



DISSERTATION

Titel der Dissertation

Rechtliche Fragen in der Intensivmedizin

Verfasserin

Mag. iur. Kathrin Adamer

angestrebter akademischer Grad

Doctor iuris (Dr. iur.)

Wien, im Dezember 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A >083 101<
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Ehrenwörtliche Erklärung

Hiermit versichere ich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe, dass alle Stellen der Arbeit, die wörtlich oder sinngemäß aus anderen Quellen übernommen wurden, als solche kenntlich gemacht sind und dass die Arbeit in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt wurde.

Wien, Dezember 2010

Mag. Kathrin Adamer

Danksagung

Diese Seite widme ich all jenen Menschen, ohne die diese Arbeit nie in dieser Form zustande gekommen wäre.

Mein besonderer Dank gilt meinem Mann Mag. DDr. Dieter Nell sowie unserem Sohn Tobias für die außergewöhnliche Rücksichtnahme, Geduld und Unterstützung, die sie mir, wie auch schon während des Diplomstudiums, im Doktoratstudium entgegen gebracht haben.

Danke, dass ihr stets an mich geglaubt und mich motiviert habt, mich aber auch immer wieder ermahnt habt, neben all den rechtlichen Fragen nicht die wirklich wichtigen Dinge im Leben aus den Augen zu verlieren.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei dem Betreuer und Erstbegutachter der Arbeit Herrn Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal, für die Übernahme der Betreuung und Begutachtung sowie bei Herrn Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki für die Übernahme der Zweitbegutachtung.

Ich widme diese Arbeit meinem leider zu früh verstorbenen Vater
Franz Adamer.

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Grundlagen der Untersuchung	1
Kapitel 1: Allgemeines	1
1. Einleitung.....	1
2. Ziel der Untersuchung	2
3. Begriffserklärungen	2
4. Historische Entwicklung.....	3
Kapitel 2: Rechtliche Grundlagen	6
1. Nationales Recht	6
1.1. Krankenanstaltenrecht	6
1.2. Kompetenzrechtliche Einordnung	7
1.2.1. Ausgangslage.....	7
1.2.2. Auslegung des Kompetenztatbestandes	8
1.2.3. Für und Wider der derzeitigen Kompetenzlage	9
2. Überstaatliche Normen.....	11
2.1. Unionsrechtlicher Rahmen.....	11
2.1.1. Historische Entwicklung	11
2.1.2. Aktuelle Rechtslage.....	14
2.2. Sonstiges Völkerrecht	15
Kapitel 3: Intensivstation.....	16
1. Organisation	16
1.1. Bereitstellung von Intensivstationen.....	16
1.2. Art 15a-Vereinbarung.....	20
2. Der Österreichische Strukturplan Gesundheit (ÖSG)	21
2.1. Allgemeines	21
2.2. Rechtsnatur des ÖSG.....	21
2.3. Verbindlichkeit der LKAP	22
2.3.1. Ausgangslage.....	22
2.3.2. Zusammenfassung.....	24

2.4. Aufbau des ÖSG.....	24
2.4.1. Planungsrichtwerte.....	24
2.4.2. Strukturqualitätskriterien (SQ).....	26
2.4.2.1. Allgemeines.....	26
2.4.2.2. Qualifikation der Ärzte.....	28
2.4.2.3. Qualifikation des Pflegepersonals.....	30
2.5. Divergierende Regelungen im KAKUG.....	30
2.6. Sanktionen der Nichteinhaltung der SQ.....	35
2.6.1. Sanktionen finanzieller Natur.....	35
2.6.1.1 FondsKA.....	35
2.6.1.2 Private KA.....	35
2.6.2. Zurücknahme von Errichtungs- und Betriebsbewilligung.....	36
3. Finanzierung.....	37
3.1. Fondskrankenanstalten.....	37
3.2. Private KA.....	37
3.3. LKF - Modell 2010: Intensivbereich.....	38
Teil II: Ansprüche des Patienten in der Intensivmedizin.....	43
Kapitel 4: Welche Behandlung wird geschuldet?.....	43
1. Fallgruppen.....	43
1.1. Allgemeine Gebührenklasse.....	43
1.2. Sonderklasse.....	43
1.3. Selbstzahler.....	43
2. Vertragsgrundlage für Patienten mit Krankenversicherung.....	44
2.1. Allgemeines.....	44
2.2. Rechtsnatur des Krankenhausaufnahmevertrags.....	45
2.3. Leistung aus dem Krankenhausaufnahmevertrag.....	47
2.3.1. Einleitung.....	47
2.3.2. Krankenanstaltenrechtliche Bestimmungen.....	48
2.3.3. Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen.....	52
2.3.4. Zusammenfassung.....	56
2.4. Finanzierung von Spitzenmedizin.....	58
3. Sonderklassepatient.....	61
3.1. Rechtsfolgen bei nachträglicher Unmöglichkeit.....	62

3.2. Krankenhauskostenversicherung.....	62
4. Selbstzahler.....	64
 Kapitel 5: Sonderklasse und Intensivmedizin	65
1. Sonderklasse in der Intensivstation?	65
1.1. Allgemeines	65
1.2. Der Sonderklassebegriff im KAKuG.....	67
1.3. (Versprochener) Leistungsumfang Sonderklasse	68
1.4. Sondergebühren	69
1.4.1. Definition	69
1.4.2. Anstaltsgebühren	69
1.4.3. Arztgebühr.....	71
1.4.3.1. Allgemeines	71
1.4.3.2. Arztgebühr auf der Intensivstation?	73
1.4.3.2.1. Der Intensivmediziner als Substitut?	76
1.4.3.2.2. Der Intensivmediziner als Erfüllungsgehilfe?.....	79
2. Honorarberechtigung nach § 46 KAKUG.....	81
 Teil III: Willensbildung in der Intensivmedizin.....	86
 Kapitel 6: Einwilligungsunfähige Patienten	86
1. Einleitung.....	86
1.1. Allgemeines	86
1.2. Einwilligung und die Fähigkeit dazu	87
2. Notfallregelungen und Sonderfälle	91
2.1. Gefahr im Verzug.....	91
2.2. Mutmaßliche Einwilligung	93
2.3. Die lex specialis des § 146 ABGB für Minderjährige.....	94
2.3.1. § 146 Abs 1 ABGB	94
2.3.2. § 146 Abs 2 ABGB	95
2.3.3. Verhältnis Einwilligung – Abschluss des Behandlungsvertrages...	96
3. Die Patientenverfügung	98
3.1. Einleitung	98
3.2. Zielsetzung	99
3.3. Anwendungsbereich	101
3.3.1. Inhaltlich	101

3.3.2. Persönlich.....	103
3.4. Form	105
3.4.1. Verbindlich od beachtlich	105
3.4.2. Bestimmtheit.....	106
3.4.3. Ärztliche Aufklärung	107
3.5. Verbindlich oder beachtlich im Notfall.....	108
3.6. Unwirksamkeit.....	112
3.6.1. Allgemeines.....	112
3.6.2. Geänderte Verhältnisse.....	112
3.6.3. Widerruf.....	113
3.6.4. Kopien	115
3.7. Exkurs: Internationales Privatrecht	116
3.8. Zusammenfassung	118
4. Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten	119
4.1. Allgemeines	119
4.2. Voraussetzungen	121
4.3. Allgemeine zivilrechtliche Vollmacht	122
4.4. Sachwalterbestellung trotz qualifizierter Vorsorgevollmacht?	123
4.5. Ausübungsschutz.....	124
4.6. Vertrauensschutz für den (Intensiv-) Mediziner?	124
4.7. Aufklärung des Vorsorgebevollmächtigten.....	127
4.8. Erlöschen der Vorsorgevollmacht	128
4.8.1. Widerruf.....	128
4.8.2. Tod.....	130
4.9. Verhältnis Vorsorgevollmacht – Patientenverfügung	131
5. Sachwalterschaft	132
5.1. Allgemeines	132
5.2. Bereits besachwalterter Patient	132
5.3. Schwerwiegende Behandlungen.....	133
5.3.1. Second Opinion.....	133
5.3.2. Verweigerung der Zustimmung	135
5.4. Aufklärung des Sachwalters	135
6. Mutmaßlicher Patientenwille und Behandlungsabbruch.....	136
6.1. Ausgangslage	136
6.2. OGH 7.7.2008, 6 Ob 286/07p	139
6.3. Zusammenfassung	141

Kapitel 7: Sterbehilfe	143
1. Einleitung.....	143
2. Strafrechtliche Bestimmungen.....	145
3. Aktive und passive Sterbehilfe	146
3.1. Aktive Sterbehilfe	146
3.1.1. Direkte aktive Sterbehilfe	146
3.1.2. Indirekte aktive Sterbehilfe	147
3.2. Passive Sterbehilfe	148
Teil IV: Resümee.....	150
Anhang:.....	153
Konsensuspapier der Intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs:	153
Empfehlungen zum Thema Therapiebegrenzung und –beendigung an Intensivstationen.....	153
Literaturverzeichnis	159
Abstract.....	172
Curriculum Vitae.....	174

Rechtliche Fragen in der Intensivmedizin

Teil I: Grundlagen der Untersuchung

Kapitel 1: Allgemeines

1. Einleitung

Die Intensivmedizin war und ist in vielen Bereichen der Medizin die Voraussetzung für Forschung und Fortschritt¹. Es gibt wohl kaum ein Gebiet der modernen Medizin, das in den letzten 50 Jahren eine schnellere Entwicklung genommen hat als die Intensivmedizin. Auf keiner anderen Abteilung eines Krankenhauses sind schwere Erkrankungen so gut beherrschbar, können immer größere und ausgedehntere operative Eingriffe an immer schwerer erkrankten Patienten² optimal überwacht und versorgt werden als an der Abteilung für Anästhesie und Intensivmedizin.

Heutzutage verfügen nahezu alle Krankenhäuser über eine Intensivstation oder eine postoperative Überwachungsstation. Besonders ausgebildete Intensivmediziner und Pflegepersonen bedienen hochentwickelte medizinisch-technische Apparaturen und kümmern sich um Patienten, die sich größtenteils ohne, oder im Zustand getrübteten Bewusstseins befinden. Aufgrund der besonders schweren Erkrankungen und schlechten Allgemeinzustände, mit welchen Patienten auf einer Intensivstation aufgenommen werden, ergeben sich oft Akutsituationen, in

¹ Steinbereithner/Bergmann (Hrsg), Intensivstation, Intensivpflege, Intensivtherapie² (1984) 57ff.

² Aus Gründen der Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Nennung der weiblichen und männlichen Form verzichtet und nur die männliche Form verwendet.

denen Ärzte und Pflegepersonal rasch und optimal vernetzt handeln und entscheiden müssen. Intensivteams sind besonders großem Stress ausgesetzt³.

2. Ziel der Untersuchung

Die „Verrechtlichung“ hat längst in die Medizin Einzug gehalten. In der Intensivmedizin, wo die technische Entwicklung besonders rasch vor sich geht, wo man sich immer rascher neuartiger Methoden zur Behandlung schwerst kranker Patienten bedient, stellen sich immer mehr neue Rechtsfragen, die vom Gesetzgeber wegen der Schnellebigkeit nicht ausdrücklich geregelt werden können. Ziel meiner Untersuchung soll es sein, einen Beitrag zur Klärung rechtlicher Fragen in der Intensivmedizin auf Basis der rechtlichen Bestimmungen zu leisten. Ausgewählte Fragen des Komplexes Intensivmedizin und Intensivstation sollen aus verfassungs-, verwaltungs-, straf-, zivil- sowie sozialrechtlichem Blickwinkel beleuchtet werden. Die Auswahl erfolgte dabei nach zwei Kriterien: zum einen wurden Fragen ausgewählt, die bisher zwar im allgemeinen Bereich der Medizin schon eine Aufarbeitung erfahren haben, aber in dieser speziellen Sparte der Medizin noch keine tiefgreifende Untersuchung stattfand, zum anderen solche, bei denen zwar schon intensive Diskussionen stattfanden, rezente Entwicklungen aber eine erneute Untersuchung zweckmäßig erscheinen lassen.

3. Begriffserklärungen

Beim Studium der Literatur trifft man auf vielfach voneinander abweichende Definitionsversuche für die Begriffe Intensivmedizin, Intensivtherapie, Intensivbeobachtung. Nach *Steinbereithner/Bergmann*⁴ ist der Begriff Intensivmedizin überall dort anzuwenden, wo ein über die Norm hinausgehendes Maß an medi-

³ *Kantner-Rumplmaier/Lorenz*, Stress und Burnout auf Intensivstationen, *Intensivmed* (2009), 46:330-370: *Kantner-Rumplmaier/Lorenz* zitieren Studien, wonach sich zwischen 10 und 25% der Ärzte und des Pflegepersonals von Intensivstationen im Vollbild eines Burnout-Syndroms befinden, bis zu 46,5% des Intensivpersonals sind demnach Burnout gefährdet.

⁴ *Steinbereithner/Bergmann*, Intensivstation, Intensivpflege, Intensivtherapie² (1984) 2.

zinischem Aufwand bei Schwerstkranken betrieben wird. Der Begriff der Intensivmedizin ist damit der Intensivbeobachtung und der Intensivtherapie übergeordnet und kann daher sowohl in einer Krankenanstalt, in den dafür vorgesehenen „Intensivstationen“ (Überbegriff für Krankenhaus-Spezialeinheiten, in denen Intensivmedizin betrieben wird), als auch im präklinischen Bereich - also im Notarztwagen - verwendet werden. Ich möchte mich in dieser Arbeit hauptsächlich der Intensivmedizin widmen, die in Krankenanstalten erbracht wird.

*Pschyrembel*⁵ versteht unter Intensivmedizin die Behandlung mit den bestmöglichen räumlichen, personellen und apparativen Voraussetzungen zur Überwachung und Therapie von Patienten mit lebensbedrohlichen Erkrankungen oder Komplikationen unter Anwendung aller therapeutischer Möglichkeiten, dh auch den temporären Ersatz gestörter oder ausgefallener Organfunktionen (zB durch Beatmung od Hämodialyse) bei gleichzeitiger Behandlung des diese Störung verursachenden Grundleidens; das schließt auch die Überwachung potentieller Intensivbehandlungspatienten mit ein. Als Ziel nennt *Pschyrembel* die Wiederherstellung der Funktion lebenswichtiger Organsysteme, um ein weiteres Leben unter tragbaren Bedingungen zu gewährleisten.

4. Historische Entwicklung

Ein Akutspital ohne zumindest eine Intensivstation ist heute nicht mehr vorstellbar. Die Betreuung Schwerstkranker mit allen Mitteln ist aber nicht in der Tradition unserer westlichen Medizin gelegen. Im Gegenteil, so mancher antiker Arzt empfahl, sich bei infauster Prognose zurückzuziehen, damit der tödliche Ausgang der Krankheit nicht dem Arzt angelastet werden kann⁶. Schon Hippokrates definiert die Medizin in seiner Schrift „Peri Technes“ als „die Kunst, die Kranken von ihren Leiden ganz zu befreien, die Heftigkeit von Krankheiten zu mildern, sich aber von der Behandlung derjenigen ganz fern zu halten, die schon von der Krankheit überwältigt sind.“

⁵ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch²⁵⁷ (1994) 728.

⁶ *Ackerknecht*, Geschichte der Medizin⁴ (1979) 60.

Für das Christentum war es die höchste Pflicht der Nächstenliebe sich Schwerstkranker und Sterbender anzunehmen⁷, auch wenn dies nur deshalb geschah, um rechtzeitig den Priester zu holen. Fortschritte der Anästhesie zur Zeit der Aufklärung führten zu immer größeren Operationen und damit auch zur Notwendigkeit, diese Patienten postoperativ in einer Aufwachstation zu überwachen.

1930 errichtete der deutsche Chirurg Sauerbruch eine Wachstation für Frischoperierte an der Charité in Berlin⁸. Die Betreuung der Patienten erfolgte zunächst hauptsächlich durch das Pflegepersonal. Die weltweit erste interdisziplinäre Intensivstation wurde auf Betreiben des aus Wien stammenden Anästhesisten Peter Safar⁹, der bereits in den 50er Jahren die Mund-zu-Mund Beatmung propagierte, im City Hospital in Baltimore eingerichtet.

Die Ära der Intensivmedizin in Österreich begann Ende der 50er Jahre. Die erste interdisziplinäre Intensivstation wurde im September 1963 im Alten Wiener Allgemeinen Krankenhaus (Station 41) eröffnet¹⁰. Sie war eine der ersten ihrer Art in ganz Mitteleuropa. In einer leer stehenden ehemaligen Unfallambulanz der I. Chirurgischen Klinik wurde durch die Anästhesisten R. Kucher und K. Steinbereithner eine Intensivpflegestation mit elf Betten errichtet. Es gab zwei EKG-Monitore und drei Beatmungsgeräte, welche mit großen unter den Betten liegenden Sauerstoffbomben betrieben wurden. Sehr bald wurde von K. Steinbereithner in Wien die Wichtigkeit der Ausbildung des Intensivpflegepersonals erkannt und durch die Errichtung von Sonderausbildungskursen in Intensivpflege am Wiener AKH in die Praxis umgesetzt. Diese Kurse wurden in weiterer Folge auch in den anderen Bundesländern angeboten und sind heute ein wichtiger Garant für die Qualität der Intensivmedizin in Österreich. 2008 gibt es ös-

⁷ *Ackerknecht, Geschichte der Medizin*⁴ (1979) 85.

⁸ *Ärzteweche* 24/2004; *Medical Tribune* 09/2007.

⁹ *Kucher/Steinbereithner, Intensivstation, Intensivpflege, Intensivtherapie* (1972) 3 (4).

¹⁰ *Ärzteweche* 24/2004; dazu und zur Entwicklung in Europa siehe *Kucher/Steinbereithner, Intensivstation, Intensivpflege, Intensivtherapie* (1972) 4.

terreichweit 2218 Intensivbetten¹¹ in 361 Intensivüberwachungs- bzw Intensiv-
behandlungseinheiten¹².

¹¹ Tatsächlich aufgestellte Betten (TBETT), die im Berichtsjahr im Jahresdurchschnitt oder min
sechs Monate aufgestellt waren, unabhängig davon, ob sie belegt waren (Funktionsbetten, wie
zB Dialysebetten od post-operative Betten im Aufwachraum zählen nicht dazu). Systemisierte
Betten (SBETT) sind Betten, die durch sanitätsbehördliche Bewilligung festgelegt sind. Für In-
tensivüberwachungs- und -behandlungseinheiten waren dies im Jahr 2008 2295.

¹² *Bundesministerium für Gesundheit*, Krankenanstalten in Zahlen (2008) Tabelle 014.2 bzw
014.3 (abrufbar unter:
<http://bmgf.cms.apa.at/cms/site/standard.html?channel=CH0786&doc=CMS1226916396155>).

Kapitel 2: Rechtliche Grundlagen

1. Nationales Recht

1.1. Krankenanstaltenrecht

Da eine Intensivstation immer in eine Krankenanstalt¹³ sowohl räumlich als auch organisatorisch eingebunden ist, sind ihre rechtlichen Rahmenbedingungen im Krankenanstaltenrecht geregelt. Das Bundes-KAKuG¹⁴ enthält in seinen Hauptstücken A und B des I. Teils grundsatzgesetzliche Regelungen über den Begriff, die Errichtung und den Betrieb von Krankenanstalten. In den Hauptstücken C und D folgen Sonderbestimmungen über öffentliche und private Krankenanstalten. Hauptstück E enthält gemeinsame Bestimmungen und die Regelungen über die Kuranstalten. Im II. Teil findet sich fugitives unmittelbar anwendbares Bundesrecht, insb Bestimmungen über die Medizinische Universität (A), die Krankenanstaltenfinanzierung (D), die sanitäre Aufsicht (E), die Organentnahme zu Transplantationszwecken (F) sowie begleitende zivilrechtliche Normen (B, G). Regelungstechnisch enthält das KAKuG organisationsrechtliche Vorgaben für Krankenanstaltenträger, Bestimmungen über Aufsichtsrechte und behördliche Genehmigungen sowie materiellrechtliche Regelungen in Bezug auf die Leistungserbringung und die Finanzierung. Die Länder haben in den Ausführungsgesetzen im grundsatzfreien Raum oft noch weitergehende Regelungen erlassen.

In Fragen zum Krankenanstaltenrecht möchte ich darauf hinweisen, dass sich diese Arbeit auf das Bundesgrundsatzgesetz, das KAKuG beschränkt; nur dort, wo Abweichungen bestehen (sei es in Hinsicht auf besondere Regelungen oder

¹³ Im Sinne des § 2 KAKuG; dies kann idZ eine Allgemeine Krankenanstalt, eine Sonderkrankenanstalt oder ein Sanatorium sein.

¹⁴ Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG) BGBl 1957/1 idF BGBl I 2010/61.

auch auf fehlerhafte Ausführungsbestimmungen) werden auch die Landesausführungsgesetze dargestellt.

Auf Krankenanstalten finden neben dem Krankenanstaltenrecht noch zahlreiche andere Rechtsvorschriften Anwendung wie Berufsrecht, Arbeits- und Dienstrecht einschließlich dem Krankenanstalten-Arbeitszeitrecht.

1.2. Kompetenzrechtliche Einordnung

1.2.1. Ausgangslage

In der Verfassung findet sich das „Gesundheitswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG) als Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung, jedoch mit Ausnahme der „Heil- und Pflegeanstalten“ (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG), die bis auf die beim Bund verbleibende sanitäre Aufsicht, kompetenzrechtlich abweichend zugeordnet wurden. Nach Art 12 B-VG ist der Bund nur für die Grundsatzgesetzgebung, die Länder hingegen für die Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung zuständig¹⁵. Das ausschließlich anzuwendende Recht für die Vollziehung ist daher das Landesausführungsgesetz. Da es so zu neun verschiedenen, teils erheblich abweichenden Krankenanstaltengesetzen¹⁶ kommt, ist es nicht verwunderlich, dass immer wieder die Forderung nach einer einheitlichen Kompetenzgrundlage für den Bund gestellt wird.¹⁷

¹⁵ Siehe *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷ (2007) Rz 244ff. Zur Abgrenzung Grundsatz- und Ausführungsgesetz siehe VfSlg 17.232/2004, wonach Regelungen, die ihrem Inhalt nach unmittelbar anwendbar sind, wenn sie in das Ausführungsgesetz übernommen werden, nur zulässig sind, wenn die Regelungen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung betreffen und daher eine für das gesamte Bundesgebiet einheitliche Regelung vonnöten ist. Dies trifft auf das Gebiet der Krankenanstaltenfinanzierung und -planung zu.

¹⁶ Burgenländisches KrankenanstaltenG 2000 - bglid KAG (bglid LGBl 2000/52 idF 2005/82); Kärntner Krankenanstaltsordnung 1999 - K-KAO (Krnt LGBl 1999/26 [WV] idF 2008/16); NÖ KrankenanstaltenG 1974 – NÖ KAG 1974 (nÖ LGBl 9440-0 idF 9440-27); Oö KrankenanstaltenG 1997 – Oö KAG 1997 (oö LGBl 1997/132 [WV] idF 2006/122); Salzburger KrankenanstaltenG 2000 – S-KAG (sbg LGBl 2000/24 [WV] idF 2008/34); Steiermärkisches KrankenanstaltenG 1999 – KALG (stmk LGBl 1999/66 [WV] idF 2006/145); Tiroler KrankenanstaltenG – Tir KAG (Tir LGBl 1958/5 idF 2008/54); (Vorarlberger) SpitalG – SpG (Vbg LGBl 2006/54 idF 2008/67); Wiener KrankenanstaltenG 1987 – Wr KAG (Wr LGBl 1987/23 [WV] idF 2008/21);

¹⁷ So schon (1990!) *Schrammel*, ZAS 1990, 109.

1.2.2. Auslegung des Kompetenztatbestandes

Bei der Auslegung des Kompetenztatbestandes „Heil- und Pflegeanstalten“ mit Hilfe der Versteinerungstheorie wird man va auf das KAG 1920 zurückgreifen¹⁸. Neben Organisationsrecht sowie rechtliche Rahmenbedingungen der ärztlichen Behandlung fallen auch Maßnahmen, die mit dem Betrieb der Krankenanstalt in Zusammenhang stehen¹⁹, unter Art. 12 B-VG. Regelungen der Leistungserbringung fallen ebenso unter Art. 12 B-VG, va die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Patient und Anstalt einschließlich der Patientenrechte und der Behandlungseinwilligung im stationären Bereich²⁰. Auch die Regelungen der Kostenersätze und Gebühren seitens der Patienten²¹, die Parteistellung im krankenanstaltenrechtlichen Genehmigungsverfahren²² und die Rechtsbeziehungen Krankenanstalt – Sozialversicherungsträger²³, fallen in den Kompetenzbereich von Art 12 B-VG.

Berufsrechtliche Bestimmungen sind dagegen ebenso wie Regelungen über die Dienstpflichten des Personals nicht von den Angelegenheiten der Heil- und Pflegeanstalten erfasst²⁴. Die Kompetenz für die Regelungen der Dienstpflichten richten sich bei privaten Trägern nach der Zivilrechts- und Arbeitsrechtskompetenz, bei Gebietskörperschaften nach der Dienstrechtskompetenz des Bundes gem Art 10 Abs 1 Z 16²⁵ oder der Länder gem Art 21 B-VG.

¹⁸ Ausführlich dazu *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I² (2007) 479.

¹⁹ VfSlg 16.295/2001, wonach auch Regelungen der Werbung in Bezug auf Tätigkeiten der Krankenanstalt, in die Krankenanstaltenkompetenz fallen.

²⁰ VfSl 10.066/1984, wonach diese Regelungen Art 12 B-VG und nicht dem Zivilrechtswesen Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG zuzuordnen sind.

²¹ VfSlg 9800/1983, 10.066/1984.

²² VfSlg 8232/1978.

²³ VfSlg 12.470/1990.

²⁴ VfSlg 4093/1961, wonach die Regelungen über die berufsrechtlichen Qualifikationen nicht unter Art 12 B-VG fallen, sehr wohl aber die Pflicht in der Krankenanstalt nur qualifiziertes Sanitätspersonal zu beschäftigen.

²⁵ Daher konnte lt VfGH § 46 Abs 1 KAKuG als unmittelbares Bundesrecht erlassen werden; siehe Kap 5.2.

Die Gesamtheit der auf eine Krankenanstalt bezogenen Rechtsvorschriften stellt eine Querschnittsmaterie dar, wengleich der Kernbereich von Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG umfasst ist.

1.2.3. Für und Wider der derzeitigen Kompetenzlage

Es ist durchaus argumentierbar, dass der politische Wettbewerb zwischen den einzelnen Ländern, den Landrechtsordnungen und dem Bund, positive Aspekte mit sich bringt und ein wesentliches Merkmal des Bundesstaates ist. So entstehen in den Ländern oft unterschiedlichste Lösungsmodelle und die besten ihrer Art übernehmen oft eine Art „Vorbildfunktion“, wonach dann idealerweise alle anderen Länder streben, um auch die bestmögliche Sachlösung zu erlangen.

Darüber ist die Akzeptanz der Normen breiter, wenn man den Ländern Mit- bzw Teilkompetenzen gibt. Nicht zuletzt ist das Subsidiaritätsprinzip in Artikel 3b Abs 3 des Vertrages über die Europäische Union ausdrücklich verankert und sind die nationalen Parlamente zur Achtung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips angehalten.

Tatsache ist aber auch, dass gemessen am BIP die Ausgaben für Gesundheit in Österreich von 1997 – 2007 zwischen 9,8% und 10,4% lagen.²⁶ Rund 40% der Gesundheitsausgaben wurden 2007 für die stationäre Versorgung ausgegeben²⁷; damit befindet sich Österreich nach Italien, Frankreich und der Schweiz im europäischen Spitzenfeld.²⁸

Die derzeitige Kompetenzverteilung im Krankenanstaltenrecht ist geregelt durch ein Bundesgrundsatzgesetz (KAKuG) und teilweise unmittelbar anwendbares Bundesrecht sowie durch neun verschiedene Landeskrankenanstaltengesetze. Eng mit dem Krankenanstaltenwesen verbunden ist noch das Sozialversiche-

²⁶ Quelle: Statistik Austria, Gesundheitsausgaben Österreich lt. System of Health Accounts (OECD) 1990 – 2007.

²⁷ Quelle: Statistik Austria, Gesundheitsausgaben Österreich lt. System of Health Accounts (OECD) 1990 – 2007.

²⁸ Siehe IHS, Effizienz im Gesundheitswesen in RdM 2008/10.

rungswesen zu berücksichtigen,²⁹ welches gem Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG Bundesangelegenheiten in Gesetzgebung und Vollziehung ist.

Eine solche Kompetenzverteilung führt zu einer verstrickten und komplexen Organisation sowie zu schwerfälligen Entscheidungsstrukturen, Intransparenz in der Finanzierung und sehr hohen Kosten.

Eine einheitliche, sektorenübergreifende Planung des Leistungsangebotes im intra- und extramuralen Bereich des Gesundheitswesens ist nicht möglich, da auch der Österreichische Strukturplan Gesundheit³⁰ nicht unmittelbar anwendbar ist und die Regionalen Strukturpläne Gesundheit der Länder nicht einheitlich sind.

Der Rechnungshof fordert in seinem Positionspapier³¹ „Vorschläge des RH zur Verwaltungsreform und zum Bürokratieabbau“ ua ausdrücklich eine Neuregelung der Kompetenzen für das Gesundheitswesen im B-VG. BM Stöger äußerte sich dazu im Forum Alpbach 2010: „Es ist erlaubt, darüber nachzudenken, ob es in der kleinen Republik notwendig ist, zehn unterschiedliche Krankenanstaltengesetze zu haben“.

Der Bund hat zwar mit der Gestaltung der Grundsätze die Möglichkeit auf die Länder einzuwirken, betrachtet man aber die großen oben genannten organisatorischen und finanziellen Probleme im Krankenanstalten- und insgesamt im Gesundheitswesen, so ist es mE höchstens an der Zeit für die Angelegenheiten des Gesundheitswesens, der Sozialversicherung sowie der Heil- und Pflegeanstalten eine umfassende Bundeskompetenz zu schaffen. Damit wäre zumindest rechtstechnisch die Voraussetzung für eine in sich geschlossene Regelung dieser Materie gegeben.

²⁹ Es ist Sache des Bundesgesetzgebers festzulegen, welche Leistungen auf Kosten der Versicherungsgemeinschaft zu erbringen sind; vgl VfSlg 3670.

³⁰ Siehe Kapitel 3.2.

³¹ RH Positionen, Reihe 2009/1, Neuauflage 2009.

Für den Bereich der Planung könnte man, da die wichtigste Grundlage für die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens eine Art 15a–Vereinbarung ist³², als zweitbeste Möglichkeit andenken die spezielle Transformationspflicht von Gliedstaatsverträgen aufzugeben und diese mit genereller Transformationsfähigkeit auszustatten. So wären Bund-Länderkooperationen möglich, die unmittelbar anwendbare Rechtsakte zur Folge hätten. Neben enormen Vorteilen für Planung, Organisation und Finanzierung im Gesundheitswesen, könnte man so auch Erleichterungen bei der Transformation von Gemeinschaftsrecht in nationales Recht erzielen.

2. Überstaatliche Normen

2.1. Unionsrechtlicher Rahmen

2.1.1. Historische Entwicklung

Seit dem Maastrichter Vertrag besitzt die EG die in Art 152 EGV verankerte Kompetenz „Gesundheitswesen“. Art 152 EGV ging allerdings in Anlehnung an den englischen Begriff „public health“ von einem Begriff aus, der eher präventiven Schutz der Bevölkerung vor Erkrankungen³³ meint, aus. Auch der Vertrag von Amsterdam vermochte trotz geringer Ausdehnung der Gemeinschaftskompetenz daran nicht viel zu ändern³⁴. Kurative Maßnahmen und Rehabilitationsmaßnahmen werden von Art 152 EGV nicht erfasst. So könnte man meinen, dass auf Art 152 EGV gestützte Maßnahmen nur in mäßigem Ausmaß für das heimische Krankenanstaltenrecht von Bedeutung sein können.

Bei genauerer Betrachtung erkennt man, dass Art 152 Abs 4 EGV konkrete Maßnahmen zur Erreichung der Ziele des Art 152 EGV vorsieht. Es sind drei Maßnahmentypen angeführt, wovon letztlich nur Maßnahmen zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschl-

³² Siehe Kapitel 3.1.2.

³³ *Schneider in Mayer (Hrsg), EUV/EGV (2003) Art 152 EGV Rz 3.*

³⁴ *Schneider in Mayer (Hrsg), EUV/EGV (2003) Art 152 EGV Rz 2.*

chen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate relevant sind. Daher können auf Grundlage des Art 152 Abs 4 lit a EGV erlassene Vorschriften auch Vorgaben für den österreichischen Grundsatzgesetzgeber gem Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG enthalten. Bisher hat die EG zwei Richtlinien auf Art 152 Abs 4 lit a EGV gestützt erlassen: RL 2002/98/EG zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen und zur Änderung der RL 2001/83/EG³⁵ („Blut-RL“) und RL 2004/23/EG über die Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen³⁶ („Gewebe-RL“), zu der zwei Ausführungs-RL ergangen sind³⁷.

Krankenanstalten unterliegen auch weit über das Krankenanstaltenrecht hinausgehend, Regelungen anderer Rechtsgebiete; daher haben aufgrund anderer Regelungskompetenzen erlassene gemeinschaftsrechtliche Normen auch erhebliche Auswirkungen auf den Betrieb von Krankenanstalten. Erwähnt sei die auf Art 95 EGV gestützte RL 2001/20/EG zur Anwendung der guten klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Humanarzneimitteln³⁸, ebenso wie die ArbeitszeitRL³⁹ der EU, welche entscheidenden Einfluss auf das Krankenanstalten-Arbeitsrecht nimmt. Weiteren Einfluss nehmen die berufsrechtlichen Richtlinien zur Sicherung der Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit der einzelnen Gesundheitsberufe⁴⁰, das Medizinprodukterecht⁴¹

³⁵ ABI 2003 L 033/30; dazu RL 2004/33/EG zur Durchführung der RL 2002/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich bestimmter technischer Anforderungen für Blut und Blutbestandteile, ABI 2004 L 091/25.

³⁶ ABI 2004 L 102/48; dazu näher *Zeinhofer*, Der Begriff des Arzneimittels und seine Abgrenzung von anderen Produktkategorien (2007) 44ff.

³⁷ RL 2006/17/EG, ABI 2006 L 38/40 und RL 2006/86/EG, ABI 2006 L 294/32.

³⁸ ABI 2001 L 121/34.

³⁹ RL 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitsgestaltung, ABI 2003 L 299/9; vgl. *Stärker*, Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie (2006); zur Vorgängerregelung *Mazal*, Arbeitsschutz für Turnusärzte – europarechtliche Überlegungen, RdM 1996, 163.

⁴⁰ Die Rechtslage erfuhr durch RL 2005/36/EG, ABI 2005 L 255/22 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen eine massive Änderung. Waren zuvor nahezu alle Gesundheitsberufe durch spezielle RL erfasst, so finden sich die Vorschriften für diplomiertes Gesundheits- und Krankenpflegepersonal, Zahnärzte, Hebammen, Apotheker und Ärzte nunmehr alle in der neuen RL. Dazu vgl. *Dujmovits*, Recht der freien Berufe, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I² (2007) 420f.

ebenso wie das Vergaberecht⁴², das von Krankenanstalenträgern, die vom BVerG 2006⁴³ erfasst sind, einzuhalten ist.

Dass ärztliche Leistungen als solche den Grundfreiheiten unterliegen, machte der EuGH schon sehr früh am Beispiel der Dienstleistungsfreiheit klar⁴⁴. Dass aber auch die nationalen Gesundheitssysteme erheblich durch die Grundfreiheiten beeinflusst werden, wurde erst nach einer Reihe von Erkenntnissen des EuGH⁴⁵ Ende der 1990er Jahre klar.

Nicht nur das Sozialversicherungssystem, auch andere Bereiche des nationalen Gesundheitswesens sind vom Gesetzgeber im Einklang mit den Grundfreiheiten und den allgemeinen Regeln des Gemeinschaftsrechts zu regeln.

Im Hinblick auf das Primärrecht hat va die Bedarfsprüfung von Krankenanstalten, insb von selbständigen Ambulatorien, gegen die schon früh Bedenken⁴⁶ aufkamen, seit dem „Hartlauer-Urteil“⁴⁷ wieder höchste Aktualität erlangt. Der EuGH hat das österreichische Bedarfsprüfungsverfahren bei Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt, da die Errichtung von Gruppenpraxen einer vergleichbaren Beschränkung nicht unterliegt. Trotz nicht unbedingt gegebener (vom EuGH aber angenommenen) organisationsrechtlicher Vergleichbarkeit der beiden genannten Leistungserbringer hat sich der Gesetzgeber nunmehr mit der Frage auseinanderzusetzen, ob Bedarfsprüfungen zukünftig auch bei Gruppenpraxen gesetzlich notwendig sein werden.

⁴¹ ZB RL 93/42/EWG über Medizinprodukte, ABI 1993 L 169/1 zu der zahlreiche AusführungsRL der Kommission ergingen, sowie die RL 90/385/EWG über aktive implantierbare medizinische Geräte, ABI 1990 L 189.

⁴² RL 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABI 2004 L 134/114 sowie die generelle Rechtsschutz-RL 89/665/EWG, ABI 1989 L 395/33.

⁴³ § 3 BVerG 2006, Bundesvergabegesetz 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

⁴⁴ EuGH, Rs C- 159/90 The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd, Slg 1991, I-4685: Schwangerschaftsabbruch als ärztliche Dienstleistung.

⁴⁵ Dazu *Stix-Hackl*, Gesundheit in der erweiterten Union: Herausforderungen und Lösungsansätze, RdM 2006, 12.

⁴⁶ *Vanas*, Szenarien der gesetzlichen Krankenversicherung im EG-Binnenmarkt, SoSi (1992), 61 (69).

⁴⁷ EuGH 10. 3. 2009, Rs C-169/07, Hartlauer; vgl dazu *Stöger*, RdM 2009, 85; *Joklik*, RdM 2009, 88.

Außerdem bleiben die Krankenanstaltenfinanzierung aus öffentlichen Mitteln und die marktbeherrschende Stellung der Sozialversicherungsträger in Bezug auf das europäische Wettbewerbsrecht in Diskussion⁴⁸. Die Gretchenfrage wird dabei wohl sein, wo die Grenze zwischen freiem Markt und gesundheitspolitischer Steuerung zu ziehen ist.

2.1.2. Aktuelle Rechtslage

Der mit 01.12.2009 in Kraft getretene Vertrag von Lissabon⁴⁹ benennt den EGV in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) um. Der AEUV übernimmt Art 152 EGV etwas modifiziert als Art 168 AEUV. Art 168 AEUV führt das Harmonisierungsverbot des Art 152 Abs 4 lit c und Abs 5 EGV fort und legt in Art 168 Abs 7 AEUV ausdrücklich die Verwaltung des Gesundheitswesens, die medizinische Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel in die Verantwortung der Mitgliedstaaten.

Art 168 Abs 2 AEUV enthält eine neue Kompetenz der Europäischen Union zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, die darauf abzielt, die Komplementarität ihrer Gesundheitsdienste in den Grenzgebieten zu verbessern. Hier ist an die Förderung grenzüberschreitender Anstaltspflege zu denken.

Gem Art 168 Abs 4 lit c AEUV fällt die Festlegung der Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte in die Gesundheitskompetenz der Europäischen Union.⁵⁰

Insgesamt ändert der Vertrag von Lissabon nicht viel am derzeitigen präventiven Charakter der Gemeinschaftskompetenz.

⁴⁸ *Mazal*, Wettbewerb und ärztliches Berufsrecht, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung (2000) 85ff.

⁴⁹ ABI 2007 C 306.

⁵⁰ Bisher wurde dies durch die Erlassung von Richtlinien, die primär das Funktionieren des Binnenmarktes zum Ziel hatten mitverfolgt.

2.2. Sonstiges Völkerrecht

Das Völkerrecht beginnt, nach Transformation ins nationale Recht⁵¹, zunehmenden Einfluss auf das Krankenanstaltenrecht zu nehmen. Von besonderer Bedeutung ist dabei das internationale Sozialversicherungsrecht⁵² sowie die von Österreich ratifizierten Menschenrechtsverträge (EMRK, UN-Weltpakte, Europäische Sozialcharta)⁵³.

Die Biomedizinkonvention (MRB) des Europarates könnte mit seinen bislang drei Zusatzprotokollen (Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen⁵⁴, Transplantationsmedizin⁵⁵, biomedizinische Forschung⁵⁶ sehr große Ausstrahlung für den Krankenanstaltenbereich haben insb für die Intensivmedizin. Da Österreich nach längerer Diskussion aber die MRB noch immer nicht ratifiziert hat⁵⁷, ist die Konvention für Österreich völkerrechtlich, auch bei Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Organe, nicht verbindlich.

⁵¹ Die Transformation in nationales Recht wurde mit dem BGBl I 2008/2 durch Art 9 und Art 50 B-VG novelliert.

⁵² *Siedl*, Internationales Sozialversicherungsrecht, in *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 773 (Stand 19. Ergänzungslieferung).

⁵³ Dazu *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) 74ff.

⁵⁴ CETS No 168.

⁵⁵ CETS No 186.

⁵⁶ CETS No 195.

⁵⁷ Trotz weitgehender Vereinbarkeit des österr Rechts mit der MRB bzw dem ZP Organtransplantation – dazu *Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in *Taupitz* (Hrsg), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweite geltende Regelung? (2002) 197ff.

Kapitel 3: Intensivstation

1. Organisation

1.1. Bereitstellung von Intensivstationen

Aus § 18 Abs 2 KAKuG folgt, dass jedes Land für 250 000 bis 300 000 Bewohner eine allgemeine Krankenanstalt im Sinne einer Schwerpunktkrankenanstalt einzurichten hat. In jedem Land, dessen Einwohnerzahl eine Million übersteigt, „soll“ ferner eine „Zentralkrankenanstalt“ eingerichtet werden⁵⁸. In einer Schwerpunktkrankenanstalt müssen gem § 2a Abs 1 lit b KAKuG bettenführende Abteilungen ua für Anästhesiologie, Hämodialyse und für Intensivpflege vorhanden sein und durch Fachärzte des entsprechenden Sonderfachs betreut werden. Zentralkrankenanstalten⁵⁹ (§ 2a Abs 1 lit c) haben alle dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechende spezialisierte Einrichtungen zu führen.

Der Landesgesetzgeber kann aber gem § 2a Abs 3 und 4 KAKuG gewisse Modifikationen des Leistungsangebotes vornehmen sowie die örtlichen Verhältnisse berücksichtigen und die dabei festgelegten Zahlen über- und unterschreiten.⁶⁰ Daraus folgt, dass jedes Land verpflichtet ist, unter Bedachtnahme auf den Landeskrankenanstaltenplan (§ 10a KAKuG)⁶¹, in Schwerpunkt- und Zentralkrankenanstalten Intensivstationen in öffentlichen Krankenanstalten zu errichten bzw durch Vereinbarung mit Rechtsträgern anderer Krankenanstalten deren Betrieb sicherzustellen (Art 18 Abs 1 KAKuG).

⁵⁸ Zur „Versorgungspflicht“ generell: *Mayer*, Die Bereitstellung von Krankenanstalten, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 57ff; *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) 115ff.

⁵⁹ Inkl Universitätskliniken und Klinischer Institute Medizinischer Universitäten - diese gelten jedenfalls als Zentralkrankenanstalten.

⁶⁰ § 18 Abs 2 KAKuG – jedoch ist in jedem Land min eine Schwerpunktkrankenanstalt einzurichten.

⁶¹ Siehe Kapitel 3.2.3.

Wie oben schon zitiert „soll“ bei Übersteigen der Einwohnerzahl von einer Million im Land eine Zentralkrankenanstalt errichtet werden (§ 18 Abs 2 KAKuG), welche über alle dem jeweiligen Stand der Wissenschaft⁶² entsprechende spezialisierte Einrichtungen zu verfügen (§ 2a Abs 1 lit c KAKuG) hat.

Es entspricht heute ohne jeden Zweifel dem Stand der Wissenschaft, dass es in viele Fachdisziplinen zur speziellen Betreuung Schwerstkranker eigener Einrichtungen also Intensivstationen bedarf. Wie ist nun das „soll“ im Zusammenhang mit der Errichtung einer Zentralkrankenanstalt zu interpretieren?

Muss ein Land mit mehr als einer Million Einwohner jetzt eine solche Anstalt errichten oder nicht? Um diese Frage zu beantworten muss man noch einmal festhalten, worin die „Pflicht“ der Länder nach § 18 KAKuG besteht; sie haben Sorge zu tragen, dass im Land sowohl eine quantitativ als auch eine qualitativ ausreichende Versorgungskapazität vorhanden ist⁶³. Nach *Rebhahn*⁶⁴ verpflichtet § 18 KAKuG alle Länder zur Sicherstellung von Pflege auf Zentralkrankenanstaltenniveau; das bedeutet auch Länder mit einer Einwohnerzahl unter einer Million, die nach dem Gesetz gar nicht mit der Pflicht zur Errichtung einer Zentralkrankenanstalt belegt worden sind. Daraus lässt sich schließen, dass die Formulierung „soll“ den Ländern ein gewisses Ermessen zugesteht. Da § 18 KAKuG nur zwei Erfüllungsmöglichkeiten vorsieht, nämlich die Errichtung einer Zentralkrankenanstalt oder die Alternative, die im Abschluss einer Vereinbarung mit dem Träger einer anderen Zentralkrankenanstalt besteht, ist letztere auch die einzige vom Gesetz vorgesehene Alternative für Länder mit Einwohnerzahlen unter 1 Million.

⁶² Dazu umfassend *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 268f; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II (1995) 792ff; *Aigner*, Die Leistungsverpflichtung der Krankenhäuser, in *Jabornegg ua* (Hrsg) Planung und Finanzierung der Krankenbehandlung (2004) 42f; *Grimm*, Die Weisungsbindung des Spitalsarztes (1999) 65; jüngst *Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenze des Behandlungsanspruchs (2010) 9ff.

⁶³ Zur Frage der „unklaren“ Durchsetzbarkeit der Vorsorgepflicht der Länder, siehe *Mayer*, Bereitstellung von Krankenanstalten, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 61. Zur Nichterfüllung des Versorgungsauftrages gem § 18 KAKuG vgl VfGH 1986 VfSlg 10.933 = KRSIlg 50 sowie SchTKAG 1979 KRSIlg 906 siehe auch Fn 204.

⁶⁴ *Rebhahn*, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Auslagerung bei Anstaltspflege, in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Schnittstelle Krankenversicherungs- und Krankenanstaltenrecht (2004) 49.

§ 2a KAKuG sieht also drei Typen⁶⁵ allgemeiner Krankenanstalten vor, die beim Versorgungsauftrag ausdrücklich berücksichtigt werden müssen. Im Lichte der Subsidiarität des Versorgungsauftrages des Landes, hat das Land aber nur dort einzuspringen, wo die genannten Kennzahlen nicht schon durch Krankenanstalten anderer Träger erreicht werden.

§ 40 Abs 1 lit a KAKuG sieht vor, dass Gebietskörperschaften in ihren privaten KA anstaltsbedürftige Personen verpflichtend aufnehmen müssen, wenn in den betroffenen Bundesländern öffentliche KA „in einem ihrer Größe und Zahl der Bevölkerung entsprechenden Ausmaße nicht bestehen“. Intensivstationen werden auch von anderen Trägern betrieben; hier ist zu bedenken, dass bestehende öffentliche und tw auch nicht-öffentliche Krankenanstalten auf den Sicherstellungsauftrag der Länder anzurechnen sind.⁶⁶

In der Praxis werden Schwerpunkt- und Zentralkrankenanstalten (und somit der Großteil aller Intensivstationen) regelmäßig von Landeskrankenanstaltengesellschaften bzw Gemeinden (zB AKH Wien) geführt. Die Führung solcher Anstalten in Form gemeinnütziger privater Anstalten ohne Abgangsdeckung wird finanziell kaum zu bewältigen sein. Zu denken ist aber an die Sozialversicherungsträger, welche berechtigt, aber nicht verpflichtet sind⁶⁷, eigene Krankenanstalten zu betreiben⁶⁸. Hierbei interessieren va die Unfallkrankenhäuser⁶⁹, welche regelmäßig Intensivstationen führen. Diese werden als nicht gemeinnüt-

⁶⁵ Typ 1 Standardkrankenanstalt, wurde hier nicht thematisiert, da in ihr gem KAKuG keine Intensivstationen eingerichtet werden müssen; häufig führen diese Krankenanstalten postoperative Aufwachstationen (vgl § 2a Abs 1 lit a KAKuG ...Einrichtungen für Anästhesiologie...), welche jedoch nach dem Österreichischen Strukturplan Gesundheit nicht als Intensivstation anzusehen sind; siehe Kapitel 3.2.4.2. Aufgrund der besseren Übersichtlichkeit wurden die Regelungen des KAKuG betr die Qualifikation der diensthabenden Ärzte in Kap 3.2.5. dargestellt.

⁶⁶ Ausführlich dazu *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) 137ff.

⁶⁷ § 23 Abs 6 ASVG; Eine Ausnahme ist die Wr GKK in Bezug auf das Hanuschkrankenhaus – hier besteht ein Individualgesetz „lex Hanusch“.

⁶⁸ §§ 23 Abs 6 , 24 Abs 2 ASVG, § 15 Abs 2 GSVG, § 13 Abs 2 BSVG.

⁶⁹ § 24 Abs 2 ASVG.

zige Anstalten⁷⁰ geführt, dennoch decken sie einen Teil der Krankenanstaltspflege ab, für die das Land Sorge zu tragen hat.

Letztlich ist auch noch anzuführen, dass Sozialversicherungsträger mit privaten nicht-gemeinnützigen Krankenanstalten (eingeschränkt) Verträge abgeschlossen haben, wobei seit 2002 die Abrechnung der erbrachten Leistungen für den Großteil dieser Anstalt⁷¹ durch den Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfonds⁷² einheitlich geregelt ist. Immer mehr dieser privaten nicht-gemeinnützigen Anstalten errichten, angespornt durch die zusätzlich zu lukrierenden Einnahmen im Intensivbereich⁷³, Intensivüberwachungs- bzw. Behandlungsstationen.

§ 2a Abs 1 lit b und c KAKuG legen die qualitative Versorgung (hier interessiert vor allem die Intensivversorgung) nur für allgemeine Krankenanstalten (§ 2 Abs 1 Z 1 KAKuG) fest. Jedoch hat jede Krankenanstalt, egal ob sie in Erfüllung des Sicherstellungsauftrages des Landes gem § 18 Abs 1 KAKuG tätig wird oder nicht, ihr Behandlungsniveau und ihre Ausstattung nach § 8 Abs 2 KAKuG auszurichten, demzufolge die Patienten⁷⁴ „nur nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft ärztlich behandelt werden dürfen“. Diese Bestimmung wird allgemein als einschlägig bei der Frage des anzubietenden Behandlungsniveaus angesehen⁷⁵, und diese Bestimmung trifft auch alle Träger⁷⁶.

⁷⁰ Dh ohne Aufnahmepflicht – damit sollte gem *Barta*, Krankenanstalten in kirchlicher Trägerschaft (1998) 15, die Zweckbestimmung dieser Anstalten für Versicherte der jeweiligen Sozialversicherungsträger gewährleistet werden.

⁷¹ Nicht alle bettenführenden privaten gewinnorientierten Anstalten nehmen am PRIKRAF Teil, welche Anstalten daran teilnehmen, ist jeweils dem Anhang zum PRIKRAF-G zu entnehmen.

⁷² PRIKRAF, eingerichtet durch das PRIKRAF-G BGBl I 2004/165 idF BGBl I 2007/101 (derzeit befristet bis 2013). Das PRIKRAF-System ist ein dem LKF-System nachgebildetes leistungsorientiertes Finanzierungssystem; siehe Kapitel 3.3.2.

⁷³ Siehe Kapitel 3.3.3.

⁷⁴ Das KAKuG verwendet durchgehend den Ausdruck „Pfleger“ – da ich dies als eine sehr untertänige Bezeichnung empfinde, und wir uns jetzt gerade immer mehr mit der Mündigkeit des Patienten beschäftigen, sollte dieser Ausdruck im KAKuG mE ersetzt werden; nicht zuletzt, um den Krankenhausbetrieb als Dienstleister zu verstehen mit gleichberechtigten Vertragspartnern, und nicht die Gnade des Arztes zum Ausdruck bringen, indem er den „Pfleger“ behandelt.

⁷⁵ *Mayer*, Bereitstellung von Krankenanstalten, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 69; *Öhlinger*, Der Nierensteinertrümmerer im Recht, ZfV 1987, 14. *Geppert*, RdA 1987, 50.

⁷⁶ Für private Träger gem § 40 Abs 1 iVm § 8 Abs 2 KAKuG.

1.2. Art 15a-Vereinbarung

Die wichtigste Grundlage für die Organisation und Finanzierung im Gesundheitswesen ist die jeweils gültige Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG, über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens⁷⁷, im Bereich des Krankenanstaltenrechts „15a-Vereinbarung“ genannt.

Die Krankenanstaltenplanung mit dem Österreichischen Strukturplan Gesundheit (ÖSG) hat ihren Ursprung in Art 4 der 15a-Vereinbarung. Dort und in Art 27 ist der Konnex zur leistungsorientierten Krankenanstaltenfinanzierung (LKF) und dem LKF-Modell hergestellt. Gem Art 14ff ist zur Wahrnehmung von Aufgaben auf Grund dieser 15a-Vereinbarung vom Bund eine Bundesgesundheitsagentur⁷⁸ in Form eines öffentlich-rechtlichen Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit einzurichten. Die Bundesgesundheitsagentur hat darauf zu achten, dass eine qualitativ hochwertige, effektive und effiziente, allen frei zugängliche und gleichwertige Gesundheitsversorgung in Österreich sichergestellt und die Finanzierbarkeit des österreichischen Gesundheitswesens unter Berücksichtigung der finanziellen Rahmenbedingungen und möglicher Kosteneinsparungen abgesichert wird (Art 15 Abs 3 der derzeitigen 15a-Vereinbarung).

Als Organ der Bundesgesundheitsagentur fungiert die Bundesgesundheitskommission⁷⁹. Ihr gehören VertreterInnen des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger, des Bundes und der Länder, der Interessensvertretungen der Städte und Gemeinden, der Patientenvertretungen und der Österreichischen Ärztekammer sowie der konfessionellen Krankenanstalten an. Zusätzlich gibt es noch eine Reihe nicht stimmberechtigter Mitglieder. Es besteht Bundesmehr-

⁷⁷ Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens, BGBl I 2008/105. Auf Grund der Neuregelung des Finanzausgleichs, dessen Gültigkeit von 2008 – 2013 vereinbart ist, und der Tradition des Gleichklanges der 15a-Vereinbarung für die Organisation und Finanzierung im Gesundheitswesens mit der jeweiligen Finanzausgleichsperiode ist die derzeitige gültige 15a-Vereinbarung erstmals für einen Zeitraum von sechs Jahren in Kraft.

⁷⁸ Gem § 56a KAKuG (unmittelbar anwendbares Bundesrecht) als Bundesorgan eingerichtet.

⁷⁹ Gem § 59g KAKuG (unmittelbar anwendbares Bundesrecht) als Bundesorgan eingerichtet; sowie in Art 16 der derzeitigen 15a-Vereinbarung festgelegt.

heit. Eine Beschlussfassung benötigt Einvernehmen mit den Ländern und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger.⁸⁰

2. Der Österreichische Strukturplan Gesundheit (ÖSG)

2.1. Allgemeines

Im ÖSG werden die nationalen Rahmenbedingungen für die (intensiv-) medizinische Versorgung gesetzt. Standards und Minimalanforderungen zu Personalbedarf (Ärzte und Pflegepersonal), deren Qualifikation, Personalschlüssel und apparative Ausstattung werden für anästhesiologische, interdisziplinäre, internistische, neurologische und neurochirurgische, pädiatrische sowie für neonatologische Intensivseinheiten festgelegt⁸¹.

In den Vorbemerkungen zum ÖSG 2008 ist zu lesen: „Der Geltungsbereich wird sukzessive von Fonds-Krankenanstalten⁸² auf alle Krankenanstalten gem KAKuG sowie alle weiteren Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer ausgeweitet.“ Auf mein Nachfragen bei der ÖBIG⁸³ wurde mir versichert, dass die im ÖSG enthaltenen Strukturqualitätskriterien für **alle** KA verbindlich sind. ME fehlt dieser Behauptung die rechtliche Grundlage.⁸⁴

2.2. Rechtsnatur des ÖSG

Der ÖSG ist ein zwischen Bund und Ländern vereinbartes Planungsinstrument, das diese als Vertragspartner der 15a-Vereinbarung bindet. Er ist nicht Teil dieser 15a-Vereinbarung, sondern wird in der Bundesgesundheitskommission be-

⁸⁰ § 59g Abs 8 KAKuG.

⁸¹ *Bundesministerium für Gesundheit*, Österreichischer Strukturplan Gesundheit 2008, 36ff (ab-rufbar unter: <http://www.bmg.gv.at/cms/site/standard.html?channel=CH0716&doc=CMS1136983382893>).

⁸² Die wesentlichen Krankenanstalten österreichweit sind Fondskrankenanstalten. Die Fondsfiananzierung umfasst im Ergebnis alle öffentlichen allgemeinen und Sonderkrankenanstalten sowie gemeinnützige private allgemeine Krankenanstalten; welche KA FondsKA sind, ergibt sich letztlich nur aus der jeweiligen 15a-Vereinbarung.

⁸³ Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen - ein eingegliedertes Geschäftsbereich der Gesundheit Österreich GmbH (GöG), diese wurde eingerichtet durch BGBl I 2006/132.

⁸⁴ Siehe Kapitel 3.2.3.

geschlossen und auch während der Laufzeit der 15a-Vereinbarung regelmäßig adaptiert.

Rechtlich gesehen ist er aber wie die 15a-Vereinbarung Interföderationsrecht, das sich nur an Bund und Länder richtet und nicht unmittelbar anwendbar ist⁸⁵. Gliedstaatsverträge sind nicht self executing⁸⁶, daher hat die Landesgesetzgebung gem § 10a Abs 1 KAKuG die Landesregierung zur Erlassung eines Landeskrankenanstaltenplans (LKAP) für Fondskrankenanstalten zu verpflichten. Die als Verordnung zu erlassenden Landeskrankenanstaltenpläne haben sich im Rahmen des ÖSG (und der diesen präzisierenden Detailplanung im jeweiligen Regionalen Strukturplan Österreich⁸⁷ – RSG) zu halten, so dass von einem hierarchischen Stufenbau der Krankenanstaltenplanung gesprochen werden kann. Durch diese Verordnung werden die zwischen Bund und Ländern vereinbarten Vorgaben auch für die einzelnen Rechtsunterworfenen verbindlich. In der Vollzugspraxis ist daher stets nur auf den LKAP Bedacht zu nehmen, direkte Verweise auf den ÖSG sind verfassungswidrig.

2.3. Verbindlichkeit der LKAP

2.3.1. Ausgangslage

§ 10a Abs 1 KAKuG nennt nur Fonds-KA, daher können die Strukturqualitätskriterien⁸⁸ der LKAP nur für Fonds-KA verbindlich sein, weil nur diese grundsätzlich unter die LKAP fallen (und der ÖSG ja nur an die Länder gerichtet ist). Folgt man diesem Gedanken, so ist eine Ausweitung auf alle KA, wie in den Vorbemerkungen zum ÖSG 2008 beschrieben, mE nicht möglich.

⁸⁵ Zur Rechtsnatur des ÖSG: *Stöger*, Qualitätssicherung an der Schnittstelle zwischen Medizin und Recht, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Qualitätssicherung für Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (2003) 35 (52ff), hier zwar noch zum Vorgänger ÖKAP – die Überlegungen sind aber auf den ÖSG übertragbar; *Moritz*, Der Österreichische Strukturplan Gesundheit (ÖSG), *SoSi* 2005, 108.

⁸⁶ VfSlg 9581/1982, 9886/1983, 13.780/1994, 15.972/2000.

⁸⁷ Die RSG sind zwar ebenso nur an die LReg gerichtet, und daher nicht unmittelbar anwendbar, da sie aber keine interföderalen Rechtsakte sind, sind sie insoweit verfassungswidrig als sie die Bindung eines obersten Organs bewirken – freilich sind die Regelungen bis zur Aufhebung durch den VfGH weiter anzuwenden.

⁸⁸ Siehe Kapitel 3.2.4.2.

§ 3 Abs 2a KAKuG macht die Erteilung der Errichtungsbewilligung für Fonds-KA von der Erfüllung der Vorgaben des Landeskrankenanstaltenplans abhängig. Eine Bewilligung zum Betrieb einer Krankenanstalt darf gem § 3 Abs 4 lit b KAKuG nur erteilt werden, wenn ua die Vorgaben des jeweiligen Landeskrankenanstaltenplanes und lit c die vorgesehenen Strukturqualitätskriterien erfüllt sind. Da § 3 Abs 4 lit b und c „nur“ von einer Krankenanstalt (nicht Fonds-KA) sprechen, kann man hier nur überlegen, inwieweit die SQ-Kriterien faktisch durch Gutachten als Richtschnur für den fachlichen Standard gem § 3 Abs 4 lit b KAKuG (dh die Ausführungsbestimmungen dazu) zu verwenden sind. Die SQ-Kriterien gem § 3 Abs 4 lit c KAKuG sind erst seit 2002 vorgesehen⁸⁹ und die lit c wird erst dann wirksam, wenn der LKAP-Text ausdrücklich für alle KA gilt. Letzteres ist dann von Bundesland zu Bundesland zu prüfen, bleibt freilich das Problem, dass § 10a Abs 1 KAKuG nur Fondskrankenanstalten erwähnt. Immerhin kann man überlegen, ob die Länder dies unter Berufung auf § 3 Abs 4 lit c KAKuG ausdehnen können und man so zu einem grundsatz-konformen Ergebnis gelangt⁹⁰. Dies kann aber nicht für die gesamte Planung gelten, sondern eben nur für die SQ-Kriterien. Eine Einbeziehung privater KA in die Versorgungsplanung lehnt der VfGH⁹¹ ab.

Gem § 10a Abs 2 Z 14 KAKuG sind für jedes Land die Standortstrukturen und die maximalen Bettenzahlen für Normalpflege- und Intensivbereich je Fachrichtung festzulegen. Die Fächerstrukturen und die maximalen Gesamtbettenzahlen (für Normalpflege- und Intensivbereich) sind für jede Krankenanstalt⁹² zu definieren. Für jedes Land und für jede Krankenanstalt⁹³ sind ausgewählte (spitzenmedizinische) Leistungsbereiche festzulegen.

⁸⁹ Vgl die ersten SQ-Kriterien im ÖKAP 2002, BGBl I 2002/60 (370ff).

⁹⁰ Vgl dazu § 14 Abs 1 Z 2 PRIKRAF-G, wonach als Aufgabe der Fondskommission die Festlegung von Qualitätskriterien und die Abstimmung mit der gesamtösterreichischen Gesundheitsplanung genannt ist. Aus dieser Bestimmung ist nicht erkennbar, ob die Fondskommission „eigene“ Qualitätskriterien festlegt oder im Zuge der Abstimmung mit der gesamtösterreichischen Gesundheitsplanung die Qualitätskriterien des ÖSG bzw der jeweiligen LKAPs übernimmt. Konsequenterweise muss es wohl Letzteres sein, da die Fondskommission des PRIKRAF zur Festlegung verbindlicher Qualitätskriterien keine verfassungsrechtliche Kompetenz hat.

⁹¹ VfSlg 15.740.

⁹² Vermutlich ist „jede Krankenanstalt“ hier iVm § 10a Abs 1 KAKuG als jede Fondskrankenanstalt zu deuten.

⁹³ Siehe Fn 92.

Solange die Strukturqualitätskriterien nur für FondsKA ausdrücklich verbindlich sind, wird man für die sonstigen KA wohl mit *Mazal*⁹⁴ gem § 7 Abs 1 3. Satz KAKuG annehmen müssen, dass letztlich der KA-Träger zu entscheiden habe, „in welchem Maß, mit welchem Aufwand und in welcher Ausstattung die Krankenanstalt geführt werden soll“.

2.3.2. Zusammenfassung

Da der ÖSG an die Länder gerichtet ist, kommt es letztlich auf das jeweilige Landes-KAG an, wobei man dann immer noch überlegen muss, ob eine Einbeziehung in die SQ-Kriterien grundsatz-konform ist, was man immerhin via § 3 Abs 4 lit c KAKuG argumentieren kann.

Das allgemeine Problem ist aber, dass der ÖSG von den Akteuren oft als verbindlich angesehen wird und regelmäßig übersehen wird, dass Verbindlichkeit nur aus dem LKAP – und dort nur im Rahmen der Gesetze – folgen kann.

2.4. Aufbau des ÖSG

2.4.1. Planungsrichtwerte

Der ÖSG unterscheidet zwischen Planungs-, Versorgungs- und Leistungsmatrix. Planungs- und Versorgungsmatrix sind nach 32 Versorgungsregionen, den Bundesländern und vier Versorgungszonen gegliedert.

Eine zentrale Zielsetzung des ÖSG 2008 ist „die Limitierung der regionalen Häufigkeit stationärer Leistungserbringung im Interesse der Vermeidung sowohl von Über- als auch von Unterversorgung durch Vorgabe von Richtwerten ...“.⁹⁵

⁹⁴ *Mazal*, Zur Zusammenarbeit unter Ärzten sowie zwischen Ärzten und Nichtärzten in Krankenanstalten, in *Tomandl* (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen (1996) 49f;

⁹⁵ *BMG*, ÖSG 2008, 26.

Die Festlegung der Planungsrichtwerte (Kapitel 2 des ÖSG) erfolgte unter Berücksichtigung der regionalen Bevölkerungsstruktur, Besiedlungsdichte, Erreichbarkeitsverhältnisse sowie der beobachteten Auslastung bereits bestehender Einheiten und der Entwicklungstendenzen in der modernen Medizin.

Tab. 1: Planungsrichtwerte (Planungshorizont 2010)⁹⁶

Fachrichtung/Fachbereich	Err.(Min)	BMZmin	BMZmax	BMZ2004	MBZ
Intensivbereich (INT)	30	0,15	0,25	0,26	6
Palliativmedizin (PAL)	60	0,05	0,08	0,02	8

Legende:

Err. (Min) = Erreichbarkeitsfrist in Minuten (zu erfüllen für 90% der Wohnbevölkerung)

BMZ = Bettenmessziffer (systemisierte⁹⁷ Akutbetten in FKA, UKH und SAN pro 1.000 Einwohner)

BMZmin = untere Grenze des BMZ-Soll-Intervalls, das von BMZmin und BMZmax begrenzt wird

BMZmax = obere Grenze des BMZ-Soll-Intervalls, das von BMZmin und BMZmax begrenzt wird

BMZ2004 = BMZ in Akut-KA im Jahr 2004 gemäß Bettenbericht des BMGF

MBZ = Mindestbettenanzahl (ausgenommen Sonderregelungen für reduzierte Organisationsformen)

INT: Intensivbereiche aller Fachrichtungen zusammengefasst; Richtwerte als Orientierungswerte zu interpretieren, Anzahl an INT-Betten in Abhängigkeit von der Fächerstruktur der betreffenden KA individuell festzulegen. MBZ für Überwachungsbereiche: 4.

Die Planungsrichtwerte mit minimalen und maximalen Bettenmessziffern (BMZ), den Mindestbettenzahlen (MBZ) je Abteilung sind in Verbindung mit den Erreichbarkeitsnormen eine zum Teil sehr umstrittene Richtwertetabelle. Va wird

⁹⁶ Quelle: ÖSG 2008, 28; Planungsrichtwerte für Normalpflege- und Intensivbereiche, auszugsweise für Intensiv- und Palliativmedizin.

⁹⁷ Betten, die durch sanitätsbehördliche Bewilligung festgelegt sind.

Kritik⁹⁸ an der sehr großzügigen Bandbreite der BMZ geübt, in der nahezu alle in Österreich anzutreffenden Versorgungsdichten ihre Deckung finden.

2.4.2. Strukturqualitätskriterien (SQ)

2.4.2.1. Allgemeines

Im Kapitel 3. des ÖSG werden ua Planungsgrundsätze und Qualitätskriterien (sogenannte Strukturqualitätskriterien) für die Normal- und Intensivpflegebereiche der bettenführenden Sonderfächer festgelegt. Deren Verbindlichkeit wurde bereits oben erläutert. Die enthaltenen Personalangaben sind als Richtwerte zu interpretieren, die in der Folge evaluiert und gegebenenfalls zu modifizieren sind. Abweichungen von diesen Personalangaben sind jeweils zu begründen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die Prüfung der Einhaltung dieser Personalangaben faktisch kaum getrennt von der Prüfung der personellen Ausstattung gem § 3 Abs 4 lit e KAKuG durchgeführt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass gem § 3 Abs 4 lit e KAKuG tw die Glaubhaftmachung ausreichenden Personals genügt, dies wird dann auch hinsichtlich der SQ-Kriterien des § 3 Abs 4 lit c KAKuG ausreichen müssen.

Die Ausübung der Tätigkeit sämtlicher ärztlicher und nichtärztlicher Gesundheitsberufe erfolgt aber selbstverständlich nur im Rahmen der für die jeweilige Berufsgruppe geltenden gesetzlichen Bestimmungen (ÄrzteG, GuKG etc).

Als Aufgaben der Intensivbereiche ist die Intensivtherapie, -überwachung und –pflege (welche sowohl in der Intensivtherapie als auch in der Intensivüberwachung erforderlich ist) festgelegt. Grundsätzlich wird zwischen Intensivbehandlungseinheit (ICU⁹⁹) in mehreren Abstufungen (Stufe I – III) und Intermediärer Überwachungseinheit (IMCU¹⁰⁰) unterschieden, wobei die ICU eine Bettenein-

⁹⁸ *Lehner*, 10 Jahre Krankenanstaltenfinanzierung in Österreich (2008) 47 (48).

⁹⁹ Intensive Care Unit.

¹⁰⁰ Intermediate Care Unit.

heit für Schwerstkranke ist, deren vitale Funktionen in lebensbedrohlicher Weise gestört sind und wiederhergestellt bzw durch besondere intensivtherapeutische Maßnahmen aufrecht erhalten werden müssen. Die IMCU ist eine Organisationseinheit zur Überwachung und Behandlung von Frischoperierten nach ausgedehnten Eingriffen sowie für prä- und nichtoperative Schwerkranke. Eine derartige Überwachung ist bei Patienten erforderlich, deren Vitalfunktionen gefährdet sind.

Der sogenannte „postoperative Aufwachbereich“ wird in diesem Zusammenhang nicht den IMCUs zugerechnet, da der postoperative Aufwachbereich kein eigenständiger bettenführender Bereich ist.¹⁰¹

Die Intermediäre Überwachungsstation (IMCU) ist nicht für die Behandlung schwerer organischer Dysfunktionen beispielsweise mittels Hämofiltration, mechanischer Atemhilfe etc zu strukturieren. In Notfällen sollte dort jedoch die Möglichkeit bestehen, kurzfristig (auf einige Tage beschränkt) Intensivbehandlungen (insbesondere künstliche Beatmung) durchzuführen. Patienten, die einer längerfristigen Intensivbehandlung bedürfen, sind auf eine Intensivstation zu transferieren. Die Einschränkungen bezüglich der künstlichen Beatmung gelten nicht für die Intermediären Überwachungsstationen der Fachrichtung Pulmologie, da hier die mechanische Atemhilfe ein typisches Leistungsmerkmal für pulmologische Intermediäre Überwachungsstationen darstellt.

¹⁰¹ *BMG*, ÖSG 2008, 36; *BMG*, LKF Modell 2010, 12.

Tab. 2: Beispiel für Strukturqualitätsrichtlinien im Intensivbereich¹⁰²

Komponenten	Art der anästhesiologischen Intensivbehandlungseinheit			
	Überwachungseinheit	Intensivbehandlungseinheit – Stufe I	Intensivbehandlungseinheit – Stufe II	Intensivbehandlungseinheit – Stufe III
Personalausstattung <ul style="list-style-type: none"> • Ärztliches Personal – Leitung – Ärztlicher Dienst (Verfügbarkeit) • Diplomiertes Gesundheits- und Krankenpflegepersonal – Qualifikation 	FA für AN und Intensivmedizin	FA für AN und Intensivmedizin	FA für AN und Intensivmedizin Facharzt für AN und Intensivmedizin oder Assistenzarzt, der rund um die Uhr überwiegend für die Intensivbehandlungseinheit zuständig ist; zusätzlich muss ein Facharzt für AN und Intensivmedizin oder ein Assistenzarzt in Rufbereitschaft verfügbar sein ¹ .	FA für AN und Intensivmedizin Facharzt für AN und Intensivmedizin oder Assistenzarzt, der rund um die Uhr ausschließlich für die Intensivbehandlungseinheit zuständig ist; zusätzlich muss ein Facharzt für AN und Intensivmedizin oder ein Assistenzarzt in der Krankenanstalt anwesend sein ¹ .
Infrastrukturelle Anforderungen <ul style="list-style-type: none"> • Mindestbettenanzahl^{4,5} (systemisiert) • Betriebszeit 	DGKP 4 rund um die Uhr	DGKP mit Intensivausbildung ² 6 rund um die Uhr	DGKP mit Intensivausbildung ² 6 rund um die Uhr	DGKP mit Intensivausbildung ² 6 rund um die Uhr
Apparative Ausstattung <ul style="list-style-type: none"> • EKG-Monitor mit Zentraleinheit • NIBP unblutig • Invasive Druckmessung • ZVD-Messung • O₂-Insufflation • Pulsoximetrie • Temperaturmessung • Absaugung • Mehrkanal-EKG • Defibrillator (inkl. externer Schrittmacher) • Notfall-Instrumentarium⁶ • Beatmungsmöglichkeit manuell, mit O₂-Anreicherung • Beatmungsgerät • Atemtherapiegerät, z. B. CPAP od. IPPB • Transportbeatmung und -überwachung • Infusions- u. Infusionsspritzenpumpen • Notfall-Labor • Kapnometrie 	pro Bett pro Bett in KA verfügbar in KA verfügbar pro Bett in KA verfügbar pro Bett in KA verfügbar in Überwachungseinheit verfügbar in Überwachungseinheit verfügbar pro Bett 1 Gerät in KA verfügbar 1 Gerät in KA verfügbar in KA verfügbar mind. 4 Geräte pro Bett in KA verfügbar –	pro Bett pro Bett pro Bett (2 Kanäle) pro Bett pro Bett pro Bett (2 Kanäle) pro Bett in KA verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar pro Bett n ⁷ minus 3 Geräte pro Intensivereinheit ⁸ in KA verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar ⁹ pro Beatmungsplatz	pro Bett pro Bett pro Bett (2 Kanäle) pro Bett pro Bett pro Bett pro Bett (2 Kanäle) pro Bett in KA verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar pro Bett n ⁷ minus 1 Gerät pro Intensivereinheit ⁸ in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar ⁹ pro Beatmungsplatz	

Komponenten	Art der anästhesiologischen Intensivbehandlungseinheit			
	Überwachungseinheit	Intensivbehandlungseinheit – Stufe I	Intensivbehandlungseinheit – Stufe II	Intensivbehandlungseinheit – Stufe III
<ul style="list-style-type: none"> • Schrittmacher (temporärer) ▲ Moderne nichtinvasive oder semi-invasive Möglichkeit der HZV-Messung • fahrbares Bettröntgen • Sonographie • Endoskopie (Gastroskopie, Koloskopie) • Bronchoskopie • Patientenwärme- bzw. Kühlaggregat • Hämofiltration/ Diafiltration • Dialyse • Intraaortale Ballongegenpulsation • Messung des intrakraniellen Drucks 	in KA verfügbar – in KA verfügbar in KA verfügbar in KA verfügbar in KA verfügbar – – – –	in KA verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in KA verfügbar in KA verfügbar in KA verfügbar in KA verfügbar in KA verfügbar in KA verfügbar – – ¹⁰ – ¹¹	in KA verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in KA verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in KA verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in Intensivereinheit verfügbar in KA verfügbar – ¹⁰ – ¹¹	

2.4.2.2. Qualifikation der Ärzte

Wie man aus der Abbildung erkennen kann muss sowohl in der Überwachungseinheit (IMCU) als auch in der ICU Stufe I ein FA für AN und Intensivmedizin in der KA verfügbar sein, dh eine Rufbereitschaft ist hier nicht zulässig.

¹⁰² Auszugsweise Qualitätskriterien an Hand einer anästhesiologischen Intensivbehandlungseinheit: Quelle ÖSG 2008, 37.

In der Stufe II (ICU) ist ein FA für AN und Intensivmedizin oder ein Assistenzarzt, der rund um die Uhr **überwiegend** für die ICU zuständig ist gefordert und zusätzlich muss ein FA für AN und Intensivmedizin oder ein Assistenzarzt in Rufbereitschaft verfügbar sein. Wobei hier gewährleistet sein muss, dass einer der genannten Ärzte ein FA für AN und Intensivmedizin ist. Eine Kombination, bei der ein Assistenzarzt überwiegend für die ICU zuständig ist und die zusätzliche Rufbereitschaft auch von einem Assistenzarzt ausgeübt wird, wäre daher nicht zulässig. Für die Stufe III (ICU) muss ein Facharzt für AN und Intensivmedizin oder ein Assistenzarzt vorgesehen sein, der rund um die Uhr **ausschließlich** für die ICU zuständig ist und zusätzlich ein FA für AN und Intensivmedizin oder ein Assistenzarzt in der KA anwesend sein. Wiederum ist zu beachten, dass einer der Ärzte ein FA für AN und Intensivmedizin sein muss. Die Leitung der anästhesiologischen Intensivstation erfolgt durch einen FA für AN und Intensivmedizin.

Grundsätzlich sind diese Regelungen in den anderen Intensivbereichen für Erwachsene¹⁰³ fachspezifisch adaptiert¹⁰⁴ übernommen worden.

¹⁰³ Siehe ÖSG 2008, 39ff.

¹⁰⁴ Interdisziplinäre ICU: werden überwiegend postoperative Patienten betreut, muss die Leitung einem FA für AN und Intensivmedizin obliegen, werden überwiegend internistische Patienten betreut, einem FA für Innere Medizin mit Zusatzfach Intensivmedizin, ansonsten hat die Betreuung postoperativer Patienten durch einen FA für AN und Intensivmedizin, die Betreuung internistischer Patienten durch einen FA für Innere Medizin (ab Stufe II) mit Zusatzfach Intensivmedizin zu erfolgen.

Innere Medizin: Leitung der Überwachungseinheit (IMCU) durch FA für Innere Medizin; Leitung ICU durch FA für Innere Medizin mit Zusatzfach Intensivmedizin. Ärztlicher Dienst in IMCU – FA für Innere Medizin muss in der KA verfügbar sein; ICU – FA für Innere Medizin muss rund um die Uhr **überwiegend** (Stufe III **ausschließlich**) für die ICU verfügbar sein.

Neurologie/Neurochirurgie: Leitung IMCU erfolgt durch FA für NEU od NC; Leitung ICU durch FA für NEU od NC mit Zusatzfach Intensivmedizin. Ärztlicher Dienst IMCU und ICU Stufe I: FA für Neurologie od Neurochirurgie muss in der KA verfügbar sein. Stufe II ICU: FA für NEU od NC, der rund um die Uhr **überwiegend** für die Intensivbehandlungseinheit zuständig ist; zusätzlich muss ein FA für NEU oder NC oder ein Assistenzarzt in Rufbereitschaft verfügbar sein. Stufe III ICU: FA für NEU od NC, der rund um die Uhr **ausschließlich** für die Intensivbehandlungseinheit zuständig ist; zusätzlich muss ein FA für NEU od NC od ein Assistenzarzt in der KA anwesend sein. Für die Stufen I – III gilt: bei einer Anzahl ≥ 9 Intensivbetten müssen zwei Ärzte mit der genannten Qualifikation **ausschließlich** für die ICU zuständig sein.

2.4.2.3. Qualifikation des Pflegepersonals

Gem ÖSG müssen zumindest 50% des für die Mindestausstattung auf ICUs (nicht IMCUs!) im Erwachsenenbereich erforderlichen diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegepersonal (DGKP) eine Berechtigung zur Ausübung der Spezialaufgabe Intensiv- bzw Anästhesiepflege haben.

Zusätzlich ist für den Intensivbereich Neurologie/Neurochirurgie bestimmt, dass pro Dienst zumindest eine DGKP mit dieser Sonderausbildung anwesend sein muss. Warum sich diese Bestimmung nur, oder gerade im Intensivbereich NEU/NC findet, konnte mir im Zuge meiner Recherchen von dem Zuständigen für den ÖSG-Teilbereich „Intensivmedizin“ der ÖBIG nicht beantwortet werden. Da diese Bestimmung auch im Bereich der Dialyse zu finden ist, gehe ich davon aus, dass es sich wohl um ein Redaktionsversehen handeln muss und daher analog für alle ICUs zu gelten hat, dass pro Dienst zumindest eine DGKP die Berechtigung zur Ausübung der Spezialaufgabe Intensiv- bzw Anästhesiepflege haben muss.

2.5. Divergierende Regelungen im KAKUG

Im KAKuG finden sich seit der KAG-Nov BGBl 1996/751 Regelungen über die lange Zeit strittige Frage, welche Qualifikationen die diensthabenden Ärzte aufweisen müssen.¹⁰⁵

In § 8 KAKuG findet sich ein je nach Versorgungsstufe der KA abgestuftes Modell: Nach § 8 Abs 1 Z 2 KAKuG muss in Zentralkrankenanstalten¹⁰⁶ uneingeschränkt die Anwesenheit von Fachärzten aller in Betracht kommender Sonderfächer (somit jedenfalls auch Anästhesiologie und Intensivmedizin) gegeben sein. In Schwerpunktkrankenanstalten¹⁰⁷ ist gem § 8 Abs 1 Z 3 KAKuG die dauernde Facharztpräsenz jedenfalls in bestimmten Abteilungen und Organisationseinheiten, darunter Anästhesiologie und Intensivmedizin zwingend. In

¹⁰⁵ Dazu *Steiner*, Rechtsfragen der Rufbereitschaft, RdM 1997, 80; zur Rechtslage vor der KAG-Nov 1996 siehe *Kopetzki*, Zur fachärztlichen Versorgung in Krankenanstalten, RdM 1995, 123.

¹⁰⁶ § 2a Abs 1 lit c KAKuG.

¹⁰⁷ § 2a Abs 1 lit b KAKuG.

Standardkrankenanstalten¹⁰⁸ ist im Nacht-, Wochenend- und Feiertagsdienst jederzeit eine sofortige notfallmedizinische Versorgung durch einen in der Krankenanstalt anwesenden Facharzt aus den Sonderfächern Anästhesiologie¹⁰⁹ und Intensivmedizin **oder** Chirurgie **oder** Innere Medizin **oder** Unfallchirurgie zu gewährleisten, sowie eine Rufbereitschaft von FA der jeweiligen sonst in Betracht kommenden Sonderfächer; im übrigen müssen auch in Standardkrankenanstalten FA der in Betracht kommenden Sonderfächer in der KA dauernd anwesend sein (§ 8 Abs 1 Z 4 KAKuG).

Es fällt auf, dass in Standardkrankenanstalten im Rahmen der notfallmedizinischen Versorgung die Anwesenheit (im Nacht- Wochenend- und Feiertagsdienst) eines Intensivmediziners, eines Chirurgen, eines Internisten und eines Unfallchirurgen nicht kumulativ, sondern alternativ vorgesehen ist. In der Praxis ergeben sich durch diese Regelung kaum Schwierigkeiten, da die medizinische Erstversorgung längst zu einer interdisziplinären Aufgabe geworden ist.

Probleme können sich jedoch ergeben, wenn die Standardkrankenanstalt eine Intensivstation betreibt; dann ergibt sich eine Diskrepanz zwischen den Regelungen des KAKuG und den Strukturqualitätskriterien des ÖSG. Gem den Strukturqualitätskriterien für die Intensivbereiche des ÖSG¹¹⁰, ist ein ärztlicher Dienst in Form von Rufbereitschaft für IMCUs und ICUs nicht zulässig. Eine Rufbereitschaft¹¹¹ wäre lediglich für eine „Postnarkose“ (postoperativer Aufwachbereich) in Standardkrankenanstalten oder privaten Krankenanstalten im Nacht-, Wochenend- und Feiertagsdienst zulässig, da wie schon gesagt, der postoperative Aufwachbereich kein eigenständiger bettenführender Bereich ist¹¹².

¹⁰⁸ § 2a Abs 1 lit b KAKuG.

¹⁰⁹ Vgl *Werner*, Anästhesie und Intensivmedizin – quo vadis, in *Kröll/Pateter/Schweppes*, Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin (2009) 5 (8): worin *Werner* behauptet, dass die Anästhesiologie eine „Mutter“ für die operative Intensivmedizin ist.

¹¹⁰ Siehe dieses Kap 3.2.4.2.

¹¹¹ Zur Rufbereitschaft: *Stärker*, Rufbereitschaft im Arbeits-, Dienst-, Krankenanstalten- und ärztlichen Berufsrecht, RdM 2003, 84; *derselbe*, Rufbereitschaft, tägliche Ruhezeit und ausgefallene Normalarbeitszeit im Bereich des Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetzes, RdM 2002, 46.

¹¹² Ist Teil der Anästhesie.

Nach dem Wortlaut des § 8 Abs 1 Z 4 KAKuG wäre es aber zulässig, dass eine Standardkrankenanstalt beispielsweise eine internistische Intensivstation betreibt und „nur“ ein Unfallchirurg im Nacht-, Wochenend- und Feiertagsdienst in der Krankenanstalt anwesend ist. Für die (internistische) Intensivstation wäre dann vorübergehend (dh während der Abwesenheit des zuständigen Facharztes) der Turnusarzt zuständig, sofern er bereits über die entsprechenden Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt.¹¹³ Zu Hilfe könnte dem Turnusarzt allenfalls der „fachfremde“, in der Krankenanstalt anwesende Facharzt (beispielsweise Unfallchirurg) im Rahmen sofortiger notfallmedizinischer Versorgung kommen. Gem § 31 Abs 3 Z 3 ÄrzteG sind Fachärzte für Anästhesiologie und Intensivmedizin, Chirurgie, Innere Medizin und Unfallchirurgie unter folgenden Umständen vom Verbot der Fachüberschreitung¹¹⁴ ausgenommen: während der Rufbereitschaft des zuständigen Facharztes, im Rahmen sofortiger notfallmedizinischer Versorgung, wenn sie eine Fortbildung gem § 40 ÄrzteG (Fortbildungslehrgang für Notarztdienste) absolviert haben.

Im Rahmen der Organisationsverantwortung des Krankenanstaltenträgers¹¹⁵ hat dieser dafür zu sorgen, dass während der Rufbereitschaft des Facharztes ein in seiner Ausbildung schon fortgeschrittener Turnusarzt zur Verfügung steht¹¹⁶ und die Nachteile der Rufbereitschaft möglichst gering gehalten wer-

¹¹³ Vgl den durch die ÄrzteG-Nov BGBl 1996/752 eingeführten letzten Satz des (nunmehrigen) § 3 Abs 3 ÄrzteG, nachdem der Turnusarzt ausnahmsweise zur Berufsausübung auch ohne Aufsicht des für seine Ausbildung verantwortlichen Facharztes berechtigt ist; zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des § 3 Abs 3 KAKuG vgl *Attlmayr*, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des „Bezugnehmens“ auf Normen anderer Rechtssetzungsautoritäten, ÖJZ 2000, 96.

¹¹⁴ § 31 Abs 3 ÄrzteG gilt gem § 7 Abs 3 KAKuG mittelbar für Krankenanstalten; siehe *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998³ (2007) § 31 Anm 6.

¹¹⁵ Vgl dazu kürzlich OGH 4.8. 2009, 9 ObA 53/08x = RdM 2010/60: Der OGH betont (in einem arbeitsrechtlichen Verfahren) den Zusammenhang zwischen der individuellen Verantwortung eines (rufbereiten) leitenden Arztes und der Organisationsverantwortung des Krankenanstaltenträgers (hier bei rechtswidriger Einführung der Rufbereitschaft).

¹¹⁶ Der Gesundheitsausschuss hielt in seinem Bericht zur Nov des ÄrzteG 1984 fest, dass die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten des Turnusarztes idR erst nach zumindest zweijähriger Ausbildung gegeben sein werden (AB 431 BlgNR 20. GP 2); im ÄrzteG wurde mit der Nov BGBl 1996/752 keine derartige Frist festgesetzt; nach der RV 381 BlgNR 20. GP 4 sind die entsprechenden Kenntnisse und Fertigkeiten des Turnusarztes „...nach dem Ausbildungsstand des Turnusarztes zu beurteilen“.

den.¹¹⁷ So beanstandete der OGH¹¹⁸ ein Organisationsverschulden des Krankenanstaltenträgers, da mangels Planung zwischen dem Erkennen einer akuten Atemnot eines vierjährigen Kindes und dem Einsetzen der Intensivbehandlung 13 Minuten vergangen waren. In analoger Anwendung der vom OGH entwickelten Grundsätze zum Einsatz von Famulanten¹¹⁹, wird man für den Bereich einer Intensivstation, indem jederzeit akute Gefahrensituationen auftreten können, den Einsatz eines Turnusarztes nicht billigen können. Eine eingerichtete Rufbereitschaft für eine Intensivstation (einer Standardkrankenanstalt) wird daher (neben Übernahmefahrlässigkeit des Turnusarztes und Verantwortlichkeit des ausbildenden, rufbereiten Facharztes) als Organisationsverschulden des Trägers zu werten sein.

In der Praxis wird sich das Problem nicht häufig stellen, da Standardkrankenanstalten idR keine Intensivstationen betreiben.¹²⁰

Zu beachten ist, dass die in § 8 Abs 1 KAKuG festgelegte fachärztliche Versorgungsdichte nur eine untere Grenze darstellt, die von den Ländern in den unmittelbar anwendbaren Vorschriften der jeweiligen Landes-KAG¹²¹ und allfälligen Durchführungsverordnungen über- aber keinesfalls unterschritten werden darf.

Problematisch ist auch die Formulierung des Gesetzgebers bezüglich Schwerpunktkrankenanstalten in § 8 Abs 1 Z 3 KAKuG. Während gem § 8 Abs 1 Z 2 und 4 KAKuG „in Zentralkrankenanstalten“ und „in Standardkrankenanstalten“ die geforderte fachärztliche Präsenz gegeben sein muss, stellt der Gesetzgeber für die geforderte fachärztliche Präsenz in Schwerpunktkrankenanstalten auf Abteilungen und Organisationseinheiten der beschriebenen Sonderfächer ab.

¹¹⁷ Siehe *Harrer* in *Kopetzki/Zahl*, Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 44; *Harrer* empfiehlt in dringlichen Fällen den rufbereiten Arzt nicht erst nach Einlieferung des Patienten, sondern schon zuvor, durch den Rettungsdienst zu verständigen.

¹¹⁸ OGH 3. 12. 1985, 5 Ob 608/84.

¹¹⁹ OGH 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94 = RdM 1994, 121 = JBI 1995, 245.

¹²⁰ Vgl Fn 65.

¹²¹ Vgl OGH 4.8. 2009, 9 ObA 53/08x = RdM 2010/60; da das Land Salzburg nicht von der Möglichkeit der Einschränkung der Facharztpräsenz im Nachtdienst Gebrauch gemacht hat, muss in der Standardkrankenanstalt gem § 8 Abs 1 Z 1 KAKuG jederzeit (also auch in der Nacht) zumindest ein Facharzt des jeweiligen Sonderfachs anwesend sein.

Ich bleibe bei dem Beispiel einer internistischen Intensivstation - betreibt eine Schwerpunktkrankenanstalt eine solche, stellt sich die Frage, ob im Nacht-, Wochenend- und Feiertagsdienst jeweils ein Facharzt pro Organisationseinheit dh ein Facharzt nur für die internistische Intensivstation anwesend sein muss, oder ob ein Facharzt für mehrere Abteilungen und Organisationseinheiten desselben Faches (in diesem Fall FA für Innere Medizin) ausreichend ist.

Das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen hat dazu festgestellt, dass es gegen ein Landesausführungsgesetz, welches eine abteilungsübergreifende Fachärztervertretung für ein Sonderfach vorsieht (dh nur ein Facharzt/Sonderfach ist anwesend), keine Bedenken hätte, wenn dies aufgrund der Größe der Abteilungen od Organisationseinheiten und der räumlichen Nähe zueinander vertretbar ist.¹²² Weiß man, dass Intensivmediziner oft stundenlang bei kritischen Patienten an der Intensivstation permanent benötigt werden, so ergibt sich daraus, dass der Facharzt für die restlichen Abteilungen und Organisationseinheiten des Sonderfachs nicht bzw nur sehr eingeschränkt zur Verfügung steht.

Die dadurch bedingten potentiellen Haftungsfälle sind symptomatisch für das bestehende Spannungsverhältnis zwischen Behandlungsanspruch des Patienten und Wirklichkeit im Gesundheitssystem und den arbeitsteilig organisierten Krankenhausalltag.¹²³

¹²² BMGF 9. 12. 2003, GZ 92.600/16-I/B/8/03.

¹²³ Vgl dazu schon 1998(!) *Kopetzki*, Einleitung: Patientenrechte zwischen normativem Anspruch und ökonomischen Zwängen, in *Kopetzki/Zahl*, Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 9ff; *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 174ff.

2.6. Sanktionen der Nichteinhaltung der SQ

2.6.1. Sanktionen finanzieller Natur

2.6.1.1 FondsKA

Als Sanktionen für die Nichteinhaltung der SQ der jeweiligen LKAP sind für FondsKA Sanktionen des jeweiligen Landesfonds gegen einzelne KA-Träger im Rahmen der LKF denkbar¹²⁴.

Auf Bundesebene ist auf Art 40 Abs 2 der aktuellen Art 15a-Vereinbarung¹²⁵ hinzuweisen. Danach hat die Bundesgesundheitsagentur bei maßgeblichen Verstößen gegen den ÖSG und gegen Vorgaben im Zusammenhang mit der Qualität oder der Dokumentation den Länderanteil des jeweiligen Landesgesundheitsfonds solange zurückzuhalten bis das Land oder der Landesgesundheitsfonds nachweislich die zur Herstellung des den Vorgaben entsprechenden Zustandes erforderlichen Maßnahmen gesetzt hat.

2.6.1.2 Private KA

Für private gewinnorientierte KA, die am PRIKRAF¹²⁶ teilnehmen, wäre die Einleitung eines Sanktionsverfahrens gem § 15 PRIKRAF-G denkbar; dies setzt jedoch voraus, dass die Nichteinhaltung der SQ des jeweiligen LKAPs eine Pflichtverletzung im Sinne von § 14 Abs 1 Z 8 PRIKRAF-G¹²⁷ darstellt und in dessen Katalog von Pflichtverletzungen angeführt ist.

¹²⁴ Vgl § 27b Abs 5 KAKUG, wonach die Übereinstimmung mit den jeweiligen LKAP (genannt ist – verfassungswidrigerweise - auch ÖSG, weil nicht unmittelbar anwendbar) und die Erfüllung der Verpflichtung zur Dokumentation Voraussetzung ist, dass der KA-Träger Mittel des Landesgesundheitsfonds erhält. Ausschlaggebend ist aber, ob die Verletzung des LKAP nach dem jeweiligen Landes-KAG strafbar ist.

¹²⁵ BGBl I 2008/105 (2008 – 2013).

¹²⁶ Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfonds; siehe Kapitel 3.3.2.

¹²⁷ Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfondsgesetz BGBl I 2004/165 – die Geltungsdauer wurde mit BGBl I 2007/101 bis 31. 12. 2013 verlängert.

2.6.2. Zurücknahme von Errichtungs- und Betriebsbewilligung

Für private gewinnorientierte Krankenanstalten (sofern man die Gültigkeit der Strukturqualitätskriterien des LKAP für sie überhaupt bejaht – siehe oben) und FondsKA ist im Extremfall auch der Entzug der Errichtungs- bzw Betriebsbewilligung gem § 12 KAKuG (dh den jeweiligen Ausführungsbestimmungen¹²⁸ dazu) durch die Landessanitätsbehörde vorgesehen.

Gem § 12 Abs 2 KAKuG ist die Betriebsbewilligung einer KA bzw einzelner Abteilungen oder anderer Organisationseinheiten abzuändern oder zurückzunehmen, wenn eine für die Erteilung der Bewilligung zum Betrieb vorgeschriebene Voraussetzung weggefallen ist oder ein ursprünglich bestandener und noch fortdauernder Mangel nachträglich hervorkommt (§ 12 Abs 2 lit a KAKuG)¹²⁹. Gem § 12 Abs 3 KAKuG kann die Bewilligung zum Betrieb auch bei sonstigen schwerwiegenden Mängel, wenn diese nicht innerhalb einer festgesetzten Frist behoben werden, entzogen werden.

Die Bewilligung zur Errichtung einer Krankenanstalt bzw einzelner Abteilungen od anderer Organisationseinheiten kann gem § 12 Abs 1 KAKuG abgeändert oder zurückgenommen werden, wenn eine zur Erteilung der Bewilligung zur Errichtung vorgeschriebene Voraussetzung weggefallen ist oder ein ursprünglich bestandener Mangel fort dauert und nachträglich hervorkommt.

¹²⁸ § 9 Bgld KAG, § 17 K-KAO, § 28 Nö KAG, § 98 Oö KAG, § 13 S-KAG, § 18 Stmk KALG, § 9 Tir KAG, § 26 Vbg SpitalG, § 23 Wr KAG.

¹²⁹ VfSlg 17.232/2004 zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Zurücknahme zum Schutz öffentlicher Interessen (zum Tir KAG).

3. Finanzierung

3.1. Fondskrankenanstalten¹³⁰

Für Intensivstationen, die in Fondskrankenanstalten eingerichtet sind, gelten die Rahmenbedingungen des ÖSG und die darin getroffene Einteilung in ICU und IMCU, diese wird in der LKF (Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung¹³¹) beibehalten.

Als Fondskrankenanstalten gelten gem Art 18 Abs 3 der 15a- Vereinbarung und den unmittelbar anwendbaren Bestimmungen der Landes-KAG bzw der LandesGesundheitsfondsG, alle öffentlichen Krankenanstalten gem § 2 Abs 1 Z 1 und 2 KAKuG (allgemeine und Sonderkrankenanstalten) mit Ausnahme der Pflegeabteilungen in öffentlichen Krankenanstalten für Psychiatrie; darüber hinaus zählen dazu private Krankenanstalten der in § 2 Abs 1 Z 1 KAKuG bezeichneten Art, die gem § 16 KAKuG gemeinnützig geführte Krankenanstalten sind, soweit sie (öffentliche wie private) im Jahr 1996 Zuschüsse des Krankenanstalten-Zusammenarbeitsfonds (KRAZAF) erhalten haben.

3.2. Private KA

Allgemeine private KA, die gemeinnützig sind, unterliegen als Fondskrankenanstalten der LKF-Finanzierung.¹³²

Die Finanzierung der meisten übrigen privaten gewinnorientierten KA erfolgt ebenfalls auf Basis einer leistungsgerechten Abgeltung über den Privatkrankeanstaltenfinanzierungsfonds (PRIKRAF) nach Maßgabe des PRIKRAF-Gesetzes. Der PRIKRAF wird gem § 3 PRIKRAF-G aus Mitteln der Sozialversicherung gespeist, als weitere Mittel sind Erstattungsbeträge ausländischer So-

¹³⁰ Diese wurden mit Einführung der leistungsorientierten Krankenanstaltenfinanzierung mit 1. 1. 1997 geschaffen, sie sind in die LKF-Finanzierung über die Landesgesundheitsfonds eingebunden.

¹³¹ Dazu *Dézszy/Spenn*, Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung, in *Mazal* (Hrsg), Krankenanstaltenfinanzierung (1995) 33.

¹³² § 40 Abs 1 lit c und d KAKuG.

zialversicherungsträger genannt sowie Vermögenserträge und sonstige Mittel (als Beispiel sind Spenden angeführt). Daraus ist zu schließen, dass Mittel der Gebietskörperschaften nicht verwendet werden. Eine jährlich eingezahlte Summe wird leistungsorientiert unter den Krankanstalten aufgeteilt¹³³. Zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem PRIKRAF und PRIKRAF-KA ist eine Schiedskommission einzurichten, welche mit Bescheid entscheidet.¹³⁴

Das PRIKRAF-System ist als „Parallelsystem zum LKF-System auf die jeweilige Legislaturperiode befristet. Nicht am PRIKRAF teilnehmende Anstalten¹³⁵ können Krankenanstaltenverträge mit den Sozialversicherungsträgern abschließen. Hier sei noch erwähnt, dass die Aufgabe des PRIKRAF nur die Abgeltung jener Leistungen betrifft, für die eine Leistungspflicht der Krankenversicherungsträger besteht¹³⁶, die Abgeltung von Entgelten der Sonderklasse¹³⁷ ist hiervon nicht erfasst.

3.3. LKF - Modell 2010: Intensivbereich

Seit 2002 wird erstmals, entsprechend dem ÖSG, zwischen Intensivüberwachungseinheiten (IMCU)¹³⁸ und Intensivbehandlungseinheiten (ICU) unterschieden. Intensivbehandlungseinheiten werden aufgrund der Intensivdokumentation (TISS-Punkte¹³⁹) in die Stufen I – III eingeteilt.¹⁴⁰ Darüber hinaus müssen der Personal-Betten-Schlüssel (diplomiertes Gesundheits- und Kran-

¹³³ § 7 Abs 4 PRIKRAF-G.

¹³⁴ § 19 PRIKRAF-G.

¹³⁵ Welche KA jeweils teilnehmen, ergibt sich aus dem Anhang zum PRIKRAF-G.

¹³⁶ § 2 Abs 1 Z 1 PRIKRAF-G.

¹³⁷ Siehe Kapitel 5.1.4.

¹³⁸ Diese wurden zur Reduzierung „unangemessener“ Benützung von intensivmedizinischen Ressourcen bereits in vielen Krankanstalten geschaffen, es liegen allerdings (noch) keine Nachweise vor, dass die Errichtung eigener IMCUs ICU-Kosten reduziert.

¹³⁹ TISS28-Score; TISS= Therapeutic Intervention Scoring System – dient der Erfassung des Pflegeaufwands auf Intensivstationen; der TISS enthält 28 Maßnahmen bzw „Items“, welche mit einem Punktwert versehen werden, die Summe dieser Punkte ergibt den TISS28-Score. Vgl TISS 28 Profil der Intensivbehandlungseinheiten 2008 in *BMG*, Krankanstalten in Zahlen (2008) Tabelle 036.

¹⁴⁰ Siehe Tab.3 (41).

kenpflegepersonal je systemisiertem Bett), die Mindestbettenzahl und verschiedene weitere Strukturqualitätskriterien¹⁴¹ erfüllt sein. Der Mittelwert der TISS-Punkte je Intensivtag wird nur aus jenen Tagen ermittelt, die eine Mindestzahl von 16 TISS-Punkten erreichen. Pro Intensivpflege-tag muss eine vollständige TISS-Dokumentation vorgenommen werden. Ausnahmen: Seit 2002 entfällt für neonatologische und pädiatrische Intensiveinheiten die Dokumentationspflicht, da die Intensiveinstufung und Bepunktung unabhängig von dieser Dokumentation anhand einer Plausibilitätsprüfung¹⁴² vorzunehmen ist. Auch für Intensiv-Überwachungseinheiten (IMCU) entfällt die Dokumentationspflicht. Da der „postoperative Aufwachbereich“, wie schon des Öfteren erwähnt, kein eigenständiger bettenführender Bereich ist, können hier keine LKF-Intensiv-Zusatzpunkte lukriert werden.

Ein weiterer wichtiger Bestandteil des LKF-Intensiveinstufungsmodells ist der Korrekturfaktor, der pro Intensivstation individuell berechnet wird und eine bedarfsgerechte Nutzung der Intensivstationen sicherstellen soll. Als Intensivtage im engeren Sinn werden nur Tage mit mindestens 16 TISS-Punkten definiert. Mit diesen Intensivtagen wird der erforderliche Mindest-Bettenbedarf ermittelt und unter Berücksichtigung der SOLL-Auslastung die ideal erforderliche Bettenanzahl berechnet. Zur Berechnung der Korrekturfaktoren wird eine SOLL-Auslastung von 70% definiert. Aus der SOLL-Bettenzahl und den systemisierten Betten wird der Korrekturfaktor ermittelt, mit dem die Tagespauschale der jeweiligen Intensivstufe gewichtet wird. Der Korrekturfaktor wird nach oben mit maximal 1,2 begrenzt. Analog zu diesem Korrekturfaktor wurde für die Intensivüberwachungseinheiten (IMCU) für Erwachsene der Auslastungsfaktor eingeführt. Dieser ist ab einer IST-Auslastung von 80% anzuwenden und wird wie folgt berechnet: Normauslastung (80%)/IST-Auslastung (damit ist der Faktor nach oben mit 1,0 begrenzt). Für die Ermittlung der Parameter beider Faktoren

¹⁴¹ Siehe Kapitel 3.2.4.2.

¹⁴² Seit 1. 1. 2007 ist ein durch die Dokumentation nachgewiesener Mindestanteil an intensivpflichtigen Zugängen Voraussetzung für die Einstufung als Intensiveinheit der Neonatologie und Pädiatrie. Der Anteil intensivpflichtiger Zugänge wird bei der Festlegung der Zusatzpunkte durch die Berechnung eines Plausibilitätsfaktors berücksichtigt – siehe *BMG, Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung Modell 2010*, 51.

ist die IST-Auslastung anhand eines Beobachtungszeitraumes von einem Jahr und grundsätzlich nach den systemisierten Betten zu berechnen.

Beispiel (ICU):
 (systemisierte) Intensivbetten: 8
 1000 dokumentierte Tage mit TISS < 16 Punkte
 1500 Intensivtage mit TISS-Mittelwert 23 Punkte (= Stufe I, 640 Punkte)
 durchschnittlich belegte Betten: $2500 / 365 = 6,8$ Betten
 erforderliche Mindest-Bettanzahl: $1500 / 365 = 4,1$ Betten
 SOLL-Bettanzahl bei Auslastung 70% = $4,1 / 0,7 = 5,9$
 Korrekturfaktor: $5,9 / 8$ (syst.) Betten = 0,74
 Tatsächliche Intensiv-Zusatz-Punkte je Belagstag: $640 * 0,74 = 474$

Tab. 3: Einstufungskriterien von Intensiveinheiten
 INTENSIVMODELL 2010 (Erwachsene)¹⁴³

Kriterien	Intensiv- Überwa- chungs- einheiten	Intensivbehandlungseinheiten		
		Stufe I	Stufe II	Stufe III
Mittelwert der TISS-Punkte	keine	≥ 22	≥ 27	≥ 32
DGKP/ system. Bett	≥ 1,5:1	≥ 2,0:1	≥ 2,5:1	≥ 3,0:1
Anerkennung dr. die Landes-gesundheits-plattform	ja	ja	ja	ja
Mindestbettanzahl, systemisiert	4	6	6	6
Korrekturfaktor	Auslastungs-faktor	ja	ja	ja
Verpflichtende In-tensiv-Dokumentation	keine zusätzliche	TISS-28, SAPS, TRIS	TISS-28, SAPS, TRIS	TISS-28, SAPS, TRIS
Zusatz-Punkte pro Tag	386	640	932	1.487

¹⁴³ Quelle: BMG, LKF-Modell (2010) 13.

Voraussetzung für die Berechnung der Punkte im LKF-Modell, die nach den oben gezeigten Bepunktungsregeln vorgenommen wird, sind das Vorliegen einer sanitätsbehördlichen Bewilligung, das Führen einer eigenen Kostenstelle mit den speziellen Funktionscodes, das Vorliegen einer Mindestpersonalausstattung sowie die Anerkennung der Einstufung durch die Landesgesundheitsplattform bzw den PRIKRAF.

Teil II: Ansprüche des Patienten in der Intensivmedizin

Kapitel 4: Welche Behandlung wird geschuldet?

1. Fallgruppen

1.1. Allgemeine Gebührenklasse

Gem § 133 Abs 2 ASVG hat die Krankenbehandlung ausreichend und zweckmäßig zu sein, und darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.

Der OGH hat in OGH 15. 12. 1992, 10 ObS 136/92 ausgesprochen, dass der krankenversicherte Patient keinen Rechtsanspruch auf die jeweils weltbeste medizinische Versorgung hat.¹⁴⁴

1.2. Sonderklasse

Wie in Kap 5 erläutert wird, darf sich die Sonderklasse von der allgemeinen Gebührenklasse nur durch ihre besondere Ausstattung, Verpflegung und Unterbringung¹⁴⁵ unterscheiden, bei der medizinischen Behandlung dürfen jedoch keine Unterschiede gemacht werden.¹⁴⁶

1.3. Selbstzahler

Unabhängig vom Niveau der medizinischen Behandlung werden deren Empfänger nach der Quelle der Finanzierung in selbstzahlende oder versicherte Patienten unterschieden.

¹⁴⁴ Vgl dazu auch OGH 20. 1. 2009, 4 Ob 166/08b: "Es kann nicht jeder Patient darauf bestehen, nur von jenem Arzt operiert zu werden, der die größte Erfahrung oder sonst die allerbesten Voraussetzungen für ein geringstmögliches Operationsrisiko aufweist."

¹⁴⁵ § 16 Abs 2 KAKuG.

¹⁴⁶ § 16 Abs 1 lit d KAKuG.

Welcher Level von Intensivmedizin wird vom Arzt¹⁴⁷ bzw von der Krankenanstalt welchem Patienten tatsächlich geschuldet?

Diese Frage ist eine Frage des Vertragsinhalts, welcher sich aus dem abgeschlossenen Vertrag entweder zwischen Patient und Arzt (Sonderklassepatient, Selbstzahler) oder zwischen Patient und Krankenanstaltenträger (Patient der allgemeinen Gebührenklasse) ergibt. Ausschlaggebend für die Qualität der geschuldeten (intensiv-) medizinischen Leistung ist daher die Auslegung dieses Vertrages, welche mit Hilfe der Auslegungsregeln der §§ 914, 915 ABGB zu erfolgen hat.

2. Vertragsgrundlage für Patienten mit Krankenversicherung

2.1. Allgemeines

Bei Aufnahme eines Patienten in die allgemeine Gebührenklasse einer öffentlichen oder einer privaten gemeinnützigen Krankenanstalt entsteht ein Rechtsverhältnis zwischen Krankenanstaltenträger und Patient (auf Kosten der Sozialversicherung), aufgrund dessen der Krankenanstaltenträger verpflichtet ist dem Patienten alle aus gesundheitlichen Gründen erforderlichen Leistungen zu erbringen. In der Literatur¹⁴⁸ wird vom „totalen Krankenhausaufnahmevertrag“ gesprochen.

Der Anstaltsarzt ist im Verhältnis zum Patienten Erfüllungsgehilfe des KATr, der KATr haftet daher dem Patienten gem § 1313a ABGB für das Verschulden jener Anstaltsärzte, derer er sich zur Erfüllung des Aufnahmevertrages bedient.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Im Fall einer privatrechtlichen Vereinbarung des Patienten der Sonderklasse mit dem honorarberechtigten Arzt (bundes- od landesgesetzliche Honorarberechtigung).

¹⁴⁸ Vgl *Bydlinski*, Verträge über ärztliche Leistung, in *Rechberger/Welser* (Hrsg), FS Kralik (1986) 366; *Mazal*, Die Behandlung in der Sonderklasse, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 85.

¹⁴⁹ *Bydlinski*, Verträge über ärztliche Leistung, in *Rechberger/Welser* (Hrsg), FS Kralik (1986) 362; *Mazal*, Die Behandlung in der Sonderklasse, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 78.

2.2. Rechtsnatur des Krankenhausaufnahmevertrags

Der Krankenhausaufnahmevertrag mit einer privaten Krankenanstalt ist zweifelsfrei als zivilrechtlich zu deuten¹⁵⁰, § 39 Abs 2 KAKuG lautet: „Die Rechte und Pflichten, die sich aus der Aufnahme in eine private Krankenanstalt ergeben, sind nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen“.

Die Rechtsnatur des Anstaltsverhältnisses in öffentlichen KA ist weitaus schwerer zu beurteilen. Während es früher selbstverständlich als öffentlich-rechtlich¹⁵¹ gedeutet wurde, nimmt die Jud¹⁵² und die überwiegende Lehre¹⁵³ heute ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis an.

*Kopetzki*¹⁵⁴ führt aber zu Recht Fallkonstellationen an, in denen der Patient mangels Geschäftsfähigkeit nicht in der Lage ist einen zivilrechtlichen „Behandlungsvertrag“ mit dem Krankenanstaltenträger abzuschließen (und auch kein Vertreter für ihn handelt). *Kopetzki* nennt den Bereich der Psychiatrie¹⁵⁵ oder der Notfallmedizin, letzter ist im Rahmen dieser Untersuchung von Bedeutung.

¹⁵⁰ *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² (2005) 68; *Bydlinski*, *Verträge über ärztliche Leistung*, in *Rechberger/Welser* (Hrsg), FS Kralik (1986) 359; *Kopetzki*, *Krankenanstaltenrecht*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg) *Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I*² (2007) 517; *Pircher*, *Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten* (2002) 107.

¹⁵¹ VwSlg 886 A/1902; OGH SZ 3/118; OGH SZ 14/178; VfSlg 2388/1952; *Adamovich*, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts II*⁵ (1953) 27; *Antonioli*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1954) 105. Ausführlich dazu *Stöger*, *Krankenanstaltenrecht* (2008) 604ff.

¹⁵² OGH EvBl 1966/257; SZ 42/188; SZ 62/53; SZ 70/241; SZ 72/91; VfGH 17. 3. 2007, G 119/06; VwGH 16. 11. 1993, 93/11/0111.

¹⁵³ Zur schrittweisen Umdeutung *Kopetzki*, *Unterbringungsrecht I* (1995) 189ff; *Pircher*, *Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten* (2002) 105ff; *Stöger*, *Krankenanstaltenrecht* (2008) 604ff; *Mazal*, *Die Behandlung in der Sonderklasse*, in *Tomandl*, (Hrsg) *Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung* (1992) 77; *Rebhahn*, *Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Auslagerung bei Anstaltspflege*, in *Tomandl/Schrammel*, (Hrsg) *Schnittstelle Krankenversicherungs- und Krankenanstaltenrecht* (2004) 37; *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² (2005) 68; *Bydlinski*, *Verträge über ärztliche Leistung*, in *Rechberger/Welser* (Hrsg), FS Kralik (1986) 359f, ist für eine analoge Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften auf ein öffentlich-rechtliches Verhältnis; kritisch zur Analogie *Stöger*, *Krankenanstaltenrecht* (2008) 612f; weiters aus der Lit: *Rill*, *Die rechtliche Problematik des Dreiecks „Sozialversicherungsträger – Krankenanstaltenträger – Sozialversicherter“* in *Tomandl* (Hrsg) *Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht* (1975) 95; *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² (2005) 68: „... erfolgt die med Betreuung auch hier iRd Privatwirtschaftsverwaltung, dh zwischen der öffentlichen KA und dem Patienten, besteht ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis und gegebenenfalls eine zivilrechtliche Haftung, welche nicht den Bestimmungen des AHG unterliegt“; *Stellamor/Steiner*, *Handbuch des österreichischen Arztrechts I* (1999) 64; *Englährringer*, *Ärztlicher Behandlungsvertrag*, ÖJZ 1993, 496; *Reischauer* in *Rummel*³ (Hrsg), § 1313a Rz 6.

¹⁵⁴ *Kopetzki*, *Unterbringungsrecht I* (1995) 190f; *Kopetzki*, *Krankenanstaltenrecht*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I*² (2007) 518.

¹⁵⁵ Siehe *Kopetzki*, *Unterbringungsrecht II* (1995) 752.

Kopetzki führt aus, dass die Vorschriften des KAKuG so formuliert sind, dass sie auch gelten, wenn ein Vertrag bei Aufnahme des Patienten gar nicht zustande kommt und sieht darin einen Hinweis für ein öffentlich-rechtliches Verhältnis.¹⁵⁶

Es sprechen aber gewichtige Gründe, dafür die Rechtsbeziehung des im Notfall aufgenommenen, nicht geschäftsfähigen Patienten mit der hL¹⁵⁷ nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall (§ 1036 ABGB) zivilrechtlich zu deuten¹⁵⁸.

Die Lehre¹⁵⁹ hat schon vorgebracht, dass bei Annahme eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses das Recht der Leistungsstörungen, wie es das Privatrecht bietet, fehlt. Erschwerend kommt im Schadenersatzrecht das Fehlen eines vertraglichen Schadenersatzanspruches hinzu, was zur Folge hätte, dass der Krankenanstaltenträger nur mehr nach § 1315 ABGB und nicht mehr nach § 1313a ABGB haften würde.

Es wäre nur mehr eine deliktische Haftung des Arztes gegeben, was eine massive Einschränkung des Haftungsfonds bedeuten würde. Aus gleichheitsrechtlicher Sicht wäre diese Schlechterstellung des Patienten der öffentlich-rechtlichen KA gegenüber der privaten, gemeinnützigen KA sehr bedenklich.

Die hL¹⁶⁰ sieht die Aufklärungspflicht als Pflicht aus dem Behandlungsvertrag an; leugnet man die rechtsgeschäftliche Natur des Anstaltsverhältnisses, fällt die Aufklärungspflicht als Vertragspflicht weg.¹⁶¹

¹⁵⁶ Vgl dazu *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) Fn 2703: "Dies bedeutet aber noch nicht, dass das Rechtsverhältnis nicht auch – sofern keine Sonderregelungen bestehen – vertraglich begründet werden kann."

¹⁵⁷ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 122; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 4/96ff; *Holzer*, Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg), Arzt und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 7; *Holzer*, Schadenersatzrechtliche Konsequenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus österreichischer Sicht, in FS Wolfgang Gitter (1995) 375 (356); *Englähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 46ff; *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 52, 93.

¹⁵⁸ Zur Einwilligungproblematik (mutmaßliche Einwilligung) siehe Kap.6.2.2.

¹⁵⁹ *Rill*, Die rechtliche Problematik des Dreiecks „Sozialversicherungsträger – Krankenanstaltenträger – Sozialversicherter“ in *Tomandl* (Hrsg), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1975) 94f; *Pircher*, Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten (2002) 110.

¹⁶⁰ *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 96; *Englähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 59f.

Bleibt letztlich noch die Tatsache, dass bei Annahme eines öffentlich-rechtlichen Anstaltsverhältnisses¹⁶² im Streitfall der Verwaltungsweg¹⁶³ und nicht der ordentliche Gerichtsweg zu beschreiten wäre. Die sich daraus ergebenden Probleme va in Bezug auf das von Art 6 EMRK geforderte „Tribunal“ könnten freilich durch die geplante Schaffung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit¹⁶⁴ weitgehend ausgeräumt werden.

2.3. Leistung aus dem Krankenhausaufnahmevertrag

2.3.1. Einleitung

Auf welche intensivmedizinischen Leistungen hat der Patient auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung Anspruch? Welche besonderen intensivmedizinischen Leistungen kann der Patient mit dem Arzt vereinbaren ohne selbst dafür kostenpflichtig zu werden? Schließlich ist der häufigste Fall zu untersu-

¹⁶¹ Gem Stöger, Krankenanstaltenrecht (2008) Fn 2705 ergibt sich die Aufklärungspflicht aber ohnehin aus dem als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB deutbaren § 8 Abs 3 KAKuG und es leitet sich daraus eine deliktische Haftung ab. Zum Schadenersatzanspruch führt er aus, dass dem Patient dieser auch bei mangelhafter Aufklärung zusteht, da der Nachweis genügt, dass der Patient bei entsprechender Aufklärung dem Eingriff so nicht zugestimmt hätte (unter Berufung auf *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 341f. Die Beweislastumkehr der Haftung ex contractu gem § 1298 ABGB würde dann im Falle der Verletzung einer Erfolgsverbindlichkeit durch den Arzt wegfallen (§ 1296 ABGB deliktischer Schadenersatz). Keine Unterschiede in der Beweislastverteilung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung dürfte es im Bereich der Sorgfaltsverbindlichkeiten geben, da es hier gem *Reischauer* sowieso keine Anwendung des § 1298 ABGB gibt. Der Patient hat das objektiv sorgfaltswidrige Verhalten des Schädigers sowie die Kausalität der Sorgfaltsverletzung zu beweisen; gelingt dies (allenfalls auch mit Prima-facie-Beweis), so kehrt sich die Beweislast für die subjektive Sorgfaltswidrigkeit (Verschulden) schon nach §§ 1297, 1299 ABGB um; siehe *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298), (1975) 304ff; *Reischauer*, Verschulden und Beweislast, ZVR 1978, 97ff (102ff); *Reischauer*, Neuere Rechtsprechung und Lehre zu § 1298 ABGB, JBl 1998, 481f (569f).

¹⁶² Vgl dazu die Rechtslage in der Schweiz: Die Beziehung Arzt – Patient wird jedenfalls dann immer dem öffentlichen Recht zugeordnet, wenn die Behandlung in einem öffentlichen Spital stattfindet oder wenn es sich um erste Hilfe nach einem Unfall handelt; siehe *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994) 50ff (232); Zur öffentlichrechtlichen Grundlage bei Notfallsbehandlungen in der Schweiz, siehe auch das Medizinalberufegesetz – MedBG vom 23. 6. 2006 (BBl 2006, 5753, SR 811.11), va Art 40 lit g MedBG.

¹⁶³ Ausgenommen deliktischer Schadenersatz.

¹⁶⁴ Aktueller Ministerialentwurf, Februar 2010, 129/ME 24. GP. Demnach sind für jedes Land ein Verwaltungsgericht 1. Instanz anstelle der UVS und für den Bund zwei Verwaltungsgerichte 1. Instanz (sog „9+2-Modell“) vorgesehen; der AsylGH soll nach diesem Entwurf bestehen bleiben; ein Rechtszug gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte an den VfGH (arg: „zweistufig“) und den VfGH ist eingeräumt.

chen: Welche Qualität von spitzen- bzw intensivmedizinischer Behandlung wird dem Intensivpatienten geschuldet, wenn es keine Vereinbarung darüber gibt?

2.3.2. Krankenanstaltenrechtliche Bestimmungen

Gem § 8 Abs 2 KAKuG dürfen Krankenanstalten ihre Patienten nur nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft¹⁶⁵ ärztlich behandeln.¹⁶⁶ Diese Bestimmung ist nicht dispositiv, sie stellt einen zwingenden Bestandteil des Krankenhausaufnahmevertrages dar.¹⁶⁷

Aus § 8 Abs 2 iVm § 16 Abs 1 lit d KAKuG ist zu schließen, dass gemeinnützige Krankenanstalten allen Patienten ein einheitliches Level an Intensivmedizin anzubieten hat. Bietet daher eine gemeinnützige Krankenanstalt besondere intensivmedizinische Leistungen beispielsweise Selbstzahlern an, so muss sie diese Behandlungsmethoden, vorausgesetzt medizinische Indikation,¹⁶⁸ auch den Patienten der allgemeinen Gebührenklasse und der Sonderklasse zukommen lassen.

Für allgemeine Krankenanstalten (§ 2 Abs 1 Z 1 KAKuG) ist für die Qualität der intensivmedizinischen Behandlung neben § 8 Abs 2 KAKuG auch § 2a Abs 1 lit b und c KAKuG von Bedeutung. Nach dem Gesetzeswortlaut müssen in Schwerpunktkrankenanstalten „Einrichtungen für Intensivpflege“ eingerichtet

¹⁶⁵ Dazu umfassend *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 267ff; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II (1995) 792ff; *Aigner*, Die Leistungsverpflichtung der Krankenhäuser, in *Jabornegg ua* (Hrsg), Planung und Finanzierung der Krankenbehandlung (2004) 42f; *Grimm*, Die Weisungsbindung des Spitalsarztes (1999) 65; sowie jüngst *Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenze des Behandlungsanspruchs (2010) 9ff.

¹⁶⁶ Die Bestimmung bzw die Ausführungsbestimmungen dazu, richten sich in gleicher Weise an die behandelnden Ärzte als auch an die Krankenanstaltenträger, da diese fachliche Weisungsbefugnis haben; siehe dazu *Grimm*, Die Weisungsbindung des Spitalsarztes (1999) 45ff. Zum Sorgfaltsmaßstab des Arztes welcher sich aus § 1299 ABGB, § 49 Abs 1 ÄrzteG sowie für den Krankenanstaltenarzt zusätzlich aus § 8 Abs 2 KAKuG ergibt, siehe *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 164ff.

¹⁶⁷ Siehe *Tumler/Weiß*, Wer soll das bezahlen? Die Finanzierung der Anstaltspflege bei Auslandsüberstellung, *SozSi* 2002, 459.

¹⁶⁸ Welche Methode im Rahmen der medizinischen Wissenschaft im Einzelfall angewendet werden soll, entscheidet der Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst; Siehe dazu auch *Mazal*, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in *Mazal* (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 27 (35); *Grimm*, Die Weisungsbindung des Spitalsarztes (1999) 65f.

sein (lit b) und Zentralkrankenanstalten „grundsätzlich“¹⁶⁹ mit allen, dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechenden spezialisierten Einrichtungen ausgestattet sein“ (lit c). Für das Behandlungsniveau an Intensivstationen gilt daher, dass § 8 Abs 2 KAKuG ein Mindestmaß an intensivmedizinischen Behandlungsmethoden vorschreibt, welche dem Fortschritt der medizinischen Wissenschaft anzupassen sind. Daraus folgt eine gewisse Standardausstattung einer Intensivstation¹⁷⁰, es lässt sich aber nicht auf eine bestimmte technische Ausstattung schließen, die letztlich immer zur Übernahme der neuesten intensivmedizinischen Behandlungsmethode führt.¹⁷¹

Die Geräteausstattung und das Behandlungsniveau einer Intensivstation müssen nicht „spitzenmedizinisches“ Niveau aufweisen, welches uU nur einige wenigen Experten weltweit beherrschen.¹⁷² Im Gegenteil, wenn eine Behandlungsmethode nur von einigen wenigen Experten beherrscht wird, kann sie mE nicht dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechen. Geschuldet ist eine schul-intensivmedizinische Behandlung¹⁷³, wobei sich das Niveau nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft¹⁷⁴ richtet. D.h. im Falle eines Aufenthaltes auf einer Intensivstation, kann der Patient erwarten, zumindest mit solchen intensivmedizinischen Methoden behandelt zu werden, wie sie an einer Intensivstation in einer ordnungsgemäß eingerichteten Krankenhaus angewendet werden.

¹⁶⁹ Zur Interpretation des Wortes „grundsätzlich“ idZ siehe *Geppert*, Das Dreieck: Patient – Sozialversicherung – Krankenhaus, in *ÖJK* (Hrsg) Strukturfragen des Rechtsschutzes (1987) 151ff.

¹⁷⁰ Siehe Kap 3.2.4.2.

¹⁷¹ *Geppert*, Das Dreieck: Patient – Sozialversicherung – Krankenhaus, in *ÖJK* (Hrsg) Strukturfragen des Rechtsschutzes (1987) 151.

¹⁷² *Froschauer*, Anstaltspflege. Angebotsverpflichtungen öffentlicher Krankenanstalten unter besonderer Berücksichtigung krankenhaushausfinanzierungs- sowie sozialversicherungsrechtlicher Aspekte, *SozSi* 2003, 557f; *Mayer*, Die Bereitstellung von Krankenanstalten, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 70.

¹⁷³ Vgl *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² (2005) Fn 750, der für eine teleologische Extension des „nur“ in § 8 Abs 2 KAKuG eintritt, und so den Ärzten in Krankenanstalten neben der Schulmedizin auch die Anwendung alternativer neuer Behandlungsmethoden (vorausgesetzt erhöhte Aufklärungspflicht) ermöglicht.

¹⁷⁴ Siehe dazu dazu umfassend *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 268f; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II (1995) 792ff; *Aigner*, Die Leistungsverpflichtung der Krankenhäuser, in *Jabornegg ua* (Hrsg), Planung und Finanzierung der Krankenbehandlung (2004) 42f; *Grimm*, Die Weisungsbindung des Spitalsarztes (1999) 65; sowie jüngst *Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenze des Behandlungsanspruchs (2010) 9ff.

*Stöger*¹⁷⁵ weist darauf hin, dass sich das zu ermittelnde Niveau nicht nur aus dem Inland ergibt, sondern auch Behandlungsmethoden, die in einem Staat mit vergleichbarer volkswirtschaftlicher Entwicklungsstufe zum medizinischen Standard gehören, zur Ermittlung des österreichischen Standards heranzuziehen sind. Auch der OGH¹⁷⁶ stellte fest, dass sich gerade Ärzte an Universitätskliniken nicht mit Erfolg darauf berufen können, dass ihnen der medizinische Standard eines Nachbarlandes unbekannt sei.

Eingeschränkt wird § 8 Abs 2 KAKuG durch die Versorgungshierarchie des § 2a KAKuG, der allerdings, wie schon erwähnt, nur für allgemeine Krankenanstalten iSd § 2 Abs 1 KAKuG gilt.

Wird ein Patient einer Standardkrankenanstalt intensivbehandlungspflichtig, dann darf dieser in der Standardkrankenanstalt nur dann behandelt werden, wenn die Standardkrankenanstalt – über die gesetzlichen Ausstattungsanforderungen hinaus - entsprechende Einrichtungen für Intensivpflege besitzt. Andernfalls ist der Patient an eine entsprechende Intensivstation einer Schwerpunktkrankenanstalt bzw einer Zentralkrankenanstalt zu transferieren, will sich der Mediziner nicht der Gefahr eines Übernahmeverschuldens aussetzen.

Wird der Patient an einer Intensivstation einer Schwerpunktkrankenanstalt behandelt und stehen für seine Erkrankung Behandlungsmethoden zur Verfügung, welche nur in einer Zentralkrankenanstalt erbracht werden können, ist der Patient im Rahmen der ärztlichen Aufklärungspflicht darüber zu informieren.¹⁷⁷ Ist der Patient geschäftsunfähig, so hat eine Transferierung in die Zentralkrankenanstalt im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu erfolgen.¹⁷⁸

Betrachtet man die Dreiteilung der Krankenanstalten gem § 2a KAKuG und die damit verbundenen Weiterverweisungspflicht der Mediziner, ist aber ein „international allgemein anerkannter Stand der medizinischen Wissenschaft“ als ein

¹⁷⁵ *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) 642.

¹⁷⁶ SZ 72/91= JBI 1999, 593 = RdM 1999/23.

¹⁷⁷ *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 114; eine Aufklärungspflicht hinsichtlich weltbesten Medizin ist aber grundsätzlich abzulehnen.

¹⁷⁸ Zur Problematik der (mutmaßlichen) Einwilligung siehe Kap. 6.

einheitlich zu erbringendes (intensiv-) medizinisches Level aller Krankenanstalten nicht mehr haltbar.¹⁷⁹

Nach *Kopetzki*¹⁸⁰ ist dieses Spannungsverhältnis nur auflösbar, indem innerhalb des allgemein anerkannten internationalen Standards zwischen einem internationalen Standard der Spitzenmedizin und einem solchen der Basisversorgung unterschieden wird.

*Stöger*¹⁸¹ spricht sich für ein abgestuftes Leistungsniveau der Krankenanstalten aus, gemessen am Grad ihrer Spezialisierung und Versorgungsstufe, wobei aber alle Krankenanstalten ihre Patienten nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft (§ 8 Abs 2 KAKuG) behandeln müssen.¹⁸²

ME ist Stöger zuzustimmen, denn allein die Kumulierung von verschiedenen Fachrichtungen und Spezialeinrichtungen, wie sie bei Zentralkrankenanstalten gegeben ist, führt zu einem wesentlich höheren (intensiv-) medizinischen Know-how als dies in einer Standard- od Schwerpunktkrankenanstalt der Fall sein wird. Dies ist auch im Haftungsrecht zu berücksichtigen.¹⁸³

Nach dem OGH¹⁸⁴ ist der (intensiv-) medizinische Standard so lange gegeben wie die konkreten Behandlungsmethoden von einer anerkannten Schule medizinischer Wissenschaft vertreten werden und er ist nicht mehr gegeben, wenn ein gewichtiger Teil der medizinischen Wissenschaft und Praxis die Behandlungsmethode(n) für bedenklich hält. Es geht also um die Ermittlung jener Aussagen die momentan¹⁸⁵ im jeweiligen Fachkreis anerkannt sind.^{186 187}

¹⁷⁹ Vgl *Pitzl/Huber/Lichtenegger*, RdM 2007,4.

¹⁸⁰ *Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg), *Finanzielle Grenze des Behandlungsanspruchs* (2010) 14.

¹⁸¹ *Stöger*, *Krankenanstaltenrecht* (2008) 643.

¹⁸² Vgl *Tumler/Weiß*, *Wer soll das bezahlen? Die Finanzierung der Anstaltspflege bei Auslandsüberstellung*, *SozSi* 2002, 459, danach hat der Patient bei mangelhafter Erfüllung des Levels gem § 8 Abs 2 KAKuG Anspruch auf Schadenersatz.

¹⁸³ AA *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*⁶ (2008) Rz 212.

¹⁸⁴ SZ 62/53; *Koziol*, *Österreichisches Haftpflichtrecht II*² (1984) 119.

¹⁸⁵ Der Mediziner schuldet immer nur das Wissen im Behandlungszeitpunkt, er schuldet nicht das Wissen von morgen; *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*⁴ (1995) 62.

¹⁸⁶ Zur Feststellung des „Standes der Wissenschaft“ siehe *Kopetzki*, *Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“*, in *Pfeil* (Hrsg), *Finanzielle Grenze des Behandlungsanspruchs* (2010) 23ff.

2.3.3. Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen¹⁸⁸

Das ASVG (§ 133 Abs 2) sieht einen gesetzlichen Anspruch auf Krankenbehandlung vor, „der das Maß des Notwendigen nicht überschreiten darf, aber ausreichend und zweckmäßig sein soll. Durch die Krankenbehandlung sollen die Gesundheit, Arbeitsfähigkeit und Fähigkeit, für die lebenswichtigen Bedürfnisse zu sorgen, nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden.“ Die Krankenbehandlung ist zweckmäßig, wenn die Behandlung in Verfolgung der Ziele der Krankenbehandlung durchgeführt wird und erfolgreich oder zumindest erfolgversprechend war.

Dem OGH¹⁸⁹ zu folge muss die Behandlung nach den Erfahrungssätzen der medizinischen Wissenschaft mit hinreichender Sicherheit objektiv geeignet sein, die beabsichtigte Wirkung zu erzielen.

Die Leistungen der Krankenbehandlung durch die soziale Krankenversicherung werden idR als Sachleistungen erbracht (§ 23 Abs 5 iVm § 133 Abs 5 ASVG).

Aus dem Sachleistungsprinzip wird abgeleitet, dass den Versicherten die Leistungen, die zu einer vollwertigen Versorgung vonnöten sind, zur Verfügung gestellt werden, unabhängig von der Höhe der geleisteten Beiträge.¹⁹⁰

Die Krankenanstalten sind verpflichtet, die von den Krankenversicherungsträgern eingewiesenen Patienten¹⁹¹ sowie die im Notfall eingelieferten Patienten¹⁹² in die allgemeine Gebührenklasse aufzunehmen¹⁹³; sie stellt daher den Standard der aus öffentlichen Mitteln getragenen Anstaltsversorgung dar.

¹⁸⁷ Vgl dazu auch das Konsensuspapier der Intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs: Empfehlungen zum Thema Therapiebegrenzung und –beendigung an Intensivstationen, im Anhang.

¹⁸⁸ Bei der Erörterung beschränke ich mich auf die Behandlung und Zitierung der ASVG-Bestimmungen, da die übrigen Sozialversicherungsgesetze idZ wortgleiche Bestimmungen enthalten.

¹⁸⁹ OGH SSV-NF 1993/112.

¹⁹⁰ Zum Sachleistungsprinzip und dem damit in Verbindung stehenden Moral-Hazard-Phänomen siehe *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 176f.

¹⁹¹ § 145 Abs 1 ASVG.

¹⁹² § 145 Abs 2 ASVG.

¹⁹³ § 148 Z 1 ASVG; § 22 Abs 2 iVm § 16 Abs 1 lit b KAKuG. Zur Problematik der Behandlung des sozialversicherten Patienten in der Sonderklasse, siehe *Mazal*, Die Behandlung in der Sonderklasse, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 97ff.

Gem § 144 Abs 1 ASVG ist Pflege in der allgemeinen Gebührenklasse einer öffentlichen Krankenanstalt zu gewähren, solange es die Art der Krankheit erfordert. § 148 Z 3 ASVG¹⁹⁴ bestimmt, dass mit den vom Versicherungsträger gezahlten Pflegegebührenersätzen im Wesentlichen alle Leistungen der Krankenanstalten abgegolten sind.¹⁹⁵ Eine ähnliche Bestimmung ist in § 27 Abs 1 KAKuG zu finden. Der Gesetzgeber des ASVG und der des KAKuG stimmen hier überein und das ASVG baut somit auf der Konzeption der Anstaltsleistung als Gesamtleistung durch das KAKuG auf.

Nach *Mazal*¹⁹⁶ „knüpft das Sozialversicherungsrecht am Krankenanstaltenrecht an und übernimmt die Anstaltspflege in ihrer jeweiligen krankenanstaltenrechtlichen Ausprägung“, womit wir wieder zum Stand der Wissenschaft nach § 8 Abs 2 KAKuG gelangen.

Die Entscheidung, welche lege artis Behandlungsmethode zur Anwendung kommt, liegt im Rahmen der Therapiefreiheit beim behandelnden Arzt.¹⁹⁷ Andererseits hat der OHG aber auch schon eine Kostenübernahme durch den Krankenversicherungsträger angenommen, wenn die Wirkung der Behandlung nach dem Stand der Wissenschaft (noch) nicht bestätigt bzw anerkannt wird.^{198 199}

¹⁹⁴ § 148 ASVG ist eine Grundsatzbestimmung, die sich auf den Kompetenztatbestand „Heil- und Pflegeanstalten“ gem Art. 12 B-VG stützt; siehe dazu näher Kap. 4.2.4.

¹⁹⁵ Vgl SchTKAG 1979 KRSIlg 906, die Tiroler Schiedskommission entschied, dass der Pat den Aufwand für die Computertomographie von seinem Sozialversicherungsträger ersetzt bekommt. Das Land Tirol (als Anstaltsträger der Univ. Klinik Innsbruck) hat Patienten der allgemeinen Gebührenklasse während ihres stationären Aufenthaltes dem Verein „Institut für Computertomographie“ zugewiesen; dieser verrechnete seine Leistungen gesondert mit den Patienten. Das Land Tirol hat den Versorgungsauftrag gem § 18 KAKuG verletzt. Ebenso verletzte das Land Wien den Versorgungsauftrag als es die Behandlung von Nierensteinen durch Nierenlithotripter nicht in einer öffentlichen Krankenanstalt, sondern im „Wiener Nierensteinzentrum“ anbot. Gem VfGH 1986 VfSlg 10.933 = KRSIlg 50 hat der Patient, der die Behandlungskosten an diese vom Land Wien als GmbH gegründete, private Sonderheilstalt bezahlt hatte, gem § 1042 ABGB (analog) einen Ersatzanspruch gegenüber dem Land Wien.

¹⁹⁶ *Mazal*, Die Behandlung in der Sonderklasse, in *Schrammel* (Hrsg) Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 98.

¹⁹⁷ Siehe *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 342 (343). Daher war der Arzt auch schon vor der gesetzlichen Normierung (ÄrzteG-Nov BGBl I 2001/110) zur ständigen Fortbildung gesetzlich verpflichtet; Vgl *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998³ (2007) § 49 Anm 3.

¹⁹⁸ Siehe *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 373.

¹⁹⁹ Voraussetzung dafür ist, dass der Patient beweisen kann, dass im konkreten Einzelfall eine wissenschaftlich noch nicht anerkannte Methode erforderlich und zweckmäßig war, weil etwa eine zumutbare, erfolgversprechende, anerkannte Methode nicht zur Verfügung stand oder erfolglos war, hingegen die Außenseitermethode zum gewünschten Erfolg geführt hat; vgl Ko-

Da eine solche Außenseitermethode aber zunächst vom Patienten auf eigene Kosten zu finanzieren ist, sind die Intensivmediziner im Notfall bei einem einwilligungsunfähigen Intensivpatienten im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag mE zu einer solchen Behandlung nicht ermächtigt.

Gem § 1036 ABGB hat der Geschäftsherr im Rahmen der Geschäftsführung im Notfall²⁰⁰ dem Geschäftsführer den notwendigen und zweckmäßigen Aufwand (auch im Fall der Erfolglosigkeit) zu ersetzen. Der „notwendig“ und „zweckmäßig“ gemachte Aufwand iSd § 1036 ABGB umfasst mE nicht die Krankenbehandlung iSd § 133 Abs 2 ASVG, da § 133 Abs 2 ASVG wie schon gesagt uU²⁰¹ auch Außenseitermethoden umfasst. Da die Feststellung der Leistungspflicht der Krankenversicherung für solche Außenseitermethoden aber stets im Nachhinein erfolgt, ist es mE dem (sozialversicherten) Patienten nicht zuzumuten die Kosten für die alternative Behandlung, die ohne seine rechtsgeschäftliche Zustimmung vorgenommen wurde, aufzubürden. „Notwendig“ und „zweckmäßig“ iSd Geschäftsführung ohne Auftrag können daher mE nur Behandlungen sein, die von vornherein „Kassenleistungen“ sind.²⁰²

Gem § 1037 ABGB (nützliche Geschäftsführung) hat zwar der Geschäftsherr dem Geschäftsführer jene Kosten zu ersetzen, die zum klarem und überwiegenden Vorteil²⁰³ des Geschäftsherrn gereicht haben, nach *Koziol/Welser*²⁰⁴ ist aber strittig, ob die nützliche Geschäftsführung Eingriffe des Geschäftsführers in

petzki, „Off-label-use“ von Arzneimittel, in FS Raschauer (2008) 87f. Vgl zum Haftungsrecht OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 113/08f RdM 2009/34; OGH 19. 5. 2009, 3 Ob 283/08a RdM-LS 2009/44.

²⁰⁰ Die Tätigkeit des Geschäftsführers ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Schaden unmittelbar droht und der Geschäftsführer nicht rechtzeitig die Zustimmung des Geschäftsherrn einholen konnte; siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 393.

²⁰¹ Siehe Fn 199.

²⁰² Vgl dazu (zur deutschen Rechtslage) *Killinger*, Die Besonderheiten der Arzthaftung im medizinischen Notfall (2009) 118: „Der BGH geht neuerdings davon aus, dass dort ... wo das Sachleistungsprinzip der gesetzlichen Krankenkasse gilt, kein Raum mehr für eine daneben bestehende Geschäftsführung ohne Auftrag ist. Die sozialrechtlichen Vorschriften seien in diesem Fall Spezialregelungen, die nicht über die Anwendung der Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag umgangen werden dürfen.“

²⁰³ Klar und überwiegend ist ein Vorteil, wenn er nicht nur objektiv eingetreten ist, sondern wenn er auch subjektiv dem Willen des Geschäftsherrn entspricht, siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 394.

²⁰⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 394.

die Rechtsgüter des Geschäftsherrn rechtfertigt. Abgesehen davon ist der Notfall als Anwendungsbereich von § 1037 ABGB ausgeschlossen.²⁰⁵

Da grundsätzlich jeder ärztliche Eingriff rechtswidrig ist, wenn er ohne die Einwilligung des Patienten erfolgt²⁰⁶, stellt der medizinische Notfall eine Ausnahme dar, welcher den ärztlichen Eingriff rechtfertigt. Man spricht von der sog. mutmaßlichen Einwilligung des Patienten. Doch ist zu beachten, dass auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall, die auf dem mutmaßlichen Patientenwillen beruht, zunächst nur vital oder absolut indizierte Eingriffe zulässig sind.²⁰⁷

Stehen mehrere gleich zweckmäßige Behandlungsmethoden zur Verfügung, ist die Methode anzuwenden, bei der die Relation der Kosten zum Heilerfolg am günstigsten ist. Auch wenn die Anstaltspflege nicht direkt in § 133 Abs 1 ASVG genannt ist, so sind die (dürftigen) Bestimmungen über die ökonomischen Beschränkungen im Rahmen der Krankenbehandlung zumindest analog auf die Gewährung der Anstaltspflege zu übertragen. Auch für die Sozialversicherungsträger gilt das Prinzip der Sparsamkeit der Verwaltung.²⁰⁸

Aus § 133 Abs 2 ASVG ist erkennbar, dass sich der Gesetzgeber gegen die Erfüllung individueller Wünsche des Patienten nach spitzenmedizinischer Behandlung ausspricht. Der Patient hat nicht ein Recht auf alles, was medizinisch möglich und machbar ist.²⁰⁹

Hat der Patient aber einen Anspruch auf eine Behandlung, die von der gesetzlichen Krankenversicherung nicht als Sachleistung angeboten wird, und wird von der Krankenversicherung auch keine zumutbare, vergleichbare Behandlung

²⁰⁵ Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 394: „Eine Geschäftsführung ist nützlich, wenn der Geschäftsführer zwar ohne Notfall, aber zum klaren und überwiegenden Vorteil des Geschäftsherrn gehandelt hat.“

²⁰⁶ *Juen*, Arzthaftungsrecht (2005) 91; siehe auch Kap 6.1.2.

²⁰⁷ *Juen*, Arzthaftungsrecht (2005) 92.

²⁰⁸ Nach *Resch* hat dies für den gesamten Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zu gelten und dies folgt aus Art 126c B-VG, vgl. *Resch*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Ökonomie und Krankenversicherung (2001) 20f; Nach *Schrammel* lässt sich aus § 133 Abs 2 ASVG ein allgemeines Gebot der Wirtschaftlichkeit ableiten, das sich auf das gesamte Spektrum krankenversicherungsrechtlicher Leistungen erstreckt, vgl. *Schrammel*, Die Sonderklasse als Wahlanstaltspflege, in *Tomandl* (Hrsg), Schnittstelle Krankenversicherung- und Krankenanstaltenrecht (2004) 97 (98).

²⁰⁹ Siehe *Mazal*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der Sozialen Krankenversicherung, in *Kopetzki/Zahl* (Hrsg), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 32.

angeboten (kassenfreier Raum), ist die gesetzliche Krankenversicherung verpflichtet, die Kosten für diese Behandlung zu ersetzen.²¹⁰ Eine Grenze hat der OGH in OGH 15. 12. 1992, 10 ObS 136/92 gezogen, worin er ausspricht, dass der Versicherte keinen Anspruch auf die jeweils weltbeste medizinische Versorgung hat,²¹¹ er hat lediglich einen Leistungsanspruch auf das im konkreten Fall zur Zielerreichung „Unentbehrliche und Unvermeidbare“ (OGH 19. 8. 1997, 10 ObS 252/97z) „nicht unbedingt notwendige und kostenintensive“ Behandlungen sind zu vermeiden.

Bei der Abwägung des Kostenarguments gegen die Betroffenheit des einzelnen Patienten ist aber keine rein ökonomische Beurteilung der Zweckmäßigkeit erlaubt, sodass eine teurere Behandlung zu finanzieren ist, wenn sie schmerzfreier, risikoärmer oder rascher durchzuführen ist.²¹²

2.3.4. Zusammenfassung

Bei den meisten Intensivpatienten wird davon auszugehen sein, dass keine konkrete Vereinbarung über die intensivmedizinische Behandlung vorliegt. Lässt sich daher der Vertragsinhalt des Krankenhausaufnahmevertrag nicht eruieren (auch nicht konkludent gem § 863 ABGB), so hat der Patient grundsätzlich (aufgrund der gesetzlichen Krankenversicherung) Anspruch auf Leistungen auf Basis der Schulmedizin nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft, wobei kein Anspruch auf die weltbeste Medizin besteht.

²¹⁰ Vgl OGH 21. 6. 2004, 10 ObS 68/04d, wonach sich die Kostenerstattung ausnahmsweise auch an den Marktpreisen orientieren kann.

²¹¹ Der Kläger ließ sich in Houston, Texas am Herzen operieren und verlangte Kostenersatz. Der OGH sprach aus, dass es der Versichertengemeinschaft nicht zuzumuten ist, die wesentlich höheren Kosten einer Operation im Ausland zu übernehmen, wenn die Möglichkeit einer gleichwertigen Operation mit ausreichender Erfolgswahrscheinlichkeit innerhalb des notwendigen Zeitraums im Inland besteht. Bei Fehlen einer zumutbaren Operationsmöglichkeit im Inland sind lediglich die Kosten der günstigsten, zumutbaren, im Ausland (zB Deutschland od Schweiz) zur Verfügung stehenden Operationsmöglichkeit, zu ersetzen.

²¹² OGH 26. 4. 1994, 10 ObS 113/94, im Anschluss an *Maza*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 334ff.

Gem § 148 ASVG sowie § 27 Abs 1 KAKuG sind mit den LKF-Gebühren oder den Pflegegebühren der allgemeinen Gebührenklasse mit Ausnahme der Leistungen des § 27 Abs 2 KAKuG²¹³ und des § 27a KAKuG²¹⁴ alle Leistungen der Krankenanstalt abgegolten. Die Einhebung des Verpflegungsbeitrages (§ 27a Abs 1)²¹⁵ beim Intensivpatienten, welcher weder enteral noch parenteral ernährt wird, ist mE nicht zulässig.²¹⁶ Eine zusätzliche Einforderung eines direkten Entgelts seitens der Krankenanstalt vom krankenversicherten Patienten ist unzulässig.

Ein Patient an einer Intensivstation einer Universitätsklinik wird mit einem höheren intensivmedizinischen Behandlungsniveau rechnen dürfen²¹⁷ als ein Patient an einer Intensivstation in der Peripherie.

Werden in einer gemeinnützigen Krankenanstalt besondere intensivmedizinische Leistungen (etwa aufgrund der Beschäftigung von besonderen Spezialisten) angeboten, so kann der Patient davon ausgehen, dass diese Leistungen auch bei ihm, sofern indiziert, Anwendung finden. Das KAKuG lässt in gemeinnützigen Krankenanstalten keine Unterschiede in der medizinischen Behandlung der Patienten zu.

²¹³ Kosten der Beförderung des Patienten in die KA, Zahnersatz (soweit dieser nicht mit der Behandlung zusammenhängt), orthopädische Hilfsmittel (soweit sie nicht therapeutische Behelfe darstellen), Bestattungskosten, sowie Kosten für Zusatzleistungen auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten und ohne Zusammenhang mit den medizinischen Leistungen).

²¹⁴ § 27a Abs 1 KAKuG sieht einen Kostenbeitrag pro Verpflegungstag vor, welcher für max 28 Kalendertage eingehoben werden darf. Es bestehen zahlreiche Ausnahmen (Mutterschaft, Vermögensverhältnisse etc). § 27a Abs 5 KAKuG sieht einen Beitrag für den Patientenentschädigungsfonds vor.

²¹⁵ Derzeit 1,45 €/Verpflegungstag.

²¹⁶ Zur Abgrenzung Arzneimittel – Lebensmittel siehe *Zeinhofner*, Der Begriff des Arzneimittels und seine Abgrenzung von anderen Produktkategorien (2007) 207ff.

²¹⁷ Vgl SZ 72/91 = JBI 1999, 593 = RdM 1999/23, worin der OGH Bezug nahm auf die RV 504 BlgNR 17. GP 8 zum UOG aF, wonach Universitätskliniken der „medizinischen Spitzenversorgung dienen“; vgl auch RdM 1998/22, 149: „Der Patient erhält schließlich auch eine bestmögliche medizinische Betreuung durch besonders qualifizierte Ärzte“; (wieder mit Bezugnahme auf die RV 504 BlgNR 17. GP 8 zum UOG aF).

2.4. Finanzierung von Spitzenmedizin

Von Seiten der gesetzlichen Krankenversicherung stellt die Finanzierung von spitzenmedizinischen Leistungen kein allzu großes Problem dar. Im System der leistungsorientierten Krankenanstaltenfinanzierung (LKF)²¹⁸ erfolgt die Abgeltung der medizinischen Behandlungen an die (landesgesundheitsfondsfinanzierten) Krankenanstalten über die Landesgesundheitsfonds nach bestimmten Krankheitsbildern (und deren schulmedizinische Behandlung) und nicht nach der Qualität der geleisteten Behandlung. Es ist daher ausschließlich die Diagnose für die Bepunktung und schlussendlich für die Vergütung maßgeblich.

Für landesgesundheitsfondsfinanzierte Krankenanstalten ist daher die Erbringung von spitzenmedizinischen Leistungen hoch defizitär, wobei die Höhe des Defizits linear zur Arbeitsleistung ist, was zu Frustrationen bei den Medizinern führt.²¹⁹ Bestenfalls wird die Krankenanstalt durch ihre Reputation vermehrt für Sonderklassepatienten attraktiv.

Wie schon ausgeführt, sind nach § 148 Z 3 ASVG alle Leistungen der Krankenanstalt mit den vom Versicherungsträger gezahlten Pflegegebührenersätzen abgegolten.^{220 221}

Bedeutet diese Bestimmung, dass es dem KA-Träger rechtlich gar nicht erlaubt ist, Zuzahlungen von sozialversicherten Patienten (der allgemeinen Gebührenklasse) für spitzenmedizinische Sonderwünsche, die außerhalb der Leistungspflicht der Krankenversicherung liegen, zu vereinnahmen oder bezieht sich diese Bestimmung nur auf Leistungen, auf die der Patient einen sozialversicherungsrechtlichen Anspruch hat? Da § 148 ASVG eine Bundesgrundsatzbe-

²¹⁸ Für den Intensivbereich siehe Kap 3.3.3.

²¹⁹ Siehe *Mühlbacher*, Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot aus der Sicht des Kliniklers, in *Kopetzki/Zahl* (Hrsg), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 19f.

²²⁰ Zusätzlich dürfen vom Patienten nur die in § 27a KAKuG vorgesehenen Kostenbeiträge (Verpflegungsbeitrag, Beitrag zum Patientenentschädigungsfonds) eingehoben werden.

²²¹ Die Träger der Sozialversicherung leisten gem § 447f ASVG an die Landesgesundheitsfonds einen Pauschalbeitrag für die Leistungen der Krankenanstalten. Die Leistungen der Krankenanstalten werden mit den von den Landesgesundheitsfonds bezahlten LKF-Pflegegebühren abgegolten.

stimmung ist, muss man sich dazu die einzelnen Landesausführungsgesetze näher ansehen.

Die Landesausführungsgesetze von Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Steiermark, Tirol und Vorarlberg wiederholen § 148 Z 3 ASVG nahezu wortgleich.²²² Der Tenor der Bestimmungen dieser Länder ist, dass mit den LKF-Gebührenersätzen alle Leistungen der Krankenanstalt abgegolten sind. Die Landesausführungsgesetze von Salzburg, Oberösterreich und Wien gehen näher auf die Leistungspflicht der Sozialversicherung ein.

Das Wiener KAG sieht vor, dass gem § 64b Abs 3 die Pflegegebühren der allgemeinen Gebührenklasse mit den LKF-Gebührenersätzen abgegolten sind. Gem § 64b Abs 4 Wr KAG hat der Rechtsträger der Krankenanstalt keinen Anspruch auf Gegenleistung gegenüber dem Versicherten, **solange**²²³ eine Leistungspflicht des Versicherungsträgers besteht. Die Wiener Regelung schließt mE eine „Aufzahlung“ des sozialversicherten Patienten (der allgemeinen Gebührenklasse) für spitzenmedizinische Leistungen, die nicht von der Leistungspflicht der Krankenversicherung umfasst sind, aus, solange der Versicherte aufgrund des Versicherungsfalls der Krankheit in Anstaltspflege ist (§ 117 Z 2 iVm § 144 Abs 1 ASVG).

Die Wiener Regelung steht zwar grundsätzlich privat zu bezahlenden spitzenmedizinischen Leistungen nicht entgegen, diese dürfen vom sozialversicherten Patienten aber erst dann „zugekauft“ werden, wenn er nach dem ASVG keinen Anspruch mehr auf Anstaltspflege hat, was im Fall des intensivpflichtigen Patienten nicht zutrifft; eine Regelung die mE ökonomisch wenig durchdacht ist.

Das Salzburger KAG sieht in § 59 Abs 1 vor, dass:“... alle Leistungen der allgemeinen Gebührenklasse für jene Patienten abgegolten sind, für die ein Träger der gesetzlichen Sozialversicherung leistungspflichtig ist...“. Da öffentliche KA gem § 148 Abs 1 ASVG iVm § 22 Abs 2 und 5 KAKuG verpflichtet sind, Personen, für die Leistungsansprüche aus der sozialen Krankenversicherung

²²² Vgl § 63 Abs 2 Bgld KAG, § 77 Abs 1 K-KAO, § 44 Abs 1 Nö KAG, § 35 Abs 1 Stmk KALG, § 46 Abs 2 Tir KAG, § 96 Abs 1 VlbG SpG.

²²³ Hervorhebung durch die Autorin.

bestehen, in die allgemeine Gebührenklasse aufzunehmen, ist die Formulierung „alle Leistungen der allgemeinen Gebührenklasse“ sind abgegolten, gleichzusetzen mit allen Leistungen, auf die ein Anspruch aus der Sozialversicherung besteht (siehe unten - oberösterreichische Regelung). Im Umkehrschluss ist eine Verrechnung von solchen intensivmedizinischen Leistungen, die eben keine Kassenleistung sind, durchaus möglich.

Das Oberösterreichische KAG sieht als einziges Landesausführungsgesetz ausdrücklich vor, dass gem § 66 Abs 1 alle Leistungen der KA mit den LKF-Gebührensätzen abgegolten sind, **für die ein Anspruch aus der Sozialversicherung besteht.**²²⁴

Nach dieser Formulierung ist die Verrechnung von intensivmedizinischen Zusatzleistung, welche nicht von der Sozialversicherung zu tragen sind, (zB weil sie nicht „notwendig“ od medizinisch nicht indiziert sind, aber vom Patienten im Vorhinein gewünscht) möglich. Sind die Landesausführungsregelungen in Oberösterreich, Salzburg und Wien, die das „Zukaufen“ von medizinischen Behandlungen ermöglichen, grundsatzgesetz- und somit verfassungswidrig oder ist § 148 Z 3 ASVG als Grundsatzgesetz schon so auszulegen, dass mit den Zahlungen der Landesgesundheitsfonds alle Leistungen abgegolten sind, auf die der sozialversicherte Patient einen Leistungsanspruch hat?

Der historische Gesetzgeber wollte nach den Gesetzesmaterialien²²⁵ zur Stammfassung des ASVG lediglich ausschließen, dass der Patient für Medikamente oder ärztliche Leistungen zusätzlich zur Kasse gebeten werden kann. 1955 war die Sicherstellung von Anstaltspflege auf Kosten der Sozialversicherung bezweckt worden, ein „Zukaufen“ von privaten Anstaltsleistungen war zu diesem Zeitpunkt keine Überlegung. Es ist daher *Windisch-Graetz*²²⁶ zu folgen und § 148 Z 3 ASVG (sowie alle wortgleichen Landesausführungsregelungen)

²²⁴ Hervorhebung durch die Autorin.

²²⁵ RV 599 BlgNR 7. GP.

²²⁶ *Windisch-Graetz*, Kassenfreier Raum und Anstaltspflege, ZAS 1994, 37 (40f); *Windisch-Graetz*, Grundversorgung und Zusatzleistungen im Bereich der Krankenhausbehandlung, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Planung und Finanzierung der Krankenhausbehandlung (2004) 117 (118).

teleologisch zu reduzieren. § 66 OÖ KAG, § 59 S-KAG und § 64b Abs 4 Wr KAG sind somit verfassungskonform, wobei letztere mE die wirtschaftlich unklügste Variante für die KA-Träger darstellt.

Doch auch wenn man nach den sozialversicherungsrechtlichen Regelungen zusätzliches In-Rechnung-Stellen von intensivmedizinischen Sonderleistungen zulässt, so stehen dem noch immer die krankenanstaltenrechtlichen Vorschriften²²⁷ entgegen. Durch die gesetzliche Konzeption der Anstaltspflege als Gesamtleistung ist öffentlichen Krankenanstalten nahezu jegliche Möglichkeit marktorientiert zu handeln genommen.

Bedenkt man, dass die Krankenversicherungsträger im Zuge der Krankenanstaltenfinanzierung nur ca 50% der amtlich festgesetzten Pflegegebührenersätze bezahlen und der restliche Betrag von Bund, Länder, Gemeinden und den Krankenanstaltenträgern (!) zu finanzieren ist, ist es mE bedenklich, die Krankenanstaltenträger in ihrem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) einzuschränken.

3. Sonderklassepatient

Kap 5 erläutert, dass der Sonderklassepatient eine direkte Rechtsbeziehung mit dem behandelnden Arzt eingehen kann. Die Qualität der medizinischen Behandlung steht dem Sonderklassepatienten (sowie dem Sonderklassepatienten mit zusätzlicher Honorarvereinbarung nach § 46 KAKuG) aber nicht zur Disposition²²⁸. Zur Disposition steht „nur“ die persönliche Betreuung²²⁹ durch einen bestimmten Arzt.

²²⁷ § 16 KAKuG, § 27 KAKuG.

²²⁸ Die Qualität richtet sich daher wie beim Patienten der allgemeinen Gebührenklasse nach dem Krankenanstaltenaufnahmevertrag.

²²⁹ Dazu *Mazal*, Die Behandlung in der Sonderklasse, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 83.

3.1. Rechtsfolgen bei nachträglicher Unmöglichkeit

Wir der Sonderklassepatient längere Zeit an einer Intensivstation vom Intensivmediziner (und somit nicht vom ursprünglich gewählten Arzt) behandelt, stellt dies eine nachträgliche Unmöglichkeit dar, die nicht vom Arzt zu vertreten ist, sondern durch Zufall eingetreten ist. Wie in Kap 5.2. gezeigt wird, wird die Verbindlichkeit des Patienten im Falle einer Honorarvereinbarung nach § 46 KAKuG gem § 1447 ABGB mit Wegfall des Titels aufgehoben. Wie könnte eine mögliche Rückforderung diese Arzthonorars²³⁰ beim Sonderklassepatienten aussehen?

Um diese Frage zu beantworten, muss man sich die Rechtsnatur der Krankenhauskostenversicherung näher ansehen.

3.2. Krankenhauskostenversicherung

Schließt der Pat eine solche Versicherung ab und wird dann auf eigenen Wunsch²³¹ in die Sonderklasse einer öffentlichen KA aufgenommen, so erfolgt die Kostenübernahme idR aufgrund von Direktverrechnungsübereinkommen.

Gibt der Patient bei der Aufnahme seine Versicherungsnummer bekannt, kommt es zu einem konkludenten Gläubigerwechsel. Der Patient (Zedent) überträgt seine Forderung gegenüber der Versicherung (Schuldner – debitor cessus) an den Anstaltsträger bzw Arzt (Zessionar). Als Grundgeschäft ist hier der Aufnahme- bzw der Behandlungsvertrag zwischen dem Patienten und dem Anstaltsträger bzw Arzt anzusehen. Der Versicherungsträger soll nach Abgabe der Kostenübernahmeerklärung an den Spitalsträger bzw den Arzt leisten, er erfüllt damit nicht eine fremde, sondern eine eigene Schuld. Der Versicherer (Schuldner – debitor cessus) kann Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Patient (Zedent) und Spitalsträger bzw Arzt (Zessionar) nur soweit geltend ma-

²³⁰ Sowohl vom ursprünglich behandelnden Arzt für die Zeit des Aufenthaltes an der Intensivstation, als auch vom nicht gewählten Vertragspartner Intensivmediziner.

²³¹ § 32 Abs 2 Wr KAG; „Auf eigenes Verlangen“ § 49 Abs 4 Bgld KAG; § 50 Abs 4 K-KAO; § 33 Abs 2 Nö KAG; § 45 Abs 3 Oö KAG; § 53 Abs 4 S-KAG; § 28 Abs 3 Stmk KALG; § 30 Tir KAG; § 73 Abs 2 VlbG SpG.

chen, als damit die Gläubigerstellung des Spitalträgers/Arzt (Zessionars) in Frage gestellt wird.²³² Der Versicherer könnte daher einwenden, dass der Zession kein gültiges Titelgeschäft (hier Aufnahme- bzw Behandlungsvertrag) zugrunde liegt. Der Versicherer kann jedoch ein vom Zedenten (Patient) noch nicht ausgeübtes Rücktritts- od Anfechtungsrecht nicht geltend machen.²³³

Im Gegensatz dazu meint *Dopplinger*²³⁴, dass der Versicherer bei der Ausfertigung der Kostenübernahmeerklärung gegenüber dem Spitalsträger/Arzt neben den Einwendungen, die ihm gegenüber seinem Kunden (Patienten) zustehen (mangelnde Prämienzahlung, verschwiegene Vorerkrankung etc) auch jene Einwendungen vorbringen kann, die dem Patienten gegenüber dem Spitalsträger/Arzt aus dem Behandlungsvertrag zur Verfügung stehen (zB Verrechnung nicht erbrachter Leistungen, falsche Verrechnung erbrachter Leistungen), des Weiteren nennt *Dopplinger* Einwendungen aus dem Direktverrechnungsübereinkommen (nicht vertragskonforme Rechnungslegung).

Aus dem oben Erläuterten geht hervor, dass der Patient, wenn er die ärztliche Behandlung nicht von dem von ihm gewählten Arzt erhält, nicht mehr viel Einfluss auf die Honorierung des von ihm gewählten Arztes hat. Der Patient ist auf die Geltendmachung der Einwendungen durch den Versicherer angewiesen und letztlich wird ihm, wenn der Versicherer diese Einwendungen nicht geltend macht²³⁵, mangels aktiver Klagslegitimation keine Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung mehr offen stehen.

²³² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 122.

²³³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 122.

²³⁴ *Dopplinger*, Die Funktion der Privatversicherung, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 119.

²³⁵ § 1396 ABGB 2. Satz: „Hat der debitor cessus die Forderung gegenüber dem redlichen Übernehmer für richtig erkannt, so ist er verbunden, denselben als seinen Gläubiger zu befriedigen.“

Der debitor cessus verliert aber alle Einwendungen gegenüber den redlichen Zessionar nur dann, wenn er die Forderungen ihm gegenüber „für richtig erkannt“ (dh mit konstitutiver Wirkung anerkannt hat). Vertritt man die Ansicht, dass die Kostenübernahmeerklärung ein bloß deklaratives Anerkenntnis ist, führt es nur dann zum Einredeausschluss, wenn der Zessionar im Vertrauen auf die Erklärung Dispositionen getroffen hat. Überdies sollen vom Einredeausschluss nur jene Einreden erfasst sein, die dem Schuldner (Versicherer) bei Abgabe der Erklärung bekannt waren. Nach dieser Auffassung wäre die Einrede, dass der Patient nicht vom gewählten Arzt behandelt wurde, noch möglich, da die Kostenübernahmeerklärung bei Aufnahme des Patienten erfolgt und zu diesem Zeitpunkt eine Behandlung durch den gewünschten Arzt angenommen wurde.

4. Selbstzahler

Selbstzahler können grundsätzlich jede medizinische Behandlung, die den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft²³⁶ folgt, mit dem behandelnden Arzt im Behandlungsvertrag vereinbaren. Es ist daher durchaus möglich im Behandlungsvertrag besondere intensivmedizinische Behandlung, ja sogar weltbeste Methoden festzulegen. Da eine Transferierung an eine Intensivstation aber meist unvorhersehbar, akut geschieht, wird eine solche Vereinbarung mit dem Intensivmediziner eher die Ausnahme sein. Vorstellbar wäre ein solcher Vertrag mit dem Intensivmediziner im Falle eines geplanten, größeren Eingriffs, nach dem üblicherweise ein Aufenthalt auf einer Intensivstation vonnöten ist.

Da der Versicherer regelmäßig nur als Vertreter des Versicherungsnehmers handelt, ist die Erklärung des Versicherungsträgers, die Leistungspflicht seines Versicherungsnehmers anzuerkennen, im Zweifel nicht als Eigenverpflichtung des Versicherers zu verstehen. Gem OGH 11. 2. 1997, 4 Ob 1/97v/VersE 1728 ist daher die Kostenübernahmeerklärung als ein bloß deklaratives Anerkenntnis zu werten.

²³⁶ § 8 Abs 2 KAKuG.

Kapitel 5: Sonderklasse und Intensivmedizin

1. Sonderklasse in der Intensivstation?

1.1. Allgemeines

Kann es sein, dass zwei Patienten einer Intensivstation gleiche ärztliche sowie pflegerische Behandlung erfahren, für sie dieselbe Infrastruktur zur Verfügung steht, sie gleich parenteral bzw enteral ernährt werden, jedoch bei der Abrechnung der Gebühren unterschiedlich behandelt werden?

Dieser Befund ist tatsächlich möglich, wenn der Patient vor seiner Transferierung an die Intensivstation auf der Normalstation in der Sonderklasse untergebracht war. Der Aufenthalt auf der Intensivstation gilt dann weiter als eine Unterbringung in der Sonderklasse.

Wenn man die Räumlichkeiten und die personelle Ausstattung einer Intensivstation besser kennt, fällt sofort auf, dass alle Kriterien, die nach dem Gesetz die Sonderklasse ausmachen, hier nicht oder nur in geringem Ausmaß vorhanden sind und es faktisch keinen Unterschied bei der Betreuung der Patienten gibt. Worin liegt daher die Rechtfertigung für die Verrechnung der Sondergebühren²³⁷ für den Aufenthalt auf einer Intensivstation? Aus dem Gebührenbegriff²³⁸ geht hervor, dass diese als Entgelt für die Benutzung von Einrichtungen, die ein öffentlicher Rechtsträger bereithält, zu entrichten sind. Voraussetzung ist daher das Vorliegen eines Leistungsverhältnisses, welches gem VfGH²³⁹ nicht hoheitlich ausgestaltet sein muss. Mayer²⁴⁰ stellt unter Zuhilfenahme des Äqui-

²³⁷ Nach *Schrammel* setzen sich diese aus Anstaltsgebühr und Arzthonorar zusammen. Siehe *Schrammel*, Die Sonderklasse in öffentlichen Krankenanstalten, FS Schnorr (1988) 428. Vgl aber Kap 5.1.4. zum weiteren Begriff der Sondergebühren.

²³⁸ *Walter/Mayer*, Grundriss des österr Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 275.

²³⁹ VfSlg 5156.

²⁴⁰ *Mayer*, Ansprüche der Krankenanstaltenträger gegen Patienten der Sonderklasse, in *Mazal* Krankenanstaltenfinanzierung (1995) 141.

valenzprinzips²⁴¹ und des Prinzips der Kostendeckung²⁴² fest: „Gebühren, denen keine Leistung gegenübersteht oder die in einem erheblichen Missverhältnis zu einer solchen stehen, sind verfassungswidrig.“

Der VfGH hat in seinem Erkenntnis VfSlg 12.107 zu den Anstaltsgebühren nach dem Wr KAG festgehalten, dass diese ausschließlich durch die bessere Unterbringung gerechtfertigt sind, und betont ebenso in VfSlg 14.094, dass den Zahlungen in der Sonderklasse eine Gegenleistung entgegenstehen muss.

Jud und Lehre haben bisher direkte Rechtsbeziehungen zwischen Patienten und Anstaltspersonal verneint²⁴³ und diejenigen Landesgesetze, die solche direkten Rechtsbeziehungen dennoch erlauben²⁴⁴, als verfassungswidrig angesehen. Unlängst hat der VfGH diese Frage allerdings bejaht²⁴⁵ und die entsprechenden Landesausführungsg damit grundsätzlich grundsatzgesetzeskonform

²⁴¹ Abgeleitet aus dem Gleichheitssatz ergibt sich ein Gebot der Verhältnismäßigkeit, vgl dazu *Taucher*, Das gebührenrechtliche Äquivalenzprinzip, in *Krejci/Ruppe* Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 85ff; *Mayer*, B-VG⁴ (2007) Art 18 Anm II.5.

²⁴² Das KAKuG sieht (seit seiner StF) vor, dass die Sondergebühren vom Rechtsträger der KA kostendeckend gem § 28 (1) KAKuG zu ermitteln sind, und von der Landesregierung unter Beachtung auf die Ausstattung und Einrichtung der KA kostendeckend als VO festzusetzen sind. Dh gemeinnützige KA dürfen zur Berechnung aller Gebühren nur die tatsächlichen Kosten heranziehen; somit dürfen auch Kosten, die zur Berechnung der allgemeinen Pflegegebühr bzw LKF-Gebühr verwendet wurden, in die Sondergebühr nicht nochmals eingerechnet werden. AA *Schrammel*, Die Sonderklasse öffentlicher Krankenanstalten, in *Martinek/Wachter* FS Schnorr (1988) 427 sowie *derselbe*, Die Sonderklasse als Wahlanstaltspflege, in *Tomandl* Schnittstelle Krankenversicherungs- und Krankenanstaltenrecht (2004) 108: „ Die Landesgesetzgebung kann die weiteren Entgelte unabhängig vom Umfang der Mehrleistungen in der Sonderklasse bestimmen“. Der VfGH hat sich mit VfSlg 14.094 *Mayers* Ansicht angeschlossen. Unverständlich das vielkritisierte Erk des VfGH 17. 3. 2007, G 119/06, in dem der VfGH Arzthonorare nicht als Sondergebühren versteht und damit eine freie Vereinbarung zulässt. In Pkt 2.5.4 des Erk verwendet der VfGH den Begriff „Sonderklassegebühren“, welcher gesetzlich gar nicht vorgeesehen ist; vgl dazu *Kopetzki*, RdM 2007, 148.

²⁴³ VfSlg 10.066, 11.579; *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in *Holoubek/ Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I² (2007) 467 (550f); *Pircher*, Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten (2002) 146ff; *Mayer*, Arzthonorare im Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht, Krankenanstaltenrecht und Steuerrecht, in *Doralt ua* (Hrsg), FS Stoll (1990) 197; *Schrammel*, Die Sonderklasse als Wahlanstaltspflege, in *Tomandl* (Hrsg), Schnittstelle Krankenversicherungs- und Krankenanstaltenrecht (2004) 108f; *Mazal*, Die Behandlung in der Sonderklasse, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 86ff.

²⁴⁴ § 59 Bgld KAG, § 45 Nö KAG, § 54 Oö KAG, § 61 Abs 3 S-KAG, § 41 Abs 5 Tir KAG, § 86 Vbg SpG, § 45a Wr KAG. Das Stmk KALG sowie die Krnt-KAO sehen keine direkten Vertragsbeziehungen vor.

²⁴⁵ VfGH 17. 3. 2007, G 119/06; dazu kritisch *Kopetzki*, RdM 2007, 148.

erklärt. Das Erk löst vielfältige rechtliche Probleme aus, die hier nicht in ihrer Gesamtheit diskutiert werden können.²⁴⁶

1.2. Der Sonderklassebegriff im KAKuG

Die Sonderklasse hat gem § 16 Abs 2 KAKuG durch ihre besondere Ausstattung höheren Ansprüchen hinsichtlich Verpflegung und Unterbringung zu entsprechen. § 16 Abs 1 lit d KAKuG bestimmt, dass eine KA ua dann als gemeinnützig zu betrachten ist, wenn für die ärztliche Behandlung einschließlich der Pflege sowie, unbeschadet einer Aufnahme in die Sonderklasse, für Verpflegung und Unterbringung ausschließlich der Gesundheitszustand der Pfleglinge²⁴⁷ maßgeblich ist. Daraus folgt, dass sich die ärztliche Behandlung und Pflege in der Sonderklasse von der allgemeinen Gebührenklasse nicht unterscheiden darf. Die Sonderklasse unterscheidet sich von der allgemeinen Gebührenklasse lediglich durch den höheren Wohnkomfort. Die Zahl der für die Sonderklasse bestimmten Betten darf ein Viertel der für die Anstaltspflege bereitstehenden Bettenzahl nicht übersteigen²⁴⁸. Gem § 27 Abs 5 KAKuG darf von den Patienten oder ihren Angehörigen ein anderes als das gesetzlich vorgesehene Entgelt nicht eingehoben werden. Der Sonderklassepatient hat daher neben den LKF- od Pflegegebühren noch die von der Landesregierung kostendeckend festzusetzenden Sondergebühren zu entrichten²⁴⁹. Die Einbringung der LKF-Gebühren, Pflege- sowie Sondergebühren und Kostenbeiträge erfolgt gem § 30 Abs 3 KAKuG im Verwaltungsweg²⁵⁰.

Durch die jeweilige Landesgesetzgebung werden die weiteren Voraussetzungen für die Errichtung einer Sonderklasse neben der allgemeinen Gebührenklasse bestimmt sowie die Bedingungen für die Aufnahme in die Sonderklasse

²⁴⁶ Siehe *Kopetzki*, RdM 2007, 148; *Ennöckl/Stöger*, ZfV 2007, 770.

²⁴⁷ Siehe Fn 74.

²⁴⁸ Für öffentliche oder private gemeinnützige KA gem § 16 Abs 1 lit g iVm § 40 KAKuG. Für private gewinnorientierte KA gelten keine vergleichbaren Einschränkungen.

²⁴⁹ § 28 Abs 1 KAKuG; abzulehnen daher VfGH 17. 3. 2007, G 119/06, wonach die Festsetzung privatrechtlicher Arzthonorare frei geregelt werden kann.

²⁵⁰ Unverständlich daher die zivilrechtliche Deutung des Entgeltes in der Sonderklasse, in VfGH 17. 3. 2007, G 119/06.

geregelt. Alle Landes-KAG nutzen diese Möglichkeit zur Errichtung einer Sonderklasse²⁵¹.

Die Sonderklasse und ihre Sondergebühren (insb Arzthonorare) beschäftigen Lehre²⁵² und Rsp seit Jahrzehnten; ich möchte hier erörtern, ob es auf Intensivstationen eine Sonderklasse geben kann (falls ja, was Leistungsgegenstand einer solchen Vereinbarung ist), und ob es daher gerechtfertigt ist, Anstaltsgebühren und/oder Arzthonorare für die Dauer eines Aufenthaltes an einer Intensivstation zu verrechnen.

1.3. (Versprochener) Leistungsumfang Sonderklasse

„Diese Art der Krankenversicherung ist als Zusatzversicherung zur gesetzlichen üblich, außer in jenen Fällen, wo kein gesetzlicher Sozialversicherungsschutz besteht. Sie dient dem Ersatz der Mehrkosten eines Aufenthaltes in der Sonderklasse eines Krankenhauses und bietet somit eine qualitative Mehrleistung (freie Arztwahl, komfortablere Ausstattung der Zimmer, geringere Bettenanzahl in den Zimmern, freie Besuchszeiten, Menüwahl u.a.) im Vergleich zur gesetzlichen Sozialversicherung.“

Dieser Text ist auf der Homepage des Verbandes der Versicherungsunternehmen Österreichs zu lesen.²⁵³

Problematisch daran ist, dass die Versicherer die sog „Hoteltangente“ und die freie Arztwahl undifferenziert in der Sonderklasse versprechen. Dass die freie

²⁵¹ § 32 Abs 1 Wr KAG; § 49 Abs 2 Bgld KAG; § 50 Abs 2 K-KAO; § 33 Abs 1 Nö KAG; § 45 Abs 1 Oö KAG; § 53 Abs 2 S-KAG; § 28 Abs 1 Stmk KALG; § 29 Abs 1 Tir KAG; § 73 Abs 1 VlbG SpG.

²⁵² Vgl Schrammel, Die Sonderklasse öffentlicher Krankenanstalten, in Martinek/Wachter (Hrsg) FS Schnorr (1988) 421; Mazal, Die Behandlung in der Sonderklasse in Schrammel, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 75; Mazal, Rechtsfragen der Abgeltung der Behandlung sozialversicherter Patienten in der Sonderklasse, in Mazal (Hrsg), Krankenanstaltenfinanzierung (1995) 157; Mayer, Ansprüche der Krankenanstaltenträger gegen Patienten der Sonderklasse, in Mazal (Hrsg), Krankenanstaltenfinanzierung (1995) 139; Pircher, Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten (2002); Steiner, Arzthonorar in der Sonderklasse (2004).

²⁵³ <http://www.vvo.at/krankenversicherung-in-osterreich.html>

Arztwahl aber nur im Belegarztsystem wirklich sichergestellt ist, und dass - wie unten zu erläutern sein wird - in gewissen Bereichen (va Intensivbereich) keine Hoteltangente vorhanden ist, wird nicht erwähnt.

Da der Patient hier durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung verleitet wird (Abschluss einer Krankenhauskostenversicherung), die diesen am Vermögen schädigt und die Versicherung bzw einen Dritten (Spitalsträger/Arzt) unrechtmäßig bereichert wird, ist idZ mE durchaus der Tatbestand des Betruges § 146 StGB gegeben.

1.4. Sondergebühren

1.4.1. Definition

Der Grundsatzgesetzgeber versteht den Begriff „Sondergebühren“ als Sammelbegriff für Entgelte iSd § 27 Abs 4 KAKuG, dazu gehören auch die „Entgelte in der Sonderklasse“.²⁵⁴

1.4.2. Anstaltsgebühren

Die Anstaltsgebühr gebührt für den vom Anstaltsträger zusätzlich aufzubringenden Personal- und Sachaufwand. Diese Gebühr ist offensichtlich dazu da, um die Hotelleistung abzugelten.²⁵⁵ Unter Personalaufwand wird das nichtärztliche Personal zu verstehen sein, da für Ärzte die Arztgebühr zur Anwendung kommt. Umgelegt auf eine Intensivstation kann ein zusätzlicher Personalaufwand (dieser müsste hier aus vermehrtem diplomierten Krankenpflegepersonal bestehen) ausgeschlossen werden. Die Dienstplangestaltung des Krankenpflegepersonals erfolgt meist Monate im Vorhinein und kann in der Akutsituation (Zugang eines intensivpflichtigen Sonderklassepatienten) nicht geändert werden.²⁵⁶

²⁵⁴ § 28 Abs 1 KAKuG verweist auf § 27 Abs 4 KAKuG.

²⁵⁵ Derzeit im AKH Wien € 256,- pro Tag.

²⁵⁶ Siehe dazu Kap 3.3.3. den in Tab 3. (41) festgelegten Schlüssel für diplomiertes Krankenpflegepersonal pro systemisiertem Intensivbett.

Neben den Sondergebühren werden vom Sonderklassepatienten auch Pflegegebühren²⁵⁷ bzw LKF-Gebühren eingehoben, welche beim sozialversicherten Patienten von der gesetzlichen Krankenversicherung getragen werden. Hier kommt es zu einer unzulässigen Doppelverrechnung von Leistungen.²⁵⁸

Betrachtet man die zweite Komponente der Anstaltsgebühr, den Sachaufwand, so ist auch hier auf einer Intensivstation kein vermehrter Aufwand gegeben. Intensivplätze sind nach medizinischen Kriterien „aufgerüstet“²⁵⁹. Leistung wie Telefon, Fernsehen, bessere Verpflegung, Zeitung, längere Besuchszeiten sind hier aufgrund der schweren, oft lebensbedrohlichen Krankheitsbilder der Patienten obsolet bzw nicht vorhanden.

Bedenkt man, dass neben den Sondergebühren noch Zuschläge für Einbettzimmer²⁶⁰ eingehoben werden, (welche uU auf einigen Intensivstationen vorhanden sind), so stellt sich die Frage: „Wenn der Zuschlag für das Einzelzimmer für die Hoteltangente steht, wofür steht dann die Anstaltsgebühr bzw Pflegegebühr?“, (ausgehend von der Annahme, dass ein Patient immer nur ein Bett und ein Zimmer benützen kann).

Eine Verrechnung von Anstaltsgebühren ist aufgrund des Äquivalenzprinzips²⁶¹ verfassungswidrig. Deutet man - wie der VfGH in G 119/06 - die Anstaltsgebühr nicht als öffentlich-rechtliche Gebühr (mE unrichtig), ist zwar das Äquivalenzprinzip auf privatrechtlich vereinbarte Honorare nicht anzuwenden, doch kennt auch das Privatrecht die Sanktion der Nichtigkeit im Fall des Verstosses gegen die guten Sitten.

Sittenwidrigkeit ist nach Auffassung des OGH insb dann anzunehmen, wenn die vom Richter vorzunehmende Abwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den Interessen der Beteiligten ergibt.²⁶² Da der Anstaltsgebühr im

²⁵⁷ Für das AKH Wien derzeit € 826,- pro Tag für Selbstzahler ohne gesetzliche KV.

²⁵⁸ Siehe Fn 243.

²⁵⁹ Vgl Kap 3.2.4.2. Tab 2. Strukturqualitätsrichtlinien des ÖSG im Intensivbereich.

²⁶⁰ Für das AKH Wien derzeit täglich € 54,-.

²⁶¹ Siehe Fn 242.

²⁶² *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht* ¹³ (2006) 179.

Intensivbereich keine oder bestenfalls eine sehr geringe Gegenleistung gegenüber steht, ist ein grobes Missverhältnis und somit die Nichtigkeit der Vereinbarung gem § 879 Abs 2 Z 4 ABGB (Wuchertatbestand) anzunehmen.

1.4.3. Arztgebühr

1.4.3.1. Allgemeines

Die Arztgebühr steht also dem vom Patienten gewählten Arzt für die persönliche Betreuung zu. Um die Frage der freien Arztwahl zu beantworten, muss man zuerst klären, ob das KAKuG überhaupt Verträge zwischen Patienten und Anstaltspersonal gestattet²⁶³ und wenn ja, ob es in der Macht der Ärzte steht, den Vertragsgegenstand (die persönliche Behandlung des Patienten) sicherzustellen?

Lt VfGH²⁶⁴ sind direkte Rechtsbeziehungen zwischen Patienten und Anstaltspersonal nunmehr grundsätzlich zulässig.²⁶⁵ Der Arzt schuldet dem Patienten aufgrund dieser zivilrechtlichen Vereinbarung persönliche Betreuung. Es liegt aber nicht in seiner Sphäre, den Vertragsgegenstand auch sicherzustellen: eine abweichende Dienstenteilung (welche der Anordnungsbefugnis des Abteilungsleiters unterliegt), Krankheit des Arztes oder eine dienstliche Verhinderung sind nur einige Beispiele, die die persönliche Betreuung verhindern können.

Nach § 8 Abs 2 KAKuG dürfen Patienten nur nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft behandelt werden.

Der für die Dienstenteilung verantwortliche Leiter einer Abteilung darf daher den Patienten der allgemeinen Gebührenklasse die Bereitstellung geeigneter Ärzte nicht deshalb verweigern, weil diese aufgrund ihrer vertraglichen Verein-

²⁶³ Der VfGH hat mit Erk 17. 3. 2007, G 119/06 klargestellt, dass die Regelung dieser Frage in die Kompetenz des Krankenanstaltengesetzgebers (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG) gehört.

²⁶⁴ VfGH 17. 3. 2007, G 119/06.

²⁶⁵ Siehe VfGH 17. 3. 2007, G 119/06, unter 2.6.1.: „In Ermangelung grundsatzgesetzlicher Vorgaben ... darf diese Frage derzeit jeder Landesgesetzgeber – unter Beachtung der einschlägigen Grundrechte, wie zB der Erwerbsfreiheit und des Gleichheitssatzes für sich frei regeln (so schon VfSlg 9800/1983)“.

barungen zur persönlichen Betreuung der Sonderklassepatienten verpflichtet sind. Die ärztliche Behandlung und Pflege in der Sonderklasse darf sich von der ärztlichen Behandlung und Pflege in der allgemeinen Gebührenklasse nicht unterscheiden.²⁶⁶

Nach *Schrammel*²⁶⁷ kann daher eine freie Arztwahl überhaupt nur in Form einer bloßen Verwendungszusage zulässig sein. Der Patient kann sein „Recht“²⁶⁸ nur mehrfach bedingt ausüben²⁶⁹.

Obwohl derzeit eine „freie Arztwahl“ in öffentlichen Krankenanstalten rechtlich nicht möglich ist, wird sie für Sonderklassepatienten in weiten Teilen Österreichs seit Jahrzehnten praktiziert. Der Patient schließt bei Aufnahme in die Krankenanstalt einen Behandlungsvertrag mit seinem „Wahlarzt“ ab. Der Patient schuldet das Arzthonorar, als Gegenleistung erhält er das (bedingt auszuübende) Recht der freien Arztwahl, sofern überspitzt formuliert, der gewählte Arzt gerade Zeit hat.

Der Patient befindet sich in einer Zwangslage, da er bei Abschluss des Behandlungsvertrages auf die ärztliche Behandlung angewiesen ist. Meist erfolgt der Abschluss des Behandlungsvertrages routinemäßig im Formularweg und dem Sonderklassepatienten ist nicht bewusst, dass er eine solche Vereinbarung abschließen kann, aber nicht muss (verweigert der Patient den Abschluss, stünde ihm nur die sog „Hotelkomponente“ zu). Von Freiwilligkeit wird meist nicht ausgegangen werden können.

In Betracht zu ziehen ist der Wuchertatbestand gem § 879 Abs 2 Z 4 ABGB. Danach ist ein Vertrag nichtig, wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen

²⁶⁶ Umkehrschluss aus § 16 Abs 2 KAKuG.

²⁶⁷ *Schrammel*, Die Sonderklasse in öffentlichen Krankenanstalten, in *Martinek/Wachter* (Hrsg), FS Schnorr (1988) 425.

²⁶⁸ De lege lata ist kein Wahlrecht des Patienten (abgesehen von den „leitenden Universitätsärzten“ iSd § 46 KAKuG) und die daraus resultierende persönliche Leistungserbringung des Arztes im KAKuG verankert.

²⁶⁹ Siehe dazu *Stärker*, Freie Arztwahl – Vorschlag einer Neuregelung, RdM 2007/28 (51).

dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen lässt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Missverhältnis steht.

Das Problem der Sittenwidrigkeit ergibt sich nur, wenn der Patient überhaupt einen Behandlungsvertrag mit dem behandelnden Arzt abschließt. Auf Vertragsabschluss hat der Patient aber auch keinen Rechtsanspruch! Der VfGH führt in seinem Erkenntnis VfGH 17. 3. 2007, G 116/06 (2.5.2) aus, dass „ein Patient der Sonderklasse aufgrund des mit der öffentlichen Krankenanstalt geschlossenen Krankenhausaufnahmevertrages noch keinen Rechtsanspruch auf Behandlung bzw Betreuung durch einen bestimmten Arzt“ hat. Die Landesgesetzgebung ist zuständig, ein solches Recht zu statuieren.²⁷⁰

Wenn ein Krankenanstaltsträger eine Sonderklasse anbietet (was seine freie Entscheidung ist)²⁷¹, dann muss er doch die (versprochenen) Versicherungsleistungen, also Hoteltangente **und** Anspruch auf persönliche ärztliche Betreuung gewährleisten. Der grundrechtliche Eingriff in die Privatautonomie des Anstaltsträgers sowie des Dienstgebers ist mE durchaus verhältnismäßig.

1.4.3.2. Arztgebühr auf der Intensivstation?

Bewertet man den Behandlungsvertrag nicht schon von Anfang an als nichtig, so setzt sich das Problem fort, wenn sich der Gesundheitszustand des Patienten

²⁷⁰ Derzeit hat – zwangsweise – nur der Wiener Gesetzgeber auf die „neue“ Judikatur des VfGH mit der Novelle zum Wr KAG LGBl 2008/21 reagiert. In den neuen Bestimmungen der §§ 45 und 45a wird nunmehr begrifflich unterschieden zwischen den neben der Pflegegebühr zulässigerweise eingehobenen Sondergebühren (Hoteltangente) und dem ärztlichen Honorar für den Aufenthalt an der Sonderklasse (Sonderklassehonorar). Konkret sieht § 45a Wr KAG vor, dass der Rechtsträger einer öffentlichen KA im Rahmen einer Vereinbarung (Honorarberechtungsvertrag) Abteilungs- und Institutsvorständen gestatten kann, von Patienten der Sonderklasse ein ärztliches Honorar zu verlangen.

Ausdrücklich festgehalten ist, dass diese Regelungen auch für ärztliche Leistungen im Bereich Anästhesiologie und Intensivmedizin, Radiologie, Labor, Physikalische Medizin und für andere besondere fachärztliche Leistungen Gültigkeit haben.

²⁷¹ VfSlg 14.094/1995.

ten verschlechtern sollte und er von der Normalstation an eine Intensivstation transferiert werden muss. Welchem Arzt steht nun die Arztgebühr²⁷² zu?

Dem ursprünglich behandelnden Arzt, welcher den Behandlungsvertrag mit dem Patienten abgeschlossen hat, ihn aber nunmehr mangels fachlicher Kompetenz nicht mehr behandeln kann? Oder dem Intensivmediziner, welcher vom Patienten nicht ausgewählt wurde. Im zweiten Fall ist noch zu klären, wie der Behandlungsvertrag vom „Wahlarzt“ auf den Intensivmediziner übergeht, wenn man wie *Raschauer*²⁷³ nicht davon ausgeht, dass der Abschluss des Behandlungsvertrages bei Aufnahme des Patienten so zu verstehen ist, dass der Patient einen Vertrag mit jedem einzelnen Arzt eines ihm noch gar nicht bekannten abschlusslegitimierten Ärztekonsiliums schließt. *Raschauer* begründet diese Auffassung damit, dass „der Patient im Zug der Anmeldung lediglich den Namen der Zusatzversicherung angeben muss, alles Weitere ist standardisierte administrative Routine.“ Weiter führt er aus, dass das Versicherungsunternehmen eine Kostenübernahmeerklärung abgibt, die gesamthaft „die ärztliche Behandlung“ erfasst.

ME ist eine solche Vereinbarung mangels Bestimmtheit der Leistung nichtig. Die Leistung muss bestimmt oder bestimmbar sein (§ 869 ABGB), sonst ist das Rechtsgeschäft ungültig.²⁷⁴ „Bestimmt“ wird von Lehre u Rspr stets als (eindeutig) „bestimmbar“ verstanden.²⁷⁵ Ein Leistungsgegenstand „ärztliche Behandlung“ ist mE nicht bestimmt, da im Vorhinein nicht absehbar ist, welcher der honorarberechtigten (Fach-) Ärzte dann tatsächlich „zum Zug kommt“, und kann auch nicht durch Heranziehung gesetzlicher Dispositivnormen oder Vertragsauslegung beseitigt werden. Nach *Koziol/Welser*²⁷⁶ liegt Bestimmtheit dann vor, wenn das Angebot die wesentlichen Punkte (essentialia negotii) des abzu-

²⁷² In Wien sind für Intensivbehandlungen von Intensivmedizinern aller Fachgruppen pro Tag € 192,- (limitiert mit 21 Tagen pro Aufenthalt) verrechenbar; gem Honorarvereinbarung (Anlage I), abgeschlossen zwischen Versicherungsverband der Versicherungsunternehmen Österreichs und der Ärztekammer Wien, abrufbar unter http://www.aekwien.at/media/090401_Honorarvereinbarung.pdf

²⁷³ *Raschauer*, Zur Zulässigkeit landesgesetzlicher Regelungen auf dem Gebiet der Arzthonorare, in *Aigner/Resch/Wallner* (Hrsg), Gmundner Medizinrechtskongress 2008 (2009) 11.

²⁷⁴ Siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 27.

²⁷⁵ *Rummel* in *Rummel*³, § 869 Rz 5.

²⁷⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 121.

schließenden Vertrages enthält, so dass dieser durch bloße Zustimmung des Annehmenden „perfekt“ werden kann.

Der VfGH hat der angefochtenen Norm des § 45 Abs 3 Wr KAG attestiert, sie nehme „auf den als notorisch anzusehenden Umstand Bedacht, dass über den Krankenhausaufnahmevertrag hinausgehende Vereinbarungen zwischen Patienten der Sonderklasse und Ärzten, welche eine persönliche Betreuung und Behandlung **durch einen bestimmten Arzt**²⁷⁷ zum Inhalt haben, gewünscht und seit langem üblich sind.“²⁷⁸ Folglich ist die persönliche Betreuung und Behandlung **durch einen bestimmten Arzt** ein wesentlicher Punkt des Vertrages.

Nach § 914 ABGB ist bei der Auslegung von Verträgen nicht am Wortsinn zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Folgt man dem VfGH, ist es der Wunsch der Patienten von einem durch sie bestimmten Arzt persönlich betreut und behandelt zu werden. Es ist wohl auch der Wille des abschließenden Arztes, sein Entgelt für die persönliche Behandlung und Betreuung des Patienten zu erhalten und nicht als Bevollmächtigter für alle anderen honorarberechtigten Ärzte Behandlungsverträge abzuschließen.

Ein konkludenter Übergang des Behandlungsvertrages ist nicht anzunehmen, da nach § 863 ABGB eine konkludente Erklärung nur angenommen werden darf, wenn eine Handlung nach der Verkehrssitte, nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer bestimmten Richtung zu verstehen ist. Es darf kein vernünftiger Grund übrig sein, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewille in bestimmter Richtung vorliegt.²⁷⁹

Bedenkt man, dass die Patienten bei ihrer Transferierung sich meist in einem sehr kritischen, oft lebensbedrohlichen Zustand befinden, so sind sie oft nicht in der Lage sich durch Handlungen zu erklären. Aus dem Umstand, dass der Pati-

²⁷⁷ Hervorhebung durch die Autorin.

²⁷⁸ VfGH 17. 3. 2007, G 119/06 Pkt 2.5.3.

²⁷⁹ *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 102; siehe auch *Rummel in Rummel*³, § 863 Rz 14,15: „strenger Maßstab“, „Bloßes Schweigen hat grundsätzlich keinen Erklärungswert, insb nicht die Bedeutung der Zustimmung zu einem Vertragsangebot.“

ent zuvor zB mit dem Leiter der internen Abteilung einen Behandlungsvertrag schloss, ist mE noch nicht zu schließen, dass er stillschweigend auch einen solchen Vertrag mit dem Intensivmediziner schließt.

Von denjenigen Bundesländern, die eine direkte Rechtsbeziehung zwischen Patient und Arzt vorsehen, ist nur im Wr KAG ausdrücklich eine Honorarberechtigung der Anästhesisten und Intensivmediziner festgelegt.²⁸⁰ In Tirol²⁸¹, Vorarlberg²⁸², Niederösterreich²⁸³, Salzburg²⁸⁴ sind die Klinikvorstände, Leiter von Klinischen Abteilungen, Abteilungs- und Institutsleiter sowie Konsiliarärzte honorarberechtigt. In Oberösterreich²⁸⁵ sind grundsätzlich alle Ärzte des ärztlichen Dienstes honorarberechtigt. In Tirol, Vorarlberg, Niederösterreich und Salzburg ist also der Intensivmediziner (wenn er nicht Klinikvorstand, Leiter einer Klinischen Abteilung oder Abteilungsleiter ist) nicht honorarberechtigt.

Unter dem Begriff Konsiliararzt wird man den Intensivmediziner nicht subsumieren können, wenn - wie angenommen - der Patient bei seiner Transferierung von der Normalstation an die Intensivstation in derselben Abteilung bleibt.

1.4.3.2.1. Der Intensivmediziner als Substitut?

Kann der Intensivmediziner als Substitut des honorarberechtigten Arztes gesehen werden? Ein Indiz für die Substitution ist stets die Weisungsungebundenheit des Beigezogenen.²⁸⁶ Ein nachgeordneter Arzt ist aufgrund seiner Dienstpflicht innerhalb der Regeln der ärztlichen Kunst den fachlichen Weisungen seiner Vorgesetzten unterworfen.²⁸⁷ Obwohl es strittig²⁸⁸ ist, dass die Haftung für

²⁸⁰ § 45a (1) Wr KAG „... und für besondere fachärztliche Leistungen, wie zB für Anästhesiologie und Intensivmedizin.“

²⁸¹ § 41 Abs 5 Tir KAG.

²⁸² § 86 Abs 1 VlbG SpG.

²⁸³ § 49g Abs 5 Nö KAG.

²⁸⁴ § 61 Abs 3 S-KAG.

²⁸⁵ § 54 Abs 1 Oö KAG.

²⁸⁶ *Strasser in Rummel*³ (Hrsg) § 1010 Rz 4.

²⁸⁷ *Kopetzki*, Turnusärzte und Famulanten (1990) 26ff; *Mazal*, Zur Zusammenarbeit von Ärzten sowie zwischen Ärzten und Nichtärzten in Krankenanstalten, in *Tomandl* (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen (1996) 29 (33f); *Grimm*, Die Weisungsbindung

Erfüllungsgehilfen ein Weisungsrecht des Geschäftsherrn voraussetzt, sprechen die besseren Argumente (siehe unten) dafür, dass der Intensivmediziner hier als Erfüllungsgehilfe und nicht als Substitut handelt.

Gem OGH steht dem Arzt eine allgemeine Substitutionsbefugnis (wie zB dem Rechtsanwalt) nicht zu.²⁸⁹ Eine Substitution zwischen Ärzten bedarf daher immer einer vertraglichen oder gesetzlichen Grundlage, es sind die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen heranzuziehen. Daraus ergibt sich, dass der honorarberechtigte Arzt, wenn er nicht bei Abschluss des Behandlungsvertrags mit dem Patienten vertraglich eine Substitutionsbefugnis vorsieht, nicht wirksam substituieren kann.

Zurückkommend auf den Fall der akuten Gesundheitsverschlechterung des Patienten und notwendigen Transferierung an die Intensivstation ist aber eine Substitution des honorarberechtigten Arztes gem § 1010 ABGB anzudenken.

§ 1010 ABGB lautet: „Trägt der Gewalthaber das Geschäft ohne Not einem Dritten auf; so haftet er ganz allein für den Erfolg. Wird ihm aber die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet, oder durch die Umstände unvermeidlich; so verantwortet er nur ein bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden.“ Im Notfall der Transferierung an die Intensivstation sind wohl „unvermeidliche Umstände“ anzunehmen.

Sieht man sich die Rechtsbeziehung zwischen Geschäftsbesorger und Substitut an, ist diese stets ein Auftrag (§§ 1002ff ABGB). Der Substitut (hier Intensivmediziner) kann Vertragspartner des Geschäftsherrn (hier Patient) werden, wenn der Geschäftsbesorger (hier honorarberechtigter Arzt) den Unterauftrag mit dem Substituten aufgrund bestehender Vollmacht im Namen des Geschäfts-

des Spitalarztes (1999) 6ff; *Stärker* in *Emberger/Wallner* (Hrsg), *ÄrzteG* 1998 (2004) § 3 Anm 7; *Aigner/Kierein/Kopetzki*, *ÄrzteG* 1998³ (2007) § 3 Anm 3.

²⁸⁸ Dafür OGH in SZ 65/16; SZ 69/115; sowie OGH in JBI 1996, 183 (Kletečka); dagegen *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313a Rz 9; *Bydlinski*, JBI 1995, 556f; *Markl/Pittl*, *Ausgewählte Fragen der Erfüllungsgehilfenhaftung beim ärztlichen Behandlungsvertrag*, ÖJZ 1997, 774f; OGH in RdM 2000/2 (*Kopetzki*); JBI 2004, 648 (*Lukas*) = *ecolex* 2004, 608 (*Wilhelm*).

²⁸⁹ OGH 11. 6. 1952, 1 Ob 592/51 JBI 1953, 18; OGH 4. 2. 1959, 1 Ob 504/58, JBI 1960, 188. Vgl auch *Voppichler*, *Die Rechtsgrundlagen zur Durchsetzung schadenersatzrechtlicher Ansprüche der Patienten*, ÖJZ 1996, 96.

herrn geschlossen hat.²⁹⁰ Hat der Geschäftsherr den Unterauftrag gem § 1016 ABGB genehmigt, so kann der Substitut ebenfalls Vertragspartner des Geschäftsherrn werden.²⁹¹

Da in den Bundesländern Tirol, Vorarlberg, Niederösterreich und Salzburg die entsprechenden LandesKAG keine Honorarbefugnis für nachgeordnete Ärzte vorsehen, können diese nicht Vertragspartner des Patienten werden. Eine Substitution wäre nur in Wien²⁹² und OÖ²⁹³ aufgrund der L-KAG möglich.

Anzudenken ist noch ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.²⁹⁴ Bei diesem bestehen zwar nicht die Leistungspflichten, wohl aber die Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Dritten.²⁹⁵ Das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist in diesem Fall aber zu verwerfen, denn nach *Welser* ist es nicht anzuwenden, wenn der Dritte gegen einen der beiden Vertragspartner Ansprüche aus einem von ihm selbst geschlossenen Vertrag hat.²⁹⁶ Der Patient hat hier Ansprüche aus dem Behandlungsvertrag mit dem honorarberechtigten Arzt.

Gegen ein Auftragsverhältnis zwischen honorarberechtigtem Arzt und Intensivmediziner spricht, dass der Intensivmediziner nicht freiwillig²⁹⁷ im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages tätig wird, sondern aufgrund seines Dienstverhältnisses und der Weisungsgebundenheit nur seine Dienstpflicht gegenüber dem Krankenanstaltenträger während seiner Dienstzeit erfüllt.

Haftungsrechtlich wäre eine Substitution günstiger für den ursprünglich behandelnden Arzt, da dieser (Substitutionsbefugnis vorausgesetzt), dann nur für sein

²⁹⁰ *Strasser in Rummel*³ (Hrsg), § 1010 Rz 5.

²⁹¹ *Strasser in Rummel*³ (Hrsg), § 1010 Rz 5.

²⁹² § 45a Abs 1 Wr KAG führt ausdrücklich „besondere fachärztliche Leistungen, wie zB Anästhesiologie und Intensivmedizin an“.

²⁹³ Gem § 54 Abs 1 Oö KAG sind alle Ärzte des ärztlichen Dienstes honorarberechtigt.

²⁹⁴ *Strasser in Rummel*³ (Hrsg), § 1010 Rz 5.

²⁹⁵ *Welser in Koziol/Welser*, (Hrsg) Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 143.

²⁹⁶ *Welser in Koziol/Welser*, (Hrsg) Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 143.

²⁹⁷ *Welser in Koziol/Welser*, (Hrsg) Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 210: „Der Auftrag begründet (im Innenverhältnis) die Verpflichtung des Beauftragten, für den Auftraggeber tätig zu werden, weshalb er seiner Zustimmung bedarf (Vertragsnatur des Auftrages).“

Verschulden bei der Auswahl des beigezogenen Arztes haftet, nicht aber für das Verschulden des beigezogenen Arztes.

1.4.3.2.2. Der Intensivmediziner als Erfüllungsgehilfe?

Eine Substitution ist wie gezeigt nicht möglich; kann der Intensivmediziner als Erfüllungsgehilfe des honorarberechtigten Arztes handeln?

Ein honorarberechtigter Arzt, der mit dem Patienten der Sonderklasse einen Behandlungsvertrag abschließt, handelt als freiberuflich tätiger Arzt. Gem § 49 Abs 2 ÄrzteG „hat der Arzt seinen Beruf persönlich und unmittelbar, allenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Ärzten auszuüben. Zur Mithilfe kann er sich jedoch Hilfspersonen bedienen, wenn diese nach seinen genauen Anordnungen unter seiner ständigen Aufsicht handeln.“ Der honorarberechtigte Arzt hat die Behandlung nach dem Gesetzeswortlaut also persönlich zu erbringen.

ME hängt die zulässige Zusammenarbeit mit anderen Ärzten in dem Fall des intensivpflichtigen Patienten von der Dauer des Aufenthalts des Patienten an der Intensivstation gemessen am Gesamtaufenthalt des Patienten in der Krankenanstalt ab. Bei einigen Tagen Intensivaufenthalt und mehreren Wochen Aufenthalt auf der Normalstation unter Betreuung des honorarberechtigten Arztes ist der Bezug des Arzthonorars durch den honorarberechtigten Arzt sicher gerechtfertigt, umgekehrt jedoch nicht.

Bleibt noch zu prüfen ob der Intensivmediziner als Hilfsperson betrachtet werden kann, derer sich der Arzt zur Mithilfe unter seinen genauen Anordnungen und unter seiner ständigen Aufsicht bedienen kann.

Nach *Aigner/Kierein/Kopetzki*²⁹⁸ dürfen Hilfspersonen nur zur untergeordneten Unterstützung bei der ärztlichen Tätigkeit des Arztes herangezogen werden; sie dürfen jedoch nicht selbstständig ärztliche Tätigkeiten durchführen, sofern sie dazu nicht kraft eigenen Berufsrechts berechtigt sind. Anggeführt sind dann: Injektionen durch Zahntechniker, MTF- Tätigkeiten durch Heilbademeister und

²⁹⁸ *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998³ (2007) § 49 Anm 8.

Heilmasseur od MTD-Tätigkeiten ohne Berechtigung. Von diesen Hilfspersonen iSd § 49 Abs 2 ÄrzteG sind die in Abs 3 genannten Gesundheitsberufe zu unterscheiden, die kraft eigenen Berufsrechts bestimmte Tätigkeiten ausüben dürfen.

Ausgehend vom Gesetzeswortlaut ist nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber unter diesen Hilfspersonen auch andere Ärzte meinen könnte.²⁹⁹

Bleibt noch das Problem, dass der Intensivmediziner nach den genauen Anordnungen und unter der ständigen Aufsicht³⁰⁰ des honorarberechtigten Arztes handeln müsste. In der Praxis wäre die ständige Aufsicht weniger das Problem als die genauen Anordnungen, die meist vom honorarberechtigten Arzt (Klinikvorstand, Leiter von Klinischen Abteilung, Abteilungs- und Institutsleiter) dem Intensivmediziner aus fachlichen Gründen nicht gegeben werden können.

Die Grenze der Zulässigkeit eines Erfüllungsgehilfen ist wieder bei der Wesentlichkeit der Behandlung zu ziehen. Werden wesentliche Behandlungsschritte vom honorarberechtigten Arzt an den Erfüllungsgehilfen (hier Intensivmediziner) übertragen, ist die Pflicht des honorarberechtigten Arztes zur persönlichen und unmittelbaren Berufsausübung nicht mehr gewahrt.

²⁹⁹ Vgl *Markl/Pittl*, Ausgewählte Fragen der Erfüllungsgehilfenhaftung beim ärztlichen Behandlungsvertrag, ÖJZ 1997, 774 (778); *Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung (1977) 60. Zum Belegarzt vgl auch OGH 23. 11.1999, 1 Ob 269/99m RdM 2000/8 (*Kopetzki*), wonach der Belegarzt für das schuldhafte und schadensursächliche Verhalten aller wirtschaftlich selbständigen Ärzte (hier Anästhesistin) nach § 1313a ABGB haftet, die im Zuge der OP-Vorbereitung bestimmte für die Erfüllung des Behandlungsvertrages unentbehrliche ärztliche Leistungen unter seiner Oberleitung in Fragen der Operationsorganisation erbringen. Die fachliche Weisungsbefugnis gegenüber dem mitwirkenden Arzt ist keine notwendige Voraussetzung für die Stellung als Erfüllungsgehilfe, es genügt die organisatorische Anweisungs- und Kontrollzuständigkeit des Belegarztes für die vorbereitende Tätigkeit des OP-Teams innerhalb der als Einheit anzusehenden Gesamtbehandlung. AA zum Vertragsarzt *Krejci*, Persönliche Behandlungspflicht von Vertragsärzten, SozSi 1991/10, 478 (483), *Krejci* meint, dass derartige Hilfspersonen grundsätzlich keine Ärzte sind; so auch *Mazal*, RdM 1996, 36: „Wenn eine Person einen Arzt nicht bei seiner Tätigkeit unterstützt, sondern selbst ärztliche Tätigkeiten durchführt, liegt der Einsatz einer Hilfsperson zweifellos nicht vor.“

³⁰⁰ Zum Gebot der ständigen Aufsicht über Hilfspersonen vgl *Kopetzki*, Turnusärzte und Famulanten (1990) 38f; *Mazal*, RdM 1996, 37; *Radner*, RdM 1998, 176ff.

2. Honorarberechtigung nach § 46 KAKUG

Die Regelung des § 46 Abs 1 KAKuG befindet sich nicht im ersten Teil des KAKuG, der Grundsatzbestimmungen über Heilanstalten gem Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG regelt, sondern die Bestimmung wurde als unmittelbar anwendbares Bundesrecht erlassen³⁰¹ und erlaubt den Klinikvorständen bzw den Leitern der Klinischen Abteilungen mit Patienten der Sonderklasse und mit Personen, die auf eigene Kosten ambulant behandelt werden, unbeschadet der Verpflichtung dieser Personen zur Entrichtung der Pflege- und Sondergebühren ein besonderes Honorar zu vereinbaren. Diese Honorare unterliegen nicht § 27 Abs 4 und 5 sowie § 28 KAKuG.

Nach dem Gesetzeswortlaut besteht die Leistungspflicht des Klinikvorstandes (bzw des Leiters der Klinischen Abteilung)³⁰² in der Erbringung einer persönlichen Behandlung auf Wunsch des Patienten³⁰³. Umgelegt auf den Fall der Transferierung des Patienten an die Intensivstation liegt hier mE der große Unterschied zwischen der bundesgesetzlichen und der landesgesetzlichen Honorarberechtigung.

Während der Patient, welcher mit dem Klinikvorstand (bzw dem Leiter einer Klinischen Abteilung) einer Universitätsklinik eine Honorarvereinbarung gem

³⁰¹ Auf welchen Kompetenztatbestand der Bundesgesetzgeber die Bestimmung des § 46 Abs 1 KAG stützt ist mE unklar und auch aus den Gesetzesmaterialien (164 BgNR 8. GP) nicht eindeutig feststellbar. Vgl aber VfSlg 14.373/1995, wonach sich die Regelung als dienstrechtliche Norm iSd Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG (Dienstrecht und Personalvertretungsrecht der Bundesbediensteten) erweist und nicht in das Krankenanstaltenrecht eingreift. Eine kompetenzrechtliche Deckung wäre dann auch durch Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG gegeben, da das auf Universitätsangestellte anzuwendende Recht nunmehr das Arbeitsrecht und nicht mehr das Dienstrecht der Beamten und Vertragsbediensteten ist - vgl § 108 UG 2002 sowie § 128 UG 2002.

³⁰² Mit der KAKuG Novelle, BGBl 1993/801 wurde die Honorarberechtigung gem § 46 KAKuG auf die Leiter der Klinischen Abteilungen erweitert. Zu den Gründen der Erweiterung siehe *Mazal*, Sonderklassehonorare und Abteilungsgliederung an Universitätskliniken, ÖJZ 1991, 366.

³⁰³ Vgl die Materialien zu § 46 KAKuG RV 1080 BgNR XVIII. GP, 23: „Weiters soll bei dieser Gelegenheit klargestellt werden, dass die maßgebliche Tatbestandsvoraussetzung für die Verrechnung eines besonderen Honorars nicht der Wunsch des Patienten nach persönlicher Behandlung ist, sondern dass auch tatsächlich eine solche Behandlung zu erfolgen hat“. Von einer Verpflichtung zur persönlichen Behandlung ging auch der VfGH in VfSlg 14.373/1995 aus; ebenso *Barfuß/Steiner*, Zu den Dienstpflichten von Klinikvorständen, RdM 1996, 12 (17) sowie *Mazal*, Sonderklassehonorare und Abteilungsgliederung an Universitätskliniken, ÖJZ 1991, 366 (369).

§ 46 KAKuG abgeschlossen hat, einen Rechtsanspruch auf die persönliche Behandlung dieses Vorstandes aus dem Behandlungsvertrag hat³⁰⁴ - im Fall der Transferierung an eine Intensivstation und somit nicht mehr persönliche Behandlung durch den Klinikvorstand wird die Verbindlichkeit des Patienten aufgehoben³⁰⁵ – hat der Patient, der mit dem Abteilungsleiter (an einer nicht universitären Einrichtung) eine zusätzlich zum einheitlichen Krankenhausaufnahmevertrag landesgesetzliche entgeltliche, privatrechtliche Vereinbarung über die persönliche Betreuung in der Sonderklasse³⁰⁶ abgeschlossen hat, keinen Rechtsanspruch auf die persönliche Betreuung und Behandlung.³⁰⁷ Aus Sicht des Patienten³⁰⁸ ist dieser Befund gleichheitswidrig.

Der Gleichheitssatz verlangt vom Gesetzgeber, eine Person wie eine andere zu behandeln, sofern nicht besondere Gründe dagegen sprechen. Gem VfGH³⁰⁹ verbietet der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zwischen den Normadressaten zu schaffen. Nur dann, wenn gesetzliche Differenzierungen aus entsprechenden Unterschieden im Tatsächlichen ableitbar sind, entspricht das Gesetz dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz.³¹⁰

In beiden Sachverhalten schließt der Patient einen privatrechtlichen Vertrag mit dem Arzt, welcher in beiden Fällen den gleichen Vertragsinhalt hat (persönliche Betreuung und Behandlung). Die daran geknüpften Rechtsfolgen unterscheiden sich - einmal hat der Patient einen Rechtsanspruch auf diesen Vertragsinhalt und ein anderes mal eben nicht. Ist diese rechtliche Differenzierung durch die tatsächlichen Unterschiede gerechtfertigt? Die Unterschiede im Tatsächlichen

³⁰⁴ Siehe Fn 303.

³⁰⁵ Es handelt sich um eine nachträgliche Unmöglichkeit, die nicht vom Arzt zu vertreten ist, sondern durch Zufall eingetreten ist. Die Verbindlichkeit des Schuldners (Patienten) wird gem § 1447 ABGB mit Wegfall des Titels aufgehoben.

³⁰⁶ Gem VfGH 17. 3. 2007, G 119/06 Pkt 2.6.1.

³⁰⁷ Zur möglichen Rückforderung dieses Honorars siehe Kap 4.3.2.

³⁰⁸ Den Ausführungsgesetzen der Länder ist nicht zu entnehmen, dass sich die jeweilige Regelung nur an den Arzt richtet; eine dienstrechtliche Formulierung betreffend die Kontrahierung ist, abgesehen vom Wr KAG, in keinem LandesKAG zu finden – sodass als Normadressat auch der Patient gesehen werden kann.

³⁰⁹ VfSlg 8169/1977.

³¹⁰ Stellvertretend für viele VfSlg 4392/1963.

bestehen darin, dass der Patient einmal den Vertrag an einer Universitätsklinik mit dem Klinikvorstand (bzw. Leiter einer Klinischen Abteilung) gem. § 46 KAKuG abschließt und das andere Mal mit dem Abteilungsvorstand an einer nicht universitären Einrichtung gem. LandesKAG.

ME rechtfertigt den unterschiedlichen Kompetenztatbestand³¹¹ nicht die unterschiedliche Rechtsfolge. Abgesehen davon ist es für einen mit der Materie nicht vertrauten Patient überhaupt nicht transparent, auf welchem Kompetenztatbestand seine Vereinbarung mit dem Arzt fußt.

*Kopetzki*³¹² vertritt die Ansicht, dass diese privatrechtlichen Vereinbarungen weder hinsichtlich der Höhe noch hinsichtlich der Einbringung den krankenanstaltenrechtlichen Regeln unterliegen. Er verweist auf das Erk. des VfGH in VfSl. 14.373/1995, worin § 46 KAKuG als dienstrechtliche Norm gedeutet wird und folgert daraus, dass der Landesgesetzgeber daher keinen diesbezüglichen Ausgestaltungsspielraum hat.

*Stöger*³¹³ meint, der Dienstgeber kann seinen Bediensteten die Ausübung einer Nebentätigkeit gestatten, wenn der Krankenanstaltengesetzgeber organisatorisch den Abschluss solcher Verträge zulässt. Da § 16 Abs. 1 lit. f KAKuG explizit § 46 Abs. 1 KAKuG und damit die Vorstände der Universitätskliniken bzw. Leiter der Klinischen Abteilungen vom „Trinkgeldverbot“ ausnimmt, gestattet (lt. *Stöger*) der Krankenanstaltengesetzgeber an Medizinischen Universitäten den Abschluss von Verträgen mit Patienten über deren persönliche Behandlung.

*Raschauer*³¹⁴ weist darauf hin, dass § 16 KAKuG eine Grundsatzbestimmung ist und sieht eine Begünstigung der Klinikärzte nur dann, wenn die LandesKAG von Wien, Tirol und Steiermark das krankenanstaltenrechtliche Gestatten hinzu-

³¹¹ Art 10 Abs. 1 Z. 16 B-VG bzw. Art 12 Abs. 1 Z. 1 B-VG.

³¹² *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I² (2007) 556.

³¹³ *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) 451.

³¹⁴ *Raschauer*, Zur Zulässigkeit landesgesetzlicher Regelungen auf dem Gebiet der Arzthonorare, in *Aigner/Resch/Wallner* (Hrsg.), Gmundner Medizinrechtskongress 2008 (2009) 20.

fügen. Bestätigt sieht er sich dadurch, dass sich die Novelle zum Wr KAG³¹⁵ auch auf Universitätskliniken bezieht.

*Pircher*³¹⁶ meint, dass §§ 46 Abs 1 und 2 iVm § 16 Abs 1 lit f KAKuG in die bundesverfassungsrechtliche Kompetenzverteilung eingreifen und daher verfassungswidrig³¹⁷ sind.

ME ist das Krankenanstaltenrecht und das Dienstrecht der bundesbediensteten Vorstände von Universitätskliniken bzw Leiter der Klinischen Abteilungen idZ kumulativ zu stehen. Gem § 31 UG 2002 sind Universitätskliniken (iSv im klinischen Bereich tätigen Universitätsinstituten) als Teil der jeweiligen Medizinischen Fakultät sowie als Teil er jeweiligen öffentlichen Krankenanstalt iSd KAKuG (bzw des jeweiligen Ausführungsgesetzes) organisiert. Der jeweilige Klinikvorstand kann seinen privatrechtlichen Vertrag mit dem Sonderklassepatienten nur im Rahmen des krankenanstaltenrechtlichen Organisationsrahmen erfüllen.³¹⁸

Es ist *Stöger*³¹⁹ zuzustimmen, dass sich das krankenanstaltenrechtliche Gestatten aus § 16 Abs 1 lit f KAKuG ergibt³²⁰, korrekterweise ist aber hinzuzufügen, dass diese Grundsatzbestimmung von den LandesKAG (Wien, Steiermark, Tirol) verfassungskonform auszuführen ist. Solange das krankenanstaltenrechtliche Gestatten (bezüglich § 46 KAKuG) des § 16 Abs 1 lit f KAKuG in den LandesKAG (Steiermark und Tirol) noch nicht verfassungskonform ausgeführt ist, sind diese Landes-KAG verfassungskonform zu interpretieren³²¹.

³¹⁵ LGBl 2008/21.

³¹⁶ *Pircher*, Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten (2002) 360.

³¹⁷ Vgl auch *Schwamberger*, Neues aus Gesetzgebung und Verwaltung: § 46 verfassungswidrig?, RdM 1994, 58; vgl auch *Barfuß/Steiner*, Zu den Dienstpflichten der Klinikvorstände, RdM 1996, 18.

³¹⁸ Siehe auch *Barfuß/Steiner*, Zu den Dienstpflichten der Klinikvorstände, RdM 1996, 12.

³¹⁹ *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) 451.

³²⁰ Dies schon seit der StF des KAG 1957.

³²¹ Zur verfassungskonformen Interpretation siehe *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 135.

Das Argument *Raschauers*³²², dass das KAKuG der Ausführungsgesetzgebung der Länder bezüglich der „weiteren Entgelte“ freies Belieben einräumt und **da-her** die Landesgesetze der Steiermark, Tirol und Wien das landesgesetzliche krankenanstaltenrechtliche Gestatten hinzuzufügen haben, würde nur dann greifen, wenn der Gesetzgeber Abs 2 des § 46 KAKuG ersatzlos streichen würde.

³²² *Raschauer*, Zur Zulässigkeit landesgesetzlicher Regelungen auf dem Gebiet der Arzthonorare, in *Aigner/Resch/Wallner* (Hrsg), Gmundner Medizinrechtskongress 2008 (2009) 20.

Teil III: Willensbildung in der Intensivmedizin

Kapitel 6: Einwilligungsunfähige Patienten

1. Einleitung

1.1. Allgemeines

Der besondere Zeitdruck in der Intensivmedizin lässt auch die herkömmlichen rechtlichen Normen für eine Aufklärung bzw Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung versagen. Das Prinzip des „informed consent“³²³ wird nur selten erreicht werden können und für eine rechtliche Absicherung bedarf es sog „Notfallklauseln“³²⁴.

Doch welche Heilbehandlungen fallen in solche „Notfallklauseln“, wie weit kann der behandelnde Intensivmediziner seine Therapien ausdehnen, wenn der Patient sich dazu nicht äußern kann? Hat er Vorgaben oder Wünsche der Angehörigen zu beachten? Muss der Intensivmediziner aufklären über die sehr komplexen intensivmedizinischen Behandlungen und Verfahren, und wen soll er aufklären, wenn der Patient nicht bei Bewusstsein ist?

Für den gesamten Bereich der ärztlichen Aufklärung und Einwilligung in der Intensivmedizin gilt es die vorhandenen gesetzlichen Normen zu interpretieren, um den Intensivmediziner Rechtssicherheit bei ihrer sehr belastenden täglichen Arbeit zu geben.

³²³ Vgl *Kopetzki in Kopetzki* (Hrsg), *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit* (2002) 1 (5).

³²⁴ Vgl § 8 Abs 3 KAKuG, § 146c Abs 3 ABGB, § 110 Abs 2 StGB, § 283 Abs 3 ABGB.

2006 hat der Gesetzgeber darüber hinaus zwei neue Rechtsinstitute³²⁵ geschaffen, welche dem Patienten eine antizipierte Ausübung des Selbstbestimmungsrechts ermöglichen und so seine Entscheidungsautonomie gegenüber der sonst eintretenden Fremdbestimmung durch Dritte (Sachwalterschaft) auch dann zu wahren, wenn er selbst dazu nicht mehr in der Lage ist.

Für die Patientenverfügung, die ohnehin schon reger Diskussionen³²⁶ bezüglich ihrer Verbindlichkeit ausgesetzt ist, gilt es die konkreten Anforderungen, die an sie im Bereich der Intensivmedizin zu stellen sind, genau zu beleuchten.

1.2. Einwilligung und die Fähigkeit dazu

Jede medizinische Behandlung ist grundsätzlich rechtswidrig, wenn sie ohne die Einwilligung des Patienten erfolgt.

Der Begriff der medizinischen Behandlung ist nach den Gesetzesmaterialien³²⁷ an den weiten Behandlungsbegriff des § 110 StGB angelehnt. Er umfasst alle ärztlichen Tätigkeiten, daher nicht nur die Heilbehandlung i.e.S., sondern auch alle Maßnahmen zur Feststellung und Verhütung von Krankheiten sowie Maßnahmen die der Schmerzlinderung dienen und ohne therapeutische Wirkung sind. Erfasst sind auch medizinische Maßnahmen, die nicht medizinisch indiziert sind (und daher keine Heilbehandlung darstellen), aber auch mit einem Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten verbunden sind, wie Transfusionen, Transplantationen oder kosmetische Behandlungen.

³²⁵ Patientenverfügungs-Gesetz - PatVG BGBl I 2006/55; Vorsorgevollmacht gem §§ 284f ABGB idF des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes - SWRÄG BGBl I 2006/92.

³²⁶ *Bachinger*, Die Patientenverfügung. Fragen und Antworten, FamZ 2006, 79; *Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? Anmerkungen zum BG über Patientenverfügungen sowie zur Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, EF-Z 2006, 42 und 74; *Bernat/Gaberc*, Das österreichische Patientenverfügungs-Gesetz: ein Schritt vorwärts, zwei zurück, GesR 2007/1, 1; *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555; *Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163; *Memmer*, Patientenverfügungen. Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, FamZ 2006, 69; *Pogacar*, Wann ist eine Patientenverfügung verbindlich? Zak 2006, 223; *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007).

³²⁷ RV 296 BlgNR 21. GP 19 und 54.

Nicht nur Behandlungen durch einen Arzt³²⁸ sind von der medizinischen Behandlung umfasst, sondern auch Behandlungen durch andere Angehörige von Gesundheitsberufen wie beispielsweise Zahnärzte,³²⁹ diplomierte Kardiotechniker,³³⁰ diplomierte Gesundheits- und Krankenpfleger sowie Pflegehelfer,³³¹ etc.³³²

Damit die Einwilligung rechtlich wirksam wird, hat der Arzt den Patienten vorher entsprechend aufzuklären³³³ („informed consent“). Der Patient muss wissen, wozu er einwilligt. Verstößt der Arzt gegen die Aufklärungspflicht, die nach hM³³⁴ als Bestandteil des Behandlungsvertrages gesehen wird, so haftet die betreffende Krankenanstalt aufgrund des mit dem Patienten abgeschlossenen Behandlungsvertrages.³³⁵

Zur rechtlichen Wirksamkeit der Einwilligung ist es aber auch noch nötig, dass der Patient die nötige Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Entscheidung besitzt, die sog Einwilligungsfähigkeit³³⁶.

Verfassungsrechtlich lässt sich aus der Privatautonomie auch die Dispositionsfreiheit über Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit ableiten, vorausgesetzt man geht davon aus, dass das B-VG eine Garantie der Privatautonomie (inkl

³²⁸ ISd ÄrzteG 1998, BGBl I 1988/169 idF BGBl I 2010/61.

³²⁹ Ebenfalls iSd ÄrzteG 1998 (siehe Fn 328).

³³⁰ ISd KardiotechnikerG, BGBl I 1998/96 idF BGBl I 2008/57.

³³¹ ISd GuKG, BGBl I 1997/108 idF BGBl I 2010/61.

³³² Siehe *Stormann* in *Schwimmann*, Praxiskommentar zum ABGB I³ (2005) § 146c Rz 2.

³³³ *Koziol*, Haftpflichtrecht II 120, 121; *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österr. Arztrechts I, 110; *Juen*, Arzthaftungsrecht (2005) 95f.

³³⁴ *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht (1996) 59f; *Hofmann*, Die Aufklärungspflicht des Arztes im Lichte der Rsp des OGH, RZ 1998, 80; SZ 62/154 = JBl 1990, 459; SZ 63/152 = JBl 1991, 455 (457) = KRSlg 740.

³³⁵ Lange Zeit stützte der OGH und ein Teil der Lehre idZ den Schadenersatzanspruch des Patienten auf die Verletzung der Schutznorm des § 110 Abs 1 StGB (eigenmächtige Heilbehandlung) bzw auf § 8 Abs 3 KAKuG. Vgl dazu *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 120; *Fuchs*, Zur Haftung des Belegarztes, RdM 2002/43, 138 sowie *Resch*, Zur Rechtsgrundlage der ärztlichen Aufklärungspflicht, RdM 1996, 170ff, worin *Resch* auch die §§ 5a und 10 Abs 1 Z 2 lit a KAKuG sowie § 49 ÄrzteG als Schutznormen nennt. Teilweise wird die Haftung des als Erfüllungsgehilfen tätigen Arztes weiterhin auf die Verletzung der Schutznorm des § 110 StGB gestützt. Vgl dazu Kap 4.2.2 va Fn 161.

³³⁶ *Kopetzki* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1.

Geschäftsfähigkeit) enthält, und man *Kopetzki*³³⁷ folgt, indem man die in der Privatautonomie verbürgte autonome Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse durch willentliche Selbstbestimmung nicht nur auf den Vermögensbereich beschränkt. Freilich müsste auch eine solche verfassungsrechtlich gewährte Persönlichkeitsautonomie, wie die Privatautonomie, erst im Einzelfall vom Gesetzgeber konkretisiert werden.

Weitere verfassungsrechtliche Vorgaben ergeben sich auch aus dem Gleichheitssatz³³⁸ (Art 7 B-VG, Art 2 StGG). Er verpflichtet den Gesetzgeber an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen. Gleichheitswidrig sind daher unterschiedliche Regelungen, die ihre Grundlage nicht im Tatsächlichen haben. Eine unterschiedliche Regelung muss daher sachlich gerechtfertigt sein. Als Prüfungsmaßstab der „Sachlichkeit“ neuer Regelungen bieten sich bestehende Normen an, sowie die allgemeinen Grundsätze der Rechtsordnung.

Im Wesentlichen kommen zwei Kriterien in Betracht, die eine abweichende rechtliche Regelung der Einwilligung zulassen: zum einen besondere Zustände des Patienten (Alter, Geisteszustand), die seine Einwilligungsfähigkeit beeinträchtigen und zum anderen überwiegend öffentliche Interessen des Gesundheitsschutzes oder der Schutz der Rechte Dritter, wie zB im Seuchenrecht die Bekämpfung von Infektionsgefahren bei übertragbaren Krankheiten. Im Rahmen dieser Untersuchung ist ausschließlich der erste Gesichtspunkt von Interesse.

Verfassungs- und völkerrechtlich ist das Selbstbestimmungsrecht in Art 8 EMRK, dem Recht auf Privatleben, verankert. Danach gilt jede ohne Zustimmung vorgenommene ärztliche Maßnahme als Verletzung des Art 8 EMRK, die einer Rechtfertigung nach Art 8 Abs 2 bedarf³³⁹.

Fehlt es dem Patienten an der nötigen Einwilligungsfähigkeit, liegt die Wahrung seiner Gesundheit im öffentlichen Interesse, was Eingriffe in das Recht auf Pri-

³³⁷ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 396ff.

³³⁸ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 397ff.

³³⁹ Ausführlich *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 407ff.

vatleben rechtfertigt. Die Abgrenzung zwischen Selbstbestimmung und legitimer Fremdbestimmung³⁴⁰ liegt hier wie auch im Gleichheitssatz im Vorhandensein der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Sinne der tatsächlichen Fähigkeit, die Folgen und die Natur einer ärztlichen Maßnahme zu erkennen und zu verstehen. Diese Fähigkeit hat mit Geschäftsfähigkeit nichts zu tun und ist im Einzelfall zu bestimmen, wenngleich im § 146c ABGB seit dem KindRÄG 2001³⁴¹ eine gesetzliche Vermutung der Einwilligungsfähigkeit für mündige Minderjährige³⁴² gegeben ist, die im Einzelfall widerlegt werden kann.

Nach *Amelung*³⁴³ ist einwilligungsunfähig, wer wegen Minderjährigkeit, geistiger Behinderung oder psychischer Erkrankung nicht erfassen kann, welchen Wert oder Rang die von der Einwilligungsentscheidung berührten Güter und Interessen für ihn haben, um welche Tatsachen es bei der Entscheidung geht, welche Folgen und Risiken sich aus der Einwilligungsentscheidung ergeben und welche anderen Mittel es zur Erreichung der mit der Einwilligung erstrebten Ziele gibt, die ihn möglicherweise weniger belasten. Das gleiche gilt, wenn der Patient zwar die erforderliche Einsicht hat, aber nicht in der Lage ist, sich nach ihr zu bestimmen.

Ist der Patient nicht einwilligungsfähig, sieht die Rechtsordnung in der Regel eine Entscheidungssubstitution durch Dritte vor.³⁴⁴ In der Regel wird es sich dabei um den Obsorgeberechtigten³⁴⁵ bzw den gesetzlichen Vertreter des Zivilrechts (Sachwalter³⁴⁶, Vorsorgebevollmächtigter³⁴⁷) handeln.

³⁴⁰ Abgesehen von Dringlichkeitsfällen überlässt die Rechtsordnung diese nicht den behandelnden Ärzten, sondern überträgt die Zustimmungskompetenz im Außerstreitverfahren an einen Sachwalter, dieser handelt ausschließlich im Wohl des Patienten; Vgl § 268ff ABGB; siehe dazu im Detail Kap.6.5.

³⁴¹ Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 2001, BGBl I 2000/135.

³⁴² Siehe dazu Kap.6.2.3.

³⁴³ Der Gesetzgeber bezieht sich bei der Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in den Mat auf das Modell von *Amelung*; siehe *Amelung* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 24ff (32).

³⁴⁴ Zum Ausnahmefall der Patientenverfügung siehe unten Kap.6.3.

³⁴⁵ Vgl Fn 355.

³⁴⁶ § 283 ABGB

³⁴⁷ § 284f ABGB.

2. Notfallregelungen und Sonderfälle

2.1. Gefahr im Verzug

Etwas anderes als das oben Beschriebene gilt in medizinischen Notfallsituationen. Eine Einwilligung des Patienten oder Zustimmung eines Dritten ist nicht erforderlich, wenn die medizinische Behandlung so dringend geboten ist, dass mit der Einholung der Einwilligung oder Zustimmung das Leben des Patienten gefährdet würde oder mit der Gefahr einer Schädigung der Gesundheit verbunden wäre. Die Rechtfertigung des medizinischen Eingriffs in Notfällen wird in sog. „Gefahr-im-Verzug-Klauseln“ verankert.

Dies ergibt sich für den Bereich des Zivilrecht aus § 146c Abs 3 ABGB, für das Strafrecht aus § 110 Abs 2 StGB, für das Verwaltungsrecht va aus § 8 Abs 3 KAKuG und für den Bereich der Sachwalterschaft aus § 283 Abs 3 ABGB.

Ausschlaggebend ist also, ob ein Behandlungsaufschub zu einer ernstlichen Gefährdung des Lebens führt oder mit der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung des Patienten verbunden ist. Es müssen daher das Kriterium der Gefahr des schweren Gesundheitsschadens und das Kriterium der Dringlichkeit kumulativ vorliegen.

Für die Schwere des Gesundheitsschadens ist für alle Notfallklauseln die gesicherte Auslegung des § 110 Abs 2 StGB heranzuziehen.³⁴⁸ Danach ist die Gefahr gesundheitlicher Nachteile im Ausmaß einer schweren Körperverletzung iSd § 84 Abs 1 StGB zu verlangen.³⁴⁹

Eine schwere Körperverletzung iSd § 84 StGB ist gegeben, wenn die Verletzung oder Gesundheitsschädigung entweder an sich schwer ist³⁵⁰ oder eine 24 Tage

³⁴⁸ Vgl *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II (1995) 845.

³⁴⁹ *Schmoller*, in *Triffterer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (1992) § 110 Rz 82; AA *Bertel* in *Höpf/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2000) § 110 Rz 31: „...Ein Patient, der mit Knochenbrüchen bewusstlos eingeliefert wird, kann doch wohl sofort behandelt werden, auch wenn ein Aufschub der Behandlung seine Leiden nicht in diesem Ausmaß (24 Tage!) vermehrte.“ ME stellt dieses von *Bertel* gewählte Beispiel (Bewusstloser mit Knochenbrüchen) gerade eine schwere Körperverletzung iSd § 84 Abs 1 StGB dar.

³⁵⁰ Für die Ermittlung einer an sich schweren Gesundheitsschädigung sind die in Jud und Lit allgemein anerkannten Kriterien in wertender Zusammenschau heranzuziehen. Diese sind:

dauernde Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit nach sich zieht.³⁵¹ Intensivpflichtige Patienten werden idR schwere Verletzungen bzw Gesundheitsschädigungen aufweisen.

Das Kriterium der Dringlichkeit ist immer in Bezug zur Zeitdauer zu sehen, die für die Einholung der Einwilligung, der Zustimmung oder des gerichtlichen Surrogats (inklusive der zu erwartenden Verfahrensdauer) aufzuwenden wäre. Für das gerichtliche Sachwaltergenehmigungsverfahren ist zu bedenken, dass dieses auch bei vorrangiger Bearbeitung mindestens zwei Wochen in Anspruch nimmt. Es gibt zwar die Möglichkeit der Bestellung eines einstweiligen Sachwalters nach § 120 AußStrG,³⁵² im Hinblick auf § 283 Abs 3 ABGB ist aber auch ein solches Vorgehen nicht zulässig. Bei Gefahr im Verzug darf und muss der Arzt die indizierte Behandlung durchführen.³⁵³ Dies ist auch der Fall, wenn ein bereits bestellter Sachwalter die Zustimmung zur med Behandlung pflichtwidrig verweigert³⁵⁴ und damit das Leben des Patienten gefährdet wird oder mit der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung verbunden ist. Ist ex nunc absehbar, dass die medizinische Behandlung sofort durchgeführt werden muss, liegt Gefahr im Verzug vor.

Ein Anwendungsfall der Notfallklausel des § 146 Abs 3 ABGB ist auch dann gegeben, wenn eine an sich erforderliche Zustimmung von der mit der Pflege und Erziehung betrauten Personen³⁵⁵ verweigert wird (Gefährdung des Kin-

Wichtigkeit des betroffenen Körperteils bzw Organs, Intensität und Ausmaß der Krankheitserscheinungen, Gefährlichkeitsgrad der Gesundheitsschädigung sowie Chancen des Heilungsverlaufes; siehe *Burgstaller/Fabrizy in Höpfl/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2006) § 84 Rz 17.

³⁵¹ Siehe *Burgstaller/Fabrizy in Höpfl/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2006) § 84 Rz 6.

³⁵² Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111 idF BGBl I 2010/58; der einstweilige Sachwalter kann vor der Erstanthörung bestellt werden, wenn dem Patienten andernfalls ein erheblicher und unwiederbringlicher Nachteil drohen würde. Die Erstanthörung ist unverzüglich nachzuholen.

³⁵³ Vgl RV 224 BlgNR 22. GP 80.

³⁵⁴ Das ist kein Anwendungsfall des § 283 Abs 2 Satz 3; vgl Kap 6.5.3.2.

³⁵⁵ Sind beide Elternteile mit der Obsorge betraut, so genügt die Zustimmung eines von ihnen; OGH 10. 6. 2008, 4 Ob 87/08k = RdM 2009/35. Es ist dem Gesetzgeber eine gewisse terminologische Schlampigkeit zu unterstellen, da er in § 8 Abs 3 KAKuG die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verlangt. Pflege und Erziehung sind so wie die gesetzliche Vertretung aber nur ein Teil der Obsorge. § 8 Abs 3 KAKuG knüpft bzgl der Handlungsfähigkeit an § 146c ABGB an. Nach der RV 296 BlgNR 21. GP 51 werden idR die Zuständigkeit für Pflege und Erziehung ei-

deswohles) und das pflegschaftsgerichtliche Einschreiten gem § 176 ABGB aufgrund der medizinisch gebotenen Dringlichkeit zu spät käme.³⁵⁶

Zu beachten ist, dass diese Ausnahmebestimmungen nur die Behandlung Einwilligungsunfähiger erlaubt; die Missachtung einer wirksamen Behandlungsablehnung eines einwilligungsfähigen Patienten ist nicht zulässig. Hat der Patient beispielsweise vor Eintritt der Narkosewirkung gewisse med Behandlungen (mündlich od mittels Patientenverfügung) abgelehnt, kommt es gar nicht zur Anwendung der Gefahr-im-Verzug-Regelung.

2.2. Mutmaßliche Einwilligung

Im Notfall ist der medizinische Eingriff gerechtfertigt, da man annimmt, dass der Patient ihn billigen würde, idZ wird oft von mutmaßlicher Einwilligung³⁵⁷ gesprochen.

Kennzeichnend für die mutmaßliche Einwilligung ist aber, dass vor der med Behandlung eine ex ante Prüfung zu erfolgen hat, ob der Patient bei objektiver Würdigung aller Umstände in die med Behandlung einwilligen würde, wenn er dazu noch in der Lage wäre. Es hat eine umfassende Prüfung im Umfeld des Patienten stattzufinden, um so seinen mutmaßlichen Willen zu ermitteln.³⁵⁸

Dazu wird im Notfall aber keine Zeit sein und weder § 146 Abs 3 ABGB noch § 110 Abs 2 StGB, § 8 Abs 3 KAKuG oder § 283 Abs 3 ABGB führen die mutmaßliche Einwilligung an.

nerseits und die Zuständigkeit zur gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen andererseits ohnedies zusammenfallen. Dem ist so nicht zuzustimmen, denn es ist durchaus möglich, dass die Obsorge für die Pflege nicht ident ist mit der gesetzlichen Vertretung. Die ist der Fall, wenn ein Elternteil selbst noch minderjährig ist und daher sein Obsorgerecht die gesetzliche Vertretung seines Kindes (noch) nicht umfasst (Aufsplittung des Obsorgerechts nach § 145 ABGB); vgl dazu *Resch* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 39 (46).

³⁵⁶ RV 296 BlgNR 21. GP 56; siehe auch Kap. 6.2.3.

³⁵⁷ Vgl dazu *Juen*, Arzthaftungsrecht (2005) 92; *Schmoller*, in *Triffterer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (1992) § 110 Rz 96; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB³ (1992) § 3 Rz 42; *Burgstaller/Schütz* in *Höpf/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², § 90 Rz 209; sowie jüngst OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07p iFamZ 2008/178 = iFamZ 2009/40 (*Schütz*, 32) = JBL 2009, 129 (*Bernat*) = Zak 2008/571 (*Kletečka*) = EF-Z 2008/141 (*Jud*).

³⁵⁸ Siehe Kap.6.6.

*Barth/Dokalik*³⁵⁹ schließen mE zu Recht daraus, dass die mutmaßliche Einwilligung im Anwendungsbereich der Gefahr-im-Verzug-Regelungen eine Rolle spielt. Sie führen weiter aus, dass diese Gesetze von einem **überwiegenden Interesse** (ernstliche Gefahr des Lebens oder der Gesundheit) an der Vornahme des Eingriffs ausgehen und dass daher ein vernünftiger Mensch die Einwilligung erteilen würde.

2.3. Die lex specialis des § 146 ABGB für Minderjährige

2.3.1. § 146 Abs 1 ABGB

§ 146c ABGB wurde durch das KindRÄG 2001³⁶⁰ neu eingefügt und stellt für die Einwilligung in med Behandlungen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab, deren Bestimmung nach anderen Kriterien³⁶¹ erfolgt als die der allgemeinen Geschäftsfähigkeit.³⁶²

Ist der Minderjährige einsichts- und urteilsfähig, kann gem § 146c Abs 1 ABGB nur der Minderjährige selbst die Einwilligung in die med Behandlung erteilen. Auch bei der Ablehnung (Kehrseite der Einwilligung)³⁶³ einer med Behandlung kommt es im Fall des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen allein auf dessen Willen an. Der Gesetzgeber stellt in § 146c Abs 1 ABGB die Vermutung auf, dass im Zweifel die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab dem 14. Lebensjahr gegeben ist. Da es sich um eine Zweifelsregel handelt, ist eine abweichende Beurteilung möglich. Es kann daher durchaus Minderjährige geben, die nach Vollendung des 14. Lebensjahres noch nicht die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzen; umgekehrt jedoch können Minderjährige unterhalb der Altersgrenze von 14 Lebensjahren durchaus schon einsichts- und urteilsfähig sein.

³⁵⁹ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 193.

³⁶⁰ Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl I 2000/135.

³⁶¹ Siehe Kap 6.2.1. das Modell von *Amelung*.

³⁶² Siehe *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2002, 293 (296).

³⁶³ *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 197 (198).

Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist vom behandelnden Arzt zu beurteilen. Kann der behandelnde Arzt diese nicht eindeutig beurteilen, so kann der behandelnde Arzt ebenso wie eine obsorgeberechtigte Person sich gem § 154b ABGB an das Gericht wenden, welches aussprechen kann, dass die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht vorliegt.³⁶⁴ Dabei ist zu beachten, dass nicht automatisch das Fehlen von Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen angenommen werden darf, wenn dieser aus objektiv nicht nachvollziehbaren Gründen eine medizinisch indizierte Behandlung ablehnt. Im Streitfall hat derjenige, der das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen behauptet, die Beweislast dafür zu tragen.³⁶⁵

2.3.2. § 146 Abs 2 ABGB

Für intensivmedizinische Behandlung bedeutsam ist § 146c Abs 2 ABGB, welcher für die Einwilligung eine einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen in eine Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, kumulativ die Zustimmung der Person fordert, die mit der Pflege und Erziehung betraut ist.³⁶⁶ Eine schwere Beeinträchtigung liegt vor, wenn die Qualität einer schweren Körperverletzung iSd § 84 StGB erreicht ist.³⁶⁷ Nachhaltig ist die Beeinträchtigung, wenn sie dauerhaft ist bzw wenn ihre Auswirkungen nicht oder nur sehr schwer wieder beseitigt werden können.³⁶⁸

Verweigert der gesetzliche Vertreter die Zustimmung zur med Behandlung³⁶⁹ und gefährdet er dadurch das Kindeswohl, so muss sich der Arzt³⁷⁰ an das

³⁶⁴ Dieser Ausspruch wirkt, sofern er nicht vom Gericht widerrufen oder befristet wird, längstens bis zur Volljährigkeit des Kindes. Gem § 104 AußStrG können mündige Minderjährige im Verfahren zur Überprüfung ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit selbstständig vor Gericht handeln; siehe *Barth*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596 (602ff).

³⁶⁵ RV 296 BlgNR 21. GP 55; *Kletečka*, Einwilligung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2004ff) I/135.

³⁶⁶ Vgl dazu Kap. 6.3.3.2.

³⁶⁷ Siehe Kap.6.2.1.

³⁶⁸ RV 296 BlgNR 21. GP 55.

³⁶⁹ Im Fall des nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen bzw im Fall des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen, der eine schwerwiegenden Behandlung wünscht.

Pflegschaftsgericht gem § 176 ABGB wenden, welches die Zustimmung zur med Behandlung ersetzen kann.

Sind andere Personen als die Eltern, Großeltern, Pflegeeltern oder der Jugendwohlfahrtsträger mit der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen beauftragt, so können diese einer schwerwiegenden med Behandlung nur zustimmen, wenn ein vom behandelnden Arzt unabhängiger Arzt³⁷¹ in einem ärztlichen Zeugnis bestätigt, dass der Minderjährige nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und die Vornahme der Behandlung zur Wahrung seines Wohles erforderlich ist (sog Second Opinion)³⁷².

Liegt ein solches Zeugnis nicht vor oder gibt der Minderjährige zu erkennen, dass er die Behandlung ablehnt, bedarf die Zustimmung der Genehmigung des Pflegschaftsgerichts (§ 216 Abs 2 ABGB).

2.3.3. Verhältnis Einwilligung – Abschluss des Behandlungsvertrages

Nach dem Gesetzgeber³⁷³ ist die Frage der Zustimmung zu einer med Behandlung nur insoweit von § 146c ABGB geregelt als dies die Frage der Rechtfertigung des med Eingriffs in die Persönlichkeit und körperliche Unversehrtheit betrifft. Streng davon zu trennen ist die Frage des Abschlusses eines Behandlungsvertrages; für diesen benötigt der Minderjährige weiterhin mangels Geschäftsfähigkeit die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters.

Es ist *Resch*³⁷⁴ zuzustimmen, der von einer auf den ersten Blick wenig überzeugenden Zweigleisigkeit spricht und dass die neu geschaffenen Selbstbestimmungsrechte der Minderjährigen über das Vertretungsrecht wiederum deut-

³⁷⁰ Der Arzt hat jedoch keine Parteistellung, er kann das Pflegschaftsverfahren gem § 176 Abs 2 ABGB (ebenso wie der Minderjährige selbst - Popularklage) nur anregen; vgl *Barth*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596 (603).

³⁷¹ Unabhängig ist der bestätigende Arzt, wenn er zum behandelnden Arzt nicht in einem Weisungsverhältnis steht; *Kletečka-Pulker*, Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009/67, 114.

³⁷² Dazu siehe Kap. 6.5.3.1.

³⁷³ RV 296 BlgNR 21. GP 56.

³⁷⁴ *Resch* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 40.

lich beschränkt sein können. Dem ist zuzustimmen, aber mE in solche Fälle sachlich gerechtfertigt, wo die med Behandlung selbst bezahlt werden muss und die Geschäftsfähigkeitsschranke des § 151 ABGB überschritten wird. *Resch* schreibt, dass dort wo die gesetzliche Krankenversicherung für die Behandlungskosten aufkommt, wirtschaftliche Erwägungen nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gem § 151 ABGB verlangen. ME kann das nur für die Behandlung beim niedergelassenen Vertragsarzt gelten, für den stationären Bereich ist aufgrund der Gebühren gem § 27a KAKuG, welche vom Versicherten für mitversicherte Angehörige zu bezahlen sind, auch dessen rechtsgeschäftliche Zustimmung vonnöten. So gesehen ist eine med Behandlung während eines stationären Aufenthaltes eines mitversicherten Minderjährigen ohne die rechtsgeschäftliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Krankenhausaufnahmevertrag (außer bei Gefahr im Verzug) nicht möglich. Für den Bereich der Intensivmedizin, wird es sich aber, wie schon erwähnt, idR um schwerwiegende med Behandlungen handeln, zu deren Rechtfertigung es ohnehin gem § 146c Abs 2 ABGB der Zustimmung des mit Pflege und Erziehung Betrauten bedarf.³⁷⁵

³⁷⁵ Zur Unterscheidung „gesetzlicher Vertreter“ von „der mit Pflege und Erziehung betrauten Person“ und zu der idZ problematischen gesetzgeberischen Terminologie, siehe Fn 355.

3. Die Patientenverfügung

3.1. Einleitung

Mit 1. 6. 2006 ist das Bundesgesetz über Patientenverfügungen³⁷⁶ (Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG) in Kraft getreten.³⁷⁷ Der Gesetzgeber hat damit dem Patienten eine antizipierte Ausübung des Selbstbestimmungsrechts ermöglicht, um seine Entscheidungsautonomie gegenüber der sonst eintretenden Fremdbestimmung durch Dritte (Sachwalter, Obsorgeberechtigte) auch dann zu wahren, wenn er selbst dazu nicht mehr in der Lage ist.

Im Unterschied zur Gesetzeslage vor dem PatVG kann der Patient seinen Willen für die Zeit nach einem allfälligen Verlust der Entscheidungsfähigkeit festlegen, und ist nicht mehr auf die Entscheidung gesetzlicher Vertreter, die nicht dem „Willen“, sondern dem objektiven „Wohl“ des Patienten³⁷⁸ verpflichtet sind, angewiesen.

Trotz dieser (auf den ersten Blick betrachteten) immensen Vorteile für die Patienten, haben derzeit nur etwas unter 4% der österreichischen Bevölkerung eine Patientenverfügung errichtet, knapp ein Drittel davon ist verbindlich.³⁷⁹

Es ist *Kopetzki*³⁸⁰ schon zuzustimmen, wenn er meint, dass es völlig unklar ist, ab welcher quantitativen Inanspruchnahme einem Gesetzesprojekt ein tatsächlicher „Erfolg“ zu bescheinigen wäre und dass die Effizienz des PatVG nicht dadurch geschmälert wird, dass nur eine kleine Zahl von Menschen die gesetzlichen Handlungsmöglichkeiten tatsächlich nützt.

³⁷⁶ BGBl I 2006/55.

³⁷⁷ Zur Entstehung des PatVG vgl *Aigner*, Die Patientenverfügung – zur Entstehungsgeschichte des PatVG, FamZ 2006, 66; *Aigner*, Das Patientenverfügungs-Gesetz – Historie und Ausgangslage, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 74.

³⁷⁸ Vgl § 281 Abs 2 ABGB.

³⁷⁹ *Institut für Ethik und Recht in der Medizin (IERM) der Universität Wien, Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie über die rechtlichen, ethischen und faktischen Erfahrungen nach In-Kraft-Treten des Patientenverfügungs-Gesetzes (PatVG); Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit (2009) 3, abrufbar unter <http://www.bmgfj.gv.at/cms/site/standard.html?channel=CH0738&doc=CMS1261481034491>; im folgenden nur mehr als „Studie“ zitiert.

³⁸⁰ *Kopetzki* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 33.

Trotzdem zeigen sich drei Jahre nach In-Kraft-Treten des PatVG verschiedene Probleme, wobei zugegeben nicht alle mit Mitteln der Rechtsordnung gelöst werden können. Diese Arbeit konzentriert sich va auf Probleme der Patientenverfügung, die speziell im Zusammenhang mit intensivmedizinischen Behandlungsmethoden auftreten können.

3.2. Zielsetzung

Im Vorblatt zu den erläuternden Bemerkungen des PatVG³⁸¹ liest man: „Ziel dieses Gesetz ist es, das Rechtsgebiet der Patientenverfügung eindeutig und transparent zu regeln“. Die Patientenautonomie soll gestärkt werden, aber es soll zu keiner Veränderung der Grenzen kommen, welche rechtswirksame Willenserklärungen des Patienten festlegen. Va sollen die strafrechtlichen Grenzen unverändert bleiben.³⁸²

Ob dem Gesetzgeber diese Zielsetzung gelungen ist, ist va wegen der inhaltlichen sowie formellen Hürden und den damit verbundenen Kosten, die der Patient tragen muss um sein Grundrecht auf Selbstbestimmung³⁸³ auszuüben, strittig.³⁸⁴

Ich möchte an dieser Stelle ein Beispiel anführen, um auf die Situation aus Sicht des Patienten aufmerksam zu machen:

Die größte Altersgruppe unter den Patienten mit Patientenverfügung ist zwischen 60 und 69 Jahre alt.³⁸⁵ Die Kosten für die Errichtung einer Patientenverfügung belaufen sich zwischen € 0,- und 800,-³⁸⁶. Angenommen ein heute 60jähriger Patient errichtet eine Patientenverfügung, worin er künstliche Ernäh-

³⁸¹ 1299 BlgNR 22. GP.

³⁸² Speziell zum Thema „aktive Sterbehilfe“ 1299 BlgNR 22. GP 4.

³⁸³ Art 8 EMRK; dazu ausführlich *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 407ff; *Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998) 336ff (342ff).

³⁸⁴ Bedenken bei *Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? EF-Z 2006, 47; sowie bei *Barta/Kalchschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 231; aA *Kopetzki* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 128ff; *Kopetzki* gesteht dem nationalen Gesetzgeber einen erheblichen Beurteilungsspielraum bei der Verfolgung der Schutzziele „Moral“ bzw „Schutz der Rechte anderer“ zu; so auch *Kneihs* in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 66.

³⁸⁵ *Inthorn* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 25.

³⁸⁶ *Inthorn* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 12.

rung, Hämodialyse od künstliche Beatmung in einer bestimmten Situation³⁸⁷ ablehnt. Der Patient lässt sich wie gesetzlich vorgeschrieben von einem Intensivmediziner³⁸⁸ sowie von einem Juristen³⁸⁹ aufklären. Es wird ein Durchschnittsbetrag von € 300,- für die dafür angefallenen Kosten festgesetzt.

Angenommen die in der Patientenverfügung beschriebene Situation tritt im 85. Lebensjahr des Patienten ein, so muss er, will er eine verbindliche Verfügung haben, die Verfügung optimalerweise 6mal errichten.³⁹⁰ Der Patient hat insgesamt € 1800,- aufzuwenden, um am Ende seines Lebens nach seinen Vorstellungen zu sterben.

*Barta*³⁹¹ hatte nicht ganz unrecht in seiner „fiktiven“ Antwort an die damalige BM Gastinger, worin er warnt, dass die zu erwartenden hohen Kosten für die ärztliche Aufklärung und die Errichtung vor einem Rechtsanwalt oder Notar³⁹² dazu beitragen werden, dass vom Gesetz kaum Gebrauch gemacht werden wird. Ich muss *Barta* zustimmen, dass darin leicht ein „Körpergeld“ für Ärzte, Notare und Anwälte zu erkennen ist.

Dazu kommt noch das Risiko, dass mangels einer zentralen Registrierung die behandelnden Ärzte ev gar keine Kenntnis von der Verfügung haben und im Notfall keine Zeit für die Suche nach einer Patientenverfügung ist.³⁹³

Unverständlicherweise hat der Gesetzgeber eine zentrale Dokumentation mit entsprechender Abfragepflicht nach dem Vorbild der Registrierung von Wider-

³⁸⁷ Siehe Kap 6.3.4.2. Bestimmtheit.

³⁸⁸ Siehe Kap.6.3.4.3. Ärztliche Aufklärung.

³⁸⁹ Gem § 6 PatVG hat der Patient die Verfügung vor einem Rechtsanwalt, einem Arzt oder einem rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretungen zu errichten.

³⁹⁰ Gem § 7 PatVG verliert die Patientenverfügung nach Ablauf von fünf Jahren ab Errichtung ihre Verbindlichkeit.

³⁹¹ *Barta*, Zur „Sorge um sich“ am Lebensende, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 59.

³⁹² Er führt zu Recht aus, dass die Möglichkeit, eine Patientenverfügung vor einer „Patientenvertretung“ kostenlos zu errichten, solange eine leere Möglichkeit bleibt, als die personelle Ausstattung in den Bundesländern dafür nicht ausreicht. Weiters ist zu bedenken, dass nicht in allen Bundesländern die Patientenvertretungen für Patienten aus dem niedergelassenen Bereich zuständig sind. Auch wenn der Patient bei einer Patientenvertretung eine kostenlose rechtliche Beratung erhält, hat er immer noch die Kosten für die ärztliche Beratung zu tragen.

³⁹³ § 12 PatVG lässt medizinische Notfallversorgung unberührt, sofern der mit der Suche nach einer Patientenverfügung verbundene Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet.

sprüchen gegen eine Organentnahme³⁹⁴ nicht umgesetzt, sondern künftige Maßnahmen der administrativen Ebene überlassen.

Die derzeit bestehenden unterschiedlichen Registrierungsangebote von Rechtsanwälten³⁹⁵ und Notaren sind nicht nur wenig sinnvoll, da eine flächendeckende Zugänglichkeit bei mehreren Dokumentationssystemen nicht gegeben ist, es wirft auch wieder die Frage auf, ob damit nicht ein weiterer monetärer Vorteil von Rechtsanwälten und Notaren gesichert werden soll.

ME ist vom Gesetzgeber eine zentrale Registrierung (mit Abfragepflicht) umzusetzen, sowie die Kosten für die Errichtung einer Patientenverfügung gesetzlich (im PatVG) festzusetzen, sodass im gesamten Bundesgebiet nur mehr einheitliche, angemessene Beträge zulässig sind. Eine Kostenübernahme durch die öffentliche Hand würde aber mE den Bogen überspannen und ist der Solidargemeinschaft nicht zuzumuten.³⁹⁶

3.3. Anwendungsbereich

3.3.1. Inhaltlich

Gegenstand einer Patientenverfügung kann nach § 2 Abs 1 PatVG nur die Ablehnung einer medizinischen Behandlung sein, die dann wirksam werden soll,

³⁹⁴ Das „Widerspruchsregister“ wird vom Österreichischen Bundesinstitut für Gesundheitswesen (ÖBIG) geführt und hat jüngst eine explizite Regelung erfahren (§ 62d KAKuG idF BGBl I 2007/101), die durch eine bundesgesetzliche Abfrageverpflichtung der entnehmenden Krankenanstalten ergänzt wurde (§ 62e KAKuG).

³⁹⁵ Siehe *Christian*, Patientenverfügungsregister der österreichischen Rechtsanwälte, AnwBl 2006, 496; *Pesendorfer* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 444.

³⁹⁶ Vgl dazu *Mazal*, Sozialrechtliche Aspekte des Patientenverfügungs-Gesetzes, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 160f, wonach es in bestimmten Konstellationen zu einer Verpflichtung des Sozialhilfeträgers zur Übernahme der erforderlichen ärztlichen Dienstleistung kommen kann. Für den stationären Bereich bejaht *Mazal* die Pflicht des KA-Trägers dem Patienten die Errichtungen ein Patientenverfügung zu ermöglichen und die Kosten dafür zu tragen (kraft Vertragsergänzung als Nebenpflicht des Behandlungsvertrages), wenn der Anstaltsaufenthalt eine medizinische Zweckbestimmung hat und sich die Patientenverfügung auf eine Behandlung bezieht, die im Zusammenhang mit dem Anstaltsaufenthalt von Bedeutung sein könnte. AA *Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka -Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) Fn 51: „Dass nach hA auch die ärztliche Aufklärung als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag abgeleitet wird (...), bedeutet noch nicht, dass davon auch die spezifische Aufklärung iSd PatVG erfasst ist.“

wenn der Patient im Zeitpunkt der Behandlung nicht mehr einsichts-, urteils- oder äußerungsfähig ist.

Daraus folgt, dass eine aktuelle Behandlungsablehnung des Patienten davon nicht erfasst ist und weiterhin nach den Regeln des Straf- und Zivilrechts möglich ist. Verfügt der Patient zB antizipiert, dass er keine Bluttransfusionen erhalten möchte und ist er im Notfall noch kurzzeitig äußerungsfähig, kann er zusätzlich noch den Erhalt von Plasmaprodukten ablehnen.

Das PatVG definiert den Begriff der medizinischen Behandlung nicht näher. Es wird der weite Behandlungsbegriff der „eigenmächtigen Heilbehandlung“ (§ 110 StGB) heranzuziehen sein.³⁹⁷ Klar ausgeschlossen vom Begriff der „medizinischen Behandlung“ sind aber pflegerische Maßnahmen. Die Grundversorgung des Patienten mit Nahrung und Flüssigkeit ist ein Teil der Pflege. Die Ablehnung solcher Pflegemaßnahmen fällt daher nicht in das PatVG.³⁹⁸

Anders ist aber eine Behandlungsablehnung in Zusammenhang mit künstlicher Ernährung über eine Magensonde zu beurteilen. *Kopetzki*³⁹⁹ hat nachgewiesen, dass die künstliche Ernährung, sofern sie unter Einsatz spezifisch medizinischer Methoden wie zB einer PEG-Sonde erfolgt, jedenfalls zu den „medizinischen“ und daher nach PatVG ablehnungsfähigen Behandlungen gehört.

Speziell intensivmedizinische ablehnbare Maßnahmen wären beispielsweise künstliche Beatmung, extrakorporale Nierenersatztherapie (Hämodialyse und

³⁹⁷ Siehe *Kletečka-Pulker*, Rechtsgrundlagen der Behandlung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2004ff) I/3.

³⁹⁸ Das bedeutet aber nicht, dass der Patient diese Maßnahmen nicht ablehnen kann; vgl AB 1381 BlgNR 22. GP 2 wonach es „außerhalb des Anwendungsbereichs des Patientenverfügungsgesetzes ... im Rahmen der Pflege jedem freisteht, angebotene Leistungen abzulehnen“; vgl auch *Kopetzki*, Ethik Med 2004, 278; *Ganner*, Individuelle Selbstbestimmung, in *Barta/Kalchschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 132; *Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende?, EF-Z 2006, 75; *Kletečka-Pulker*, Grundzüge und Zielsetzungen des Patientenverfügungsgesetzes, in *Körtner/Kopetzki/ Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 82.

³⁹⁹ *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten, Ethik Med 2004, 275; *Gmeiner/Kopetzki*, ZBiopolitik 2005, 73; *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 197; klarstellend auch der parlamentarische Ausschussbericht AB 1381 BlgNR 22. GP 2: „...sind das Legen von Magensonden sowie die Durchführung von Sondenernährung bei liegenden Magensonden ... ärztliche Tätigkeiten, derer Vornahme durch Angehörige der im GuKG geregelten Berufe ... einer ärztlichen Anordnung bedarf (§ 15 Abs 1 und 5 Z 7 sowie § 84 Abs 4 Z 4 GuKG)“.

Hämofiltration), Transplantationen, Reanimation (mechanisch und medikamentös), Transfusionen, Verabreichung von Suchtgiften, Legen von verschiedenen intravenösen und arteriellen Kathedern etc.

Die Einschränkung des PatVG auf die Ablehnung einer medizinischen Behandlung und nicht auch die Geltung von medizinischen Wünschen des Patienten ist dogmatisch korrekt, da eine medizinische Maßnahme einer medizinischen Indikation bedarf, sowie dem Stand der medizinischen Wissenschaft⁴⁰⁰ zu entsprechen hat und der behandelnde Arzt diese Methode auch beherrschen muss. Der Patientenwunsch kann daher keine medizinischen Maßnahmen rechtfertigen, schon gar nicht den Wunsch nach nach wie vor strafbarer aktiver Sterbehilfe.⁴⁰¹

3.3.2. Persönlich

Die Ablehnbarkeit einer medizinischen Behandlung gem § 2 Abs 1 PatVG unterliegt keiner über die Wirksamkeitsvoraussetzungen hinausgehenden Einschränkungen. Gem § 2 Abs 2 PatVG ist Patient im Sinn des PatVG eine Person, die eine Patientenverfügung errichtet, gleichgültig ob sie im Zeitpunkt der Errichtung erkrankt ist oder nicht. Der Gesetzgeber hat damit bewusst einer „Reichweitenbegrenzung“ eine Absage erteilt. Patientenverfügungen im Sinn des PatVG müssen daher keinen Zusammenhang mit einem bereits begonnenen Sterbeprozess oder irreversiblen Grundleiden haben.⁴⁰²

Die Patientenverfügung kann nur höchstpersönlich errichtet werden. Der Patient muss bei Errichtung einsichts- und urteilsfähig sein (§ 3 PatVG). Der Gesetzgeber hat sich hier nicht an die allgemeine Geschäftsfähigkeit nach ABGB gehalten.

⁴⁰⁰ § 8 Abs 2 KAKuG; § 49 Abs 1 ÄrzteG.

⁴⁰¹ Siehe Kap 7.3. Auch wenn das Abschalten eines Behandlungsapparats nach dem äußeren Erscheinungsbild ein aktives Tun darstellt, handelt es sich nach seinem sozialen Sinn um eine Nichtvornahme und somit um das Unterlassen einer medizinischen Behandlung.

⁴⁰² Vgl. *Kopetzki*, Patientenverfügung: Ist alles Machbare auch rechtlich geboten? in *Kröll/Pateter/Schweppe* (Hrsg), Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin (2009) 44f;

ten, wie zB die deutsche Rechtsordnung⁴⁰³, sondern knüpft an das im Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht übliche Kriterium zur Ermittlung der Einwilligungsfähigkeit der „natürlichen Einsichtsfähigkeit“ an. Da die „Ablehnungsfähigkeit“ die Kehrseite der Einwilligungsfähigkeit ist⁴⁰⁴, führt die Anknüpfung an die „Einsichts- und Urteilsfähigkeit dazu, dass auch besachwalterte Personen sowie mündige Minderjährige, sofern sie über die erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügen, eine Patientenverfügung errichten können.

§ 146c Abs 1 ABGB enthält die Vermutung der Einsichtsfähigkeit, somit die (wenn auch gem § 5 Abs 1 PatVG zu prüfende und gegebenenfalls widerlegbare) rechtliche Fähigkeit zur Errichtung einer Patientenverfügung ab dem 14. Lebensjahr.⁴⁰⁵ Dies erweist sich als Konsequenz des Kindschaftsrechts, ist aber mE vom Gesetzgeber baldigst zu korrigieren. Wollte man damit wirklich 14jährigen die Möglichkeit eröffnen, selbstbestimmt zu sterben⁴⁰⁶, indem sie beispielsweise Bluttransfusionen in einer Patientenverfügung ablehnen? Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber nicht auf den ersten Anlassfall und die dann mit Sicherheit einsetzende emotionale Diskussion wartet.

Sieht man sich § 146c Abs 2 ABGB an, bedarf es neben der Einwilligung des (einsichts- und urteilsfähigen) Minderjährigen in eine Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, zusätzlich der Zustimmung des Obsorgeberechtigten. MaW einwilligen kann der mündige Minderjährige nicht ohne kumulative Zustimmung des Obsorgeberechtigten in eine Behandlung, die möglicherweise zum Tode führt; lebensrettende Maßnahmen ablehnen⁴⁰⁷, in Form einer Patientenverfügung, kann der mündige Minderjährige aber sehr wohl alleine.

⁴⁰³ § 1901a BGB stellt auf die Volljährigkeit ab.

⁴⁰⁴ *Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 132.

⁴⁰⁵ *Bernat* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³ ErgBd (2007), § 3 PatVG Rz 4; *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 561; *Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 172; *Memmer*, Patientenverfügungen, FamZ 2006, 71.

⁴⁰⁶ Auch gegen den Willen der Eltern.

⁴⁰⁷ Vgl auch § 216 Abs 2 2.Satz ABGB.

Auch wenn solche Situationen durch genaue Prüfung der Einsichtsfähigkeit sowie ev vorhandener Willensmängel entschärft werden⁴⁰⁸, sind die Bestimmungen in ihrer Wertigkeit nicht homogen.

3.4. Form

3.4.1. Verbindlich od beachtlich

Das PatVG unterscheidet zwischen der verbindlichen und der beachtlichen Patientenverfügung.

Die verbindliche Patientenverfügung hat den strengen Formvorschriften des § 4 – 7 PatVG zu entsprechen. Die verbindliche Patientenverfügung stellt ein unmittelbares Verbot dar, die darin abgelehnten Behandlungen durchzuführen. Sind die Kriterien einer verbindlichen Patientenverfügung nicht verwirklicht, liegt eine beachtliche Patientenverfügung vor. Mindestanforderungen an eine beachtliche Patientenverfügung werden nicht gestellt, sodass auch mündliche und konkludente Willenserklärungen, die medizinische Behandlungen ablehnen, darunter fallen. Die beachtliche Patientenverfügung ist ein Hilfsmittel zu Ermittlung des hypothetischen Willens des Patienten. Sie ist umso mehr zu beachten, je eher sie die Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung erfüllt.

Die Bezeichnung alleine sagt daher noch nichts über die tatsächliche Form und Umfang der Bindungswirkung aus. Die Intensität der Beachtlichkeit kann je nach Einzelfall von kaum beachtlich bis hin zu einer der Verbindlichkeit gleichzusetzenden sehr hohen Beachtlichkeit reichen. IdZ spricht man von einer „qualifiziert beachtlichen“ Patientenverfügung⁴⁰⁹. Darunter fällt beispielsweise eine

⁴⁰⁸ *Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 132; *Kopetzki*, Patientenverfügung: Ist alles Machbare auch rechtlich geboten? in *Kröll/Pateter/Schweppe* (Hrsg), Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin (2009) 45.

⁴⁰⁹ Siehe *Barth*, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den Arzt, *FamZ* 2006, 72f; *Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? *EF-Z* 2006, 42 (47f); *Bernat* in *Schwimmann* (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar*³ *ErgBd* (2007), § 9 Rz 2 PatVG; *Kathrein*, Das Patientenverfü-

Verfügung, die alle Verbindlichkeitsvoraussetzungen aufweist, bei der es jedoch Unterlassen wurde sie zu erneuern (§ 7 PatVG; 5-jährlich) und dieses Unterlassen nur wenige Tage vor Anwendung der Verfügung lag; aber auch formlose mündliche Erklärungen, in denen vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit in Kenntnis einer Behandlungsnotwendigkeit deutlich eine bestimmte Behandlung abgelehnt wird.⁴¹⁰

3.4.2. Bestimmtheit

Gem § 4 PatVG müssen die medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind, konkret beschrieben sein oder eindeutig aus dem Gesamtzusammenhang der Verfügung hervorgehen. Dabei genügt es auch, wenn aus dem Gesamtzusammenhang der Patientenverfügung erkennbar ist, welche medizinischen Behandlungen abgelehnt werden. Sind die Erklärungen hingegen zu allgemein und vage formuliert,⁴¹¹ können sie nur als Indiz für den Patientenwillen dienen. Nach § 4 Satz 2 PatVG muss aus der Patientenverfügung zudem hervorgehen, dass der Patient die Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt. Der Arzt hat die Gründe dafür im Rahmen der Dokumentation nach § 5 PatVG darzulegen.

Oft wird eine Konstellation bemüht, in der der Patient mittels Patientenverfügung künstliche Beatmung im Fall unzureichender Eigenatmung ausschließt und dann aufgrund einer Routineoperation (zB Blinddarm od Beinbruch) an einer Intensivstation (Postnarkose) kurzzeitig einer „Nachbeatmung“ bedarf. Da der Patient an seine frühere Verfügung nie gebunden ist, kann er sie, muss sie

gungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555 (566); *Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006; 173.

⁴¹⁰ Fraglich ist, ob das PatVG hier überhaupt anwendbar ist; vgl 1299 BlgNR 22. GP 3, darin ist „eine in der Zukunft liegende Krankheitssituation“ genannt, der Patient entscheidet daher „nicht über eine konkrete und gegenwärtige, unmittelbar bevorstehende Heilbehandlung.“

⁴¹¹ Die RV 1299 BlgNR 22 GP 4 führen zB das Verbot „eines menschenunwürdigen Daseins“, oder „künstlicher Lebensverlängerung“ sowie den Wunsch nach einem „natürlichen Sterben“ oder nach Unterlassung „einer risikoreichen Operation“ an.

aber nicht widerrufen. Der aktuelle Wille des einsichts-, urteils- und äußerungsfähigen Patienten hat jedenfalls Vorrang.

Ist den Ärzten beispielsweise aus früheren Aufenthalten des Patienten eine Patientenverfügung bekannt, so reicht es aus, wenn der Patient vor einer Operation mitteilt, dass die Verfügung jetzt nicht gelten soll.

3.4.3. Ärztliche Aufklärung

Gem § 5 PatVG bedarf die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung einer umfassenden ärztlichen Aufklärung einschließlich einer Information über Wesen und Folgen der Patientenverfügung. Über die Qualifikation der aufklärenden Ärzte sagt das Gesetz ebenso wenig aus wie über den zeitlichen Zusammenhang zwischen Aufklärung und Errichtung sowie den Ort der Dokumentation der Aufklärung.⁴¹²

Für intensivmedizinische Leistungen kommen als aufklärende Ärzte wohl nur Allgemeinmediziner, sofern sie über die nötigen Kenntnisse verfügen in Betracht, sowie Intensivmediziner.⁴¹³ Eine „Gewaltenteilung“ zwischen dem aufklärenden Arzt und dem später behandelnden Arzt sieht das Gesetz nicht vor. Grundsätzlich nimmt die ärztliche Aufklärungspflicht mit dem Maße zu, in dem die unbedingte und lebensnotwendige Indikation des beabsichtigten Eingriffs abnimmt.⁴¹⁴ MaW ist die ärztliche Aufklärungspflicht vom Grunde der vitalen Bedeutung des Eingriffs für den Patienten abhängig und hat daher umso umfassender zu sein, je weniger dringlich die medizinische Maßnahme ist.

Eine Patientenverfügung wird meist nicht unmittelbar einer darin abgelehnten medizinischen Maßnahme vorangehen,⁴¹⁵ es ist daher ein sehr hohes Maß an die Aufklärung und Auseinandersetzung mit dem Krankheitsbild bzw den Behandlungsmöglichkeiten sowie den abgelehnten medizinischen Maßnahmen zu

⁴¹² Näher dazu *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 563.

⁴¹³ *Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 147.

⁴¹⁴ *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 100.

⁴¹⁵ Siehe Fn 410.

stellen. Zu beachten ist noch, dass der aufklärende Arzt auch für die Beurteilung und Dokumentation der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zuständig ist. Unterlässt der Arzt diese, wäre die Patientenverfügung nach der Rechtsprechung⁴¹⁶ wohl unbeachtlich.

Bedenklich ist, dass die Möglichkeit der medizinischen Beratung nur von wenigen Ärzten angeboten wird.⁴¹⁷

Problematisch zu sehen ist auch der sog „Ping-Pong-Effekt“, der sich in der Praxis gezeigt hat.⁴¹⁸ Dabei handelt es sich um ein Hin- und Her- Senden des Patienten zwischen dem errichtenden und ebenfalls aufklärenden Juristen⁴¹⁹ und dem beratenden Arzt, weil die Formulierungen nicht entsprechend erscheinen. Es erübrigt sich wohl darauf hinzuweisen, dass sich die Kosten der Errichtung dadurch noch weiter erhöhen können.

3.5. Verbindlich oder beachtlich im Notfall

Eine Patientenverfügung ist eine Willenserklärung, welche empfangsbedürftig ist. § 862 a ABGB legt entsprechend der Empfangstheorie fest, dass Willenserklärungen nur dann rechtliche Wirkungen hervorrufen, wenn sie in die Sphäre des Adressaten gelangt sind.⁴²⁰ Gem § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG sind die Krankenanstalten verpflichtet, bei der Führung von Krankengeschichten Patientenverfügungen des Patienten zu dokumentieren.

§ 8 Abs 3 KAKuG bestimmt, dass eine Behandlung bei einem einsichts- und urteilsunfähigen Patienten nur mit Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden darf, es sei denn die Vornahme der medizinischen Be-

⁴¹⁶ OGH 16. 7. 1998, 6 Ob 144/98i = RdM 1992/21 (psychiatrisches Testament). Der OGH sprach aus, dass eine antizipierte Behandlungsablehnung unbeachtlich sei, wenn sich im Nachhinein das Vorliegen der erforderlichen Einwilligungsfähigkeit im Erklärungszeitpunkt nicht mehr klären lässt.

⁴¹⁷ Inthorn in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn, Studie 12.

⁴¹⁸ Vgl Inthorn/Kletečka-Pulker, iFamZ 2008, 139.

⁴¹⁹ § 6 PatVG.

⁴²⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 111.

handlung ist durch eine **verbindliche**⁴²¹ Patientenverfügung ausgeschlossen. Daraus kann man schließen, dass der Patient in Anstaltspflege stets eine verbindliche Patientenverfügung⁴²² dem medizinischen Personal zur Kenntnis zu bringen hat, denn nur dann kann er sich sicher sein, dass die darin abgelehnten Behandlungen unterbleiben. Eine zeitnahe mündliche Behandlungsablehnung oder eine qualifiziert beachtliche Patientenverfügung sind nach dem Gesetzeswortlaut zu vernachlässigen. Dem ist jedoch nicht so: § 8 Abs 3 KAKuG ist im Lichte des § 268 Abs 2 ABGB auszulegen⁴²³, wonach es keiner Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf, falls eine qualifiziert beachtliche Patientenverfügung vorliegt. Da aber auch § 268 Abs 2 ABGB ausdrücklich nur die verbindliche Patientenverfügung nennt, täte der Gesetzgeber gut daran, beide Bestimmungen baldigst zu ergänzen.

Es verwundert dann auch nicht, dass Ärzte darauf verweisen, dass eine Patientenverfügung „nur“ beachtlich sei und man sich aus diesem Grund darüber hinweggesetzt habe.⁴²⁴

Eine medizinische Behandlung, die trotz verbindlicher oder qualifiziert beachtlicher Patientenverfügung erfolgt, verwirklicht den Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung (§ 110 Abs 2 StGB) und ist auch nicht durch § 110 Abs 2 StGB gerechtfertigt.⁴²⁵

Hat der Arzt einmal erkannt, dass die beachtliche Patientenverfügung im Unterschied zur verbindlichen Patientenverfügung ein Instrument zur Ermittlung des

⁴²¹ Hervorhebung durch die Autorin.

⁴²² Diese hat gem § 6 PatVG schriftlich im Sinn des § 886 ABGB zu sein.

⁴²³ *Pesendorfer* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 418; *Barth*, Ärztliche Behandlungsentscheidung und Recht, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 119.

⁴²⁴ Vgl *Inthorn* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 21; Siehe auch *Mangold/Mascherbauer/Peintinger/Kopetzki*, Behandlungsablehnung trotz vitaler Indikation, RdM 2010/4; darin wird von einem Patienten berichtet, dessen mündliche Behandlungsablehnung von den Ärzten an die Bedingung geknüpft wurde, dass der Patient eine verbindlichen Patientenverfügung errichtet. (Auch wenn man in dieser Konstellation wegen der zeitlichen Nähe zur bevorstehenden, vorhersehbaren Behandlung keinen Anwendungsbereich des PatVG sieht, zeigt dieser Fall die zu Missverständnissen anlassgebende Formulierung des § 8 Abs 3 KAKuG).

⁴²⁵ Diese strafrechtliche Verantwortung kann nach dem neuen VerbandsverantwortlichkeitsG auch den Träger einer Einrichtung treffen, sollte er durch mangelnde organisatorische oder personelle Maßnahmen sowie fehlende Aufsicht oder im Extremfall absichtliches Nichtauffinden von Patientenverfügungen begünstigen; vgl *Pilz*, Zur strafrechtlichen Verantwortung von Krankenanstalten nach dem neuen Unternehmensstrafrecht, RdM 2006, 102.

hypothetischen Patientenwillens darstellt⁴²⁶ und dass dieser hypothetische Wille, ist er einmal festgestellt, den Arzt rechtlich ebenso bindet wie ein aktuell erklärter Wille oder eine verbindliche Patientenverfügung,⁴²⁷ stellt sich dem Arzt die Frage, ob er im Notfall eine ihm (aus der Krankengeschichte) bekannte⁴²⁸ Patientenverfügung zuerst einer Prüfung auf ihre Beachtlichkeit bzw Verbindlichkeit unterziehen muss.

Grundsätzlich sieht § 12 PatVG vor, dass die medizinische Notfallversorgung vom Anwendungsbereich des PatVG ausgenommen ist, sofern der mit der Suche nach einer Patientenverfügung verbundene Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet.⁴²⁹ Lässt sich der Zeitaufwand für die Prüfung der Beachtlichkeit, Verbindlichkeit od generell der Wirksamkeit mit dem Zeitaufwand der Suche gleichsetzen? Bejaht man diese Frage, ist auch eine zugegangene Patientenverfügung bei Gefahr in Verzug⁴³⁰ gegenstandslos, denn schon das bloße Lesen einer solchen Verfügung impliziert mE schon eine, wenn auch sehr grobe, Beurteilung der Gültigkeit.

Schwere chronische Defektzustände sind zunehmend auch Produkt intensivmedizinischer Bemühungen; gesteht man der Patientenverfügung im Notfall nahezu keinen Anwendungsbereich mehr zu, fällt mE ein großer intentionaler Teil des PatVG weg.⁴³¹ Auch in Hinblick auf § 43a Abs 1 Z 1 AMG⁴³², wonach

⁴²⁶ Vgl *Inthorn* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 19, wonach den wenigsten Ärzten die Unterscheidung zwischen verbindlicher und beachtlicher Patientenverfügung bekannt ist.

⁴²⁷ *Memmer*, Patientenverfügungen, FamZ 2006, 71.

⁴²⁸ Zur Problematik der Registrierung siehe Kap 6.3.2.

⁴²⁹ Wann ein Behandlungsaufschub mit der Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit verbunden ist, ist der Auslegung der fast wortgleichen Bestimmung des § 110 Abs 2 StGB zu entnehmen. Die Gesundheitsgefahr muss nicht unbedingt ein erhebliches Ausmaß iSd § 84 StGB mit einer länger als 24 Tage dauernden Gesundheitsschädigung erreichen; siehe *Bertl* in *Höpf/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2000) § 110 Rz 31; aA *Schmoller* in *Triffterer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (1992) § 110 Rz 82.

⁴³⁰ § 12 PatVG ist vom Konzept mit den bereits vorhandenen Notfallklauseln des geltenden Rechts vergleichbar (§ 110 Abs 2 StGB, § 98 Abs 2 StGB, § 8 Abs 3 KAKuG, § 146c Abs 3 ABGB, § 283 Abs 3 ABGB, § 37 UbG).

⁴³¹ Vgl *Inthorn* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 14, wonach Patienten die Patientenverfügung nutzen, um die Vorstellung eines „schönen Sterbens“ umzusetzen. Schlagworte wie „würdevolles Sterben“, „nicht an Schläuchen sterben“ oder „nicht zum Atmen irgendwo liegen“ werden verwendet.

klinische Arzneimittelprüfungen in Notfallsituationen nicht durchgeführt werden dürfen, wenn sich (in einer Patientenverfügung)⁴³³ Anhaltspunkte dafür finden, dass der Patient eine solche klinische Prüfung abgelehnt hat oder ablehnen würde, erscheint mir eine Darstellung wie bei *Kletečka-Pulker*⁴³⁴ wohl verfehlt.⁴³⁵

Im klinischen Bereich sowie im Bereich der Alten- und Pflegeheime wird man zur Lösung des Problems der rechtlichen Wirksamkeit einer in der Krankengeschichte dokumentierten Patientenverfügung in der Kommunikation anzusetzen haben. So haben Ärzte und Pflegepersonal an Normalstationen bzw Pflegeheimen im Fall der Transferierung eines Patienten an eine Intensivstation, in den OP-Saal etc, das OP-Team bzw Intensivteam im Zuge der üblichen Übermittlung der medizinisch sowie pflegerisch relevanten Informationen von einer aufrechten (zuvor schon geprüften) Patientenverfügung zu informieren.

Außerhalb des klinischen Bereichs wird im Notfall (Notfallsanitäter, Krankenpflegepersonal) bei massiven Zweifeln über die Bindungskraft einer Patientenverfügung wohl § 12 PatVG analog anzuwenden sein.⁴³⁶ Hier sei darauf hingewiesen, wie dringend notwendig qualifizierte Aus- und Fortbildung für Ärzte, Rettungs- und Pflegepersonal ist.⁴³⁷

⁴³² BG über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) BGBl I 1983/185 idF BGBl I 2009/146.

⁴³³ Die Beachtlichkeit einer „Ablehnung“ iSd AMG ist im Gegensatz zum PatVG nicht an inhaltliche od formelle Voraussetzungen gebunden, es ist mitunter schon der Widerspruch für den „mutmaßlichen Willen“ ausreichend (arg § 43a Abs 1 Z 1 AMG: „ablehnen würde“). Dass die Vorschriften des AMG idZ als *leges speciales* dem PatVG vorangehen, schließt aber nicht aus, dass sich Patienten zur Ablehnung einer klinischen Prüfung dem Instrument der Patientenverfügung bedienen.

⁴³⁴ *Kletečka-Pulker*, Checkliste Patientenverfügung, FamZ 2006, 76.

⁴³⁵ Auch *Bernat*, in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³ ErgBd (2007), § 12 PatVG Rz 1 sowie *Kunz/Gepart*, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwirkenden Juristen – am Beispiel des Rechtsanwalts, FamZ 2006, 81 (82) wenden § 12 PatVG nur an, wenn der Arzt im Zuge der Notfallversorgung keine Kenntnis von einer Patientenverfügung hat.

⁴³⁶ *Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 140.

⁴³⁷ *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 82 verweist auf die Homepage der Österreichischen Gesellschaft für Qualitätssicherung und Ausbildung in der Notfallmedizin http://www.oegan.at/notfallmedizin/index.php?option=com_content&view=article&id=22:das-patientenverfgs-gesetz&catid=41:alle&Itemid=23 darin wörtlich: „Hier ist ein gewisses Konfliktpotential zu orten, da wenn jemand (meist die Angehörigen) den Rettungsdienst alarmiert hat, er auch Hilfe erwartet. Wenn der Patient aber

3.6. Unwirksamkeit

3.6.1. Allgemeines

§ 10 PatVG definiert, wann eine Patientenverfügung als unwirksam (iSv nichtig) zu betrachten ist. Die Ziffern 1 und 2 führen Willensmängel bzw strafrechtlich unzulässige Inhalte an, welche ohnehin schon im allgemeinen Zivilrecht⁴³⁸ geregelt sind und hier offensichtlich für den meist juristischen Laien (Patient) wiederholt werden.

3.6.2. Geänderte Verhältnisse

Nach § 10 Abs 1 Z 3 PatVG ist eine Patientenverfügung dann unwirksam, wenn sich der Stand der medizinischen Wissenschaft im Hinblick auf den Inhalt der Patientenverfügung seit ihrer Errichtung wesentlich geändert hat. Auch hier übernimmt das PatVG eine allgemeine vertragsrechtliche Klausel, die sog „clausula rebus sic stantibus“.⁴³⁹

Gerade im Bereich der Intensivmedizin, wo die medizin-technische Entwicklung besonders rasch vor sich geht, wo man sich immer neuartigerer Methoden zur Behandlung schwerst kranker Patienten bedient, könnte diese Klausel eine Möglichkeit eröffnen, die Wirksamkeit von Patientenverfügungen auszuhebeln.⁴⁴⁰ Die einzige Einschränkung trifft der Gesetzgeber mit dem Begriff „wesentlich“. Es führt also nicht jede Änderung im Stand der medizinischen Wissenschaft zur Unwirksamkeit einer Patientenverfügung, vielmehr muss die Änderung wesentlich sein⁴⁴¹ und so weit gehen, dass anzunehmen ist, der Patient hätte sich anders entschieden, hätte er die Entwicklung voraussehen können.

mittels Patientenverfügung genau diese ablehnt kann es in der Praxis zu emotional gespannten Situationen kommen.“

⁴³⁸ §§ 869, 879 ABGB.

⁴³⁹ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 163f.

⁴⁴⁰ So auch *Kerschner*, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg) 209.

⁴⁴¹ *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 562: „Damit kann nicht jeder medizinische Fortschritt zur Unwirksamkeit von Patientenverfügungen führen, sondern nur substantielle Änderungen des medizinischen Erkenntnisstands in dem von der Patientenverfügung erfassten Bereich“.

Der Patient kann aber diesen Unwirksamkeitsgrund ausschließen, wenn er die medizinische Weiterentwicklung bereits bei Errichtung vorausgesehen hat und er sich auf solche Entwicklungen, nach diesbezüglich erfolgter ärztlicher Aufklärung, ausdrücklich bezieht und eine damit in Verbindung stehende Behandlung abgelehnt.⁴⁴²

Gem § 7 PatVG hat der Patient ohnehin schon nach Ablauf von fünf Jahren seine Patientenverfügung zu erneuern (will er eine verbindliche Version haben), so gesehen wäre mE die clausula rebus sic stantibus verzichtbar gewesen. Lediglich für den Fall des § 7 Abs 3 PatVG, nach dem eine Patientenverfügung ihre Verbindlichkeit nicht verliert, solange der Patient sie mangels Einsichts-, Urteils- oder Äußerungsfähigkeit nicht erneuern kann, wäre mE ein Anwendungsbereich der Umstandsklausel. Die Regelung war bereits im Gesetzgebungsverfahren umstritten⁴⁴³, es bleibt zu hoffen, dass der unbestimmte Gesetzesbegriff „wesentliche Änderung“ in der Praxis nicht missbräuchlich interpretiert wird.

3.6.3. Widerruf

Eine Patientenverfügung verliert ihre Wirksamkeit, wenn sie der Patient selbst widerruft oder zu erkennen gibt, dass sie nicht mehr wirksam sein soll (§ 10 Abs 2 PatVG).

Diese Formulierung erweist sich als äußerst problematisch. Widerruft der Patient ausdrücklich, verliert die Patientenverfügung ihre Wirksamkeit, doch wie widerruft der Patient konkludent seine Patientenverfügung? Durch welche Handlungen, Verhaltensweisen gibt der Patient zu erkennen, dass die Patientenverfügung nicht mehr wirksam ist? Der Patient kann die Patientenverfügung (auch die verbindliche) jederzeit formfrei widerrufen.

⁴⁴² Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 562.

⁴⁴³ Siehe Memmer, Das Patientenverfügungs Gesetz 2006, RdM 2006, 171 Fn 79; kritisch dazu auch Bachinger in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 106; Kopetzki spricht idZ von einem rechtspolitischen Kompromiss, Kopetzki in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn, Studie 60.

Grundsätzlich befürworten die Patienten die Möglichkeit des Widerrufs, doch fürchten viele Patienten, dass Ärzte bereits kleinste Zeichen wie ein normales Blinzeln oder ein Nicken (speziell bei einem Aufenthalt an einer Intensivstation) überinterpretieren und als Widerruf der Patientenverfügung deuten. Die Patienten sehen sich der Deutungsmacht der Ärzte ausgeliefert und empfinden die Patientenverfügung als sinnlos.⁴⁴⁴ Der Gesetzgeber verstärkt diese Problematik, indem er in § 10 Abs 2 PatVG⁴⁴⁵ auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Widerruf verzichtet.

Nach den ErläutRV⁴⁴⁶ ist es (entgegen der sonst für Willenserklärungen geltenden Grundsätze) nicht erforderlich, dass der Patient für den Fall des Widerrufs über die erforderlichen geistigen Kapazitäten verfügt. *Pesendorfer*⁴⁴⁷ spricht idZ von einer Art „Vetorecht des Einwilligungsunfähigen, was damit begründet werden kann, dass eine keimende oder noch vorhandene (Rest-)Vernunft des Patienten beachtet werden soll.“

Ein Zweck des PatVG ist es das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu stärken; dieser Zweck wird vom Gesetzgeber selbst wieder vereitelt, indem er in § 10 Abs 2 PatVG auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Widerruf verzichtet. Telos einer Patientenverfügung ist ja gerade im Vorhinein eine verbindliche Entscheidung über die Ablehnung medizinischer Behandlungsmaßnahmen für den Fall des späteren Verlustes der Entscheidungsfähigkeit zu treffen. Tritt dieser Fall nun ein, ist es mE absurd, die

⁴⁴⁴ *Inthorn* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 15.

⁴⁴⁵ Im Gegensatz zu § 3 2. Satz PatVG.

⁴⁴⁶ 1299 BlgNR 22. GP 9; ebenso *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 563; *Bernat* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³ ErgBd (2007), § 10 PatVG Rz 3; aA *Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 166f; *Memmer*, Patientenverfügungen – Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, FamZ 2006, 69 (70-71); *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2003) I/317.

⁴⁴⁷ *Pesendorfer* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 431; Vgl dazu auch *Bernat*, Das Patiententestament – Überlegungen zum Behandlungsabbruch, in *Kopetzki*, Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 79ff; darin schildert *Bernat* den (konstruierten) Fall der 55-jährigen an Morbus Alzheimer erkrankten Patientin „Margo“, welche vorab dem Arzt verbietet, sie zu behandeln, sollte eine Krankheit zum Verlust ihrer Einwilligungsfähigkeit führen (die Patientin wusste im Zeitpunkt der Abfassung, dass sie an morbus Alzheimer erkranken werde). Nach Eintritt der Krankheit scheint die Patientin aber sorgenfrei und glücklich zu leben. *Bernat* stellt die Frage, ob die Ärzte eine zufällig auftretende Lungenentzündung mit Antibiotika behandeln dürften, obwohl die Patientenverfügung eine solche Behandlung klar ausschließt.

Deutung eines konkludenten Widerrufs wieder zurück in die Macht der Ärzte zu geben, denn damit ist man trotz Patientenverfügungsgesetz wieder beim status quo ante angelangt.

Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht verwunderlich, dass Patientenverfügungen von Ärzten nicht automatisch als zu berücksichtigender Patientenwille begriffen werden⁴⁴⁸ und Patienten die Verfügung als sinnlos empfinden.⁴⁴⁹ Es widerspricht mE jeder Logik, einen Widerruf, der eine Willenserklärung darstellt, ohne jede Fähigkeit zur Willensbildung zu zulassen. Richtigerweise bedarf der Widerruf der Patientenverfügung ebenso wie die Errichtung der entsprechenden Einsichts- und Urteilsfähigkeit⁴⁵⁰, wengleich die Schwelle für diese in Bezug auf einen Widerruf niedriger anzusetzen sein wird.

Ein weiteres Problem wirft die Formfreiheit des Widerrufs in § 10 Abs 2 PatVG iZm der Forderung nach einer zentralen Registrierung auf. Eine zentrale Registrierung von Patientenverfügungen entfaltet nur dann Vertrauensschutz, wenn auch der Widerruf nur unter Einhaltung entsprechender Verfahrensschritte und bei entsprechender Publizität Wirksamkeit erlangen kann. Das hätte den Ausschluss eines mündlichen oder konkludenten Widerrufs zur Folge, was wiederum verfassungsrechtlich äußerst bedenklich wäre.

Es ist wohl *Kopetzki* zuzustimmen, der die Lösung in einem Kompromiss aus Rechtssicherheit, Selbstbestimmungsrecht sowie der Wahrung der aktuellen Willensbildung sieht.⁴⁵¹

3.6.4. Kopien

Aufgrund des Fehlens einer zentralen Dokumentation versuchen Patienten oft durch Verteilen von Kopien ihrer Patientenverfügungen eine Streuung zu erreichen, um so die Chancen zu erhöhen, ihren Willen durchzusetzen. Gerade die-

⁴⁴⁸ *Inthorn* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 25.

⁴⁴⁹ *Inthorn* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 15.

⁴⁵⁰ Vgl auch § 718 ABGB.

⁴⁵¹ *Kopetzki* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie 66.

se Ablichtungen können aber im Fall des Widerrufs zum Problem werden. Nimmt man mit *Pesendorfer*⁴⁵² bei Vernichtung einer von mehreren Ausfertigungen einer schriftlichen Patientenverfügung einen Widerruf an, so bleiben die (vergessenen) übrigen Ausfertigungen od Ablichtungen faktisch dennoch im Umlauf. Gleiches trifft im Fall einer Abänderung der ursprünglichen Urkunde zu. Auch hier würde sich die Situation wohl mit der Schaffung einer zentralen Registrierung entschärfen.

3.7. Exkurs: Internationales Privatrecht

Welche Wirkung entfaltet eine österreichische Patientenverfügung im Ausland? Diese Frage kann nicht allgemein gültig beantwortet werden, sie ist nach dem jeweiligen ausländischen Recht zu beurteilen.⁴⁵³ Es kommt also darauf an, ob die ausländische Rechtsordnung überhaupt Patientenverfügungen anerkennt und wenn ja, welche Wirkungen sie der Patientenverfügung innerstaatlich zugesteht. Problematisch könnte auch eine im Ausland nicht hinreichend geklärte kollisionsrechtliche Einordnung werden.

Es besteht daher noch große Unklarheit darüber, ob ein Patient, der in einer österreichischen Patientenverfügung (intensiv-) medizinische Behandlungsmaßnahmen für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit ablehnt, anlässlich eines Unfalls im Ausland nicht gegen seinen Willen behandelt wird. Zu dem Problem der anwendbaren Rechtslage wird das Problem des Zugangs der Verfügung kommen und sollte der behandelnde ausländische Arzt tatsächlich eine solche Verfügung beim Patienten auffinden, können noch sprachliche Hindernisse hinzukommen. Die Lösung dieser Probleme ist aber keine Aufgabe des nationalen Gesetzgebers.⁴⁵⁴

⁴⁵² *Pesendorfer* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 430.

⁴⁵³ Für Deutschland und die Schweiz siehe *Kopetzki*, Patientenverfügung: Ist alles Machbare auch rechtlich geboten? in *Kröll/Pateter/Schweppe* (Hrsg), Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin (2009) 48.

⁴⁵⁴ Vgl dazu die Festlegung des Bestimmungslandsprinzips in Art 11 des RL-Entwurfs KOM(2008)414 vom 2. 7. 2008 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung. Daraus könnte sich die Verpflichtung ergeben, das Recht des

Ungeklärt ist auch die Frage, welche Rechtswirkungen eine von einem ausländischen Patienten (im Inland oder im Ausland) errichtete Patientenverfügung in Österreich entfaltet.

Der Gesetzgeber hat anlässlich des PatVG keine kollisionsrechtlichen Sonderbestimmungen erlassen; die Lehre prüft daher, ob ein Verweisungstatbestand des IPRG die Patientenverfügung erfasst bzw. zu welcher Rechtsordnung die „stärkste“ Beziehung (§ 1 Abs 1 IPRG) vorliegt.⁴⁵⁵ Bedenkt man, dass diese Lehrmeinungen nicht allgemein anerkannt sind und die Entwicklung im Europäischen Gemeinschaftsrecht⁴⁵⁶ noch nicht genau abzusehen ist, sprechen mE zusätzlich gute Gründe dafür, die Patientenverfügung nicht nach Internationalem Privatrecht zu beurteilen.⁴⁵⁷

Für den Bereich der Intensivmedizin kann man annehmen, dass diese Behandlungsleistungen überwiegend im stationären Bereich erbracht werden. Die Einwilligung bzw. die Bindung an eine ablehnende Patientenverfügung im stationären Bereich ist in § 8 Abs 3 KAKuG geregelt. Dies ist eindeutig als Verwaltungsrecht zu qualifizieren. Bei Verstößen gegen das PatVG wird in erster Linie § 110 StGB (das Delikt der eigenmächtigen Heilbehandlung) zu prüfen sein. Damit ist die Diskussion von allfälligen Anknüpfungspunkten im Internationalen Privatrecht mE müßig, denn für Verwaltungsrecht und Strafrecht gilt das Territorialitätsprinzip.⁴⁵⁸ Danach ist auf alle Patienten einer österreichischen Krankenanstalt das österreichische Krankenanstaltenrecht (mit seinen Regelungen bezüg-

Behandlungsstaates auf alle Behandlungen von EU-Bürgern anzuwenden; siehe *Kröll*, Harmonisierte Patientenrechte in der Europäischen Union, ZfV 2009, 540.

⁴⁵⁵ Mangels einer speziellen Verweisungsnorm kommen *Pollak/Potyka* sowie *Ofner* zur Erkenntnis, dass bei der Ermittlung der stärksten Beziehung gem § 15 IPRG auf das Anknüpfungskriterium des Personalstatuts und somit auf das Recht des Heimatstaates des errichtenden Patienten abzustellen ist; siehe *Pollak/Potyka* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 602 sowie *Ofner* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 189ff. AA *Pesendorfer/Traar*, iFamZ 2008, 370; diese beziehen sich auf § 49 Abs 3 IPRG und gelangen daher zum Recht des Behandlungsortes.

⁴⁵⁶ Siehe Fn 454.

⁴⁵⁷ *Kopetzki* hat auch Zweifel an der „offenbar weithin bejahten Qualifikation der Patientenverfügung als rein privatrechtliche Willenserklärung“, siehe *Kopetzki*, Patientenverfügung: Ist alles Machbare auch rechtlich geboten? in *Kröll/Pateter/Schweppe* (Hrsg), Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin (2009) 47.

⁴⁵⁸ *Baumgartner*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2006) 32f; *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁴ (2004) Rz 877.

lich der Einwilligung bzw Ablehnung einer Behandlung mittels Patientenverfügung) anzuwenden.

3.8. Zusammenfassung

Schwere chronische Defektzustände können die Folge von Reanimation und intensivmedizinischen Bemühungen sein.

Der Gesetzgeber hat mit dem Patientenverfügungs-Gesetz ein Instrument geschaffen, welches dem Patienten ermöglichen soll, solche Behandlungsmaßnahmen antizipiert für den Fall des Verlustes der Einsichts- und Urteilsfähigkeit abzulehnen.

An dieser Stelle könnte man das Gesetz loben und darauf hinweisen, dass sich verglichen mit der Rechtslage vor dem PatVG die Rechtssicherheit erhöht hat. Dennoch weist das Gesetz Defizite auf, die der Zielsetzung des Gesetzes im Wege stehen. Zusammenfassend sind das die nicht einheitlich geregelten Kosten der Patientenverfügung, die fehlende zentrale Registrierung, die Unsicherheiten bezüglich eines Widerrufs (infolge des völligen Verzichts der Einsichts- und Urteilsfähigkeit) sowie die Bedeutung von Kopien und Mehrfachausfertigungen. ME wäre auch eine Anknüpfung an die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit sinnvoller.

Da seit Dezember 2009 die vom Parlament selbst geforderte⁴⁵⁹ wissenschaftliche Studie über die rechtlichen, ethischen und faktischen Erfahrungen nach Inkraft-Treten des PatVG⁴⁶⁰ existiert, darf man hoffen, dass der Gesetzgeber zur Wahrung der Zielsetzung des Gesetzes legislativ nachbessert.

⁴⁵⁹ Entschließung des Nationalrates vom 29. 3. 2006, StProtNR 22. GP. 142. Sitzung 107 (1381 BlgNR 22. GP).

⁴⁶⁰ Siehe Fn 379.

4. Vorsorgevollmacht⁴⁶¹ in Gesundheitsangelegenheiten

4.1. Allgemeines

Die Vorsorgevollmacht ermöglicht dem Vollmachtgeber selbstbestimmte Lebensgestaltung auch bei Wegfall der Geschäftsfähigkeit und/oder der Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie der Äußerungsfähigkeit, durch die höchstpersönliche⁴⁶² Bevollmächtigung einer Person seines Vertrauens, welche dann (bei Wegfall der Geschäftsfähigkeit und/oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie Äußerungsfähigkeit)⁴⁶³ seine Angelegenheiten⁴⁶⁴ wahrnimmt.

Gem § 284f Abs 3 ABGB kann die Vorsorgevollmacht auch Einwilligungen⁴⁶⁵ in medizinische Behandlungen im Sinn des § 283 Abs 2 ABGB⁴⁶⁶ umfassen..⁴⁶⁷

⁴⁶¹ §§ 284f – 284h ABGB; geschaffen durch das SWRÄG 2006, BGBl I 2006/92. Da es sich bei der Vorsorgevollmacht nur um einen Anwendungsfall des allgemeinen Vollmachtrechts handelt, war es auch vor dem SWRÄG 2006 hA, dass eine erteilte Vorsorgevollmacht wirksam ist; vgl *Schauer*, „Vorsorgevollmacht“ für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts, RZ 1998, 100 (102f); *Schauer*, 20 Jahre Sachwalterrecht – Sinn, Zweck und Alternativen, RZ 2004, 206 (208); *Memmer*, Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 1 (23f); *Gitschthaler*, Einige Probleme des neuen Sachwalterrechts und der Versuch einer Lösung, ÖJZ 1985, 193 (198).

⁴⁶² Wird eine Person ausgewählt, die vom Gericht zum Sachwalter bestellt werden soll, handelt sich um eine Sachwalterverfügung.

⁴⁶³ Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 284f Abs 1 Satz 1 ABGB: „Eine Vorsorgevollmacht ist eine Vollmacht, die nach ihrem Inhalt dann wirksam werden soll, wenn der Vollmachtgeber die zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Geschäftsfähigkeit oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder seine Äußerungsfähigkeit verliert“, ist der Eintritt der Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht vor Verlust der Einwilligungsfähigkeit ausgeschlossen; vgl *Kletečka/Pulker*, Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009/67; aA *Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010), 362 sowie *Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes, ÖJZ 2007, 219.

⁴⁶⁴ Bei den Angelegenheiten wird unterschieden zwischen „einfachen“ Angelegenheiten und „wichtigen“ Angelegenheiten iSd § 284f Abs 3 ABGB.

⁴⁶⁵ Auch Behandlungsablehnungen; siehe *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten, Ethik in der Medizin 2004, 275 (284), wonach es im Wesen jeder Einwilligungsbefugnis liegt, die Erteilung der Einwilligung auch zu verweigern.

⁴⁶⁶ Das sind medizinische Behandlungen, die gewöhnlich mit einer schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung des körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind.

⁴⁶⁷ Weiters gehören zu den „wichtigen“ Angelegenheiten des § 284f Abs 3 ABGB die Entscheidung über eine dauerhafte Änderung des Wohnortes sowie Vermögensangelegenheiten, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören. Vorsorgevollmachten, deren Gegenstand solche „wichtigen“ Angelegenheiten sind, werden als „qualifizierte“ Vorsorgevollmachten bezeichnet; anders die Terminologie bei *Barth*, in Bundesministerium für Justiz, Recht und Würde im Alter (2005) 184, der die Bezeichnung „qualifizierte Vorsorgevollmacht“ für jede Vorsorgevollmacht iSd §§ 284ff ABGB verwendet.

Dazu ist die Vorsorgevollmacht unter ausdrücklicher Bezeichnung dieser Angelegenheiten höchstpersönlich vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder bei Gericht⁴⁶⁸ zu errichten.⁴⁶⁹ Der Vollmachtgeber ist über die Rechtsfolgen einer solchen Vorsorgevollmacht sowie die Möglichkeit eines Widerrufs zu belehren. Diese Belehrung muss von der Urkundsperson in der Urkunde dokumentiert werden.

Der Vorteil gegenüber der Patientenverfügung liegt darin, dass in der Patientenverfügung spätere Situationen nur vage vorhersehbar sind. Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung können aber auch in sinnvoller Kombination errichtet werden. Wie die (verbindliche) Patientenverfügung dient die Vorsorgevollmacht dazu, die gerichtliche Bestellung eines Sachwalters hintanzuhalten.⁴⁷⁰ Die Entscheidung des Vorsorgebevollmächtigten wird aufgrund der höchstpersönlichen Bestellung näher am Patientenwillen sein, als jene des Sachwalters, der dem „Wohl“⁴⁷¹ (und nicht dem Willen) des Patienten verpflichtet ist.

⁴⁶⁸ Aus der Formulierung des § 284f Abs 3 ABGB „... vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder bei Gericht“ schließt *Schauer*, dass es sich dabei um einen neuen Typus einer rechtsgeschäftlichen Form handelt und der Gesetzgeber dabei nicht an die in § 284f Abs 2 ABGB (private Formen, Notariatsakt) gedacht hat; siehe *Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes, ÖJZ 2007, 221f; aA *Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 359, nachdem ein Notariatsakt das Formerfordernis einer qualifizierten Vorsorgevollmacht „natürlich“ auch erfüllt. ME spricht nichts dagegen neben der Errichtung vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder bei Gericht auch einen Notariatsakt für die qualifizierte Vorsorgevollmacht zu zulassen. Es ist mE auch nicht nachvollziehbar, wenn *Schauer* für das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift eine analoge Anwendung des § 284f Abs 2 ABGB bejaht, für den Notariatsakt eine solche analoge Anwendung aber ablehnt.

⁴⁶⁹ Neben diesen zusätzlichen Erfordernissen, muss die Vorsorgevollmacht die allgemeinen Erfordernisse einer mangelfreien Vollmacht (siehe unten) erfüllen. Sind die qualifizierten Formvorschriften des § 284f Abs 3 ABGB erfüllt, so müssen die Formvorschriften für einfache Angelegenheiten des § 284f Abs 2 ABGB nicht zusätzlich erfüllt sein; siehe *Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes, ÖJZ 2007, 222; eine Ausnahme macht *Schauer* für das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift (welches in § 284f Abs 3 ABGB nicht angeführt ist), indem er § 284f Abs 2 ABGB analog anwendet; ebenso *Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010), 359.

⁴⁷⁰ Anders die ältere Lehre, wonach eine Vollmacht die Bestellung eines Sachwalters nur dann vermeide, wenn sie zur Verwirklichung der Willensbildung des Patienten beiträgt. Nach diesem Ansatz muss der Betroffene noch über ein gewisses Maß an Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen. Demnach ist nach Verlust der Geschäftsfähigkeit jedenfalls ein Sachwalter zu bestellen, da der Betroffene die Vollmacht nicht mehr widerrufen kann; siehe *Gitschthaler*, Einzelne Probleme des neuen Sachwalterrechts und der Versuch einer Lösung, ÖJZ 1985, 193 (198); *Edlbacher*, Ein paar allgemeine Anmerkungen zum Sachwalterschaftsgesetz, ÖJZ 1985, 161 (164); *Maurer/Tschugguel*, Sachwalterrecht² (1997) § 273 Rz 22.

⁴⁷¹ § 283 ABGB.

4.2. Voraussetzungen

Der Vollmachtgeber muss im Zeitpunkt der Vollmachtserklärung geschäftsfähig gewesen sein. Das ergibt sich schon aus dem allgemeinen Vollmachtsrecht.⁴⁷²

Die Errichtung der Vorsorgevollmacht muss höchstpersönlich erfolgen.⁴⁷³

Der Gesetzgeber hat den Umfang der Vorsorgevollmacht nicht beschränkt, daher kann der Vollmachtgeber alle Rechtshandlungen, sofern sie einer Vertretung überhaupt zugänglich⁴⁷⁴, zum Gegenstand einer Vorsorgevollmacht machen. Einzige Einschränkung trifft das Gesetz in § 284f Abs 1 Satz 2 ABGB: danach müssen die zu besorgenden Angelegenheiten bestimmt angeführt sein. Die qualifizierte Vorsorgevollmacht ist unter ausdrücklicher Bezeichnung dieser Angelegenheiten zu errichten.⁴⁷⁵

Nach *Koziol/Welser* erstreckt sich eine Vollmacht im Zweifel auf alle Handlungen, die die „Natur des Geschäftes“ mit sich bringt oder die mit einer solchen Geschäftsführung „gewöhnlich verbunden“ sind.⁴⁷⁶ Nach den Mat⁴⁷⁷ ist für Angelegenheiten, für die gem § 1008 ABGB eine Einzelvollmacht erforderlich ist, ausreichend, wenn im Rahmen der allgemeinen Vollmacht zumindest die Gattung der Angelegenheiten, für die an sich eine Einzelvollmacht erforderlich wäre, angeführt wird. ME muss daher nicht jede medizinische Behandlung iSd § 283 Abs 2 ABGB einzeln beschrieben werden. Ein bloßes Anführen von „Gesundheitsangelegenheiten“ wird aber dem Erfordernis der ausdrücklichen

⁴⁷² AA *Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 353; nachdem für die Übertagung von Angelegenheiten der Personensorge schon Einsichts- und Urteilsfähigkeit ausreichend sein sollen.

⁴⁷³ Dies ist nach dem Wortlaut und den Materialien (Erl RV 1420 BlgNR 22. GP, 28) des Gesetzes nicht eindeutig, da ein Notariatsakt grundsätzlich durch Vertreter möglich ist (§§ 69, 69a NO); besser wäre gewesen jegliche Stellvertretung (neben der Bevollmächtigung eines Sachwalters auch die Substitution eines Bevollmächtigten gem § 1010 ABGB) bei Erteilung der Vorsorgevollmacht auszuschließen.

⁴⁷⁴ Für den medizinischen Bereich sind vertretungsfeindliche Rechtshandlungen bzw Willenserklärungen zB die Errichtung einer Patientenverfügung, die Lebend-Organpende, der Schwangerschaftsabbruch (wenn er nicht zur Abwehr gesundheitlicher Schäden dient), die medizinisch nicht indizierte Sterilisation sowie Forschungsmaßnahmen, wenn die Maßnahmen nicht von unmittelbaren Nutzen für die Gesundheit od Wohlbefinden des Patienten sind.

⁴⁷⁵ Nach den Erl RV 1420 BlgNR 22. GP, 27 soll dadurch dem Vollmachtgeber klar gezeigt werden, welche Befugnisse er dem Bevollmächtigten überträgt.

⁴⁷⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 209; vgl § 1029 ABGB dies wird wohl auch für die Vorsorgevollmacht gelten.

⁴⁷⁷ Erl RV 1420 BlgNR 22. GP, 27.

Bezeichnung nicht genügen. Ausreichend ist mE, wenn sich die Vorsorgevollmacht auf medizinische Behandlungen, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind, bezieht.⁴⁷⁸

Der Bevollmächtigte hat als Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten neben der Einsichts- und Urteilsfähigkeit auch über hinreichende Geschäftsfähigkeit zu verfügen, da regelmäßig auch rechtsgeschäftliche Vertretungshandlungen zu tätigen sein werden (zB Abschluss eines Behandlungsvertrags).

Gem § 284f Abs 1 Satz 3 ABGB sind Personen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung zu einer Krankenanstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung stehen, in der sich der Vollmachtgeber aufhält oder von der dieser betreut wird, als Bevollmächtigte ausgeschlossen.⁴⁷⁹

4.3. Allgemeine zivilrechtliche Vollmacht

Die Bestimmungen der §§ 284f – 284h ABGB ergänzen die allgemeinen Regeln über die Vollmacht (§§ 1002ff ABGB)⁴⁸⁰, die Bestimmungen gelten nebeneinander. Die Vollmacht nach allgemeinem Zivilrecht ist grundsätzlich an keine Form gebunden⁴⁸¹ und erlischt, wie die Vorsorgevollmacht, nicht durch den Verlust der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers.⁴⁸² Sind daher die Voraussetzungen für eine (qualifizierte) Vorsorgevollmacht (gem § 284f ABGB) nicht erfüllt, wird regelmäßig eine Vollmacht nach allgemeinem Zivilrecht vorliegen, vorausgesetzt sie erfüllt die allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzungen (va Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung).

⁴⁷⁸ Vgl *Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes, ÖJZ 2007, 220 (221); *Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 360.

⁴⁷⁹ Vgl § 279 Abs 1 ABGB; Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind nur Beziehungen zu professionellen Institutionen schädlich, die Bestellung eines Angehörigen, der den Vollmachtgeber bei sich zu Hause pflegt, ist davon nicht erfasst.

⁴⁸⁰ Vgl *Schauer*, Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006, FamZ 2006, 150.

⁴⁸¹ § 1005 ABGB als Anwendungsfall des § 883 ABGB.

⁴⁸² *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 211; *Strasser* in *Rummel* (2000)³, §§ 1020 – 1026 ABGB Rz 28b; *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB I³(2005) § 1020 Rz 4.

Der große Unterschied zur Vorsorgevollmacht liegt aber darin, dass eine allgemeine zivilrechtliche Vollmacht die Bestellung eines Sachwalters idR nicht verhindert. Hat der Vollmachtgeber die Geschäftsfähigkeit verloren, kann der Bevollmächtigte zwar weiterhin für den Vollmachtgeber tätig werden, zusätzlich ist aber idR⁴⁸³ ein Sachwalter zu bestellen, der den Bevollmächtigten überwacht⁴⁸⁴ und bei pflichtwidrigem Verhalten des Bevollmächtigten die Vollmacht widerruft.

4.4. Sachwalterbestellung trotz qualifizierter Vorsorgevollmacht?

Erfüllt die Vorsorgevollmacht alle Kriterien einer qualifizierten Vorsorgevollmacht, so ist die Bestellung eines Sachwalters gem § 268 Abs 2 Satz 2 ABGB subsidiär. Die Abwendung eines Sachwalters kann aber nur insoweit eintreten als die zu besorgenden Angelegenheiten vom Umfang der Vollmacht erfasst sind. Außerdem ist ein Sachwalter zu bestellen, wenn der Bevollmächtigte nicht oder nicht iS der Vorsorgevollmacht tätig wird. Die Vorsorgevollmacht stellt nur eine Befugnis des Bevollmächtigten zum Handeln, aber keine Pflicht dar. Diese ergibt sich erst mit dem Abschluss des Auftragsvertrags im Innenverhältnis.⁴⁸⁵ Das Zustandekommen des Auftragsvertrags kann durch schriftliche oder mündliche Zustimmungserklärungserklärung zu dem Anbot einer schriftlichen oder mündlichen Vollmacht erfolgen oder durch tatsächliches Besorgen der Geschäfte iS der Vorsorgevollmacht.⁴⁸⁶

Gem § 284h Abs 3 ABGB hat der Bevollmächtigte seinen Auftrag persönlich auszuführen. Eine Unterbevollmächtigung und die Substitution hinsichtlich der Einwilligung in **jede** (nicht nur schwerwiegende) medizinische Behandlung sind ausgeschlossen. Auch eine Substitution im Notfall (§ 1010 ABGB) wird zu ver-

⁴⁸³ Die Ausnahme des § 284g 2. Satz ABGB ist mE auf die „qualifizierte Vorsorgevollmacht“ nicht anwendbar.

⁴⁸⁴ „Überwachungssachwalter“, siehe *Ganner in Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 348.

⁴⁸⁵ Zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten besteht regelmäßig ein Bevollmächtigungsvertrag gem §§ 1002ff ABGB, in dem Vollmacht und Auftrag verbunden sind; siehe *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 203.

⁴⁸⁶ Stille Annahme iSd § 864 Abs 1 ABGB; dies wäre der Fall, wenn der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten bis zum Eintritt des Vorsorgefalls nicht über die Vorsorgevollmacht informiert hat.

neinen sein, da der Erstbevollmächtigte aus dem Rechtsverhältnis zur Gänze ausscheidet und dem Substituten keine Weisungen erteilen kann⁴⁸⁷. Die Mat⁴⁸⁸ sprechen sich auch dagegen aus, wenn sie ausführen, dass nur die Person tätig werden soll, der der Betroffene sein Vertrauen geschenkt hat.

4.5. Ausübungsschutz

Gem § 284h Abs 1 ABGB ist der Wille des Vollmachtgebers und nur wenn dieser nicht mehr feststellbar ist, sein Wohl für den Bevollmächtigten maßgeblich. Einem Willen des Vollmachtgebers, der nach Eintritt des Vorsorgefalls aus Äußerungen des Vollmachtgebers oder sonst aus den Umständen des Einzelfalls hervorgeht, hat der Bevollmächtigte Rechnung zu tragen, wenn er dem Wohl des Vollmachtgebers nicht weniger entspricht (§ 284h Abs 1 Satz 2). Nach *Ganner*⁴⁸⁹ „ist also nicht das subjektive Wohl, das sich aus der Äußerung im Zustand der Entscheidungsunfähigkeit ergibt, mit dem objektiven Wohl zu vergleichen, sondern das subjektive Wohl, das sich aus der Äußerung im Zustand der Entscheidungsunfähigkeit ergibt, mit dem subjektiven Wohl, das in der Vorsorgevollmacht festgelegt ist.“

4.6. Vertrauensschutz für den (Intensiv-) Mediziner?

Worauf muss der Intensivmediziner achten, wenn ein Vorsorgebevollmächtigter in eine schwerwiegende medizinische Behandlung für den einwilligungsunfähigen Vollmachtgeber einwilligt?

Wie bei der Patientenverfügung hat auch bei der Vorsorgevollmacht der Machtgeber dafür Sorge zu tragen, dass die Vollmacht zur rechten Zeit am rechten Ort ist.

⁴⁸⁷ *Apathy* in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ (2006) § 1010 Rz 2; *Strasser* in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2003) § 1010 Rz 2.

⁴⁸⁸ Erl RV 1420 BlgNR 22. GP, 30.

⁴⁸⁹ *Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 369; vgl dazu auch § 281 Abs 1 und 2 ABGB.

Anders als bei der Patientenverfügung hat das SWRÄG 2006 die Möglichkeit einer Registrierung der Vorsorgevollmacht durch den Vollmachtgeber geschaffen. Dass diese Möglichkeit zum Vertrauensschutz nur mäßig beiträgt und mE hier vom Gesetzgeber abermals eine halbherzige, komplizierte und intransparente Regelung geschaffen wurde, fällt bei näherer Betrachtung auf.

Die Registrierung hat von einem Rechtsanwalt oder Notar beim Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV), das von der Österreichischen Notariatskammer geführt wird, zu erfolgen (§ 140h Abs 2 NO). Die Registrierung ist aber nach den Mat⁴⁹⁰ in keinem Fall Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vorsorgevollmacht (auch dann nicht, wenn sich die Vorsorgevollmacht auf die Einwilligung in schwerwiegende medizinische Behandlungen bezieht). Die bloße Registrierung oder Nichtregistrierung ist daher für den (Intensiv-) Mediziner in Sachen Vertrauensschutz keine Hilfe. Der Gesetzgeber hat daher einen Mechanismus kreiert, der folgendermaßen aussieht: tritt der Vorsorgefall ein, so muss der Notar dem Bevollmächtigten das Wirksamwerden der ihm vorgelegten **registrierten** Vorsorgevollmacht bestätigen (§ 140h Abs 6 NO). Für diese „Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht“ ist daher die Registrierung Voraussetzung.⁴⁹¹ Erst diese Bestätigung ist die Grundlage für den Vertrauensschutz des Arztes (Dritter)⁴⁹² gem § 284h Abs 2 ABGB, wonach der Dritte auf den Eintritt des Vorsorgefalls vertrauen darf, wenn ihm der Bevollmächtigte bei Vornahme der Vertretungshandlung eine Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht im ÖZVV vorlegt. Das Vertrauen des Dritten ist nicht geschützt, wenn ihm bekannt oder fahrlässig unbekannt ist, dass der Vorsorgefall nicht eingetreten ist (§ 284h Abs 2 Satz 2). Da die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht sowie die Ausstellung der entsprechenden Bestätigung vom Notar nur

⁴⁹⁰ Erl RV 1420 BlgNR 22. GP, 28; danach soll vielmehr eine zusätzliche Möglichkeit eingeräumt werden, der Vorsorgevollmacht „faktische Geltung“ zu verschaffen, weil dadurch die Chance erhöht wird, dass die Vorsorgevollmacht in einem Sachwalterschaftsverfahren zur Kenntnis des Gerichts gelangt (§ 140h Abs 9 NO).

⁴⁹¹ Vgl Erl RV 1420 BlgNR 22. GP, 28; die Registrierung ist bloß die Voraussetzung für den Vertrauensschutz gem § 284h Abs 2 ABGB.

⁴⁹² Vgl *Weitzenböck* in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB I³ (Ergänzungsband 2007) § 284h Rz 7.

erfolgen darf, wenn dem Notar ein ärztliches Zeugnis darüber vorliegt, dass dem Vollmachtgeber die erforderlich Geschäftsfähigkeit, Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Äußerungsfähigkeit fehlt, wird der Arzt (bei einer Vorsorgevollmacht, die die Einwilligung in schwerwiegende medizinische Behandlungen umfasst) wohl keine Zweifel am Eintritt des Vorsorgefalls haben können.

Nach den Mat⁴⁹³ ist das ärztliche Zeugnis iSd § 55 ÄrzteG zu verstehen. Da nach dem Gesetz keine „Gewaltentrennung“ zwischen dem ausstellenden Arzt und dem Arzt der die schwerwiegende medizinische Behandlung vornimmt⁴⁹⁴ vorgesehen ist, ist es daher auch möglich und naheliegend, dass der Intensivmediziner zuerst ein ärztliches Zeugnis, das den Verlust der Geschäftsfähigkeit, Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Äußerungsfähigkeit beim Vollmachtgeber bescheinigt, ausstellt, welches wiederum Voraussetzung für die Bestätigung des Notars über die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht ist.

Wie gesagt eine verhältnismäßig, komplizierte Regelung, die das SWRÄG 2006 geschaffen hat, die auch im Bereich des Vertrauensschutzes beachtliche Mängel aufweist. Sieht man sich nämlich die Bestimmung des § 284 Abs 2 Satz 1 ABGB an, so darf der Arzt (Dritte), wenn ihm die Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht vorgelegt wird, ja nur darauf vertrauen, dass der Vorsorgefall, also Entscheidungs- oder Äußerungsunfähigkeit vorliegt.⁴⁹⁵

Das führt zu der paradoxen Situation, dass der Notar dem (Intensiv-) Mediziner eine Bestätigung ausstellt, dass er in sein eigenes ärztliches Zeugnis Vertrauen haben kann. Der (Intensiv-) Mediziner darf nicht darauf vertrauen, dass die Vor-

⁴⁹³ Erl RV 1420 BlgNR 22. GP, 20, 34.

⁴⁹⁴ § 55 ÄrzteG lautet: „Ein **Arzt** darf ärztliche Zeugnisse ausstellen“; nach *Aigner/Kierein/Kopetzi*, ÄrzteG 1998³ (2007) § 1 Anm 1 und 2 bezieht sich der ärztegesetzliche Begriff Arzt auf alle Ärzte, die über eine Berufsberechtigung als „Arzt für Allgemeinmedizin“, „approbierter Arzt“, „Facharzt“ oder „Turnusarzt“ verfügen, ausgeschlossen sind Zahnärzte iSd ZÄG.

⁴⁹⁵ Die Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht bestätigt nach ihrem Wortlaut überhaupt nur die Registrierung der Wirksamkeit und nicht die Wirksamkeit selbst.

sorgevollmacht wirksam errichtet worden ist⁴⁹⁶, was eigentlich Gegenstand des Vertrauensschutzes sein sollte.

Auch bezüglich des Umfangs der Vorsorgevollmacht bietet § 284h Abs 2 ABGB keine Grundlage für einen Vertrauensschutz, der (Intensiv-) Mediziner muss sich daher zusätzlich zur notariellen Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht auch die Vorsorgevollmachtsurkunde vorlegen lassen, um aus ihr zu erkennen, ob die Einwilligung in eine schwerwiegende medizinische Behandlung umfasst ist.

Bei schon geringen Zweifeln an der Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht kann mE den Mediziner nur empfohlen werden das Sachwaltergericht anzurufen.⁴⁹⁷

4.7. Aufklärung des Vorsorgebevollmächtigten

Wurde dem (Intensiv-) Mediziner nach Eintritt des Vorsorgefalls die notarielle Bestätigung über die Registrierung sowie die Vorsorgevollmachtsurkunde ausgehändigt und ist die Einwilligung in eine schwerwiegende medizinische Behandlung vom Umfang der Vollmacht umfasst, so ist die Einwilligung des Vorsorgebevollmächtigten vor einer solchen medizinischen Behandlung einzuholen. Ohne die Einwilligung des Vorsorgebevollmächtigten läge eine eigenmächtige Heilbehandlung iSd § 110 StGB vor. Das Zustimmungsrecht des Vorsorgebevollmächtigten umfasst auch die Befugnis, eine Behandlung abzulehnen.⁴⁹⁸

Da die rechtswirksame Einwilligung eine vorangegangene entsprechende Aufklärung voraussetzt, hat der (Intensiv-) Mediziner den Vorsorgebevollmächtig-

⁴⁹⁶ War der Vollmachtgeber beispielsweise bei Errichtung der Vorsorgevollmacht geschäftsunfähig oder ist die Vorsorgevollmacht eine Fälschung, so kann sich der (Intensiv-) Mediziner nicht auf § 284h Abs 2 ABGB berufen. Freilich sind die Voraussetzungen für die wirksame Errichtung einer qualifizierten Vorsorgevollmacht gem § 284f Abs 3 schon bei Errichtung von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder bei Gericht zu prüfen.

⁴⁹⁷ Dieses hat die Notwendigkeit einer Vertretung, das ev Bestehen einer Vertretungsmacht sowie die Notwendigkeit zur Bestellung eines Sachwalters zu prüfen.

⁴⁹⁸ Siehe Fn 404.

ten über die Diagnose, den Verlauf der schwerwiegenden Behandlung sowie die mit dem Eingriff verbundenen Risiken zu informieren.⁴⁹⁹ Für Inhalt und Umfang der Aufklärung gelten grundsätzlich dieselben Regeln wie bei der Aufklärung einwilligungsunfähiger Patienten. Zu beachten ist aber, dass eine aus therapeutischen Motiven erfolgte Einschränkung der ärztlichen Aufklärung (sog „therapeutisches Privileg“⁵⁰⁰) bei der Aufklärung des gesetzlichen Vertreters nicht zulässig ist, dieser ist uneingeschränkt aufzuklären.⁵⁰¹

4.8. Erlöschen der Vorsorgevollmacht

4.8.1. Widerruf

Der Widerruf der allgemeinen zivilrechtlichen Vollmacht durch den Vollmachtgeber setzt Geschäftsfähigkeit voraus. Die Vorsorgevollmacht kann nach dem Verlust der Geschäftsfähigkeit nicht mehr vom Vollmachtgeber selbst,⁵⁰² sondern nur von einem Sachwalter, in dessen Wirkungskreis der Widerruf fällt, widerrufen werden.⁵⁰³ Der Notar hat das Erlöschen der Vorsorgevollmacht zu registrieren (§ 140h Abs 7 NO), wenn der Vollmachtgeber oder ein Sachwalter die Vollmacht widerrufen.⁵⁰⁴ Nach *Ganner* bleibt im Fall eines Widerrufs des nicht mehr geschäftsfähigen bzw einsichts- und urteilsfähigen Vollmachtgeber eine „einfache“ zivilrechtliche Vollmacht iSd §§ 1002 ff ABGB bestehen⁵⁰⁵. Dagegen

⁴⁹⁹ Siehe *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² (2005) 97ff.

⁵⁰⁰ Vgl *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² (2005) 104.

⁵⁰¹ OGH SZ 57/207; *Holzer*, *Die Haftung des Arztes*, in *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg), *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich* (1992) 26; *Englährringer*, *Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen* (1996) 153 (215).

⁵⁰² AA *Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), *Handbuch des Sachwalterrechts*² (2010) 363f, der für den Widerruf der Vorsorgevollmacht bloße Äußerungsfähigkeit ausreichen lässt und für den sich damit dieselbe Problematik ergibt, die sich bei der Patientenverfügung stellt (§ 10 Abs 2 PatVG), nämlich die sehr schwere Abgrenzung zwischen tatsächlichem Willen und mutmaßlichem Willen (der immer subsidiär ist und im Zustand der Entscheidungsunfähigkeit geäußert wird).

⁵⁰³ Die Vorsorgevollmacht erlischt nicht ipso iure bei Bestellung eines Sachwalters.

⁵⁰⁴ Die hat aber wohl auch für die übrigen Fälle des Erlöschens zu gelten; vgl *Schauer*, *Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes*, *ÖJZ* 2007, 225.

⁵⁰⁵ *Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), *Handbuch des Sachwalterrechts*² (2010) 363f.

spricht, dass nach § 140h NO letzter Satz auch in diesem Fall vom Notar das Erlöschen der Vorsorgevollmacht zu registrieren ist.

Da für den Widerruf der Vorsorgevollmacht keine spezielle Regelung getroffen wurde, steht es dem Machtgeber nach § 1020 ABGB frei jederzeit, ohne Angabe von Gründen die Vollmacht formlos zu widerrufen.

Probleme können sich für den formlosen Widerruf iZm mit dem Vertrauensschutz des Dritten aufgrund der Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht ergeben. Ist zB eine Vorsorgevollmacht wirksam geworden und wurde eine notarielle Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens ausgestellt, bleibt diese Bestätigung auch im Fall eines Widerrufs durch einen Sachwalter weiter beim Bevollmächtigten. Willigt dieser zu einem späteren Zeitpunkt (nach Beendigung der Vertretungsbefugnis) im Namen des Vollmachtgebers in eine schwerwiegende medizinische Behandlung ein, ist fraglich, ob der (Intensiv-) Mediziner in seinem Vertrauen auf die notarielle Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht geschützt ist.

In § 284h Abs 2 ABGB ist dieser Fall vom Wortlaut nicht erfasst. Nach § 1026 ABGB sind Geschäfte, die nach Beendigung der Vertretungsbefugnis im Namen des Vollmachtgebers geschlossen wurden, verbindlich.⁵⁰⁶ Der Bevollmächtigte, der die Aufhebung verschwiegen hat, haftet dem Vollmachtgeber schadenersatzrechtlich.

Für den Bereich der Einwilligung in eine schwerwiegende medizinische Behandlung, in dem Mediziner wie bereits ausgeführt eine Vorsorgevollmacht nur in Verbindung mit der entsprechenden notariellen Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens akzeptieren sollten, erscheint es mE unverantwortlich, dass der von der notariellen Bestätigung ausgehende Vertrauensschutz nicht durch ein speziell ausgestaltetes Verfahren im Fall des vorherge-

⁵⁰⁶ Voraussetzung dafür ist, dass Vertretungsmacht tatsächlich bestand und diese dem Dritten od der Öffentlichkeit mitgeteilt wurde. Die Kundgabe muss ihre Grundlage im Verhalten des Vertretenen selbst haben, dafür reicht die Vorlage einer Vollmachtsurkunde; siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 205 (211); Apathy in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB I³ (2005) § 1026 Rz 2; *P. Bydlinski* in Kurzkomentar zum ABGB (2005) § 1026 Rz 2.

henden Widerrufs beseitigt werden kann. De lege lata ist nur vorgesehen, dass dem Bevollmächtigten mit der Bestätigung der Registrierung eine Übersicht über die mit der Vorsorgevollmacht verbundenen Rechte und Pflichten auszuhandigen ist; darin ist auch die Pflicht anzuführen, die Bestätigung nach Beendigung der Vertretungsbefugnis nicht mehr im Rechtsverkehr zu verwenden (§ 140h Abs 6 letzter Satz NO). Diese Bestimmung schützt keinesfalls davor, dass unredliche Bevollmächtigte auch nach Beendigung der Vertretungsmacht unter Berufung auf die Vorsorgevollmacht und die notarielle Bestätigung über die Registrierung des Wirksamwerdens weiterhin als Vertreter auftreten und in schwerwiegende medizinische Behandlungen einwilligen. Der (Intensiv-) Mediziner ist jedenfalls durch § 1026 ABGB in seinem Vertrauen geschützt.

4.8.2. Tod

Die Vorsorgevollmacht endet grundsätzlich mit dem Tod des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten (§ 1022 ABGB).

4.9. Verhältnis Vorsorgevollmacht – Patientenverfügung

Bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht oder einer verbindlichen Patientenverfügung darf ein Sachwalter nicht bestellt werden (§ 268 Abs 2 ABGB), da die Willenserklärung des Patienten unmittelbar gilt. Bei Vorliegen einer qualifiziert beachtlichen Patientenverfügung⁵⁰⁷ ist entgegen dem Wortlaut des § 268 Abs 2 ABGB sowie des § 8 Abs 3 KAKuG auch kein Sachwalter zu bestellen.⁵⁰⁸

Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung können auch in sinnvoller Kombination zueinander errichtet werden. Wurde in einem solchen Fall eine verbindliche od qualifiziert beachtliche Patientenverfügung errichtet, so hat der Vorsorgebevollmächtigte dafür zu sorgen, dass diese den behandelnden Ärzten zur Kenntnis gebracht wird.⁵⁰⁹ Die behandelnden Ärzte sind unmittelbar an diese Patientenverfügungen gebunden. Liegt eine beachtliche Patientenverfügung vor, so dient diese dem Vorsorgebevollmächtigten bzw dem Sachwalter (wenn keine Vorsorgevollmacht vorliegt) als Instrument zur Ermittlung des Willens der betroffenen Person.

Bestehen Zweifel über den Willen des Patienten, hat der Vorsorgebevollmächtigte (dessen Vollmacht die Einwilligung in medizinische Behandlungen umfasst) zu entscheiden bzw ist das Gericht anzurufen, welches im Rahmen des Sachwalter-schaftsverfahrens den Patientenwillen (als Vorfrage) zu ermitteln hat.

⁵⁰⁷ Vgl Kap 6.3.4.1.

⁵⁰⁸ Siehe Kap 6.3.5; vgl auch *Barth*, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den Arzt, *FamZ* 2006, 72 (75); *Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, *RdM* 2006, 163 (173); *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), *Handbuch Medizinrecht für die Praxis* (2003) I/322.

⁵⁰⁹ *Weitzenböck* in *Schwimann*, *Praxiskommentar zum ABGB I*³ (ErgBd 2007) § 284h Rz 2.

5. Sachwalterschaft

5.1. Allgemeines

Vermag eine volljährige Person, die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist, nicht die Notwendigkeit einer med Behandlung oder ihre Ablehnung frei zu beurteilen, dann kann diese Willensbildung durch die Bestellung eines (einstweiligen) Sachwalters substituiert werden (§ 268 Abs 1 ABGB iVm § 120 AußStrG).

Für den nicht einsichts- und urteilsfähigen Patienten ist daher ebenso wie für den nicht einsichts- und urteilsfähigen Patienten mit einer beachtlichen Patientenverfügung eine Sachwalterbestellung anzuregen. Eine med Behandlung, die ohne die Zustimmung des Sachwalters erfolgt,⁵¹⁰ stellt eine eigenmächtige Heilbehandlung iSd § 110 StGB dar. Das Zustimmungsrecht des Sachwalters erfasst auch die Befugnis, eine med Behandlung abzulehnen. Anders als der einsichts- und urteilsfähige Patient ist der Sachwalter bei seiner Entscheidung an das Wohl (und nicht an den Willen) des Patienten gebunden.⁵¹¹

5.2. Bereits besachwalterter Patient

Gem § 283 Abs 1 ABGB ist eine med Behandlung einer behinderten Person, die nicht einsichts- und urteilsfähig ist, nur zulässig, wenn die Zustimmung des Sachwalters vorhanden ist, dessen Wirkungsbereich die Besorgung dieser Angelegenheit umfasst. Auch wenn der Sachwalter für die Zustimmung zu med Behandlungen bestellt wurde, ist er nur dann dafür zuständig, wenn dem Patienten die Einwilligungsfähigkeit bezüglich der konkreten med Behandlung

⁵¹⁰ EvBl 1988/85; SZ 70/235. Das Sachwaltergericht kann die Einwilligung des Sachwalters nur genehmigen oder nicht genehmigen, keinesfalls kann es selbst die Einwilligung des Patienten oder des Sachwalters ersetzen; EvBl 1988/85; SZ 70/235.

⁵¹¹ *Barth*, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 57 (64); *Barth/Dokalik*, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 184.

fehlt.⁵¹² Es ist daher immer zu prüfen, ob die Zustimmung zu einer med Behandlung in den Wirkungsbereich des Sachwalters fällt und wenn ja, ob der Patient in der konkreten Situation einsichts- und urteilsfähig ist.

5.3. Schwerwiegende Behandlungen

5.3.1. Second Opinion

Gem § 283 Abs 2 Satz 1 ABGB kann der Sachwalter zu Behandlungen, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder Persönlichkeit⁵¹³ verbunden sind nur dann zustimmen, wenn ein vom behandelnden Arzt unabhängiger Arzt in einem ärztlichen Zeugnis bestätigt, dass die behinderte Person nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und die Vornahme der Behandlung zur Wahrung ihres Wohles erforderlich ist.

Da intensivmedizinische Behandlungen idR schwerwiegende med Behandlungen iSd § 283 Abs 2 ABGB darstellen, wird für die Zustimmung des Sachwalters meist ein ärztliches Zeugnis eines vom (Intensiv-) Mediziner unabhängigen Arztes vonnöten sein. Der bestätigende Arzt ist dann unabhängig, wenn er nicht in einem Weisungs- bzw Loyalitätsverhältnis oder in einer sonstigen wirtschaftlichen oder persönlichen Abhängigkeit steht.⁵¹⁴

Nach *Barth/Dokalik*⁵¹⁵ ist die Unabhängigkeit des bestätigenden Arztes nicht gegeben, wenn er in derselben Abteilung einer Krankenanstalt wie der behan-

⁵¹² *Barth*, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 61.

⁵¹³ Die Formulierung „Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder Persönlichkeit verbunden ist“, ist § 146c Abs 2 ABGB entnommen; siehe dazu Kap. 6.2.3.2. Zu Recht weist aber *Weitzenböck* darauf hin, dass die Risikogeneigntheit bestimmter Behandlungen mit zunehmendem Alter steigt und daher zwar uU nicht bei Minderjährigen, wohl aber bei älteren Menschen unter Sachwalterschaft als „schwerwiegend“ iSd § 283 Abs 2 ABGB einzustufen sein können; *Weitzenböck* in *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB³ (ErgBd 2007) § 283 Rz 4.

⁵¹⁴ *Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB² (2007) § 216 Rz 3; *Kletečka-Pulker*, Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009/67 114.

⁵¹⁵ *Barth/Dokalik*, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 187.

delnde Arzt tätig ist, wohl aber wenn er in demselben Krankenanstaltenverbund oder in einer anderen Abteilung derselben Krankenanstalt tätig ist. Nach den Materialien⁵¹⁶ ist ein Arzt dann nicht unabhängig, wenn er in derselben Krankenanstalt tätig ist. *Barth/Dokalik*⁵¹⁷ gehen davon aus, dass diese in den Materialien vertretene Ansicht auf den Regelfall abstellt, indem in einer Krankenanstalt nur eine Abteilung für eine medizinische Fachrichtung eingerichtet ist.

ME stellt die Tatsache, dass der bestätigende Arzt in derselben Krankenanstalt tätig ist wie der behandelnde (Intensiv-) Mediziner per se noch kein Hindernis bei der Beurteilung seiner Unabhängigkeit dar.⁵¹⁸

Für Intensivpatienten wird der bestätigende Arzt nach § 31 Abs 3 ÄrzteG auch ein Intensivmediziner sein müssen, da nur ein Intensivmediziner beurteilen kann, ob die Vornahme der intensivmedizinischen Behandlung zur Wahrung des Wohles des Patienten erforderlich ist. Daher ist *Barth/Dokalik* zuzustimmen, dass die Materialien auf den Regelfall (hier: nur eine fachspezifische Intensivstation in der Krankenanstalt) abstellen, und dass in diesem Fall behandelnder und bestätigender Arzt nicht in derselben Krankenanstalt (Abteilung) tätig sein dürfen.

Nach dem Wortlaut des § 283 Abs 2 ABGB muss ein⁵¹⁹ ärztliches Zeugnis⁵²⁰ vorliegen. Kann der Sachwalter dem behandelnden Intensivmediziner kein ärztliches Zeugnis vorweisen, bedarf die Zustimmung gem § 283 Abs 2 Satz 2 ABGB der Genehmigung des Gerichts.⁵²¹ Ebenso ist vorzugehen, wenn der einsichts- und urteilsunfähige Patient zu erkennen gibt, dass er die med Behandlung ablehnt.

Nach *Barth/Dokalik*⁵²² bedarf es hier keiner klaren Willensäußerung: bei Vorliegen irgendwelcher Zweifel an der „Freiwilligkeit“ der med Behandlung ist das Gericht anzurufen. Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten ist nach

⁵¹⁶ RV 1420 BlgNR 22. GP 20.

⁵¹⁷ *Barth/Dokalik*, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) Fn 875.

⁵¹⁸ So auch *Kletečka-Pulker*, Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009/67 114.

⁵¹⁹ Für komplizierte med Behandlungen wäre auch denkbar mehrere ärztliche Zeugnisse einzuholen.

⁵²⁰ In der RV 1420 BlgNR 22. GP 20 wird auf § 55 ÄrzteG verwiesen.

⁵²¹ Der Sachwalter kann auch (aus Kostengründen) gleich eine gerichtliche Genehmigung einholen.

⁵²² *Barth/Dokalik*, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 189.

Barth/Dokalik nicht gefordert, „es genügt vielmehr, dass er zu einer ernst gemeinten Willensäußerung imstande ist.“⁵²³

5.3.2. Verweigerung der Zustimmung

Erteilt der Sachwalter pflichtwidrig nicht die Zustimmung zur med Behandlung und gefährdet dadurch das Wohl des Patienten, so hat der Intensivmediziner gem § 283 Abs 2 Satz 3 ABGB das Gericht anzurufen,⁵²⁴ welches die Zustimmung des Sachwalters ersetzen oder die Sachwalterschaft einer anderen Person übertragen kann.

Der Intensivmediziner darf (außer bei Gefahr im Verzug) nicht ohne die Zustimmung des Sachwalters oder des Gerichts eigenmächtig behandeln.

5.4. Aufklärung des Sachwalters

Da die Entscheidung des Sachwalters jene des Patienten substituiert, hat der (Intensiv-) Mediziner den Sachwalter über die Diagnose, den Verlauf der Behandlung und die mit der Behandlung verbundenen Gefahren sowie Komplikationen aufzuklären.⁵²⁵

Zu beachten ist dabei (wie beim Vorsorgebevollmächtigten), dass eine aus therapeutischen Motiven erfolgte Einschränkung der ärztlichen Aufklärung (sog „therapeutisches Privileg“⁵²⁶) bei der Aufklärung des gesetzlichen Vertreters nicht zulässig ist, dieser ist uneingeschränkt aufzuklären.⁵²⁷ Die Entscheidung des Sachwalters hat aufgrund objektivierbarer Gründe zu erfolgen.

⁵²³ Formlose Willensäußerungen wie Kopfschütteln sind ausreichend, sofern es keine automatischen Abwehrreaktionen sind.

⁵²⁴ Das Gericht hat amtswegig vorzugehen, kann daher von jedermann verständigt werden (§ 278 Abs 1 ABGB).

⁵²⁵ *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 139 (153); *Steiner*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, JBI 182, 169; *Willinger*, Ethische und rechtliche Aspekte der ärztlichen Aufklärungspflicht (1996) 170; *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 97ff.

⁵²⁶ Vgl *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 104.

⁵²⁷ OGH SZ 57/207; *Holzer*, Die Haftung des Arztes, in *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg), Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 26; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 153 (215).

6. Mutmaßlicher Patientenwille und Behandlungsabbruch

6.1. Ausgangslage

Ist der Patient nicht einwilligungsfähig und sind weder eine Patientenverfügung noch ein zuständiger Vorsorgebevollmächtigter oder ein Sachwalter vorhanden, so hängt die Entscheidung, ob eine Behandlung oder Ernährung weitergeführt oder abgebrochen wird, nicht mehr von Willenserklärungen Dritter, sondern letztlich von den Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht ab.

Schon nach § 49 Abs 1 ÄrzteG ist der Arzt verpflichtet, unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften das Wohl des Kranken zu wahren. Bei Aussichtslosigkeit der Behandlung ist aber auch keine ärztliche Behandlungspflicht mehr gegeben, die Behandlung wird dann vom Arzt selbst (autonom) abgebrochen werden können (sog „einseitiger“ Behandlungsabbruch). Wann diese Grenze der Aussichtslosigkeit erreicht ist, ist allerdings nicht so leicht festzumachen.

Nach § 16 ABGB hat der Mensch auch ein angeborenes Recht auf menschenwürdiges Sterben. Als sachliche Kriterien der Aussichtslosigkeit einer Behandlung werden angeführt⁵²⁸: konkrete Todesnähe, Unmöglichkeit der Wiederherstellung eines menschenwürdigen Daseins (zB bei irreversiblen Komatösen oder Apallikern), unwiederbringlicher Verlust des Bewusstseins, fehlende Außenkontaktfähigkeit und Zukunftsorientiertheit und mutmaßlicher Patientenwille.

Keine Problematik stellen daher jene Fälle dar, in denen eine bestimmte Behandlung schon vom medizinischen Standpunkt aus gar nicht sinnvoll erscheint, weil sie entweder keine Wirksamkeit verspricht oder weil mit der Behandlung eine so große Belastung für den Patienten einhergehen würde, dass diese den Nutzen der Behandlung übersteigt. Eine solche medizinisch nicht indizierte Behandlung braucht in keinem Fall vorgenommen werden – es fehlt die Behandlungspflicht des Arztes. Dazu gehören auch jene Fälle, in denen nach mensch-

⁵²⁸ *Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende? ÖJZ 2000, 374ff; *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung bei einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 201.

lichem Ermessen der Sterbeprozess unabwendbar erscheint, mag er auch noch durch operative oder medikamentöse Maßnahmen künstlich für kurze Zeit hinausgezögert werden können. Hier besteht keine Behandlungspflicht.⁵²⁹

Das dieser Situation zugrunde liegende Prinzip ist salopp ausgedrückt eine „Kosten-Nutzen-Rechnung“. Auszugehen ist von dem allgemeinen Grundsatz, dass niemand rechtlich verpflichtet ist, sich unter Zurückstellung eigener Bedürfnisse uneingeschränkt für andere einzusetzen. Die Gesellschaft ist rechtlich nicht verpflichtet, Aufwendungen für den Einzelnen unbegrenzt zu leisten. Daher darf ein Arzt einen im Verhältnis zum erreichbaren Vorteil unangemessenen Behandlungsaufwand unterlassen, dh insofern ist ein einseitiger Behandlungsabbruch auch zulässig.

ME ist es nicht ethisch (moralisch) anstößig, dass bei der Entscheidung über die Unverhältnismäßigkeit einer Behandlung auch ökonomische Kriterien eine Rolle spielen. Es kann ja nicht unmoralisch sein, die insgesamt begrenzten Ressourcen möglichst sinnvoll einzusetzen. *Roxin*⁵³⁰ kommt mit einer inhaltlich anderen Begründung („Immerhin wird sich sagen lassen, dass nicht ökonomische Gesichtspunkte im Vordergrund stehen sollten, sondern die Überlegung, ob eine Verlängerung der Agonie bei objektiver Beurteilung für den Patienten noch irgendeinen Sinn haben kann“), dann aber auch zum Ergebnis, dass es für die künstliche Lebensverlängerung irgendwo Grenzen geben muss, jenseits derer auch der Wille des Patienten nicht mehr entscheidend sein kann, vorausgesetzt der Sterbevorgang steht unmittelbar bevor.

Für den Fall der künstlichen Ernährung versagen diese Kriterien freilich, denn ein totaler Behandlungsabbruch wäre rechtlich nicht gedeckt, sondern nur die Unterlassung jener Maßnahmen, deren Aufwand zum erreichbaren Nutzen außer Verhältnis steht. Daher wird von der überwiegenden Lehre die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der verbleibenden Behandlungsmöglichkeiten, die nützlich und nicht unverhältnismäßig sind, also eine Basisversorgung (Ernährung,

⁵²⁹ *Fuchs/Reindl*, Strafrecht BT I (2003) 17.

⁵³⁰ *Roxin*, Medizinstrafrecht (2001) 103.

Flüssigkeitszufuhr, Körperreinigung, Schmerzstillung) auch dann noch vertreten, wenn die eigentliche medizinische Behandlungspflicht erloschen ist.⁵³¹

Das eigentliche Problem eröffnet sich aber erst, wenn der schwerkranke, erklärungsunfähige Patient nicht im Sterben liegt, sondern noch Monate oder Jahre (wenn auch mit sehr reduzierter Lebensqualität) leben könnte. Ist in einem solchen Fall ein Behandlungsabbruch aufgrund einer bloß mutmaßlichen Behandlungsverweigerung zulässig, der dann nicht mehr an die engen Kriterien der Todesnähe, Unmöglichkeit der Wiederherstellung eines menschenwürdigen Daseins, unwiederbringlicher Verlust des Bewusstseins gebunden wäre und dann auch den Abbruch der künstlichen Ernährung einschließen könnte?

Der deutsche BGH⁵³² hat im „Kemptener Fall“ bei der Frage, ob der von den dort Angeklagten geplante Behandlungsabbruch auch wirklich dem mutmaßlichen Willen der Patientin entsprochen hat, darauf abgestellt, dass auch vor Einsetzen des Sterbevorgangs das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten sei. Bei der Festlegung des mutmaßlichen Willens legt der BGH einen strengen Maßstab an. Hierbei seien frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Kranken ebenso zu berücksichtigen wie seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen. Objektive Kriterien, wie etwa die Anschauungen eines „vernünftigen“ oder „normalen“ Menschen haben nach Ansicht des BGH nur eine sekundäre, aushilfsweise Bedeutung. Sie können lediglich Anhaltspunkte für die Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens sein. Der Umstand, dass die Patientin in diesem Fall acht oder zehn Jahre zuvor unter dem Eindruck einer Fernsehsendung, in der eine ähnliche Situation gezeigt worden war, gesagt hatte, „so wolle sie nicht enden“, reichte dem BGH nicht als tragfähige Grundlage für einen Behandlungsabbruch.

⁵³¹ *Tipold* in *Aigner* ua (Hrsg), HB Medizinrecht (2003) II/43; *Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende? ÖJZ 2000, 375f; *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung bei einwilligungsunfähigen Patienten, FamZ 2007, 197; *Kert*, Sterbehilfe, JAP 2005, 34; anders hingegen *Bernat*, Behandlungsabbruch und (mutmaßlicher) Patientenwille, RdM 1995, 59f.

⁵³² BGHSt 40, 275.

6.2. OGH 7.7.2008, 6 Ob 286/07p

Ähnlich argumentiert auch der OGH in seiner diesbezüglich ersten Entscheidung⁵³³; er zitiert wortgleich *Kopetzki*⁵³⁴. „Lehrmeinungen⁵³⁵ weisen zutreffend darauf hin, dass sich die Mutmaßlichkeit des Patientenwillens mangels hinreichend dokumentierter Anhaltspunkte schnell als bloßes Einfallstor für allgemeine Rechtsgüter- und Interessenabwägungen erweisen kann, die durch die fiktive terminologische Zurechnung als eigener mutmaßlicher Wille des Betroffenen eher verschleiert werden.“ Der OGH führt weiter aus: „Bei der Beurteilung des (mutmaßlichen) Willen des Patienten kann und darf es somit auf Wertvorstellungen der Gesellschaft oder anderer Personen nicht ankommen. Allein maßgeblich ist der Wille des Patienten; und dieser ist ausschließlich Tatfrage.“

*Maleczky*⁵³⁶ will dem Patienten sein Selbstbestimmungsrecht absprechen und stützt sich dabei auf die Würde des Menschen: „Wer um jeden Preis an seinem Leben festhält, das unabwendbar zu Ende geht und nur mit technischen Mitteln künstlich aufrechterhalten werden könne, widerspricht seiner eigenen Würde und degradiert sich selbst zum Objekt.“ Dadurch verliere der Patient sein Recht auf Selbstbestimmung was Sterbehilfe zulässig mache.⁵³⁷

Dieser Ansicht schließt sich der OGH nicht an, denn diese Auffassung würde in einer Beurteilung eines zu Ende gehenden Lebens enden, welcher sich in einem Rechtsstaat der mit den Werten der Europäischen Menschenrechtskonvention verhaftet ist, niemand anmaßen darf. Zudem erscheint mir die immer wieder aufkommende Argumentation mit der „Würde“ eines Menschen als äußerst problematisch und nicht zielführend. Denn tatsächlich ist es so, dass die

⁵³³ OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07p iFamZ 2008/178 = iFamZ 2009/40 (*Schütz*, 32) = JBL 2009, 129 (*Bernat*) = Zak 2008/571 (*Kletečka*) = EF-Z 2008/141 (*Jud*). Im Zuge eines Erbrechtsstreits (ist versuchte Sterbehilfe ein Erbunwürdigkeitsgrund?) musste der OGH erstmals zu strafrechtlichen Fragen des Behandlungsabbruchs und der Sterbehilfe Stellung nehmen.

⁵³⁴ *Kopetzki*, iFamZ 2007, 197.

⁵³⁵ *Schmoller*, ÖJZ 2000, 361 (374); *Schick*, Fremd- und Selbstbestimmung zum Tode im Lichte strafrechtlicher Wertungen, in GedS Zipf (1999) 413.

⁵³⁶ *Maleczky*, Wenn Todgeweihte sterben möchten, iFamZ 2008, 141.

⁵³⁷ Unter Hinweis auf *Moos* in WK² (2002) §§ 75ff Rz 41.

„Würde“ des Menschen sowohl von Gegnern als auch von Befürwortern der Sterbehilfe als Argumentationshilfe herhalten muss.⁵³⁸

*Bernat*⁵³⁹ meint, wenn keine mutmaßliche Einwilligung in die Heilbehandlung (mehr) vorhanden ist, ist von einer mutmaßlichen Behandlungsverweigerung auszugehen. In weiterer Folge unterscheidet er zwischen wertebezogenen Interessen, die der noch einsichtsfähige Patient vertreten hat und erlebnisbezogene Interessen, die der Patient nach Einbuße seiner Selbstbestimmungsfähigkeit haben mag. Je stärker diese wertebezogenen und erlebnisbezogenen Interessen des Patienten einander entsprechen desto eher repräsentieren sie den „wirklich“ mutmaßlichen Willen des Kranken. Sind keine oder nur mehr ganz schwache erlebnisbezogene Interessen beim Patienten vorhanden, vertritt *Bernat* einen Behandlungsabbruch.

Die Beurteilung dieser erlebnisbezogenen Interessen soll von den behandelnden Ärzten durchgeführt werden. Diese Auffassung empfinde ich als sehr theoretischer Natur und im Krankenhausalltag nicht durchführbar. Des Weiteren kritisiert *Bernat*⁵⁴⁰ den OGH, der bei der Ermittlung des Patientenwillens (wie er meint aus Gründen eines – falsch verstandenen – Lebensschutzes) allgemeine Wertvorstellungen gänzlich ausblendet, und nur auf den Willen des Patienten abstellt. *Bernat* meint, dass es so sehr häufig zur Behandlung von Patienten kommen würde, die gar kein subjektives Interesse am Weiterleben mehr haben.

Bei Abwägung der widerstreitenden Meinungen erscheint mir die Meinung des OGH und der hL plausibler, denn würde man allgemeine Wertvorstellungen zur Ermittlung des mutmaßlichen Willen heranziehen, käme man allzu rasch zu einer „Tötung auf vermutetes Verlangen“ und diese wäre konsequenterweise strafbar, da schon die Tötung auf Verlangen (§ 77 StGB) strafbar ist.

⁵³⁸ *Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende? ÖJZ 2000, 361 (366).

⁵³⁹ *Bernat*, Behandlungsabbruch und (mutmaßlicher) Patientenwille, RdM 1995, 55.

⁵⁴⁰ *Bernat*, Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei einwilligungsunfähigen Patienten, JBL 2009, 131.

6.3. Zusammenfassung

Beide Seiten - strikte Abbruchsgegner wie auch Behandlungsbefürworter - sind von irrationalen Ängsten geplagt, die das Thema von Natur aus mit sich bringt, sodass kaum noch eine nüchtern sachliche Abwägung möglich ist. Abbruchsgegner leben unter der Angst, aus Irrtum und Nachlässigkeit oder aus missbräuchlichen ev ökonomischen Gründen könnte eine Behandlung eingestellt werden. Diejenigen, die im Zweifel für einen Behandlungsabbruch plädieren, leiden unter der unerträglichen Vorstellung, jahrelang als lebender Leichnam zum Objekt der Apparatedizin zu werden.

Daher erscheint mir die Rechtsprechung als richtig: Indem die Judikatur auf das Selbstbestimmungsrecht und damit auf den mutmaßlichen Willen abstellt, gibt sie jedem Gelegenheit, durch eine klar formulierte, regelmäßig zu erneuernde Patientenverfügung⁵⁴¹ ev in sinnvoller Kombination mit einer Vorsorgevollmacht⁵⁴² seine höchstpersönlichen Vorstellungen von einer „menschenwürdigen“ Behandlung so genau wie möglich festzulegen und damit ärztliches Handeln daran zu binden. Hat der Patient keine Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht erstellt, ist sein mutmaßlicher Wille⁵⁴³ zu erforschen. Bleibt das Ergebnis unklar (wie in OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07p) ist mE „in dubio pro vita“ „in dubio contra vitam“ vorzuziehen.

Nicht zuletzt müssen die Verbrechen während der Naziherrschaft – Vernichtung „lebensunwerten“ Lebens – zur Vorsicht mahnen.

Abschließend sei hier noch erwähnt, dass auch die Biomedizinkonvention des Europarats (MRB) ausdrücklich die Berücksichtigung des Patientenwillens verlangt. Nach Art 5 MRB darf eine medizinische Behandlung nur durchgeführt werden, nachdem der Patient seine freie und bewusste Zustimmung gegeben hat. Nach Art 6 Abs 1 MRB darf ein Eingriff an einer einwilligungsunfähigen

⁵⁴¹ Siehe Kap 6.3.

⁵⁴² Siehe Kap 6.4.

⁵⁴³ Wenngleich wie *Kletečka* ausführte: „Der Raum für den mutmaßlichen Willen dadurch sehr klein wird, weil dann in den meisten Fällen bereits eine beachtliche Patientenverfügung bestehen wird“; siehe *Kletečka*, Passive Sterbehilfe als Erbnwürdigkeitsgrund, Zak 2008, 333.

Person nur zu ihrem unmittelbaren Nutzen vorgenommen werden. Bleibt zu hoffen, dass Österreich nun endlich - wie das Regierungsprogramm für die 24. GP neuerlich in Aussicht stellt (S 183) – die Biomedizinkonvention ratifiziert, die inzwischen schon vier Zusatzprotokolle zur Unterzeichnung aufgelegt hat.

Kapitel 7: Sterbehilfe

1. Einleitung

Als ich vor ca 10 Jahren meinen krebskranken Vater von der stationären Behandlung nach Hause brachte, um ihm ein Sterben in seiner gewohnten Umgebung zu ermöglichen, hätte ich mich wohl vehement gegen die Aussage verwehrt, dass ich ihm Sterbehilfe leiste.

Nach *Kienapfel*⁵⁴⁴ und *Kneihs*⁵⁴⁵ fällt bereits der bloße Beistand im Sterben unter (wenn bei *Kneihs* auch nur begrifflich) die Euthanasie bzw Sterbehilfe. ME hat aber richtigerweise eine Hilfe im Sterben, die das Leben nicht beendet, mit Euthanasie nichts zu tun, weil sie nicht tötet. Dafür hat sich auch der Begriff „Sterbebegleitung“ eingebürgert. Es ist sogar denkbar, dass die „Sterbebegleitung“ das Leben durch seelischen Zuspruch, körperliche Stärkung oder durch Linderung der Schmerzen verlängert. Gerade hier sind aber die Grenzen sehr fließend, denn als ich ein Opiatpflaster (wie es häufig bei onkologischen Patienten zur Schmerzlinderung verwendet wird) auf den Rücken meines Vaters angebracht habe (nach ärztlicher Anordnung), war dieses Handeln eindeutig unter den Begriff der (wenn auch straflosen) indirekten aktiven Sterbehilfe zu subsumieren.

Was versteht man jetzt eigentlich unter dem so oft benützten und variantenreichen Begriff der Sterbehilfe? Einen Rechtsbegriff von Sterbehilfe oder Euthanasie gibt es in Österreich nicht. Auch die Rechtswissenschaft hat keinen eigenständigen Begriff der Sterbehilfe herausgebildet, daher ergeben sich die Grenzen zwischen zulässigen und verbotenen Verhaltensweisen aus den Bestimmungen des Strafrechts. In den USA, wo das Thema schon viel früher die Gerichte beschäftigt hat, steht im Unterschied zu Österreich viel weniger der As-

⁵⁴⁴ *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I² (2008), Vorbem §§ 75ff Rz 14f.

⁵⁴⁵ *Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998) 38.

pekt der strafrechtlichen Pflichten von Ärzten und Pflegepersonal im Vordergrund, als das Selbstbestimmungsrecht der Patienten⁵⁴⁶.

Euthanasie stammt aus dem Griechischen („eu-thanasia“: schöner, leichter Tod) und ist seit dem 18. Jahrhundert im deutschen Sprachgebrauch. Der Begriff findet sich bereits in der Antike und bezeichnete damals einen „guten“, schnellen, schmerzfreien Tod, wobei in der antiken Bedeutung immer nur die Todesart gemeint ist, nie der Eingriff von außen, der das Sterben beeinflusst. Die Bedeutung hat sich vom ursprünglichen griechischen Wortsinn, der allein aus der Sicht des Sterbenden geprägt war, also dahin gehend verändert, dass damit der Beitrag bezeichnet wurde, den andere zu diesem Sterben leisten. Die Vernichtung „unwerten Lebens“, wie sie während des Naziregimes unter der Bezeichnung „Euthanasieprogramm“ durchgeführt wurde, gehört begrifflich nicht hierher. Nach dem Missbrauch im Dritten Reich, ist das Wort „Euthanasie“ im deutschen Sprachgebrauch dem Ausdruck „Sterbehilfe“ gewichen.

Nach *Meyer*⁵⁴⁷ ist Euthanasie aber nicht gleichbedeutend mit Sterbehilfe, sondern meint nur jene Form von Sterbehilfe die unheilbar Kranken in ihrem besten Interesse geleistet wird, also dem Willen des Sterbenden entspricht. Sterbehilfe ist nach diesem Verständnis der weitere Begriff.

Nach *Pschyrembel*⁵⁴⁸ bezeichnet Sterbehilfe „ein Handeln, das bestimmt und geeignet ist, den erleichterten und schmerzgelinderten Tod eines unheilbar schwerkranken Menschen zu ermöglichen.“

Im juristischen Sprachgebrauch werden die Begriffe Sterbehilfe und Euthanasie synonym verwendet und die Begriffe geben keine Auskunft darüber, ob die Sterbehilfe oder Euthanasie dem Willen des Sterbenden entspricht. Der OGH stellt in OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07p bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willen auf den Willen des Patienten ab. In bestimmten Fällen ist es aber auch

⁵⁴⁶ *Bernat*, Das Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod. Zum Stand der Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika, in *Bernat*, Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod (1993) 141.

⁵⁴⁷ *Meyer's Grosses Taschenlexikon*³ (1990) Bd 6, 283.

⁵⁴⁸ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch²⁵⁶ (1990) 1585.

zulässig gegen den Willen des Patienten lebenserhaltende Maßnahmen zu beenden.⁵⁴⁹

Die Einschränkung auf Moribunde ist nicht zwingend⁵⁵⁰, sodass sich der Anwendungsbereich auch auf Fälle aussichtslos unerträglicher Schmerzen, aber ohne Letalität der Krankheit erstrecken kann („Sterbehilfe im weiteren Sinne“).

2. Strafrechtliche Bestimmungen

Das Leben wird im österreichischen Strafgesetzbuch durch die Strafdrohung für Mord bzw fahrlässige Tötung (§ 75, 80 StGB) absolut geschützt.

Andererseits ist die Selbsttötung straffrei. Problematisch wird es dann, wenn sich der zum Sterben Entschlossene eines anderen bedienen will, der ihn beim Sterben unterstützt. Zu diesem Zweck schuf der österreichische Gesetzgeber zwei Strafbestimmungen, die Privilegierungen gegenüber dem Mord darstellen. § 77 StGB der Tatbestand der „Tötung auf Verlangen“, welcher „ernstliches und eindringliches Verlangen“ des Sterbewilligen verlangt und den Tatbestand des § 78 StGB „Mitwirkung am Selbstmord“, wonach sich jeder strafbar macht, der einen anderen zum Selbstmord verleitet oder ihm dazu Hilfe leistet. Darunter fallen die Bestärkung eines Zweifelnden in seinem Entschluss, das Überreden zum Selbstmord, aber auch das Bereitstellen eines geeigneten Tötungsmittels (zB Gift). Die Abgrenzung zur Tötung auf Verlangen kann mitunter nicht leicht sein, es wird darauf abgestellt, wer schlussendlich die Tötungshandlung vorgenommen hat.

Anders verhält es sich in Deutschland und der Schweiz: In beiden Ländern fällt nur die Fremdtötung unter das Verbot der Euthanasie. In Deutschland ist die Mitwirkung an der Selbsttötung gänzlich straflos, in der Schweiz ist sie gem Art. 115 schwStGB nur bei „selbstsüchtigen Beweggründen“ strafbar. Mit § 78 StGB geht Österreich einen anderen Weg und stellt für den Bereich der Sterbe-

⁵⁴⁹ Siehe Kap.6.6.1.

⁵⁵⁰ Siehe Moos in WK² (2002) §§ 75ff StGB Rz 23, 32.

hilfe klar, dass der österreichische Gesetzgeber auch nicht akzeptiert, dass einem Sterbenskranken Gift gegeben wird, damit sich dieser freiwillig selbst das Leben nehmen kann.

3. Aktive und passive Sterbehilfe

Die gängige Einteilung wird in aktive und passive Sterbehilfe vorgenommen. Es wird gefragt, worin die Hilfe konkret besteht: Ob der Helfende aktiv tätig wird, um die jeweilige Hilfe zu leisten, oder ob er „bloß“ passiv bleibt, es also unterlässt Taten zu setzen, die das Sterben verlängern oder erschweren.

3.1. Aktive Sterbehilfe

3.1.1. Direkte aktive Sterbehilfe

Dieser Begriff bezeichnet das vorsätzliche Töten eines unheilbar Kranken durch positives Tun, um ihn mit oder ohne sein Verlangen von seinem unerträglichen Leiden zu befreien („Hilfe zum Sterben“).

Die direkte aktive Sterbehilfe ist stets strafbar gem §§ 75ff. Die Einwilligung bzw das Verlangen des Sterbewilligen kann die Rechtsgutverletzung auch in extremen Leidensfällen nicht rechtfertigen (§§ 77, 78 StGB).⁵⁵¹

Auch der EGMR sprach sich gegen eine Aufweichung dieses Verbots aus: Im Fall Diane Pretty⁵⁵², die an amyotropher Lateralsklerose litt, verweigerte er ein Recht der Kranken gegenüber dem Staat auf Gestattung strafloser aktiver Sterbehilfe. Ebenso lehnte der Europarat 2005 mit deutlicher Mehrheit einen Resolutionsentwurf zur Legalisierung der Sterbehilfe ab.

⁵⁵¹ AA Bertel/Schwaighofer, Österr Strafrecht BT I¹⁰ (2008), § 77 Rz 3.

⁵⁵² EGMR 29. 4. 2002, Diane Pretty v United Kingdom, Appl 2346/02.

In den Niederlanden ist durch Gesetz vom 10. 4. 2001 die aktive Sterbehilfe unter bestimmten Voraussetzungen legitimiert worden.⁵⁵³

3.1.2. Indirekte aktive Sterbehilfe

Die indirekte aktive Sterbehilfe erfasst Fälle der Schmerzbekämpfung mit lebensverkürzender Nebenwirkung. Die Schmerzen werden nicht wie bei der aktiven direkten Sterbehilfe dadurch beseitigt, dass der Patient von seinem Leben „erlöst“ wird, sondern der Körper soll so beeinflusst werden, dass das Leben für den Patienten erträglich ist. Die Unterstützung der Lebensqualität kann jedoch zu einem vorzeitigen Todeseintritt beitragen. Es herrscht Einigkeit, dass diese Form der Sterbehilfe nicht strafbar ist.

Die rechtliche Begründung dafür ist allerdings umstritten, denn die Verabreichung des Mittels ist kausal für den Tod, was für eine Strafbarkeit wegen Mordes ausreicht, wenn der Arzt den früheren Todeseintritt für möglich hält und sich damit abfindet. Nach der hM lässt sich die Straflosigkeit damit begründen, dass die indirekte aktive Sterbehilfe nicht in den durch die Tötungstatbestände geschützten sozial relevanten Risikobereich fällt. Innerhalb eines gewissen Grenzbereichs der relevanten Delikte soll gem der allgemein anerkannten Wertauffassung von vornherein keine objektive Zurechnung zum Tatbestand erfolgen. Es geht um die Sozialadäquanz der Handlung; dass eine schmerzlindernde Behandlung im Rahmen der Palliativmedizin durchgeführt wird, ist allgemein anerkannt und sozialadäquat, auch wenn sie zu einer Lebensverkürzung führt.

Die indirekte aktive Sterbehilfe erlaubt schmerzlindernde Maßnahmen mit unbeabsichtigter tödlicher Nebenwirkung nur dann, wenn sie jeweils in der medizinisch indizierten Dosierung verabreicht werden. Eine eindeutige Überdosierung geht in die direkte aktive Sterbehilfe über und ist gem §§ 75 oder 77 StGB strafbar, bei Fahrlässigkeit gem § 80 StGB. Die indirekte aktive Sterbehilfe ist auf Ärzte oder Personen mit ärztlicher Ermächtigung beschränkt.

⁵⁵³ Inhaltliche Wiedergabe bei *Taupitz*, Sterbebegleitung im internationalen Vergleich, JBI 2001, 558 Fn 3,16.

3.2. Passive Sterbehilfe

Darunter versteht man das Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen, indem solche gar nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden. Auch das Unterlassen kann den Tatbestand eines Tötungsdeliktes erfüllen, wenn der Arzt oder Angehörige Garantenstellung gem § 2 StGB hat und zur Lebenserhaltung verpflichtet ist. Ein Zurückweichen der Strafbarkeit ist hier jedoch in viel größerem Maße angebracht, als bei der aktiven Sterbehilfe. Der Wille (Selbstbestimmungsrecht) des tödlich erkrankten Patienten, nicht behandelt zu werden, ist die Schlüsselstelle der Straflosigkeit der passiven Sterbehilfe. Wünscht der Patient umgekehrt, dass der Arzt zu seiner Verlängerung oder Rettung des Lebens tätig werde, so ist die passive Sterbehilfe grundsätzlich unzulässig. Dann kommt das normale Behandlungsgebot aus § 2 StGB zum Tragen, und der Arzt ist wegen Unterlassung nach § 75 StGB ebenso strafbar wie bei aktiver Sterbehilfe.

Die Rechtspflicht Leben zu erhalten, endet jedenfalls, wenn das Sterben nach ärztlicher Erfahrung unabwendbar erscheint, selbst wenn der Patient den Einsatz aller technisch möglichen Maßnahmen wünscht, diese aber medizinisch nicht mehr indiziert sind. Dann erlischt die Garantenpflicht.

Juristisch gesehen macht es keinen Unterschied, ob eine Behandlung gar nicht begonnen oder eine bereits begonnene Behandlung abgebrochen wird, etwa durch Abschalten der Herz-Lungen-Maschine oder der künstlichen Beatmung. Auch wenn das Abschalten eines Behandlungsapparats nach dem äußeren Erscheinungsbild ein aktives Tun darstellt, handelt es sich nach seinem sozialen Sinn um eine Nichtvornahme und somit um das Unterlassen einer medizinischen Behandlung. Es kann normativ keine Rolle spielen, ob der Arzt zufällig das Gerät abschaltet oder es erst gar nicht einschaltet, auf Raumluft dreht oder keine Sauerstoffpatrone nachlegt. Insoweit läuft die normative objektive Zurechnung des naturalistischen Tuns auf die des Unterlassens hinaus, das Tun ist nicht anders als ein erlaubtes Unterlassen zu werten.⁵⁵⁴

⁵⁵⁴ Bernat, RdM 1995, 59; Bernat, Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod (1993) 138.

Nichts anders gilt auch für den Abbruch der künstlichen Ernährung wie etwa im Fall der amerikanischen Koma-Patientin Therry Schiavo. In diesem Zusammenhang wurde die Ansicht vertreten, das Absetzen der künstlichen Ernährung sei in Österreich jedenfalls Mord. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die künstliche Ernährung eine medizinische Behandlung ist, die jedenfalls nicht gegen den Willen des Patienten durchgeführt werden darf und auch nicht zur Basisversorgung gehört. Die Garantenpflicht des Arztes reicht nicht soweit, dass er die künstliche Ernährung so lange aufrechterhalten muss, bis der Mensch aus anderen Gründen stirbt. Ähnlich wurde auch im italienischen Fall Welby, die Beendigung der maschinellen Lebenserhaltung (auf Wunsch der entscheidungsfähigen Patientin) als „aktive“ Sterbehilfe bezeichnet.⁵⁵⁵ Dies entspricht keinesfalls der Rechtslage.

⁵⁵⁵ Schütz, Sterbehilfe – die vielen Facetten eines Problems, ÖÄZ 2007/7, 50 (51).

Teil IV: Resümee

„Der Satz „Not kennt kein Gebot“ (necessitas non habet legem)⁵⁵⁶ gilt nicht für den medizinischen Notfall“.⁵⁵⁷ Statt eines rechtsleeren Raumes bestehen zahlreiche Normen für verschiedenartige Notsituationen. Daher dürfen die Normen des Straf-, Zivil- und Verwaltungsrechts auch in medizinischen Notsituationen nicht außeracht gelassen werden.

Wenn in der Medizin die Rede von rechtlichen Normen, von Geboten und Verboten ist, dann hegen (Intensiv-) Mediziner meist die Assoziation mit „amerikanischen Verhältnissen“, mit existenzbedrohenden Haftungsprozessen uÄ. Meine Arbeit soll dazu beitragen Intensivmedizinern zu zeigen, dass die Schutzfunktion die wichtigste Funktion der Rechtsordnung ist und sie sich innerhalb ihrer Normen sicher fühlen können. Der „unerwünschten Nebenwirkung“ in der (Intensiv-) Medizin - der Schadenersatzklage des Patienten - ist leicht entgegenzuwirken, indem man sich Kenntnis dieser Rechtsvorschriften verschafft und diese auch befolgt.

Für Juristen ist es selbstverständlich, dass es eine Holschuld⁵⁵⁸ darstellt, sich Kenntnis von Rechtsvorschriften zu verschaffen; nur Mediziner denken nun mal nicht wie Juristen. Das liegt vermutlich an der grundsätzlich anders gelagerten Ausbildung; aber der viel schwerwiegendere Grund liegt mE darin, dass es Generationen braucht, bis sich dieses Wissen in den Köpfen des medizinischen Personals positiv festsetzt. Erst die jüngere Generation von Mediziner, die von den gesetzlichen Regelungen während ihrer Ausbildung erfahren und die diese nicht als Bedrohung empfinden, werden diesen Wandel vollziehen können.

Darüber hinaus handelt es sich beim Verhältnis Arzt – Patient um einen Lebensbereich, der in der jüngsten Zeit eine zunehmende Verrechtlichung erfährt,

⁵⁵⁶ *Kant*, Metaphysik der Sitten (2001) 343.

⁵⁵⁷ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁵ (2003) Rz 483.

⁵⁵⁸ § 2 ABGB.

sei es durch neue nationale und internationale rechtliche Bestimmungen sei es durch Judikatur; vor allem letzteres mag wohl auch mit einer sich verändernden Einstellung der Gesellschaft/Patienten der Ärzteschaft gegenüber zu tun haben.

Der Lebensbereich Gesundheit und Erhaltung derselben spielt in unserer Gesellschaft dank ständig verbesserter Behandlungsmethoden und damit höherer Lebenserwartung eine auch ökonomisch immer bedeutendere Rolle. Damit einher geht ein sich ständig vergrößerndes Angebot an medizinischen Leistungen, die hohe Kosten verursachen; dies trifft auch besonders auf den Bereich der Intensivmedizin zu, deren rechtliche und organisatorische Grundlagen sowie Grundzüge der Finanzierung in meiner Arbeit dargestellt sind; die besondere rechtliche Stellung des Patienten in einer Intensivabteilung wird aus verschiedenen Gesichtspunkten beleuchtet.

Die technischen Grenzen in der Intensivmedizin werden immer weiter hinaus geschoben. Neben akut lebensgefährdeten werden oftmals auch multimorbide, hochbetagte Menschen auf Intensivstationen aufgenommen.⁵⁵⁹ Der Tod scheint längst kein Geschick mehr zu sein, er scheint beeinflussbar und manipulierbar geworden zu sein. Gerade auf Intensivstationen besteht immer die Gefahr einer Entwürdigung des Sterbens inmitten einer überdimensioniert Technologie. Oft geben Intensivmediziner dem „psychologischen Druck des Machbaren“⁵⁶⁰ unreflektiert nach. Dies ruft Ängste und Unsicherheit hervor und verstärkt auch die Forderung nach Regelungen in diesem komplexen Bereich.

Wie ausgeführt, hat die „Verrechtlichung“ in der Medizin Einzug gehalten. Da sich Patienten im Bereich der Intensivmedizin oft im Zustand eingeschränkter oder fehlender Fähigkeit zur Willensbildung befinden, stellen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem (mutmaßlichen) Patientenwillen, der Vorausset-

⁵⁵⁹ *Valentin*, Intensivmedizin im höchsten Lebensalter – Errungenschaft oder Fehlentwicklung? *Wien Klin Wochenschr* (2007) 119:3-5.

⁵⁶⁰ *Schara*, Intensivmedizin zwischen Technik und Humanität, in *Beck-Gernsheim*, Welche Gesundheit wollen wir? Dilemmata des medizin-technischen Fortschritts (1995) 141ff.

zung für die Zulässigkeit jeder med Behandlung ist, ein zentrales juristisches Thema dar.

In der Intensivmedizin, wo die technische Entwicklung besonders rasch vor sich geht, wo man sich immer neuartigerer Methoden zur Behandlung schwerst kranker Patienten bedient, stellen sich darüber hinaus stets neue Rechtsfragen, die vom Gesetzgeber wegen der Schnellebigkeit nicht ausdrücklich geregelt werden können. Diese Arbeit soll einen Beitrag zur Klärung rechtlicher Fragen in der Intensivmedizin auf Basis der bestehenden rechtlichen Bestimmungen leisten sowie Anregungen für sinnvolle Weiterentwicklungen geben.

Anhang:

***Konsensuspapier der Intensivmedizinischen Gesellschaften
Österreichs:***

***Empfehlungen zum Thema Therapiebegrenzung und –
beendigung an Intensivstationen***

Konsensuspapier der Intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs

Empfehlungen zum Thema Therapiebegrenzung und -beendigung an Intensivstationen

Interdisziplinärer österreichischer Konsensus-Arbeitskreis Therapiebegrenzung an der Intensivstation

Österr. Gesellschaft für Internistische und Allgemeine Intensivmedizin (ÖGIAIM)
Österr. Gesellschaft für Anaesthesiologie, Reanimation und Intensivmedizin (ÖGARl)
Österr. Gesellschaft für Neurointensivmedizin (ÖGNIM)
Österr. Gesellschaft für Chirurgie

Präambel

Intensivmedizinisches Handeln findet zu einem großen Teil in Grenzsituationen statt, in denen die Möglichkeiten des medizinisch „Machbaren“ dem tatsächlichen Nutzen für einen Patienten gegenübergestellt werden müssen. Es besteht Einverständnis darüber, dass es Aufgabe und Ziel der Intensivmedizin ist, Leben zu erhalten und nicht Sterben zu verlängern. Darüberhinaus stellt sich aber aufgrund intensivmedizinischer Fortschritte und auch der Entwicklungen in anderen medizinischen Bereichen die Frage, ob es in einer konkreten, aussichtslos gewordenen Situation gerechtfertigt ist, eine Behandlung zu begrenzen oder zu beenden.

Intensivmedizinische Entscheidungen müssen den ethischen Grundprinzipien des Respekts vor der Autonomie und Würde des Patienten*, des Handelns zum Wohle des Patienten, der vorrangigen Vermeidung einer Schädigung, sowie der Gerechtigkeit im Umgang mit den verfügbaren Mitteln folgen [1]. Dabei handelt es sich um zutiefst ärztliche Entscheidungen, die in verantwortlicher Weise getroffen werden müssen und nicht delegiert werden können. Die Anerkennung der Begrenztheit menschlichen Lebens und damit auch der Begrenztheit therapeutischer Maßnahmen ist unabdingbarer Bestandteil einer am Menschen orientierten Intensivmedizin.

Ziele und Grenzen der Empfehlung

Die intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs verfolgen mit diesem Text folgende Ziele:

- Thematisierung des Problems der Therapiebegrenzung und -beendigung,
- Beschreibung der Rahmenbedingungen, in denen eine derartige Entscheidung erfolgen kann,
- Beschreibung der Gründe, die zu einer derartigen Entscheidung führen können,

* Der Einfachheit halber gilt in diesem Text die männliche Bezeichnung für beide Geschlechter.

- Darstellung rechtlich abgesicherter Entscheidungsgrundlagen,
- Argumentationshilfen im Gespräch mit Angehörigen und gegenüber Vorgesetzten bzw. zuweisenden Ärzten,
- Stimulation von Diskussion und Schulung der in den Entscheidungsprozess einzubeziehenden Personengruppen,
- Förderung der Ausarbeitung von lokalen stationsspezifischen Vorgangsweisen,
- Förderung der Sorge um die Würde, Angst- und Schmerzfreiheit von sterbenden Patienten an Intensivstationen,
- Einheitliche Meinungsäußerung der intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs

Wir weisen ausdrücklich auf folgende Einschränkungen dieser Empfehlung hin:

- Dieser Text bezieht sich ausschließlich auf Situationen, in denen Patienten nicht mehr in der Lage sind, eigene Entscheidungen hinsichtlich der gewünschten Maßnahmen im Sinne der Patientenautonomie zu treffen.
- Dieser Text beinhaltet keine verbindlichen Richtlinien.
- Der Umsetzung dieser Empfehlungen muss eine individuelle und eigenverantwortliche Entscheidung des behandelnden Arztes zugrunde liegen.
- Obwohl dieser Text im Konsens der maßgeblichen intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs und unter juristischer Beratung formuliert wurde, sind in der Bewertung einer konkreten Umsetzung dieser Empfehlungen im Einzelfall unterschiedliche Rechtsauffassungen nicht auszuschließen.
- Im Zusammenhang mit der intensivmedizinische Führung von Organspendern auftretende Fragen sind nicht Gegenstand der vorliegenden Empfehlungen. Nach dem mittels Hirntoddiagnostik festgestellten

Tod eines Menschen erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung zu Fragen der Therapiebegrenzung und -beendigung.

1. Grundsätzliches

Viele Religionsgemeinschaften, Standesvertretungen und medizinische Gesellschaften haben Position zur Frage bezogen, unter welchen Bedingungen medizinische Maßnahmen bzw. intensivmedizinische Interventionen nicht mehr gerechtfertigt sind und beendet werden sollten [2–6]. Es besteht ein klarer Konsens darüber, dass Intensivmedizin nicht eine Leidens- bzw. Sterbensverlängerung darstellen darf. Wenn nach bestem medizinischen Wissen eine Besserung des Zustandes nicht mehr erzielt werden kann, also keine intensivmedizinische Therapiemöglichkeit mehr besteht, ist eine Fortsetzung der nicht mehr zielführenden Maßnahmen aus ethischer und auch juristischer Sicht nicht vertretbar.

Leitsatz: Eine nicht mehr begründbare Therapie ist ethisch nicht vertretbar und kann eine Körperverletzung darstellen, sofern dadurch irreversible Abläufe nur verlängert werden.

Dies bedeutet, dass z.B. eine Beatmung beendet werden muss, wenn diese Maßnahme den irreversiblen Sterbeprozess lediglich verlängern würde und nicht mehr durch die Aussicht auf die Wiederherstellung autonomer Lebensfunktionen gerechtfertigt werden kann. Dies ist keine aktiv das Leben verkürzende Maßnahme („aktive Euthanasie“) sondern die Nicht-Durchführung oder Nicht-Weiterführung einer medizinisch nicht oder nicht mehr gerechtfertigten, das Sterben und Leiden verlängernden Maßnahme.

Nachdem der Sinn einer Behandlung nur über den Nutzen für den Patienten definiert werden kann, ergibt sich sowohl bei (primärem) Nichtvorhandensein als auch (späterem) Wegfall des Nutzens die gleiche Konsequenz. Ein primärer Therapieverzicht und ein sekundärer Therapieabbruch unterliegen daher derselben medizinischen und ethischen Beurteilung.

Leitsatz: Alle Gründe, die einen Behandlungsverzicht rechtfertigen, legitimieren auch ihren Abbruch.

Entscheidungen auf Grundlage des Kriteriums „nach bestem medizinischen Wissen besteht keine Aussicht auf Besserung des Zustandes“ werden immanent einer individuellen ärztlichen Betrachtungsweise folgen. Eine vollständige und zweifelsfreie Objektivierung dieses Entscheidungsprozesses ist auch aus wissenschaftstheoretischen Gründen nicht erreichbar. Trotzdem existieren typische klinische Konstellationen auf die das obige Kriterium zutrifft und einen irreversiblen Sterbeprozess charakterisieren. Einige dieser Situationen werden im Folgenden beispielhaft angeführt:

- Progredientes Multiorganversagen unter maximaler intensivmedizinischer Therapie ohne Aussicht auf kausalen therapeutischen Angriffspunkt,
- Terminales Versagen eines vitalen Organs ohne Aussicht auf Transplantation oder dauerhaften adäquaten Organersatz,
- Lebensbedrohliche interkurrente Erkrankung/Komplikation oder vollkommener Verlust autonomer Le-

bensfunktionen nach schwerster irreversibler zerebraler Schädigung,

- Terminales Stadium einer therapeutisch nicht mehr beeinflussbaren chronischen oder malignen Erkrankung,

Obwohl nicht primäre Aufgabe einer Intensivstation, ist es eine Tatsache, dass Sterben heute sehr häufig auf Intensivstationen stattfindet, weil medizinische Entscheidungen am Lebensende eines Menschen an die Intensivmedizin delegiert werden. Es ist jedoch keinesfalls zu begründen, dass Patienten, denen nicht mehr geholfen werden kann, auf die Intensivstation verlegt werden, dass Patienten zum Sterben aufgenommen werden. Neben der medizinischen Fragwürdigkeit dieses Vorgehens, ist damit bei knappen intensivmedizinischen Ressourcen auch eine Verletzung des ethischen Prinzips der Verteilungsgerechtigkeit gegeben.

Leitsatz: Die geplante Aufnahme an eine Intensivstation ist an das Vorhandensein einer potentiell positiven Prognose für das Weiterleben gebunden.

Eine Intensivstation sollte dem Sterben eines Patienten eine würdige Atmosphäre bieten und auch eine „Qualität des Sterbens“, eine bewusste Sterbebegleitung entwickeln. Dazu zählt insbesondere auch die Betreuung von Angehörigen eines sterbenden Patienten.

Leitsatz: Sobald einem lebensbedrohten Patienten intensivmedizinisch nicht mehr geholfen werden kann, hat die Sorge darum, dem Patienten ein Sterben in Würde zu ermöglichen, oberste Priorität.

Im Kontext der Intensivmedizin und der ihr eigenen Maßnahmen ist der Beginn eines Sterbeprozesses nicht definierbar. Der zunehmende und irreversible Verlust lebensbegründender biologischer Funktionen ist häufig erst im nicht mehr Ansprechen auf intensivmedizinische Maßnahmen erkennbar. Dies begründet die Verpflichtung des Intensivmediziners, ständig und wiederkehrend die Effekte und Ziele intensivmedizinischer Maßnahmen zu überprüfen.

Leitsatz: Die Frage nach den Zielen intensivmedizinischer Maßnahmen und deren Erreichbarkeit ist im Behandlungsprozess stets neu zu überprüfen.

2. Entscheidungsfindung

Die Beteiligten des Entscheidungsprozesses

Wenn immer möglich sollten in den Prozess der Entscheidungsfindung bezüglich Therapiebegrenzung oder Therapieabbruch alle in die Behandlung und Pflege des Patienten involvierten Personen eingebunden werden. Es kann jedoch kein Zweifel darüber bestehen, dass die Letztverantwortlichkeit in dieser medizinischen Entscheidung beim stationsführenden Arzt bzw. zuständigen Intensivmediziner liegt. In diesem Sinne sollte die Entscheidung vom verantwortlichen Arzt unter Einbeziehung des Intensivteams sowie Berücksichtigung folgender Überlegungen gefällt werden:

Patientenwille – Patientenverfügung

Hier wird nicht der einwilligungsfähige, sondern der bewusstlose bzw. sonst einwilligungsunfähige Patient berücksichtigt. Obwohl die Patientenautonomie eines der

höchsten ethischen Grundprinzipien der Medizin darstellt, kommt der (selten vorhandenen) Patientenverfügung rein juristisch nur eine begrenzte Bedeutung zu. Eine Patientenverfügung müsste sich, nach vorangegangener umfassender und detaillierter Aufklärung über einzelne intensivmedizinische Maßnahmen, auf eine konkrete Situation beziehen, um bindend zu sein. Dennoch sollte auch ein diesen Kriterien nicht entsprechender Patientenwille in den Entscheidungsprozess einfließen und wird diesen erleichtern.

Bei Erkrankungen mit absehbarem Verlauf muss eine sorgsame ärztliche Aufklärung dem Patienten die Chance ermöglichen rechtzeitig eine Willensentscheidung zu äußern, welche unter Erfüllung der oben genannten Voraussetzungen bindend ist.

Der „mutmaßliche Patientenwille“ (bei fehlender Patientenverfügung) ist wesentlich schwieriger festzustellen und könnte beispielsweise durch frühere Erklärungen des Patienten gegenüber seinen Angehörigen zum Ausdruck gebracht worden sein. Diese eventuell verfügbare Information kann im Einzelfall in den Entscheidungsprozess einfließen, es kommt ihr aber keine wesentliche juristische Bedeutung zu.

Stellung der Angehörigen

Nach österreichischem Recht kommt den Angehörigen eines Patienten keine Rechtsstellung im Hinblick auf zu treffende Behandlungsentscheidungen zu. Dennoch sollten nach Meinung der intensivmedizinischen Gesellschaften die Angehörigen und auch das soziale Umfeld des Patienten in den Entscheidungsprozess involviert werden. Dies darf jedoch keinesfalls dazu führen, dass von Angehörigen Entscheidungen erfragt werden, zu denen sie weder legitimiert noch in dieser emotionalen Extremsituation befähigt sein können.

Die überwiegende Erfahrung zeigt, dass bei entsprechendem Kontakt mit den Angehörigen, bei umfassender Aufklärung und Involvierung in den Entscheidungsprozess (ohne die Verantwortung für Entscheidungen in unzulässiger Weise an die Angehörigen zu delegieren), Konfliktsituationen äußerst selten sind. Es muss jedoch auch klar sein, dass Konflikte bei anderen Vorstellungen der Angehörigen nicht immer vermieden werden können. In diesen Einzelfällen sollte den Angehörigen, soweit dies möglich ist, durch eine (vorübergehende) Weiterführung der Therapie Zeit gegeben werden, um die Situation besser zu erfassen und zu akzeptieren.

Mitspracherecht der sonstigen betreuenden bzw. zuweisenden Ärzte

Andere betreuende Ärzte, insbesondere der hauptverantwortliche Operateur müssen in die Diskussion der Entscheidungsfindung einbezogen werden. Die prognostische Beurteilung der Vitalparameter und der Sinnhaftigkeit weiterer intensivtherapeutischer Maßnahmen obliegt dem Intensivmediziner, grundsätzlich sollte jedoch Konsens hergestellt werden.

Stellung des Intensivpflegeteams

Erfahrungsgemäß sind Pflegepersonen durch ihren intensiven und ununterbrochenen Kontakt mit dem Patien-

ten und seinem Leiden sehr sensibilisiert für die Frage nach der Sinnhaftigkeit intensivmedizinischen Handelns. Dies führt dazu, dass in vielen Fällen eine ärztliche Entscheidung bezüglich Therapiebegrenzung bzw. -beendigung früher erwartet wird als dies geschieht. Der interdisziplinären Kommunikation im Intensivteam kommt hier eine entscheidende Bedeutung zu. Auch wenn die Entscheidung zuletzt vom verantwortlichen Arzt zu fällen ist, sind die Informationen und Meinungen aus dem Pflegeteam ein unverzichtbarer Bestandteil im Prozess der Entscheidungsfindung. Es ist auf jeden Fall darauf zu achten, dass Entscheidungen zur Therapiebegrenzung vom gesamten Team mitgetragen werden können.

Seelsorger

Das Hinzuziehen von Seelsorgern oder deren Vertreter sollte auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten bzw. von Angehörigen erfolgen. Obwohl eine formale Beteiligung am Entscheidungsprozess nicht vorgesehen ist, können Vertreter der Religionsgemeinschaften eine wichtige Rolle in der Kommunikation und Bewältigung der Situation mit den Angehörigen des Patienten übernehmen.

Kommissionen

Die Gesellschaften vertreten die Meinung, dass eine Einsetzung von Kommissionen in Spitälern (die z.B. durch bestimmte Primarii, den Pflegedirektor, Personen der Spitalsseelsorge etc. gebildet werden), um Entscheidungen hinsichtlich Therapiebegrenzung zu fällen, *nicht empfehlenswert* ist. Die Entscheidungen hinsichtlich Therapiebegrenzung und Therapiebeendigung sind in der überwiegenden Zahl aufgrund medizinischer Tatsachen zu treffen. Nicht unmittelbar mit dem betroffenen Patienten und der Intensivmedizin befasste Personen haben selten den Einblick und die Erfahrung, um substantiell zum Entscheidungsprozess beizutragen. Falls eine weitere ärztliche Meinung zu einer Entscheidungsfindung beitragen soll, wird geraten, auf die Expertise von anderen erfahrenen Intensivmedizinern zurückzugreifen. Von den intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs werden entsprechend qualifizierte Intensivmediziner für die Erstellung externer Konsilien bei Bedarf nominiert.

Empfehlungen für eine strukturierte Entscheidungsfindung

Die Gesellschaften sprechen sich klar für eine strukturierte Entscheidungsfindung aus. Jede Intensivstation ist aufgefordert, sich formale Regeln zu geben, nach denen die Einbeziehung der Beteiligten und der Gesprächsprozess abläuft. Nachmals wird darauf hingewiesen, dass nach Ablauf dieser Gespräche die Letztentscheidung in der Kompetenz des verantwortlichen Arzt liegt.

Dokumentation

Rein rechtlich ist eine Dokumentation der gefällten Entscheidung nach dem KAKuG [7] erforderlich. Dies sollte auch aus Gründen der Nachvollziehbarkeit für alle Team-Mitglieder und für ein einheitliches Vorgehen nach Dienstwechsel angestrebt werden.

Wie unumstößlich sind die Entscheidungen?

Gefällte Entscheidungen sollten nie unumstößlich sein, wenn sich die Situation ändert, eine überraschende Besserung des Zustands eingetreten ist, dann müssen Entscheidungen revidiert, modifiziert oder zurückgenommen werden.

3. Durchführung von Therapiebegrenzung und Therapieabbruch

Nach der Entscheidung zu einer Limitierung oder zum Abbruch der intensivmedizinischen Maßnahmen sind verschiedene Konstellationen denkbar, die im nachstehenden Begriffsschema zusammengefasst werden.

Begriffsbestimmung

Auch in Österreich wurden in der täglichen Praxis Begriffe zur Begrenzung von Intensivtherapie üblich, jedoch meistens ohne damit eine einheitliche Definition ihrer Inhalte zu verbinden. Überlegungen zu einer Therapiebegrenzung liegt häufig eine Situation die dem kaum übersetzbaren Angloamerikanischen Terminus „Medical Futility“ entspricht, zugrunde:

„Medical Futility“

Dies bedeutet, dass von einer bestimmten Intervention kein Benefit für den Patienten zu erwarten ist. Der Begriff bezieht sich auf eine gesamtheitliche Betrachtung der Patientensituation und nicht nur einzelne Aspekte wie physiologische Auslenkungen.

Folgende deutschsprachige Terminologie ist derzeit gebräuchlich:

Therapieverzicht (primärer)

Dies bedeutet, dass ein Patient aufgrund seiner aussichtslosen Prognose nicht an die Intensivstation aufgenommen wird.

Therapiebegrenzung (sekundärer Therapieverzicht)

Dies bedeutet, dass ein bestimmtes Ausmaß Organ-supportiver Maßnahmen nicht überschritten werden soll, eine Therapiesteigerung nicht durchgeführt werden soll, keine zusätzlichen Maßnahmen ergriffen werden sollen. Die einzelnen Limitationen sollten klar definiert, dokumentiert und dem gesamten Intensivteam bekannt sein.

Beispiele: Kein Einsatz oder Dosissteigerung von Katecholaminen, keine (oder keine erneute) Intubation, keine Beatmung, keine kardiopulmonale Reanimation.

Dies entspricht den angloamerikanischen Begriffen Do-not-escalate (DNE) bzw. Do-not-attempt-resuscitation (DNAR) bzw. Do-not-resuscitate (DNR).

Therapiereduktion

Dies bedeutet, dass bereits begonnene intensivmedizinische und andere therapeutische Maßnahmen reduziert und/oder zurückgenommen werden.

Beispiele: Keine weitere Antibiotika-Therapie, Auslaufenlassen von Katecholaminen etc.

Therapiebeendigung (Therapieabbruch)

Dies bedeutet, die uneingeschränkte Beendigung jener intensivmedizinischen Maßnahmen, die im Hinblick auf

einen konkreten Krankheitsverlauf aussichtslos sind. Dies betrifft jedenfalls die Verfahren Beatmung, Katecholamin- und Vasopressorentherapie, extrakorporaler Organersatz.

Aus oben genannten Beispielen geht hervor, dass die Limitation oder Rücknahme intensivmedizinischer Verfahren auf verschiedenen Ebenen therapeutischer Maßnahmen erfolgen kann. Obwohl in der Realisierung eines Therapieabbruchs große Unterschiede zwischen Intensivstationen bestehen können [8], sollte bewusst sein, dass scheinbar „einfache“ Maßnahmen, wie die Beendigung einer antibiotischen Therapie gleich zu bewerten sind, wie die Beendigung einer Organunterstützung, wie z.B. die Beendigung einer Beatmung. In beiden Fällen wird eine aussichtslos gewordene, medizinisch nicht mehr begründbare Therapie beendet. Der dabei angewandte Grundsatz einen irreversiblen Sterbeprozess nicht zu verlängern steht im Einklang mit der im Ärztegesetz normierten ärztlichen Berufspflicht das Wohl des Kranken zu wahren [9].

Für die Wahl der zu beendenden intensivmedizinischen Maßnahmen sind aus verschiedenen Intensivstationen unterschiedliche Vorgangsweisen bekannt. Beispiele dafür sind:

- Nicht-Durchführung eingreifender Maßnahmen
 - Intubation
 - Reanimation
 - Beatmung
 - Hämodialyse/Hämofiltration
- Beendigung der antibiotischen Therapie
- Beendigung einer neuroprotektiven Therapie
- Beendigung der Therapie mit Blutprodukten
- Beendigung (Auslaufenlassen) kreislaufstützender Maßnahmen (Katecholamine)
- Beendigung der Beatmung
 - Umstellung auf 0.21 FiO₂, kein PEEP
 - Diskonnektion vom Respirator
 - Extubation (Terminal weaning)
- Beendigung der Ernährung (enteral/ parenteral)
- Beendigung jeder Flüssigkeitszufuhr

Beachte: Jede einzelne der oben angeführten Maßnahmen ist aus ethischer und rechtlicher Sicht im Hinblick auf den Grundsatz einen irreversiblen Sterbeprozess nicht zu verlängern, als völlig gleichwertig anzusehen.

Patientenwürde und Schmerzfreiheit bei Therapierückzug

Auf jeder Ebene des Therapierückzugs muss die Würde des Patienten und seine Freiheit von Angst, Schmerz und Atemnot im Vordergrund stehen. Der Einsatz von Opiaten ist in den meisten dieser Situationen unverzichtbar um dem Patienten im Sterben medizinisch beizustehen. Abgesehen von diesen Prinzipien divergieren die Auffassungen welche Maßnahmen für die basale Versorgung eines Sterbenden erforderlich sind. Die Rücknahme der Beatmung und Extubation bei einem terminalen Patienten ist denkbar, solange sichergestellt ist, dass der Patient keine Atemnot leiden oder bewusst erleben wird.

Betreuung und Pflege des Sterbenden

Auch nach einem Therapierückzug muss eine umfassende ärztliche und pflegerische Betreuung des Patienten

aufrecht erhalten werden. Dazu gehört die oben genannte Obsorge hinsichtlich Angst, Schmerz und Atemnot, sowie die Aufrechterhaltung der gesamten Grundpflege sowie abgestuften Behandlungspflege. Die Bereitstellung eines Einzelzimmers oder einer abgeschirmten Bettenposition sollte angestrebt werden und das bettseitige Monitoring (Alarmer am Bett) abgeschaltet werden.

Eine Verlegung von der Intensivstation an die Normalstation kann bei einem über einen längeren Zeitraum zu erwartenden Sterbeprozess erfolgen. Auf Wunsch der Angehörigen kann ein sterbender Patient an der Intensivstation belassen werden, um ein Abschiednehmen in der meist bereits vertrauteren Umgebung zu ermöglichen. In Einzelsituationen ist für das Abschiednehmen oder auch die Anreise der Angehörigen die kurzfristige Aufrechterhaltung von intensivmedizinischen Maßnahmen bei sterbenden Patienten zu rechtfertigen.

Für eine Qualität des Sterbens

An vielen Intensivstationen hat sich eine Kultur der Sorgfalt und Obsorge in der Betreuung von Sterbenden und Ihrer Angehörigen entwickelt. Diese Bemühungen sind vorbehaltlos zu unterstützen. Vielen administrativen Entscheidungsträgern in Krankenhäusern dürfte nicht bewusst sein, dass hier eine eminent wichtige Aufgabe der Intensivmedizin existiert, für deren wünschenswerte Erfüllung nicht nur ausreichend Personal sondern auch eine räumliche Infrastruktur erforderlich ist.

Wenn Intensivmedizin an ihre Grenzen stößt, muss alle verfügbare Kraft und Erfahrung aufgebracht werden, um den anvertrauten Patienten ein menschenwürdiges und friedvolles Sterben im Beisein der Angehörigen zu ermöglichen.

Literatur

1. Beauchamp TL, Childress JF (1994) Principles of biomedical ethics, 4th edn. Oxford University Press, New York
2. Römische Kongregation für die Glaubenslehre (1980) Ethische Grundsätze über Euthanasie. Herder Korrespondenz 34: 451–454
3. Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin (1999) Grenzen der intensivmedizinischen Behandlungspflicht. Anästh Intensivmed 40: 96–99
4. Society of Critical Care Medicine Ethics Committee (1997) Consensus statement of the Society of Critical Care

Medicine's Ethics Committee regarding futile and other possibly inadvisable treatments. Crit Care Med 25: 887–891

5. Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (1999) Medizinisch-ethische Richtlinien zu Grenzfragen der Intensivmedizin. Schweizerische Ärztezeitung 4: 80
6. Carlet J, Thijs LG, Antonelli M, et al (2004) Challenges in end-of life care in the ICU. Statement of the 5th International Consensus Conference in Critical Care: Brussels, Belgium, April 2003. Intensive Care Med 30: 770–784
7. Krankenanstalten- u. Kuranstaltengesetz § 10 Abs 1 Z 2
8. Schobersberger W, Fries D, Hasibeder W, et al (1999) Durchführung therapielimitierender Maßnahmen an Intensivmedizinischen Stationen: Therapieabbruch, Therapiereduktion und Therapieverzicht an den Intensivmedizinischen Abteilungen der Universitätskliniken Innsbruck. Wien Klin Wochenschr 111: 802–809
9. Ärztegesetz 1998 § 49 (1)

Redaktion

Univ.-Doz. Dr. A. Valentin, Univ.-Prof. Dr. W. Druml, Univ.-Prof. Dr. H. Steltzer.

Teilnehmer des Konsensus-Arbeitskreis und Manuskriptreviewer

Univ.-Prof. Dr. P. Sporn, Univ.-Prof. Dr. K. Lenz, Univ.-Prof. Dr. C. Krenn, Univ.-Prof. Dr. F. Lackner, Univ.-Prof. Dr. M. Hiesmayr, Univ.-Prof. Dr. A. Laggner, Univ.-Prof. Dr. R. Roka, Hon.-Prof. MR Dr. G. Aigner, Dr. H. Vesely, Univ.-Prof. Dr. W. Ilias, Univ.-Prof. Dr. E. Schmutzhard, Univ.-Prof. Dr. Ch. Kopetzki, Univ.-Prof. Dr. U. Körtner, Univ.-Prof. Dr. P. Lechleitner, Univ.-Prof. Dr. C. Madl, Univ.-Prof. Dr. K. Ratheiser, Univ.-Prof. Dr. P. Sziostronek, Univ.-Prof. Dr. C. Wiedermann, Univ.-Prof. Dr. M. Joannidis, DGKP G. Eisenbeutel, Univ.-Prof. Dr. L. Kramer, Univ.-Prof. Dr. H.P. Schuster, Univ.-Prof. Dr. J. Slany, Dr. W. Heindl, Univ.-Prof. Dr. K. Lindner, Dr. G. Sumann.

Korrespondenz: Doz. Dr. Andreas Valentin, 2. Medizinische Abteilung, Krankenanstalt Rudolfstiftung, Juchgasse 25, 1030 Wien, Österreich,
E-mail: andreas.valentin@wienkav.at

Literaturverzeichnis

- Ackerknecht*, Geschichte der Medizin⁴ (1979).
- Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts II⁵ (1953) 27.
- Amelung in Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 24ff (32).
- Antonioli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 105.
- Ärztewoche 24/2004.
- Aigner*, Die Leistungsverpflichtung der Krankenhäuser, in *Jabornegg ua* (Hrsg), Planung und Finanzierung der Krankenbehandlung (2004) 42f.
- Aigner*, Die Patientenverfügung – zur Entstehungsgeschichte des PatVG, FamZ 2006, 66.
- Aigner*, Das Patientenverfügungs-Gesetz – Historie und Ausgangslage, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 74.
- Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998. Kommentar³ (2007).
- Apathy*, §§ 1010, 1026 ABGB, in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ (2006).
- Attlmayr*, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des „Bezugnehmens“ auf Normen anderer Rechtssetzungsautoritäten, ÖJZ 2000, 96.
- Bachinger*, Die Patientenverfügung. Fragen und Antworten, FamZ 2006, 79.
- Bachinger in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 106.
- Barfuß/Steiner*, Zu den Dienstpflichten von Klinikvorständen, RdM 1996, 12ff.
- Barta*, Zur „Sorge um sich“ am Lebensende, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 59.
- Barth*, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 57ff.
- Barth*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596 (603).

- Barth*, in Bundesministerium für Justiz, Recht und Würde im Alter (2005) 184.
- Barth*, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den Arzt, FamZ 2006, 72f.
- Barth*, Ärztliche Behandlungsentscheidung und Recht, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 119.
- Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 183ff.
- Baumgartner*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2006) 32f.
- Bernat*, Das Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod. Zum Stand der Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika, in *Bernat*, Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod (1993) 138, 141.
- Bernat*, Behandlungsabbruch und (mutmaßlicher) Patientenwille, RdM 1995, 59.
- Bernat*, Das Patiententestament – Überlegungen zum Behandlungsabbruch, in *Kopetzki*, Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 79ff.
- Bernat*, in *Barta/Kalchschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 231.
- Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? EF-Z 2006, 42, 75.
- Bernat*, § 9 PatVG, in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³ ErgBd, Patientenverfügungsgesetz (2007).
- Bernat*, Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei einwilligungsunfähigen Patienten, JBL 2009, 131.
- Bertl*, § 110 StGB, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2000).
- Bertel/Schwaighofer*, Österr Strafrecht BT I¹⁰ (2008), § 77 StGB Rz 3.
- Bernat/Gaberc*, Das österreichische Patientenverfügungs-Gesetz: ein Schritt vorwärts, zwei zurück, GesR 2007/1,1.
- Bundesministerium für Gesundheit*, Krankenanstalten in Zahlen (2008).
- Bundesministerium für Gesundheit*, Österreichischer Strukturplan Gesundheit 2008, 36ff.

- Bundesministerium für Gesundheit*, Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung Modell 2010.
- Burgstaller/Fabrizy* in *Höpfl/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2006) § 84 Rz 6, 17.
- Burgstaller/Schütz* in *Höpfl/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2006) § 90.
- Bydlinski*, Verträge über ärztliche Leistung, in *Rechberger/Welser* (Hrsg), FS Kralik (1986) 359ff.
- Bydlinski*, JBI 1995, 556f.
- P. Bydlinski*, § 1026 ABGB, in Kurzkomentar zum ABGB (2005).
- Christian*, Patientenverfügungsregister der österreichischen Rechtsanwälte, AnwBI 2006, 496.
- Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁶ (2008) Rz 212.
- Dézszy/Spann*, Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung, in *Mazal* (Hrsg), Krankenanstaltenfinanzierung (1995) 33.
- Dopplinger*, Die Funktion der Privatversicherung, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 119.
- Dujmovits*, Recht der freien Berufe, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I² (2007) 420f.
- Edlbacher*, Ein paar allgemeine Anmerkungen zum Sachwalterschaftsgesetz, ÖJZ 1985, 161 (164).
- Engljähringer*, Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 496.
- Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996).
- Ennöckl/Stöger*, Ärztliche Honorare in der Sonderklasse: Viel Neues vom VfGH, ZfV 2007, 770.
- Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2002, 293 (296).
- Fuchs*, Zur Haftung des Belegarztes, RdM 2002/43, 138.
- Fuchs/Reindl*, Strafrecht BT I (2003) 17.

- Froschauer*, Anstaltspflege. Angebotsverpflichtungen öffentlicher Krankenanstalten unter besonderer Berücksichtigung krankenhausesfinanzierungs- sowie sozialversicherungsrechtlicher Aspekte, *SozSi* 2003, 557f.
- Ganner*, Individuelle Selbstbestimmung, in *Barta/Kalchschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 132.
- Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 345ff.
- Geppert*, Entscheidungsbesprechung: Verwendungsanspruch bei Heilbehandlung, *RdA* 1987, 50.
- Geppert*, Das Dreieck: Patient – Sozialversicherung – Krankenanstalt, in *ÖJK* (Hrsg) Strukturfragen des Rechtsschutzes (1987) 151ff.
- Giesen*, Arzthaftungsrecht⁴ (1995) 62.
- Gitschthaler*, Einige Probleme des neuen Sachwalterrechts und der Versuch einer Lösung, *ÖJZ* 1985, 193 (198).
- Gmeiner/Kopetzki*, *ZBiopolitik* 2005, 73.
- Grimm*, Die Weisungsbindung des Spitalsarztes (1999).
- Grimm*, Haftungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Tätigkeit bundesbediensteter Ärzte an Universitätskliniken, *ÖKZ* 6+7/2001, 6.
- Grimm*, Neuerlich: Haftungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Tätigkeit bundesbediensteter Ärzte an Universitätskliniken, *ÖKZ* 11/2001, 7.
- Grimm*, Die rechtlichen Grundlagen der medizinischen Leistungen bundesbediensteter Ärzte an Universitätskliniken, *RdM* 2002/14.
- Grimm*, Die Haftung für Behandlungsfehler bundesbediensteter Ärzte an Universitätskliniken, *RdM* 2003, 36.
- Harrer* in *Kopetzki/Zahl*, Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 44.
- Hofmann*, Die Aufklärungspflicht des Arztes im Lichte der Rsp des OGH, *RZ* 1998, 80.
- Holzer*, Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in *Holzer/ Posch/Schick* (Hrsg), Arzt und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 7, 26.
- Holzer*, Schadenersatzrechtliche Konsequenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus österreichischer Sicht, in *FS Wolfgang Gitter* (1995) 375 (356).

- Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994) 50ff (232).
- Hopf*, § 216 ABGB, in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB² (2007).
- Inthorn/Kletečka-Pulker*, Die Patientenverfügung als ein Weg zum „guten Sterben“?, iFamZ 2008, 139.
- Joklik*, Das „Hatlauer-Urteil“ des EuGH und seine Folgen für die Bedarfsprüfung, RdM 2009, 88.
- Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005).
- Kant*, Metaphysik der Sitten (2001) 343.
- Kantner-Rumplmaier/Lorenz*, Stress und Burnout auf Intensivstationen, Intensivmed (2009), 46:330-370.
- Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555ff.
- Kerschner*, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg) 209.
- Kert*, Sterbehilfe, JAP 2005, 34.
- Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I² (2008), Vorbem §§ 75ff Rz 14f.
- Killinger*, Die Besonderheiten der Arzthaftung im medizinischen Notfall (2009) 118.
- Kletečka*, Einwilligung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2004ff) I/135.
- Kletečka*, Passive Sterbehilfe als Erbuwürdigkeitsgrund, Zak 2008, 333.
- Kletečka-Pulker*, Rechtsgrundlagen der Behandlung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2004ff) I/3.
- Kletečka-Pulker*, Checkliste Patientenverfügung, FamZ 2006, 76.
- Kletečka-Pulker*, Grundzüge und Zielsetzungen des Patientenverfügungsgesetzes, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 82.
- Kletečka-Pulker*, Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009/67, 114.
- Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998).
- Kneihs* in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 66.

- Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007).
- Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie über die rechtlichen, ethischen und faktischen Erfahrungen nach In-Kraft-Treten des Patientenverfügungs-Gesetzes (PatVG) (2009); zitiert als „Studie“.
- Kopetzki*, Turnusärzte und Famulanten (1990) 26ff.
- Kopetzki*, Unterbringungsrecht I und II (1995).
- Kopetzki*, Zur fachärztlichen Versorgung in Krankenanstalten, RdM 1995, 123.
- Kopetzki*, Einleitung: Patientenrechte zwischen normativem Anspruch und ökonomischen Zwängen, in *Kopetzki/Zahl*, Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 9ff.
- Kopetzki*, Entscheidungsbesprechung RdM 2000/2.
- Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in *Taupitz* (Hrsg), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweite geltende Regelung? (2002) 197ff.
- Kopetzki* in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1 (5).
- Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten, Ethik Med 2004, 275ff.
- Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I² (2007) 467.
- Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 128ff.
- Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 197f.
- Kopetzki*, Entscheidungsbesprechung, RdM 2007, 148.
- Kopetzki*, „Off-label-use“ von Arzneimittel, in FS Raschauer (2008) 87f.
- Kopetzki*, Patientenverfügung: Ist alles Machbare auch rechtlich geboten? in *Kröll/Pateter/Schwepe* (Hrsg), Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin (2009) 38ff.

- Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg),
Finanzielle Grenze des Behandlungsanspruchs(2010) 9.
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984).
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 4/96ff.
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006).
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007).
- Krejci*, Persönliche Behandlungspflicht von Vertragsärzten, *SozSi* 1991/10,
478 (483).
- Kröll*, Harmonisierte Patientenrechte in der Europäischen Union, *ZfV* 2009, 540.
- Kucher/Steinbereithner*, Intensivstation, Intensivpflege, Intensivtherapie (1972).
- Kunz/Gepart*, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwir-
kenden Juristen – am Beispiel des Rechtsanwalts, *FamZ* 2006, 81 (82).
- Lehner*, 10 Jahre Krankenanstaltenfinanzierung in Österreich (2008) 47 (48).
- Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB³ (1992) § 3 Rz 42.
- Lukas*, Haftung des Werkunternehmers für den Hersteller eines Vorproduktes
als Erfüllungsgehilfen, *JB* 2004, 648.
- Maleczky*, Wenn Todgeweihte sterben möchten, *iFamZ* 2008, 141.
- Mangold/Mascherbauer/Peintinger/Kopetzki*, Behandlungsablehnung trotz vita-
ler Indikation, *RdM* 2010/4.
- Markl/Pittl*, Ausgewählte Fragen der Erfüllungsgehilfenhaftung beim ärztlichen
Behandlungsvertrag, *ÖJZ* 1997, 774f.
- Maurer/ Tschugguel*, Sachwalterrecht² (1997) § 273 Rz 22.
- Mayer*, Arzthonorare im Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht,
Krankenanstaltenrecht und Steuerrecht, in *Doralt ua* (Hrsg), *FS Stoll*
(1990) 197.
- Mayer*, Die Bereitstellung von Krankenanstalten, in *Schrammel* (Hrsg), Rechts-
fragen der ärztlichen Behandlung (1992) 57f, 70;
- Mayer*, Ansprüche der Krankenanstaltenträger gegen Patienten der Sonder-
klasse, in *Mazal* (Hrsg), Krankenanstaltenfinanzierung (1995) 141.

- Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁴, Kurzkommentar (2007) Art 18 Anm II.5.
- Mazal*, Sonderklassenhonorare und Abteilungsgliederung an Universitätskliniken, ÖJZ 1991, 366.
- Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992).
- Mazal*, Die Behandlung in der Sonderklasse, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 75.
- Mazal*, Rechtsfragen der Abgeltung der Behandlung sozialversicherter Patienten in der Sonderklasse, in *Mazal* (Hrsg), Krankenanstaltenfinanzierung. Rechtsgrundlagen und Ökonomie (1995) 139, 157.
- Mazal*, Zur Zusammenarbeit unter Ärzten sowie zwischen Ärzten und Nichtärzten in Krankenanstalten, in *Tomandl* (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen (1996) 29.
- Mazal*, Heranziehung von Hilfspersonen durch Ärzte – berufsrechtliche Aspekte, RdM 1996, 35.
- Mazal*, Subsidiaritätsprinzip, Entscheidungsstrukturen und Vertrauen, RdM 1996, 36ff.
- Mazal*, Arbeitszeitschutz für Turnusärzte – europarechtliche Überlegungen, RdM 1996, 163.
- Mazal*, Sonderklassehonorierung: ein gordischer Knoten?, RdM 1996, 1, Editorial.
- Mazal*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der Sozialen Krankenversicherung, in *Kopetzki/Zahl* (Hrsg), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 28.
- Mazal*, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in *Mazal* (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 27ff.
- Mazal*, Wettbewerb und ärztliches Berufsrecht, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung (2000) 85ff.
- Mazal*, Gruppenpraxis versus Anstaltsbegriff, RdM 2000, 129.
- Mazal*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ignorieren?, RdM 2006, 161.
- Mazal*, Sozialrechtliche Aspekte des Patientenverfügungs-Gesetzes, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 160f.

Medical Tribune 09/2007.

Memmer, Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 1 (23f).

Memmer in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2003) I/317f.

Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163ff.

Memmer, Patientenverfügungen – Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, FamZ 2006, 69ff.

Moos, §§ 75ff StGB, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2002).

Moritz, Der Österreichische Strukturplan Gesundheit (ÖSG), SoSi 2005, 108.

Mühlbacher, Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot aus der Sicht des Klinikers, in *Kopetzki/Zahl* (Hrsg), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 19f.

Neuhold/Hummer/Schreuer (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁴ (2004) Rz 877.

Öhlinger, Der Nierensteinzertrümmerer im Recht, ZfV 1987, 14.

Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ (2007).

Ofner in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 189ff.

Pesendorfer in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 383ff.

Pesendorfer/Traar, Internationale Aspekte der Patientenverfügung, iFamZ 2008, 370.

Pilz, Zur strafrechtlichen Verantwortung von Krankenanstalten nach dem neuen Unternehmensstrafrecht, RdM 2006, 102.

Pitzl/Huber/Lichtenegger, Der Sorgfaltsmaßstab des behandelnden Arztes „Wissen, Können und Bemühen“, RdM 2007, 4.

Pircher, Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten (2002).

Pogacar, Wann ist eine Patientenverfügung verbindlich? Zak 2006, 223.

- Pollak/Potoyka* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 602.
- Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch²⁵⁷ (1994).
- Radner*, Die Ausübung medizinischer Tätigkeiten durch MTD, MTF, SHD und Hilfspersonen iS des ÄrzteG, RdM 1998, 176ff.
- Raschauer*, Zur Zulässigkeit landesgesetzlicher Regelungen auf dem Gebiet der Arzthonorare, in *Aigner/Resch/Wallner* (Hrsg), Gmundner Medizinrechtskongress 2008 (2009) 11, 20.
- Rebhahn*, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Auslagerung bei Anstaltspflege, in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Schnittstelle Krankenversicherungs- und Krankenanstaltenrecht (2004) 37, 49.
- Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298), (1975) 304ff.
- Reischauer*, Verschulden und Beweislast, ZVR 1978, 97ff (102ff).
- Reischauer*, Neuere Rechtsprechung und Lehre zu § 1298 ABGB, JBI 1998, 481f (569f).
- Reischauer*, § 1313a ABGB, in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB³(2004).
- Resch*, Zur Rechtsgrundlage der ärztlichen Aufklärungspflicht, RdM 1996, 170ff.
- Resch*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Ökonomie und Krankenversicherung (2001) 20f.
- Resch* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 40.
- Rill*, Die rechtliche Problematik des Dreiecks „Sozialversicherungsträger – Krankenanstaltenträger – Sozialversicherter“ in *Tomandl* (Hrsg) Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1975) 95.
- Roxin*, Medizinstrafrecht (2001) 103.
- Rummel*, § 863, 869 ABGB, in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2000).
- Tipold* in *Aigner* ua (Hrsg), HB Medizinrecht (2003) II/43.
- Tumler/Weiß*, Wer soll das bezahlen? Die Finanzierung der Anstaltspflege bei Auslandsüberstellung, SozSi 2002, 459.
- Schara*, Intensivmedizin zwischen Technik und Humanität, in *Beck-Gernsheim*, Welche Gesundheit wollen wir? Dilemmata des medizin-technischen Fortschritts (1995) 141ff.

- Schauer*, „Vorsorgevollmacht“ für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts, RZ 1998, 100 (102f).
- Schauer*, 20 Jahre Sachwalterrecht – Sinn, Zweck und Alternativen, RZ 2004, 206f (208).
- Schauer*, Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006, FamZ 2006, 150.
- Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes, ÖJZ 2007, 219ff.
- Schick*, Fremd- und Selbstbestimmung zum Tode im Lichte strafrechtlicher Wertungen, in GedS Zipf (1999) 413.
- Schmoller* in *Triffterer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (1992) § 110 Rz 82, 96.
- Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende? ÖJZ 2000, 361ff.
- Schneider*, Art 152 EGV, in *Mayer* (Hrsg) EUV/EGV (2004).
- Schrammel*, Die Sonderklasse öffentlicher Krankenanstalten, in *Martinek/Wachter* (Hrsg), FS Schnorr (1988) 421ff.
- Schrammel*, Krankenanstaltengesetz und Sozialversicherung, ZAS 1990, 109.
- Schrammel*, Die Sonderklasse als Wahlanstaltspflege, in *Tomandl* (Hrsg), Schnittstelle Krankenversicherungs- und Krankenanstaltenrecht (2004) 97f, 108.
- Schütz*, Sterbehilfe – die vielen Facetten eines Problems, ÖÄZ 2007/7, 50 (51).
- Schwamberger*, Neues aus Gesetzgebung und Verwaltung: § 46 verfassungswidrig?, RdM 1994, 58.
- Siedl*, Internationales Sozialversicherungsrecht, in *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 773 (Stand 19. Ergänzungslieferung).
- Stärker*, Rufbereitschaft, tägliche Ruhezeit und ausgefallene Normalarbeitszeit im Bereich des Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetzes, RdM 2002, 46.
- Stärker*, Rufbereitschaft im Arbeits-, Dienst-, Krankenanstalten- und ärztlichen Berufsrecht, RdM 2003, 84.

- Stärker*, § 3 ÄrzteG, in *Emberger/Wallner* (Hrsg), Ärztegesetz 1998 mit Kommentar (2004).
- Stärker*, Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie (2006).
- Stärker*, Freie Arztwahl – Vorschlag einer Neuregelung, RdM 2007/28 (51).
- Steinbereithner/Bergmann* (Hrsg), Intensivstation, Intensivpflege, Intensivtherapie² (1984).
- Steiner*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, JBI 182, 169.
- Steiner*, Rechtsfragen der Rufbereitschaft, RdM 1997, 80.
- Steiner*, Arzthonorar in der Sonderklasse. Zivil- und arbeitsrechtliche Aspekte der Sonderklassegebühren in öffentlichen Krankenanstalten (2004).
- Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung (1977) 60.
- Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I (1999) 64, 110.
- Stöger*, Qualitätssicherung an der Schnittstelle zwischen Medizin und Recht, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Qualitätssicherung für Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (2003) 35 (52ff).
- Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008).
- Stormann*, § 146c ABGB, in *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB I³ (2005).
- Strasser*, § 1010 ABGB, in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2000).
- Strasser*, §§ 1020 – 1026 ABGB, in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2000).
- Stix-Hackl*, Gesundheit in der erweiterten Union: Herausforderungen und Lösungsansätze, RdM 2006, 12.
- Stöger*, Gemeinschaftswidrigkeit der Bedarfsprüfung für selbständige Ambulatorien (für Zahnheilkunde), RdM 2009, 85.
- Taucher*, Das gebührenrechtliche Äquivalenzprinzip, in *Krejci/Ruppe* Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992) 85ff.
- Taupitz*, Sterbebegleitung im internationalen Vergleich, JBI 2001, 558 Fn 3,16.
- Valentin*, Intensivmedizin im höchsten Lebensalter – Errungenschaft oder Fehlentwicklung? Wien Klin Wochenschr (2007) 119:3-5.

- Vanas*, Szenarien der gesetzlichen Krankenversicherung im EG-Binnenmarkt, SoSi (1992), 61 (69).
- Voppichler*, Die Rechtsgrundlagen zur Durchsetzung schadenersatzrechtlicher Ansprüche der Patienten, ÖJZ 1996, 96.
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 135, 275.
- Weitzenböck*, § 283, 284h ABGB, in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB I³ (Ergänzungsband 2007).
- Werner*, Anästhesie und Intensivmedizin – quo vadis, in *Kröll/Pateter/Schwepe*, Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin (2009) 5 (8).
- Wilhelm*, Zulieferer als Erfüllungsgehilfe, ecolex 2004, 608.
- Willinger*, Ethische und rechtliche Aspekte der ärztlichen Aufklärungspflicht (1996) 170.
- Windisch-Graetz*, Kassenfreier Raum und Anstaltspflege, ZAS 1994, 37 (40f).
- Windisch-Graetz*, Grundversorgung und Zusatzleistungen im Bereich der Krankenhausbehandlung, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Planung und Finanzierung der Krankenhausbehandlung (2004) 117 (118).
- Zeinhofer*, Der Begriff des Arzneimittels und seine Abgrenzung von anderen Produktkategorien (2007) 44ff, 207ff.

Abstract

In the case of a medical emergency, doctors, nurses and the whole emergency team has to be very concentrated and to act together in perfection and efficiently. The work at an intensive care unit is hard and stressful, typically nobody thinks about legal regulations when human life is in serious danger.

It has to be kept in mind, however, that even in life-threatening situations everybody is bound by the provisions of criminal and civil law as well as administrative rules. Talking about legal provisions in medicine physicians are often frightened of excessive claims for medical injury compensation. The thesis shows that, to the contrary, medical staff may feel safer when knowing the legal requirements and complying with them.

The challenge is to convince medical staff of the protective function of the law.

Due to the medical progress people get older and expenses for medical treatment especially at intensive care units are rising rapidly. Which services are covered by private health insurance in case of intensive care treatment, can a patient benefit from a private health insurance during treatment at an intensive care unit or are insurance companies, doctors and hospitals benefitting from private health insurances? The thesis explains that by law there is no difference in treatment at intensive care units regardless whether a patient signed a private health insurance or not.

Another aspect covered by the study deals with the death at the intensive care unit without pain. On the one hand most patients are analogized; the limit to illegal euthanasia, however, is easily surpassed. On the other hand there is always the danger that patients are kept alive by high-end medicine and doctors quasi get in competition with the death. Patients therefore may be frightened of treatment in a high-tech hospital area and not being allowed to die. The main problem in these circumstances is the decision making when the patient is not

able to agree to the medical treatment; this could be in the case of minors as well as in the case of patients who are not able to communicate anymore because of their injuries or diseases.

The thesis of Kathrin Adamer should be a helpful tool for medical staff as well as for patients and clarify legal issues on the basis of Austrian law.

Curriculum Vitae

Kathrin Adamer
(geb.06.05.1975)

1996	Diplomierung zur Gesundheits- und Krankenschwester mit ausgezeichnetem Erfolg am LKH Klagenfurt
1996 – 2004	Tätigkeit als Gesundheits- und Krankenschwester auf interdisziplinären Intensivstationen (LKH Klagenfurt, PK Villach, AKH Wien)
2004 – 2009	Studium der Rechtswissenschaften Universität Wien
Juni 2009	Sponsion zur Magistra der Rechtswissenschaften
2009 – 2010	Doktoratstudium der Rechtswissenschaft Universität Wien
seit Mai 2010	Juristin an der Rechtsabteilung der Medizinischen Universität Wien
...2011	Promotion zur Doktorin der Rechtswissenschaften