

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling, Hradil, Dr. Hopf und Univ. Doz. Bydlinski als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Gunnar S*****, Arzt, *****, vertreten durch Dr. Franz Lethmüller, Rechtsanwalt in Landeck, gegen die beklagte Partei allgemeines öffentliches Krankenhaus St*****, vertreten durch Dr. Robert Eitler, Rechtsanwalt in Landeck, wegen EUR 15.000 sA und Feststellung (Gesamtstreitwert EUR 17.100), über die Revision der beklagten Partei (Revisionsinteresse EUR 10.000 Leistung und EUR 2.100 Feststellung, zusammen EUR 12.100) gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 8. September 2004, GZ 4 R 272/04k-81, womit das Urteil des Bezirksgerichts Landeck vom 5. April 2004, GZ 2 C 375/01k-69, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 749,70 (darin EUR 124,95 USt)

bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g :

Der Kläger beehrte von der Beklagten die Zahlung von EUR 15.000 sA aus dem Titel des Schadenersatzes (Schmerzensgeld) sowie die Feststellung deren Haftung gegenüber dem Kläger für alle künftigen kausalen Folgen und Schäden aus dem Behandlungsfehler anlässlich der Operation vom 5. 10. 1999 sowie der daraus resultierenden Folgeoperation vom 25. 1. 2000. Er habe sich im Krankenhaus der Beklagten einer Hüftoperation (Totalendoprothese) unterzogen. Dabei sei es einerseits zu ärztlichen Kunstfehlern, hinsichtlich der Folgeoperation überdies zu Aufklärungspflichtverletzungen gekommen. Bei der ersten Operation sei die künstliche Hüftpfanne mit zu geringer Anteversion und zu steil eingesetzt worden, sodass es zu Subluxationen und Luxationen des künstlichen Hüftgelenks und in deren Folge zu einer Lockerung des Hüftgelenksschafts gekommen sei. Dies habe die Folgeoperation notwendig gemacht. Vor dieser zweiten Operation sei der Kläger nur unvollständig dahin aufgeklärt worden, dass ein Eingriff an der Pfanne erforderlich sei, über die dann tatsächlich durchgeführte Erneuerung des Hüftgelenksschafts sei er nicht informiert worden. Im Falle einer entsprechenden Aufklärung hätte er die Operation nicht im Krankenhaus der Beklagten, sondern an einer anderen Klinik durchführen lassen. Im Zuge der zweiten Operation seien auch Kunstfehler passiert: So hätten unsachgemäße Druckausübungen auf den Bauchbereich während der

Operation zu einem Darmverschluss geführt. Der unzulässige Austausch einer defekten Operationslampe während der Operation habe überdies eine Lungeninfektion des Klägers herbeigeführt.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete im Wesentlichen ein, dass die Erstoperation lege artis durchgeführt worden sei. Das Einsetzen der Pfanne in einem Winkel von 60 ° anstelle 40 bis 50 ° sei kein Kunstfehler, sondern nur ein „Kritikpunkt“ gewesen. Die Lockerung des Schafts sei auf einen schicksalhaften und unvermeidbaren „schleichenden Infekt“ zurückzuführen, der zu einem Einsinken und dann zur Lockerung geführt habe. Diese Lockerung sei sowohl für die postoperativ aufgetretenen Luxationen als auch für die Zweitoperation ursächlich gewesen. Diese sei kunstgerecht durchgeführt worden. Eine defekt gewordene OP-Lampe sei bereits vor dem „Hautschnitt“ ausgetauscht worden, sodass es keine hygienischen Probleme mit der Folge eines Infekts gegeben habe. Die Lungenverschattungen des Klägers stünden daher in keinerlei Zusammenhang mit der Behandlung. Auch der Darmverschluss sei auf eine Darmlähmung zurückzuführen, welche ein typisches Operationsrisiko und dem Kläger auch als solches bewusst gewesen sei.

Das Erstgericht gab dem Leistungsbegehren im Umfang von EUR 1.750 sA statt und wies das Leistungsmehrbegehren von EUR 13.250 sA sowie das Feststellungsbegehren ab. Dabei ging es von folgenden wesentlichen Feststellungen aus:

Der im Jahre 1942 geborene Kläger litt seit seiner Geburt an einer Hüftdysplasie, das ist ein anlagebedingtes Missverhältnis zwischen Hüftkopf und Hüftgelenkspfanne. Aufgrund der damit einhergehenden Schmerzen entschloss er

sich im Sommer 1999, die linke Hüfte operieren zu lassen. Dies sollte an der unfallchirurgischen Abteilung des Krankenhauses der Beklagten geschehen, wo der Kläger selbst als Oberarzt der allgemein-chirurgischen Abteilung beschäftigt war. Der Kläger entschied sich zu einer zementfreien Totalendoprothese. Dabei werden sowohl eine künstliche Hüftgelenkspfanne als auch ein künstlicher Hüftgelenkskopf eingesetzt, dessen Schaft ohne Einbringung von „Zement“ (= Kunststoff) in den Oberschenkelknochen eingesetzt wird und dort verwachsen soll. Bei der Operation vom 5. 10. 1999 wurde eine Schraubpfanne mit einem Metall-Inlay (= der mit dem Hüftkopf korrespondierende Gleitpartner im Pfannenbereich) eingedreht; statt mit einem üblichen Eingangswinkel von 40 bis maximal 50 ° wurde die Hüftpfanne jedoch mit einem solchen von 60 °, sohin wesentlich zu steil eingesetzt. Für den Hüftkopf wurde ein Schaft der Größe 7 verwendet. Schon fünf Tage nach der Operation trat beim Kläger eine Subluxation des Hüftgelenks auf, welche sich in der Folge mehrfach wiederholte. Diese Luxationen waren auf die Fehlpositionierung der Hüftgelenkspfanne zurückzuführen und hätten spätestens nach sechs Monaten zu einem Austausch des Pfanneninlays führen müssen. Bis zur Nachfolgeoperation vom 25. 1. 2000 kam es auch zu einem Einsinken des Schafts auf insgesamt 2,3 cm. Dieses Einsinken wäre anlässlich der Röntgenkontrolle vom 3. 1. 2000 erkennbar und bereits als gewichtiges Indiz für eine solche Schaftlockerung zu werten gewesen. Dennoch wurde der Kläger vor der Operation vom 25. 1. 2000 nur darauf hingewiesen, dass ein - wesentlich weniger Operationszeit in Anspruch nehmender - Inlaywechsel erfolgen werde. Keine Aufklärung erfolgte dahin, dass es Hinweise für eine Schaftlockerung

gebe und sich daher während der Operation die Notwendigkeit auch eines Schaftwechsels ergeben könnte. Im Zuge der zweiten Operation wurde nicht nur die Fehlstellung der künstlichen Gelenkspfanne korrigiert, sondern auch der nunmehr als locker erkannte Schaft durch einen solchen der Größe 9 ausgetauscht. Der Wechsel einer Operationslampe (ob vor oder nach dem Hautschnitt, kann nicht festgestellt werden) war weder für die postoperative abdominale Komplikation des Klägers noch für Lungenkomplikationen kausal. Der Kläger erlitt nach der Operation einen Darmverschluss aufgrund einer Darmlähmung, welche als unvermeidliche Nebenwirkung der Narkosemittel, verschärft durch die Adipositas des Klägers, eintrat. Die Lockerung des Schaftes war schicksalhaft und auf keinen Kunstfehler zurückzuführen gewesen. In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Auffassung, dass nur hinsichtlich der zu steil befestigten künstlichen Gelenkspfanne ein Kunstfehler passiert sei. Der Kläger habe daher nur Anspruch auf Ersatz des Schmerzensgeldes, welches anteilmäßig auf den Inlaywechsel gefallen sei. Die unzureichende Aufklärung vor der zweiten Operation sei unerheblich, weil sich der Kläger in jedem Fall auch zur erweiterten Operation entschlossen hätte. Mangels Dauer- und Spätfolgen sei das Feststellungsbegehren nicht berechtigt.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge, hingegen derjenigen des Klägers teilweise Folge und sprach diesem in Abänderung des Ersturteils insgesamt EUR 10.000 als angemessenes Schmerzensgeld zu und gab dem Feststellungsbegehren statt. Abweichend von den Feststellungen des Erstgerichtes traf es nach einer Beweiswiederholung im Wesentlichen noch folgende Feststellungen: Zwischen der ersten Operation und

der Folgeoperation kam es zu einem Einsinken des Schaftes bis zu 2,3 cm in den Markraum des Oberschenkelknochens des Klägers, womit eine erst intraoperativ wahrgenommene und wahrnehmbare Schaftlockerung verbunden war. Welche der möglichen Ursachen für den Wechsel des gelockerten Schafts bei der Folgeoperation letztlich verantwortlich waren, ist nicht feststellbar. Neben einem schicksalhaften schleichenden Infekt zwischen den beiden Operationen kommen als Ursache auch das hohe Gewicht des Klägers, aber auch auf den Schaft wirkende Rotationskräfte in Frage, die durch die festgestellten Luxationen hervorgerufen worden sein können, die ihre Ursache in dem zu steil eingesetzten Hüftpfanneninlay hatten. Letztlich ist aber nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellbar, welche der möglichen Ursachen für das Einsintern und Lockern des Schafts maßgeblich war. Die traumatisierende Zweitoperation des Klägers führte zu dessen Arbeitsunfähigkeit und zu einem gestörten Gangbild, welches insbesondere bei längeren Gehstrecken nur durch Verwendung eines Gehstocks bzw von Armstützkrücken ausgeglichen werden kann. Durch den Zweiteingriff kam es auch zu einer merklichen Insuffizienz der hüftgelenksnahen Muskeln, was ebenfalls als Dauerzustand zu betrachten ist. Während die Lungenkomplikationen des Klägers nicht auf die Operationen zurückzuführen sind, war der Darmverschluss und die damit verbundenen Schmerzen eine typische Folge der zweiten Operation.

Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass die von der Beklagten zu verantwortende Fehlanbringung des Pfanneninlays beim Kläger als Kunstfehler zu beurteilen sei, worin eine Vertragspflichtverletzung liege. Dem Kläger sei der Beweis

dafür gelungen, dass diese Fehlstellung zu Luxationen geführt habe. Da derartige Luxationen grundsätzlich geeignet seien, Rotationskräfte und somit eine Lockerung des Schaftes zu bewirken, sei dem Kläger auch der prima facie-Beweis für die Ursächlichkeit der aus dem Kunstfehler entstandenen Schäden gelungen. Für den Kausalitätsbeweis bei möglicherweise mit Behandlungsfehlern zusammenhängenden Gesundheitsschäden von Patienten sehe die Judikatur wegen der besonderen Schwierigkeit des exakten Beweises den Anscheinsbeweis als ausreichend an. Im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Vertragsverletzungen wegen ärztlicher Behandlungsfehler werde auch vom Grundsatz der Beschränkung der Beweislastumkehr auf die Verschuldensfrage abgewichen, weil dem zur Haftung herangezogenen Arzt bzw der Krankenanstalt die Mittel und die Sachkunde zur Gegenbeweisführung zur Verfügung stünden. Der Gegenbeweis, dass die Schäden des Klägers nicht auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen seien, sei der Beklagten nicht gelungen, sodass sie für die Schäden hafte. An Schmerzensgeld sei ein Betrag von EUR 10.000 angemessen, die festgestellten Dauerfolgen rechtfertigten das Feststellungsbegehren.

Das Berufungsgericht sprach zunächst aus, dass die Revision nicht zulässig sei, über Antrag der Beklagten änderte es seinen Spruch gemäß § 500a Abs 3 ZPO jedoch dahin ab, dass es die Revision für zulässig erkannte.

Entgegen diesem, den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Zulässigkeitsausspruch (*Zechner* in *Fasching/Konecny*² IV/1 § 508 ZPO Rz 10 mwN) ist die Revision der Beklagten mangels Aufzeigens einer erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig.

Zur Rechtsrüge:

Die Beklagte versucht - neben auch unter diesem Revisionsgrund geltend gemachten unzulässigen Beweisrügen - eine unrichtige Anwendung der von der Rechtsprechung aufgestellten Beweislastumkehrgrundsätze aufzuzeigen. Ein solches Abweichen liegt jedoch nicht vor. Den Beweis für die Verursachung des Schadens durch den in Anspruch genommenen Schädiger hat grundsätzlich der Geschädigte zu tragen, und zwar auch in den Fällen des § 1298 ABGB (JBl 1993, 316). Bei möglicherweise mit Behandlungsfehlern zusammenhängenden Gesundheitsschäden von Patienten sind allerdings wegen der besonderen Schwierigkeiten eines exakten Beweises an den Kausalitätsbeweis geringere Anforderungen zu stellen. Da der Kläger hier den Beweis für den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der Fehlanbringung der künstlichen Hüftpfanne, den Luxationen und dadurch bewirkten Rotationsbewegungen und einer dadurch möglichen Lockerung des Schaftes erbracht hat, konnte von ihm ein weitergehender Beweis nicht verlangt werden. Allein der Umstand, dass auch andere Ursachen in Frage kommen, entkräftet diesen prima-facie-Beweis noch nicht (vgl JBl 1993, 316). Ist aber sicher, dass die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts durch den ärztlichen Kunstfehler nicht bloß unwesentlich erhöht wurde (SZ 63/90), dann obliegt infolge der erwiesenen Vertragsverletzung (Kunstfehler) dem Schädiger der volle Beweis dafür, dass im konkreten Behandlungsfall das Fehlverhalten mit größter Wahrscheinlichkeit für den Schaden unwesentlich geblieben ist (vgl SZ 63/90 zum Kunstfehler der unterlassenen künstlichen Beatmung im Verhältnis zu möglichen organischen Ursachen für einen Herzstillstand). Die

Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes bewegt sich daher in dem von der Judikatur vorgegebenen Rahmen.

Die Geltendmachung angeblicher sekundärer Feststellungsmängel erweist sich inhaltlich als im Revisionsverfahren unzulässige und daher unbeachtliche Beweisrüge.

Zum Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit:

Das Berufungsgericht traf insbesondere aufgrund des Gutachtens Dris. Menapace die Feststellung, dass neben einer Infektion auch das Übergewicht des Klägers und durch die Fehlanbringung des Pfanneninlays bewirkte Luxationen als Ursache für die Schaftlockerung in Frage kommen (s ON 44). Wenn das Berufungsgericht die Annahme des Sachverständigen, dass ein Infekt die wahrscheinlichste Ursache sei, nicht teilte, liegt darin eine im Rahmen der Beweiswürdigung erfolgte Wertung eines Beweismittels. Eine solche Wertung kann aber nie eine Aktenwidrigkeit im Sinn des Gesetzes darstellen (RIS-Justiz RS0043277; RS0043256; RS0043421).

Zur Mängelrüge:

Auch unter diesem Revisionsgrund versucht die Beklagte aufzuzeigen, dass das Berufungsgericht im Rahmen der Beweislastverteilung von der Judikatur abgewichen sei. Wie schon zur Rechtsrüge ausgeführt, ist ein solcher Verstoß aber nicht erkennbar. Soweit die Revisionswerberin ausführt, dass ihr der Beweis für die höhere Wahrscheinlichkeit anderer Ursachen gelungen sei, liegt darin wiederum eine unzulässige Beweisrüge.

Die Beklagte rügte sowohl in ihrer Berufung als auch in der Berufungsbeantwortung die Unterlassung der Einholung eines „Obergutachtens“ als Verfahrensmangel. Ein solcher wurde vom Berufungsgericht (AS 18, 19 in ON 81)

ausdrücklich verneint und kann daher nicht erneut in der Revision geltend gemacht werden. Selbst wenn man das diesbezügliche Revisionsvorbringen dahin auslegen wollte, dass ein Fortwirken dieses Mangels durch die vom Berufungsgericht vorgenommene Beweiswiederholung geltend gemacht werde, läge in der Nichteinholung eines weiteren Gutachtens kein relevanter Verfahrensmangel: Nach der Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0040592, insbesondere [T5]) ist das Gericht nicht verpflichtet, bei allfälligen Widersprüchen zwischen einem Privatgutachten - selbst wenn dieser Gutachter generell gerichtlich beeidet ist - und dem Gutachten eines vom Gericht in einer bestimmten Rechtssache herangezogenen Sachverständigen einen weiteren Sachverständigen zu bestellen. Ob ein weiteres Sachverständigengutachten eingeholt werden soll, ist genauso eine Frage der Beweiswürdigung und daher nicht revisibel (RIS-Justiz RS0043320) wie diejenige, ob ein eingeholtes Gutachten die getroffenen Feststellungen rechtfertigt (RIS-Justiz RS0043163; 6 Ob 49/04f). Mangels Aufzeigens einer Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO erweist sich die Revision daher als unzulässig.

Die Revisionsbeantwortung des Klägers diene der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, weil darin auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen wurde. Der Kläger hat daher Anspruch auf Kostenersatz nach § 41, 50 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. Oktober 2005
Dr. R o h r e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: