der abgespaltenen „Hotelkomponente“ – gerade die Rolle übernimmt, die beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag dem Krankenhausträger zukommt. Die bisherige Linie in einem weit ausgeholten obiter dictum in einem Werkvertragsfall bekräftigend 1 Ob 265/03g RdW 2004/356 = JBl 2004, 648 (Lukas) = ecoloex 2004/278 (Wilhelm) = bbl 2004/107; dazu Stahwald, VR 2004, 175 ff; Haberl, RdM 2005, 100 ff; Lukas, Zak 2005, 7 ff; weiters 7 Ob 2/09h Zak 2009/215 = iFamZ 2009/118 (Ganner); 8 Ob 103/09v Zak 2010/117 = ecoloex 2010/42 (Friedl); dazu Resch, Zak 2010, 67 ff.

8) So 3 Ob 268/06t RdW 2007/498 = NZ 2007/104 = Zak 2007/166.

9) Burtcher, ÖJZ 2014, 1056 (1058); zu einem Ausnahmefall von der Regel 1 Ob 265/03g RdW 2004/356 = JBl 2004, 648 (Lukas) = ecoloex 2004/278 (Wilhelm) = bbl 2004/107; dazu Stahwald, VR 2004, 175 ff; Haberl, RdM 2005, 100 ff; Lukas, Zak 2005, 7 ff; Abichtung eines Schwimmbads.

10) So Stärker, ASoK 2007, 183 (186, 187) in der zustimmenden Besprechung von 7 Ob 136/06k RdM 2007/42 = EvBl 2007/35 = Zak

abgeleitet, dass ein Facharzt eines bestimmten Gebiets niemals für einen Facharzt eines anderen Gebiets einstehen könne, weil das schon berufsrechtlich nicht zulässig sei. Damit wird – frei nach *Hans Christian Morgenstern* – postuliert, dass nicht sein kann, was nicht sein darf. Der OGH¹¹⁾ ist dem zu Recht entgegengetreten und hat darauf verwiesen, dass allgemeine zivilrechtliche Normen, namentlich solche der Rechtsgelehrtenlehre, Vorrang genießen gegenüber ärztlichen Standesvorschriften oder Berufsordnungen.

Bei den allermeisten Verträgen wird typischerweise darauf geachtet, wer wessen Vertragspartner ist, weil davon abhängig ist, wem die Leistung zu erbringen ist und gegen wen ein Anspruch auf die Gegenleistung, im Klartext das vertragliche Entgelt, besteht. Bei Erbringung ärztlicher Dienstleistungen tritt dieser Aspekt mitunter in den Hintergrund, weil die Entlohnung in den allermeisten Fällen durch die gesetzliche Krankenversicherung erfolgt. Für die Frage der Haftung ist es freilich unumgänglich, festzulegen, wer wem welche Leistung schuldet, weil davon abhängig ist, wer bei einem durch einen Sorgfaltsverstoß hervorgerufenen Schaden diesen wem ersetzen muss.

4. Zusammenspiel dieser Kriterien im zu besprechenden Fall 1 Ob 161/16 g

Ergibt die Vertragsauslegung, dass der Gynäkologe eine fachgerechte Vornahme eines Abstrichs, dessen fachkundige Begutachtung und medizinische Beurteilung der gewonnenen Erkenntnisse im Hinblick auf ein Zervixkarzinom schuldet, führt das zur Zurechnung des Fehlverhaltens des eingeschalteten Pathologen. Wenn der Gynäkologe hingegen lediglich die ihm nach § 31 Abs 3 ÄrzteG zukommende gynäkologische Beurteilung schuldet, die nicht die Untersuchung der Probe durch einen anderen Facharzt, nämlich einen Pathologen, umfasst, kommt eine Zurechnung von dessen Fehlverhalten und damit eine Einstandspflicht des behandelnden Gynäkologen nicht in Betracht. Nur dann stellt sich die Frage, ob der Gynäkologe eine (schlüssige?) Vollmacht (in welchem Umfang?) hatte, für die Patientin einen Vertrag mit dem Pathologen abzuschließen, der dazu führt, dass bei dessen Fehlverhalten die Patientin gegen diesen einen vertraglichen Schadenersatzanspruch hat.

E. Der eindeutige Fall: Die Überweisung eines Patienten durch einen Facharzt an einen anderen Facharzt

Stellt sich ein Problem, das ein Facharzt im Rahmen seiner beruflichen Kompetenz nicht lösen kann, und verweist er deshalb den Patienten an einen weiteren Facharzt, der dazu befähigt ist, hat das zur Folge, dass der Patient mit diesem Dritten einen eigenen Vertrag schließt.¹²⁾ Der Patient begibt sich räumlich zum verwiesenen Facharzt. Von diesem wird dem Patienten die zusätzliche Leistung erbracht, mag der Befund (auch) dem überweisenden Arzt übermittelt werden. Und das Entgelt hat der Patient dem überwiesenen Arzt zu leisten.

Ob sich der Patient zum verwiesenen Facharzt begibt oder der behandelnde Arzt eine dem Patienten entnommene Probe an den weiteren Facharzt sendet, macht solange keinen Unterschied, als der behandelnde Arzt dem Patienten den ausgewählten Dritten benennt, sich vom Patienten bevollmächtigen lässt und dem Dritten gegenüber hinreichend deutlich macht, dass ein Vertragsschluss für den Patienten erfolgt. Wie *Stärker*¹³⁾ zutreffend betont, kann die Serviceleistung des behandelnden Arztes, dem Patienten einen zusätzlichen Weg zu ersparen, nicht dazu führen, dass den behandelnden Arzt allein aufgrund dieses Entgegenkommens eine zusätzliche Haftung treffen soll.¹⁴⁾ So weit, so einfach.

F. Der kritische Fall: Einsendung einer vom behandelnden Arzt genommenen Probe an einen Pathologen ohne Absprache mit dem Patienten

Wenn hingegen der behandelnde Arzt, hier der Gynäkologe, eine Probe entnimmt und der Patientin lediglich mitteilt, dass er diese untersuchen muss, ohne sie darüber in Kenntnis zu setzen, dass er mit der Untersuchung einen anderen Fachkollegen betraut, ist für die Patientin nicht ersichtlich, weshalb die Beurteilung vom Leistungsinhalt des mit dem behandelnden Arzt geschlossenen Vertrags nicht umfasst sein soll.¹⁵⁾ Der OGH verweist in 1 Ob 161/16 g zutreffend darauf, dass einerseits die Abgrenzung zwischen den einzelnen Fachgebieten nicht immer trennscharf ist, in concreto die gynäkologische Fachausbildung auch eine solche in Zytologie umfasst,¹⁶⁾ andererseits die Überschreitung der berufsrechtlichen Grenzen nicht zur zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Vertrags führt.

Schließlich ist für die Ermittlung des Vertragsinhalts die Vertrauenslehre maßgeblich, wonach die Auslegung einer Willenserklärung nach dem Empfängerhorizont zu erfolgen hat, somit wie eine Äußerung ein redlicher Erklärungsempfänger verstehen durfte. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert, also weder der Wille des Erklärenden noch das tatsächliche Verständnis des Erklärungsempfängers. Der OGH

2007/49; *Bernat* in FS Posch (2011) 59 (74); ebenso *Kessler*, Zak 2017, 243 (244 f) bei der Kritik an 1 Ob 161/16 g. Ähnlich die Argumentation in Bezug auf das Recht des Patienten auf Einsicht in die Krankenunterlagen gem § 51 Abs 1 Satz 4 ÄrzteG, die der Patient nur haben soll, wenn man einen Vertrag zwischen Patienten und betrautem Arzt bejaht. So *Bernat* in FS Posch (2011) 59 (74). Dass der Patient aber gegenüber dem behandelnden Arzt, der einen anderen als Erfüllungsgehilfen heranzieht, dann keine Einsicht in die Befunde haben soll, ist mE kaum vorstellbar, womit das Argument viel von seiner Überzeugungskraft einbüßt.

11) OGH 1 Ob 161/16 g; in diesem Sinn bereits 4 Ob 210/07 x SZ 2008/8 = EvBl 2008/94 = RdM 2008/61 = Zak 2008/205 = ecoloex 2008/108 = JBl 2008, 651; dazu *Sparl*, RdM 2010, 112; Haftung des Arztes für seine Urlaubsvertretung.

12) So in OGH 3 Ob 237/00 z RdM 2002/20: Verweis des Patienten durch Internisten an Institut zur Kernspintomografie.

13) ASoK 2007, 183 (188).

14) So auch *Kessler*, Zak 2017, 243 (244 f).

15) Dass der Gynäkologe zusätzlich wegen des eigenen Sorgfaltsverstoßes der Übermittlung von Proben mangelhafter Qualität schon deshalb haftete, hat der OGH nicht weiter beachtet; und soll auch im Rahmen der Besprechung ausgeklammert bleiben.

16) Es erfolgt eine Bezugnahme auf OGH 8 Ob 115/09 h Zak 2010/410 = RdM-LS 2010/37 (*G. Huber*): Überschneidung der Aufgabenbereiche, hier bei Hüftoperation Orthopädie und Unfallchirurgie.

stellt darauf ab, dass der rechtsgeschäftliche Kontakt von der Patientin ausgeht und es somit darauf ankommt, was diese vom betreffenden Facharzt erwarten darf. Rechtstatsächlich wird das zutreffen, weil sich die Patientin zum Arzt begibt. Wer – zufällig – den rechtsgeschäftlichen Kontakt eröffnet, darauf kann es freilich nicht ankommen.

Bedeutsamer ist mE hingegen, dass die Patientin einen solchen Vertrag nur einmal oder gelegentlich schließt, der Arzt hingegen tagtäglich und letzterer die vertragstypische Leistung erbringt. Wenn beim Vertragsinhalt Zweifel bei der Auslegung verbleiben, ist es folgerichtig, dass in entsprechender Anwendung des § 915 Satz 2 ABGB Zweifel zu seinen Lasten gehen. Das steht auch in Einklang mit der Belegarzt-Rsp.¹⁷⁾ In concreto geht der OGH von einem Gesamtpaket an medizinischen Leistungen des aufgesuchten Gynäkologen aus, insb. wenn die Patientin keine Information über die Person des mit der Beurteilung des Abstrichs befassten Pathologen noch dessen schriftliches Untersuchungsergebnis erhält oder erhalten soll.

Der OGH entscheidet in 1 Ob 161/16 g konträr zu den beiden abweisenden Instanz-Entscheidungen und weicht damit ganz bewusst von der Vorjudikatur des 7. Senats¹⁸⁾ ab, der einen vergleichbaren Fall gegenteilig entschieden hat, in dem ein Dermatologe einen Pathologen herangezogen hat, der einen Kunstfehler begangen hat.¹⁹⁾ Der 7. Senat hat dabei nach zwei stattgebenden instanzgerichtlichen Urteilen das Begehren abgewiesen: Wer einen Dermatologen aufsuche, wisse, dass dieser nur ein bestimmt umrissenes Aufgabengebiet habe. Jedem Patienten sei das Wissen zu unterstellen, dass die medizinische Wissenschaft in verschiedene Fachgebiete aufgeteilt sei, wofür auf § 31 Abs 3 ÄrzteG verwiesen wird. Angenommen wurde, dass bei einer Überweisung der behandelnde Arzt als offener Stellvertreter für den Patienten agiere, wenn er Gewebeproben direkt an den Pathologen zur Begutachtung sende. Wenn nicht besondere Umstände vorliegen, sei nicht ein Wille des Arztes zu erkennen, ein Subgutachten auf eigene Rechnung in Auftrag zu geben.

Denkbar ist, dass sich die beiden gegenläufigen E im Sachverhalt unterscheiden, nämlich insoweit, als in 1 Ob 161/16 g von einer Einsendung der Probe an einen bestimmten Pathologen keine Rede war, in 7 Ob 136/06 k aber uU doch. Die E 1 Ob 161/16 g ist auf der Basis der Rechtsgeschäftslehre gut begründet. Sie kann zusätzlich – wenn auch verklausuliert – unter Bezugnahme auf die ökonomische Analyse des Rechts abgestützt werden: Der Arzt ist derjenige, der über die erforderlichen Einzelmaßnahmen Bescheid weiß und durch einen ausdrücklichen Hinweis, dass eine Diagnose nur durch die erforderliche Einholung eines – seine Fachkompetenz überschreitenden – Fremdgutachtens möglich ist, für Klarheit sorgen. Der OGH weist darauf hin, dass dann die Patientin auch die Möglichkeit habe, an der Auswahl eines geeigneten Facharztes mitzuwirken.

Die Begründung der E 7 Ob 136/16 k steht hingegen mE aus der Sicht des bürgerlichen Rechts auf tönernen Füßen: Es ist wohl eine Fiktion, dass ein durchschnittlicher Patient mit der Grenzziehung der einzelnen Fachgebiete nach § 31 Abs 3 ÄrzteG vertraut ist. An-

ders als bei Erwerb einer Ware vom Händler ist es für einen Patienten nicht auf der Hand liegend, dass die Untersuchung einer entnommenen Probe nicht mehr vom Fachgebiet eines Gynäkologen bzw Dermatologen umfasst ist. Und dass eine schlüssige Einräumung einer Vertretungsmacht angenommen wird, ist – wie der OGH in 1 Ob 161/16 g zu Recht hinweist – mit dem Konkludenztmaßstab des § 863 ABGB nur schwer zu begründen.²⁰⁾

Selbst wenn der behandelnde Arzt ausreichend deutlich macht, dass die Heranziehung eines weiteren Facharztes für eine verlässliche Diagnose geboten ist, ergibt sich daraus noch nicht zweifelsfrei eine Bevollmächtigung durch den Patienten. In der Anlass-E 1 Ob 161/16 g drückt das der OGH so aus, dass die Patientin – für den behandelnden Arzt erkennbar – einen ärztlichen Behandlungsvertrag, aber keinen Geschäftsbesorgungsvertrag schließen wollte. Dem Patienten muss aber – bei Verneinung der Zurechnung des betrauten Arztes als Erfüllungsgehilfen – durchaus daran gelegen sein, einen Anspruch gegen den betrauten Dritten aus einer Sonderverbindung herleiten zu können, weil die Beweislastverteilung (§ 1298 ABGB) sowie die Gehilfenhaftung (§ 1313 a ABGB gegenüber § 1315 ABGB) dabei für ihn vorzugswürdig sind gegenüber einem deliktischen Anspruch. Dafür ist freilich die Bezugnahme auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, somit des Vertrags des behandelnden Arztes mit dem betrauten Dritten zugunsten des Patienten, die überzeugendere „goldene“ Brücke.

Begründet wird das Ergebnis in 7 Ob 136/06 k weiter damit, dass der behandelnde Arzt im Zweifel nicht den Willen habe, ein Subgutachten auf eigene Rechnung in Auftrag zu geben. Aber einerseits kommt es nicht allein auf den Willen des behandelnden Arztes an,²¹⁾ andererseits geht es auch nicht darum, ob er das auf eigene Rechnung tut, weil er die aufgewendeten Kosten in jedem Fall auf den Patienten weiterwälzen

17) OGH 1 Ob 269/99 m RdM 2000/8 (*Kopetzki*) = JBl 2001, 58; 3 Ob 268/06 t RdW 2007/498 = NZ 2007/104 = Zak 2007/166; ebenso der Hinweis bei einem totalen Krankenhausaufnahmevertrag in 10 Ob 34/10 p Zak 2010/547 = RdW 2010/636 = *ecolex* 2010/419; Zu frühe Operation am Mittelfinger; einweisender Arzt hat falsche Diagnose gestellt, Krankenhaus hätte selbst untersuchen müssen; Sache des Rechtsträgers der Krankenanstalt wäre es gewesen, durch eindeutige Vertragsgestaltung die Rechtsnatur des Krankenhausaufnahmevertrags zweifelsfrei zu bestimmen. Ähnlich 4 Ob 210/07 x SZ 2008/8 = EvBl 2008/94 = RdM 2008/61 = Zak 2008/205 = *ecolex* 2008/108 = JBl 2008, 651; dazu *Sparl*, RdM 2010, 112; Haftung des Arztes für Urlaubsvertretung; Ordinationsinhaber hat es unterlassen, für klare Verhältnisse zu sorgen.

18) OGH 7 Ob 136/06 k RdM 2007/42 = EvBl 2007/35 = Zak 2007/49 (*Kletěčka*): Betrauung eines Vertragslabors der GKK zur pathologischen Abklärung; dazu *Stärker*, ASoK 2007, 183; vorsichtiger die Folge-E 7 Ob 141/10 a RdM-LS 2011/4: Zwar Abweisung des Begehrens, aber Verweis, dass es sich um eine Frage des Einzelfalles handle und der jeweilige Inhalt des Behandlungsvertrags maßgeblich sei.

19) Kritisch zu 1 Ob 161/16 g *Kessler*, Zak, 2017, 24 unter Hinweis auf die Beschränkung des Facharztes auf sein Gebiet in § 31 Abs 3 ÄrzteG; *Schima*, Zak 2017, 307 (309).

20) AA *Kessler*, Zak 2017, 243, 245 mit dem kaum nachvollziehbaren Argument, dass aus § 863 ABGB folge, dass der Inhalt der Erklärung aus der Sicht des Arztes und nicht aus der des Patienten zu beurteilen sei.

21) So auch das *Judiz* in 4 Ob 210/07 x SZ 2008/8 = EvBl 2008/94 = RdM 2008/61 = Zak 2008/205 = *ecolex* 2008/108 = JBl 2008, 651; dazu *Sparl*, RdM 2010, 112; Haftung des Arztes für seine Urlaubsvertretung; dass der Ordinationsinhaber keine Interesse hat, den Vertreter zu bevollmächtigen, darauf – allein – kommt es nicht an.

wird, sondern allein darum, ob der Vertragsschluss im eigenen oder fremden Namen erfolgt.

Abgesehen von der Haftungsfrage würde sich, wenn nicht alle Honorare von der (gesetzlichen) Krankenversicherung beglichen würden, auch die Frage stellen, ob es dem herangezogenen Dritten bei dessen Vorleistung völlig gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner ist. Der Facharztkollege, der ihn mit einer Untersuchung betraut, wird ihm bonitätsmäßig gut genug sein; ob das für jeden Patienten der Fall ist, steht auf einem anderen Blatt. Das spielt in den allermeisten Fällen nur deshalb keine Rolle, weil die allermeisten Menschen krankenversichert sind und die (gesetzliche) Krankenkasse die Honorare begleichen wird. Es sind allerdings Fälle denkbar, bei denen Menschen, etwa Asylanten, nicht (gesetzlich) krankenversichert sind bzw die (gesetzliche) Krankenkasse nur einen Teil des Honorars übernimmt.²²⁾

G. Schlussfolgerungen

Mit der E 1 Ob 161/16 g ist die im Titel provokant gestellte Frage, ob der Gynäkologe für den Pathologen haftet, in der Weise zu beantworten, dass das im Regelfall zu verneinen ist, das aber durchaus möglich ist, wenn sich der Gynäkologe rechtlich tollpatschig anstellt, im Klartext nicht für ausreichende Transparenz sorgt. Wenn der Gynäkologe die Patientin darüber erklärt, dass die Untersuchung der Probe nicht mehr in sein Fachgebiet fällt und er in ihrem Namen einen Pathologen damit betrauen möchte bzw muss, um zu einer tragfähigen Diagnose zu gelangen, und diese sich – auch schlüssig – einverstanden erklärt, ist eine Einstandspflicht des Gynäkologen für den Pathologen jedenfalls zu verneinen. Der Gynäkologe muss nicht einmal darauf hinweisen, dass er für Fehler des herangezogenen weiteren Arztes nicht einstehen will; ein Ansprechen dieser Frage mag von manchen Ärzten als unangenehm empfunden werden – es ist schlicht und ergreifend nicht notwendig.

Das hat auch nichts mit dem Ausschluss der Haftung für einen Personenschaden durch „gefinkelte Vertragskonstruktionen“ zu tun,²³⁾ was im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher jedenfalls in AGB nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unzulässig wäre, sondern nur mit der Aufklärung darüber, welcher Vertragspartner welche Leistung erbringt und dem gemäß wer wofür einzustehen hat, was am besten ausdrücklich erfolgen sollte und auch in AGB möglich ist.²⁴⁾

Äußert sich der behandelnde Arzt dazu hingegen nicht mit der gebotenen Deutlichkeit, besteht die Gefahr, dass er haftet, wobei er bei einem Kunstfehler des Pathologen den Schaden weiterwälzen kann, er somit lediglich, aber immerhin mit dessen Insolvenzrisiko belastet ist.²⁵⁾ Insoweit hat die E 1 Ob 161/16 g sowohl einen erzieherischen als auch Verbraucherschützenden Aspekt: Der Patient soll nicht dumm sterben, sondern von den Vorgängen, die zum Wohle seiner Gesundheit in Angriff genommen werden, mindestens informiert werden und – was die Auswahl des herangezogenen Dritten betrifft, der in concreto eine Sorgfaltswidrigkeit zu verantworten hatte – auch mitgestalten können. Es gilt, was der OGH in einer anderen – einschlägigen

– E²⁶⁾ ausgesprochen hat, dass es nämlich bei bestimmten Sachverhaltsvarianten der „Weiterentwicklung gefestigter Leitlinien“ bedarf. Eine Generalvollmacht des Arztes nach § 863 ABGB anzunehmen, jeden wie immer gearteten weiteren Vertrag für den Patienten schließen zu können, soweit er für die Erstellung einer Diagnose erforderlich ist,²⁷⁾ hätte nicht nur eine gewisse Ähnlichkeit mit der Unterfertigung eines Blankoschecks, wovon generell dringend abzuraten ist, sondern wäre auch unter Wertungsgesichtspunkten fragwürdig.

Aus der Perspektive des behandelnden Arztes stellt sich die Frage, was er tun muss, um eine eigene Haftung zu vermeiden. Ist es ausreichend, den Patienten zu informieren, dass er die Probe von einem Fachkollegen mit anderer Kompetenz untersuchen lässt? Das wird womöglich zu wenig sein, weil das vom – unbedarften – Patienten auch in der Weise verstanden werden könnte, dass der Arzt einen rein internen Rat einholt.²⁸⁾ Der behandelnde Arzt sollte gegenüber dem Patienten zumindest ausreichend deutlich machen, dass er den weiteren Fachkollegen im Namen des Patienten betraut. Für jeden Heileingriff ist es heute Standard, dass der behandelnde Arzt dafür eine „Unterschrift“ des Patienten verlangt; warum das bei Einholung eines externen, die eigene Sachkompetenz überschreitenden Gutachtens eines Dritten eine unüberwindbare Hürde darstellen soll, ist mE nicht ersichtlich. Vielmehr ist dem behandelnden Arzt anzuraten, bei der Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen zum Patienten eine ähnlich hohe Sorgfalt aufzuwenden wie im Kernbereich seiner ärztlichen Tätigkeit. Der mögliche Gegeneinwand, dass das nicht Gegenstand seiner medizinischen Ausbildung ist, wiegt wenig schwer: Einerseits sollte diese insoweit ergänzt werden; andererseits muss diese fundamentalen Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre und des Haftungsrechts auch jeder – deutlich geringer gebildete – einfache Handwerker beachten.

Der behandelnde Facharzt ist aus einem weiteren Grund gut beraten, bei der Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen die dort gebotene Hygiene zu beachten. Mag im konkreten Fall auch der Regress des Gynäkologen gegen den Pathologen erfolgreich sein, bewirkt die Inanspruchnahme der Haftpflichtversicherung des behandelnden Gynäkologen, dass diese den Haftpflichtversicherungsvertrag mit ihm kündigen kann; der Abschluss eines neuen, der wegen des Gebots der Pflichtversicherung erforderlich ist, führt womöglich

22) Dazu aus jüngster Zeit OGH 10 Obs 76/17 z: Zuerkennung von € 8.500,- statt der aufgewendeten € 71.000,- bei Inanspruchnahme einer ausländischen Fachklinik, bei der die Betroffene meinte, diese haben für ihre komplizierte Erkrankung die höchste Expertise.

23) *Fesch*, Zak 2010, 66 (68).

24) So auch *Kletečka*, Anm zu 7 Ob 136/06 k, Zak 2007/49.

25) Zur insoweit bestehenden Parallele zum Belagarzt, bei dem es dazu kommt, dass der Chirurg das Insolvenzrisiko des Anästhesisten tragen muss, *Bernat* in FS Posch (2011) 69 (68).

26) 1 Ob 265/03 g RdW 2004/356 = JBl 2004, 648 (*Lukas*) = *ecolex* 2004/278 (*Wilhelm*) = *bbl* 2004/107; dazu *Stahwald*, VR 2004, 175 ff; *Haberl*, RdM 2005, 100 ff; *Lukas*, Zak 2005, 7 ff.

27) In diesem Sinn *Kessler*, Zak 2017, 243 (245): Wenn der Patient von einer nach § 863 ABGB anzunehmenden schlüssigen Vollmacht abweichen will, muss er darauf hinweisen.

28) AA wohl *Kletečka*, Anm zu 7 Ob 136/06 k, Zak 2007/49: Ausreichend, wenn der Klägerin bekannt gewesen sein dürfte, dass die Gewebeprobe an ein Labor zur Befundung übersendet wird.

beim neuen Versicherer, dem offen zu legen ist, warum eine neue Haftpflichtversicherung abgeschlossen wird, zu einer fühlbaren Prämiensteigerung. Und die Gefahr, dass der Haftpflichtversicherer dem Facharzt den Vertrag kündigt, ist selbst dann gegeben, wenn der Regressschuldner bei derselben Haftpflichtversicherung versichert ist, sodass die Identität des Haftpflichtversicherers nicht sämtliche Probleme löst.²⁹⁾

Für den Geschädigten stellt sich bei der vorhandenen Judikaturdivergenz des 1. und 7. Senats – wie auch in anderen Fällen der Frage der Reichweite der Erfüllungsgehilfenhaftung – das Problem, den falschen Schuldner zu verklagen. Das hat einerseits Kostenfolgen, weil der Kläger dann den Prozess verliert;³⁰⁾ andererseits kann es aber passieren, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem der Geschädigte Kenntnis hat, wer der richtige Ersatzpflichtige ist, der Schadenersatzanspruch gegen diesen bereits verjährt ist. Die Feststellung, ob der behandelnde Arzt oder der (von diesem) betraute Dritte, der einen Sorgfaltsverstoß begangen hat, der richtige Beklagte ist, ist – für den klägerischen Anwalt – nicht immer einfach, ganz abgesehen davon, dass schwer prognostizierbar ist, ob in dritter Instanz der (auf dem Boden der Rechtsgeschäftslehre urteilende Geschädigten-freundliche) 1. Senat oder (der das Arztrecht betonende und insoweit Arzt-freundliche) 7. Senat entscheiden wird. Um jedenfalls auf der sicheren Seite zu sein, kann es angeraten sein, beide zu verklagen mit der Konsequenz, einen Prozess zu verlieren, was freilich Kostenfolgen nach sich zieht.

Die Verklagung des betrauten Facharztes birgt mE ein geringeres Risiko in sich als die Verklagung des behandelnden Arztes, wenn dieser selbst keinen Sorgfaltsverstoß begangen hat: Wenn der behandelnde Arzt für ausreichend Transparenz gesorgt hat, ist der zur Expertise herangezogene Facharzt ohnehin der einzige Schuldner. Aber auch wenn das nicht der Fall ist, wäre zu erwägen, ob der Vertrag zwischen behandelndem und betrautem Facharzt nicht ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist. Aber selbst wenn man einen solchen zu Recht bejaht, steht einem klagbaren Anspruch aus einem solchen Vertrag noch immer das

– in der Literatur³¹⁾ freilich mit beachtlichen Gründen kritisierte – Subsidiaritätsdogma entgegen, wonach ein solcher Anspruch des Geschädigten voraussetzt, dass er keinen Direktanspruch gegen den Vertragspartner hat, was bei Bejahung der Erfüllungsgehilfenzurechnung freilich zu bejahen ist. Immerhin bleibt dem Geschädigten noch ein deliktischer Schadenersatzanspruch gegen den betrauten Facharzt, der freilich in Bezug auf die Beweislastverteilung (§ 1298 ABGB) und die Gehilfenzurechnung (§§ 1313 a, 1315 ABGB) Nachteile mit sich bringt. Namentlich dann, wenn anstelle des herangezogenen Facharztes ein Labor betraut wird, wird die Durchsetzung eines deliktischen Anspruchs gegen dieses scheitern, weil die dort tätigen Gehilfen meist weder untüchtig noch gefährlich sind.

Um jedenfalls Kostenfolgen zu vermeiden, käme folgender, wenn auch komplizierter Weg in Betracht: Der behandelnde Arzt wird – eventualiter – auf Abtretung seines Regressanspruchs gegen den betrauten Arzt verklagt; und zwar für den Fall, dass das Gericht eine Erfüllungsgehilfenhaftung annimmt. Gleichzeitig wird der betraute Arzt verklagt, wobei das Begehren gestützt wird auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, einen für den Patienten im Namen des Patienten mit dem betrauten Arzt geschlossenen Vertrag oder den Regressanspruch des behandelnden Arztes gegen den betrauten Arzt. Da im österr. Recht die verjährungsunterbrechende Wirkung der Streitverkündung³²⁾ umstritten ist, scheidet die Streitverkündung durch den Patienten an den behandelnden Arzt bei Verklagung des betrauten Arztes als einfacherer Weg aus.

29) So aber der Ratschlag von *Resch*, Zak 2010, 66 (68), vornehmlich darauf zu achten, dass der Haftpflichtversicherer von Belegarzt und Krankenhausträger derselbe sein sollte.

30) *Kessler*, Zak 2017, 243 (245).

31) Zuletzt *Schima*, Zak 2017, 307 (309) mit weiteren Nachweisen in FN 20.

32) *Klang³⁾/Vollmaier* § 1497 Rn 75; *Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁴ (Stand 1. 1. 2017, rdb.at) § 1497 Rz 29. Anders § 204 Abs 1 Z 6 BGB.

→ In Kürze

Die Quintessenz und die daraus ableitbaren Schlussfolgerungen der OGH-E 1 Ob 161/16g lassen sich so zusammenfassen: Der behandelnde Arzt haftet für ein eingeholtes Fremdgutachten nur ausnahmsweise, wenn er nicht die gebotene rechtliche Hygiene beachtet. Das ärztliche Standesrecht ist kein Schutzschirm, der die allgemein gültigen Regeln der Rechtsgeschäftslehre aushebelt. Das ist zu begrüßen, weil die Vorgaben durch den behandelnden Arzt ganz leicht zu erfüllen sind. Es wird damit ein Anreiz geschaffen für mehr Transparenz und ein Beitrag geleistet zur Einheit der Rechtsordnung, wonach die Zurechnung des Fehlverhaltens von Erfüllungsgehilfen nach einheitlichen Maßstäben beurteilt wird, unabhängig davon, ob der Handwerker ein Arzt oder ein Klempner ist.

→ Zum Thema

Über den Autor:

o. Univ.-Prof. Mag. Dr. Christian Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.

E-Mail: huber@privatrecht.rwth-aachen.de

Von selbigen Autor erschienen:

Wenn der „falsche“ Arzt operiert – und dann Komplikationen entstehen – Überlegungen aus Anlass der E OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a, RdM 2015/91, 135–139; gemeinsam mit Univ.-Prof. Sen.-Präs. des OGH Dr. *Matthias Neumayr*, Erläuterung der §§ 332–337 ASVG, in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB⁴ (2016) 139–290; demnächst Erläuterung der §§ 1308–1327 ABGB, in *Schwimmann* (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017).