

1. Patienten, Ärzte und Juristen¹

Die Weltgesundheitsorganisation beschreibt Gesundheit nicht als das Fehlen von Krankheit und Gebrechen, sondern als einen Zustand vollkommenen physischen, geistigen und sozialen Wohlbefindens. Die so verstandene **Gesundheit ist im Begriff, eine Dienstleistung zu werden**, die man auf dem Markt als Bestbieter erwerben will. Wo ein Markt entsteht, lassen sich Verträge, Rechtsansprüche und Gerichtsverfahren nicht vermeiden.

Als das Leben für die meisten Menschen noch kurz und qualvoll war, suchte man sein Heil im Jenseits. Im christlichen Abendland führte der Weg durch das irdische Jammertal in das Paradies, wo der geschundene menschliche Körper dem Höhenflug der Seele nicht mehr im Weg stehen würde. Dass Lahme wieder gehen und Blinde wieder sehen konnten, dass die Dämonen vertrieben wurden, war bloß ein Vorgeschmack auf das ewige Leben, ein göttlicher Gnadentakt, dem die „Götter in Weiß“ assistieren durften.

Der herrschende Zeitgeist (auch eine Art Dämon) hat die Kathedralen des 21. Jahrhunderts, in denen ernst und asketisch um das Heil gerungen wird, in das Fitnesscenter, die Apotheke und die Arztpraxis verlegt. Hier arbeitet der Wohlstandsbürger unter Einsatz all seiner Ressourcen am göttlichen Ebenbild, dem ewig jungen und gesunden **Gesamtkunstwerk aus Fleisch, Blut und „wellness“**.

Misslingt das Werk, will der in seinem Glauben an die irdische Erlösung enttäuschte Konsument den vermeintlichen **Rechtsanspruch auf einen gesunden Geist in einem gesunden Körper** durch Einschaltung von Rechtsanwalt und Richter durchsetzen.

Im Umgang mit Juristen entsteht aber gelegentlich der Eindruck, dass ihnen die **Fähigkeit zum selbstständigen Urteil** mehr und mehr entgleitet. Der italienische Humanistenjurist Francesco Guiccardini bedachte sie schon vor langer Zeit mit beißendem Spott und unverhüllter Geringschätzung:

1 Die in diesem Text verwendeten personenbezogenen Ausdrücke umfassen Frauen und Männer (vgl. Art IV Abs 1 Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz – RStDG). Um Buchstaben zu sparen, verwenden die Autoren meist das männliche Hauptwort.

„Die wertvolle Zeit, die sie eigentlich zum Überlegen benützen sollten, vertun sie beim Nachblättern in Büchern und ermüden damit ihren Körper und Geist, sodass ihre Tätigkeit mehr einem Handlangerdienst denn einer Wissenschaft gleicht.“²

Dieser von zwei Patienten (und Juristen) verfasste, aus Vorträgen vor Ärzten hervorgegangene Text ist betont schlank gehalten, um Körper und Geist nicht zu ermüden. Er will nicht die Rechthaberei und den Streit (das Alltagsgeschäft der Autoren) in das **Vertrauensverhältnis von Arzt und Patient** tragen, sondern bei Auftreten von typischen Konfliktsymptomen eine kleine juristische Hausapotheke sein.

2 *Merzbacher* in Propyläen Weltgeschichte VI (1964) 377.

2. Der Behandlungsvertrag

2.1 Der Vertragscharakter

Nimmt ein Patient ärztliche Hilfe in Anspruch, ist in der Regel weder ihm noch dem Arzt der dadurch zustande kommende Vertrag mit seinen detaillierten Rechten und Pflichten bewusst. Beide stimmen aber stets darin überein, dass der Arzt den Patienten sorgfältig medizinisch behandeln und der Patient (oder seine Krankenkasse) den Arzt dafür angemessen entlohnen soll. Da den Beteiligten also klar ist, dass sie durch ihr Verhalten Rechte erwerben und Pflichten übernehmen, kommt schon dadurch im Sinne der **gemäßigten Rechtsfolgentheorie** ein **Behandlungsvertrag** zustande³, der auch Elemente eines **Beratungsvertrags** enthält⁴, will der Patient vom Arzt seines Vertrauens doch meist auch eine persönliche Empfehlung. Nach herrschender Ansicht⁵ schließen der Patient (als Dienstgeber) und der Arzt (als freier Dienstnehmer) im Normalfall einen – im Gesetz nicht vorgezeichneten – **freien Dienstvertrag** ab, der formfrei durch bloße Willenseinigung der Vertragspartner zustande kommt, den Arzt nicht in wirtschaftliche Abhängigkeit geraten lässt⁶, im Zweifel gemäß § 1152 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) entgeltlich ist und in der Regel ohne besondere Aufklärungserklärung mit der Erbringung der Behandlungsleistung endet. Der Patient hat das vereinbarte Behandlungsentgelt zu zahlen, der Arzt hat den Patienten **persönlich, fachlich weisungsfrei und autonom** zu behandeln. Nur selten schuldet er ein bestimmtes Ergebnis (EKG-Befund, Prothese⁷,

3 *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) 108; *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ (2014) § 861 Rz 3; *Engljähringer*, Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 488 ff.

4 OGH 7 Ob 143/14a; 9 Ob 64/08i; 4 Ob 249/02z.

5 OGH 9 Ob 32/12i; 1 Ob 550/84; RIS-Justiz RS0021339; *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1166 Rz 15; *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I (1999) 53.

6 RIS-Justiz RS0021339.

7 RIS-Justiz RS0021338 (Elemente des Werkvertrages im zahnärztlichen Behandlungsvertrag).

Schutzimpfung, Labortest), immer muss er aber für fachgerechte und sorgfältige Heilbehandlung (**Prophylaxe, Diagnose, Therapie, Schmerzlinderung**) nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung (§ 49 Abs 1 ÄrzteG) und für eine ausreichende **Aufklärung und Beratung**⁸ des Patienten über Art, Schwere, Gefahren und schädlichen Folgen seiner Leiden und ihrer Behandlung sorgen⁹. Angesichts der **unvorhersehbaren Reaktionen des menschlichen Körpers** auf Heilbehandlungen wäre es eine unzumutbare Überforderung, dem Arzt die Verpflichtung zur Heilung aufzubürden, sodass das **Risiko des unverschuldeten Misserfolgs** einer Heilbehandlung der Patient trägt.¹⁰ Obwohl sie auf den ersten Blick einen bestimmten äußeren Erfolg zum Ziel haben, gilt das auch für kosmetische Operationen, weil auch bei ihnen der Erfolg von physiologischen und psychologischen Faktoren des Patienten abhängt, die der Arzt nicht von vornherein erkennen kann.¹¹

2.2 Die Vertragspartner des Patienten

2.2.1 Der freiberuflich tätige Arzt

Die **selbstständige** Ausübung des ärztlichen Berufs ist gemäß § 3 Abs 1 ÄrzteG ausschließlich Ärzten für Allgemeinmedizin und approbierten Ärzten sowie Fachärzten vorbehalten; sie darf gemäß § 52d ÄrzteG erst nach Abschluss und Nachweis einer **Berufshaftpflichtversicherung** aufgenommen werden. Der freiberuflich praktizierende Arzt ist gemäß § 49 Abs 2 ÄrzteG verpflichtet, seinen Beruf **persönlich und unmittelbar** auszuüben; nur zu untergeordneten – nicht gemäß § 2 Abs 2 ÄrzteG selbstständigen Ärzten vorbehaltenen – Verrichtungen darf er **Hilfspersonen** beiziehen, die nach seinen Anordnungen und unter seiner ständigen Aufsicht tätig werden. Berufsmäßig tätige Hilfspersonen (wie Ordinationsgehilfen) dürfen zu einfachen Hilfsdiensten (Unterstützung des Arztes bei Anlegen von Verbänden, Halten von Gliedmaßen, Vorbereitung und Zureichung von medizinischen Instrumenten, Bedienung medizinischer Apparate) herangezogen werden.¹² Nach Erteilung der erforderlichen Anleitung und Unterweisung kann der Arzt gemäß § 50a Abs 1 ÄrzteG im Einzelfall bestimmte ärztliche Tätigkeiten an **Angehörige** des Patienten, Personen, in deren Obhut der Pa-

8 OGH 7 Ob 143/14a.

9 OGH 9 Ob 52/12f; 9 Ob 39/12v; 7 Ob 233/00s; 1 Ob 532/94; RIS-Justiz RS0038176.

10 OGH 6 Ob 558/91; RIS-Justiz RS0021335.

11 OGH 6 Ob 558/91.

12 *Stellamor/Steiner*, *Arztrecht I*, 82.

tient steht, oder an Personen, die zum Patienten in einem örtlichen oder persönlichen Naheverhältnis stehen, übertragen. Er muss sich aber vergewissern, dass diese Personen „über die erforderlichen Fähigkeiten verfügen“ und sie gesondert darauf hinweisen, dass sie die Übernahme derartiger ärztlicher Tätigkeiten ablehnen dürfen.

Im Einzelfall darf der Arzt gemäß § 49 Abs 3 ÄrzteG ärztliche Tätigkeiten Angehörigen **anderer Gesundheitsberufe** übertragen, sofern sie in den Tätigkeitsbereich dieser Gesundheitsberufe fallen. Einer ärztlichen Aufsicht bedarf es dann nicht, wenn die Regelungen dieser Gesundheitsberufe keine ärztliche Aufsicht vorsehen. Die **Verantwortung für die Anordnung** der Übertragung der ärztlichen Tätigkeit bleibt beim Arzt; der Angehörige des medizinisch-technischen Dienstes trägt die **Durchführungsverantwortung**. Das Verbot jeder eigenmächtigen Heilbehandlung durch Angehörige eines medizinisch-technischen Dienstes umfasst neben der Behandlung von Patienten ohne deren Zustimmung auch die Anwendung medizinisch – technischer Maßnahmen ohne die erforderliche ärztliche Anordnung.¹³

Überweist der freiberuflich tätige Arzt den Patienten an einen **Facharzt**, der mit dessen Einwilligung die selbstständige Behandlung des Patienten übernimmt, kommt zwischen dem Spezialisten und dem Patienten ein eigener Behandlungsvertrag – im Rahmen des Fachgebietes des Spezialisten¹⁴ – zustande, an dem der überweisende Arzt nicht beteiligt ist. Er könnte in diesem Fall nur dafür haften, dass er einen ungeeigneten Facharzt ausgewählt hat.¹⁵

Beispiel¹⁶

Der beklagte **Dermatologe** vermutete in der Hautveränderung im Bereich des rechten Nasenflügels der Klägerin ein (bösartiges) Basaliom. Der Beklagte entnahm daher 1997, 2000 und 2001 je eine Gewebeprobe, die er zur Abklärung an das Labor eines **Pathologen** sandte, der stets eine gutartige Hautveränderung diagnostizierte. Alle drei Befunde aus dem Labor waren allerdings unrichtig; in jeder Probe waren Spuren eines basaloiden Tumors zu erkennen. Letztendlich mussten der Klägerin (auch gesunde) Teile des rechten Nasenflügels entfernt werden. Die infolge der falschen Befunde des Pathologen verspätet erfolgte Behandlung der Klägerin verlangte einen ausgedehnten operativen Eingriff, der bei richtiger histologischer Befundung nicht notwendig gewesen wäre.

13 OLG Wien 7 Ra 54/10b (Anwendung von Kontrastmitteln durch radiologisch-technischen Dienst).

14 RIS-Justiz RS0121415.

15 *Stellamor/Steiner*, *Arztrecht* I, 54.

16 OGH 7 Ob 136/06k.

Falls nicht besondere Umstände vorliegen, umfasst der **Behandlungsvertrag nur das Fachgebiet des jeweiligen Facharztes**, der gemäß § 31 Abs 3 ÄrzteG verpflichtet ist, seine fachärztliche Berufstätigkeit auf sein Sonderfach zu beschränken. Wenn der Patient an einen selbstständigen Facharzt überwiesen wird, kommt ein Behandlungsvertrag zwischen diesem Arzt und dem Patienten zustande. Dies gilt nicht nur, wenn der Patient die Ordination oder das Labor des Arztes, an den er überwiesen worden ist, zur fachspezifischen Untersuchung (Blutabnahme, Röntgen) aufsucht, sondern auch dann, wenn der überweisende Arzt **Gewebeprobe direkt an den Pathologen** zur Begutachtung sendet. In diesem Fall möchte der Arzt nämlich kein Subgutachten auf eigene Rechnung in Auftrag geben, sondern er handelt als (offener) Stellvertreter des Patienten. Durch die auf dem Arztthilfeschein vermerkte Diagnose wird **kein „Subauftrag unter Oberleitung des überweisenden Arztes“** erteilt, sondern nur der Grund der Überweisung genannt. Der Facharzt, an den überwiesen wurde, entscheidet selbstständig über die Leistungen in seinem Fachgebiet. Aus diesen Gründen besteht keine Erfüllungsgehilfenhaftung (§ 1313a ABGB) des überweisenden Arztes für das schuldhafte und den Schaden verursachende Verhalten des Arztes, an den er den Patienten überwiesen hat.

Auch wenn der behandelnde Arzt **mit ausdrücklicher oder stillschweiger Zustimmung des Patienten einen Konsiliararzt** beizieht, kommt zwischen dem Patienten und dem Konsiliararzt ein eigener Behandlungsvertrag zustande.¹⁷ Ein Arzt, der seine Diagnose erkennbar auf das Fachwissen eines anderen (spezialisierten) Arztes stützt, den der Patient beizieht, haftet für diesen regelmäßig nicht.¹⁸ Ohne Zustimmung des Patienten entsteht bloß ein Vertrag zwischen den beiden Ärzten.¹⁹

Lässt sich der freiberuflich tätige Arzt während seiner Abwesenheit (Urlaub, Krankheit) von einem anderen Arzt vertreten, sollte er zur Haftungsvermeidung das **Vertretungsverhältnis für den Patienten erkennbar offenlegen**: Ein abwesender Kassenvertragsarzt haftet für ein Fehlverhalten des in seinem Auftrag in seiner Ordination tätigen Vertreters als Erfüllungsgehilfen, wenn der Patient über den Vertretungsfall nicht aufgeklärt wird und deshalb nach seinem Erkenntnishorizont den Eindruck gewinnen muss, vom (tatsächlich abwesenden) Ordinationsinhaber oder zumindest innerhalb seines zivilrechtlichen Verantwortungsbereichs behandelt zu werden.²⁰

17 OGH 7 Ob 136/06k; RIS-Justiz RS0115996.

18 Vgl OGH 2 Ob 125/12i.

19 OGH 7 Ob 136/06k; 3 Ob 237/00z; RIS-Justiz RS0115996; *Stellamor/Steiner*, *Arztrecht I*, 54, heben hervor, dass sich die Schutzwirkung aus dem Vertrag zwischen den beiden Ärzten auf den Patienten erstrecken und der Konsiliararzt als Erfüllungsgehilfe des behandelnden Arztes angesehen werden könnte.

20 RIS-Justiz RS0123061.