

# RECHT **RdM** DER MEDIZIN

Schriftleitung **Christian Kopetzki**

Redaktion **Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Dietmar Jahnel, Karlheinz Kux,  
Matthias Neumayr, Reinhard Resch, Hannes Schütz, Helmut Schwamberger,  
Johannes Wolfgang Steiner, Felix Wallner, Johannes Zahl**

April 2009

02

73 – 104

## Beiträge

### **Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung**

*Clemens Kaupa* ➔ 76

### **Slowenien: Regelung des Stellvertreters in Gesundheitsangelegenheiten und der Patientenverfügung**

*Erwin Bernat und Sabrina Gaberc* ➔ 83

„Öffentlichkeitsrecht“ im Krankenanstaltenrecht *Peter Steiner* ➔ 89

## Gesetzgebung und Verwaltung

Medizinproduktegesetz ➔ 93

EWR-Qualifikationsnachweise:

- Gesundheits- und Krankenpflege ➔ 93
- Zahnärzte ➔ 94
- Hebammen ➔ 94

## Rechtsprechung

### **Aufklärung vor Diagnoseeingriff** ➔ 96

## Disziplinarrecht

Anwendungsbereich des Disziplinarrechts ➔ 103

Unberechtigte Titelführung ➔ 104

# Aktuelle Rechtsprechung in Leitsätzen

Nr 10–19

## → Arzneimittel- und Apothekenrecht

Art 1, Art 2 Abs 2 RL 2001/83/EG idF RL 2004/27/EG

RdM-LS 2009/10

Abgrenzung zwischen Arzneimitteln und Nahrungsergänzungsmitteln

1. Anders als der Begriff des Präsentationsarzneimittels, dessen weite Auslegung den Verbraucher vor Erzeugnissen schützen soll, die nicht die Wirksamkeit besitzen, welche sie erwarten dürfen, soll der Begriff des Funktionsarzneimittels diejenigen Erzeugnisse erfassen, deren pharmakologische Eigenschaften wissenschaftlich festgestellt wurden und die tatsächlich dazu bestimmt sind, eine ärztliche Diagnose zu erstellen oder physiologische Funktionen wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen. Art 2 Abs 2 RL 2001/83/EG idF RL 2004/27/EG ist daher so auszulegen, dass die RL nicht auf ein Produkt anzuwenden ist, dessen Eigenschaft als Funktionsarzneimittel wissenschaftlich nicht nachgewiesen ist, ohne dass sie ausgeschlossen werden kann.

2. Diese Auslegung stellt die Rsp nicht in Frage, wonach es beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts möglich ist, dass bei der Einstufung von Erzeugnissen noch Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. So ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Mitgliedstaat die Eigenschaft eines Produkts als Funktionsarzneimittel als erwiesen ansieht, während ein anderer der Ansicht ist, dass ein diesbezüglicher Nachweis nach gegenwärtigem Stand der Wissenschaft nicht erbracht ist.

3. Für die Qualifikation eines Produkts als Funktionsarzneimittel sind (auch nach der Neufassung der Arzneimitteldefinition durch die RL 2004/27/EG) die Kriterien der Modalitäten seines Gebrauchs, des Umfangs seiner Verbreitung, der Bekanntheit bei den Verbrauchern und der Risiken, die seine Verwendung mit sich bringen kann, weiter relevant.

4. Ein Produkt ist nicht als Funktionsarzneimittel anzusehen, wenn es aufgrund seiner Zusammensetzung – einschließlich der Dosierung seiner Wirkstoffe – und bei bestimmungsgemäßer Anwendung die physiologischen Funktionen nicht in nennenswerter Weise durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherstellen, korrigieren oder beeinflussen kann.

EuGH 15. 1. 2009, Rs C-140/07

**Anmerkung:** Die Bedeutung der „red-rice-Kapsel“-E liegt va in der Klarstellung der bislang strittigen Auslegung des Art 2 Abs 2 RL 2001/83/EG idF RL 2004/27/EG („In Zweifelsfällen, in denen ein Erzeugnis unter Berücksichtigung aller seiner Eigenschaften sowohl unter die Definition von ‚Arzneimittel‘ als auch unter die Definition eines Erzeugnisses fallen kann, das durch andere gemeinschaftliche Rechtsvorschriften geregelt ist, gilt diese Richtlinie“). Aufgrund des unklaren Wortlauts dieser Bestimmung wurde in der Literatur überwiegend, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, die Auffassung vertreten, dass es sich um eine „Zweifelsregel“ für jene Fälle handle, in denen die Eigenschaft als Arzneimittel zwar nicht mit letzter Sicherheit festgestellt, aber auch nicht ausgeschlossen werden könne. Mit dem Postulat des wissenschaftlichen Nachweises der arzneimitteltypischen Wirkungen möchte der EuGH Art 2 Abs 2 jedoch unmissverständlich nicht als „Zweifelsregel“ verstanden wissen, sondern

schlicht als „Vorrangregel“ idS, dass im Falle einer möglichen Konkurrenz verschiedener Regelungssysteme das arzneimittelrechtliche als *lex specialis* vorgeht.

Präzisierungsbedürftig ist in diesem Zusammenhang die Aussage des EuGH zu den möglichen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten in der wissenschaftlichen Bewertung eines Produkts. Dies erscheint im Hinblick auf den sonst (va im nationalen Haftungsrecht) angelegten Maßstab des internationalen Standes der Wissenschaft auf den ersten Blick befremdlich. Aus der bisherigen Rsp des EuGH und unter Zugrundelegung der Anforderungen des freien Warenverkehrs ergibt sich jedoch, dass der EuGH den Mitgliedstaaten nur dort einen gewissen Beurteilungsspielraum zugesteht, wo noch Unsicherheiten in der wissenschaftlichen Forschung bestehen und es eben noch keinen einheitlichen europäischen Standard gibt.

Was die Kriterien zur Abgrenzung zwischen Arzneimitteln und Lebensmitteln, insb Nahrungsergänzungsmitteln betrifft, bestätigt der EuGH seine E v 15. 11. 2007, Rs C-319/05 (siehe dazu *Zeinhofer*, Zum Stand der Harmonisierung im europäischen Arzneimittelrecht am Beispiel von Knoblauchkapseln, RdM 2008/45).

*Claudia Zeinhofer*

§ 351 c Abs 7 und § 351 d Abs 1 ASVG; Art 6 RL 89/105 [Transparenz-RL]

RdM-LS 2009/11

Entscheidungsfristen des ASVG über die Aufnahme eines Arzneimittels in den Erstattungskodex entsprechen nicht der Transparenz-RL

1. Das Verfahren über Anträge auf Aufnahme eines Arzneimittels in den Erstattungskodex muss den Anforderungen der Transparenz-RL entsprechen.

2. Die in Art 6 Nr 1 Transparenz-RL festgesetzte Entscheidungsfrist (von 90 bzw 180 Tagen ab Antragseingang) ist eine Ausschlussfrist, die von den Mitgliedstaaten nicht überschritten werden darf.

3. Das im ASVG vorgesehene Verfahren zur Aufnahme von Arzneimitteln in den Kodex erfüllt die Anforderungen der Transparenz-RL nicht: Zwar muss nach § 351 d Abs 1 ASVG der Hauptverband seine E darüber, ob ein Arzneimittel in den gelben oder grünen Bereich des Kodex übernommen oder aus dem Kodex gestrichen werden soll, innerhalb einer Frist von 90 Tagen treffen, doch beginnt diese Frist erst ab dem Vorliegen der Empfehlung der Evaluierungskommission zu laufen; deren Erlass ist dagegen an keine Frist gebunden. Dass der Antrag auf Aufnahme eines Arzneimittels in den Kodex zur vorübergehenden Einstufung des Arzneimittels in den roten Bereich führt, ist für diese Beurteilung unerheblich.

EuGH 17. 7. 2008, Rs C-311/07

**Hinweis:** Aus prozessualen Gründen von der E unberücksichtigt ist die durch BGBl I 2007/31 erfolgte Änderung des Systems zur Aufnahme von Arzneispezialitäten in den Erstattungskodex, welches nach Ansicht der Kommission nach wie vor nicht den Anforderungen der Transparenz-RL entspricht. Um ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren zu vermeiden, ist derzeit eine No-

velle des ASVG in Planung (160/A 24. GP), mit der sichergestellt werden soll, dass die 90- (bzw 180-) tägige Entscheidungsfrist ab dem Zeitpunkt der Antragstellung gewahrt wird.

## → Behandlungsabbruch und Sterbehilfe

### Art 2, 3, 34 EMRK

#### RdM-LS 2009/12

Keine Beschwerdelegitimation am Verfahren unbeteiligter Dritter gegen gerichtliche Genehmigung eines Behandlungsabbruchs  
Durch eine gerichtliche Genehmigung des Abbruchs künstlicher Ernährung bei einer Patientin im Wachkoma auf Antrag des gesetzlichen Vertreters im Einklang mit ihrem „mutmaßlichen“ Willen werden am Verfahren unbeteiligte physische (hier: andere Wachkomapatienten) oder juristische Personen (hier: Angehörigenorganisationen von Schwerstbehinderten ua) nicht in ihren Rechten gem Art 2 und 3 EMRK betroffen. Ihnen fehlt daher die Legitimation zur Erhebung einer Individualbeschwerde an den EGMR gem Art 34 EMRK.

Eine abstrakte „actio popularis“ gegen die Existenz eines Gesetzes oder gegen Akte der Gerichtsbarkeit, von denen die Beschwerdeführer nicht direkt in ihren Rechten betroffen sind, sieht Art 34 EMRK nicht vor. Auch eine ausnahmsweise Beschwerdelegitimation gegen bloß potenzielle Verletzungen der Konvention würde überzeugende Hinweise für die Wahrscheinlichkeit einer drohenden Verletzung der Rechte der Beschwerdeführer voraussetzen. Schlichte Mutmaßungen genügen nicht.

EGMR 16. 12. 2008, Appl 55185/08 ua, *Ada Rossi ua gegen Italien*

**Anmerkung:** Die heftigen gerichtlichen, politischen und ethischen Kontroversen im italienischen Fall Eluana Englaro haben nun auch den EGMR erreicht. Die gesetzlichen Vertreter anderer Wachkomapatienten haben gemeinsam mit unterschiedlichen Interessenverbänden geltend gemacht, dass die – vom Vater als gesetzlichem Vertreter beantragte und auf den mutmaßlichen Willen der Patientin gestützte – gerichtliche Genehmigung des Ernährungsabbruchs bei Eluana Englaro negative Folgen für ihre Grundrechte gem Art 2 (Leben) und Art 3 EMRK (Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung) habe.

Aus juristischer Sicht verwundert die Zurückweisung der Beschwerde durch den EGMR nicht. Sie erfolgte auch zu Recht: Denn die von den Bf angeführten „ethischen, psychologischen, sozialen und juristischen“ Auswirkungen der bekämpften Gerichtsentscheidung auf andere Personen im Wachkoma waren rein symbolischer Art und richteten sich gegen eine Rechtslage bzw gegen gerichtliche Verfahren, durch die die Bf rechtlich in keiner Weise betroffen waren. Die Individualbeschwerde der EMRK bietet kein taugliches Instrument, um in ethisch und gesellschaftspolitisch strittigen Fragen in abstracto und im Wege einer „Popularklage“ eine bekenntnishafte E des EGMR zu erzwingen.

Zu den inhaltlichen Kriterien für die Zulässigkeit eines Behandlungs- bzw Ernährungsabbruchs bei entscheidungsunfähigen Patienten mit infauster Prognose musste der EGMR nicht Stellung nehmen. Zwischen den Zeilen – und daher obiter dictu – wird aber erkennbar, dass der Gerichtshof eine solche „passive Sterbehilfe“ auf Grundlage des „durch die gesetzlichen Vertreter ausgedrückten Willens des Kranken“ zumindest im Prinzip anerkennt. Die österreichische Rechtslage zum Behandlungsabbruch kraft „mutmaßlicher Behandlungsverweigerung“ wird man in diesem Punkt als recht ähnlich einschätzen können (vgl insb

OGH 6 Ob 286/07 p RdM 2008/119; dazu die Literaturhinweise in der Begründung des OGH sowie zuletzt *Bernat*, JBl 2009, 129; *Schütz*, iFamZ 2009, 32; *Kletečka*, Zak 2008, 333). Die eigentliche Schwierigkeit liegt freilich in der Frage, welche Anforderungen man an die Feststellung des „mutmaßlichen“ Patientenwillens stellt.

*Christian Kopetzki*

## → Unterbringungs- und Heimaufenthaltsrecht

### § 28 Abs 2, §§ 33ff UbG; § 16 Abs 2 HeimAufG

#### RdM-LS 2009/13

Psychiatrische Unterbringung: Keine Rechtsmittellegitimation des Abteilungsleiters nach Aufhebung der Freiheitsbeschränkung

Nach Aufhebung der Unterbringung und Ablauf der Frist, für die die strittigen Maßnahmen als zulässig erklärt worden waren, fehlt es an einer aufrechten Beschwer des Abteilungsleiters zur Erhebung eines Rekurses gegen E, mit denen die Unterbringung für unzulässig erklärt wird.

Der OGH hat zwar zum HeimAufG wiederholt das Rechtsschutzinteresse des Leiters der Einrichtung an der Bekämpfung einer erstinstanzlichen E, mit der eine freiheitsbeschränkende Maßnahme für unzulässig erklärt worden war, bejaht, obwohl die Maßnahme zur Zeit der rekursgerichtlichen E über das Rechtsmittel nicht mehr aufrecht war. Grundlage dieser Beurteilung waren jedoch ausschließlich die speziellen Verfahrensvorschriften des HeimAufG, weshalb daraus für den Anwendungsbereich des UbG nichts zu gewinnen ist. Angesichts der unveränderten Rechtslage nach UbG besteht kein Anlass, von der stRsp zur Rechtsmittellegitimation des Abteilungsleiters abzugehen.

OGH 30. 10. 2008, 2 Ob 198/08v

**Anmerkung:** Dass der OGH von seiner stRsp zur fehlenden Rechtsmittellegitimation des Abteilungsleiters gegen eine Unzulässigkeitsentscheidung nach Aufhebung der Unterbringung abgehen würde, war kaum zu erwarten. Überzeugend ist diese Rechtsansicht indes nach wie vor nicht (näher *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> [2005] Rz 352). Nach Inkrafttreten des HeimAufG hat die Auffassung des OGH noch weiter an Plausibilität verloren. Gewiss ist die (trotz anklingender Zweifel in 8 Ob 46/08k) abweichende Rsp zum HeimAufG auch durch spezifische Verfahrensregelungen im HeimAufG begründbar: Hier kann der Leiter der Einrichtung immerhin ein Kontrollverfahren gegen die von „seiner“ Einrichtung zu verantwortende Beschränkung in Gang setzen, ohne dass diese Antragslegitimation an einer fehlenden „Beschwer“ scheitern würde. Wenn der OGH aber künftig an der divergierenden Beurteilung der Rechtsmittellegitimationen in HeimAufG bzw UbG festhalten will, dann stellt sich die – auch verfassungsrechtliche – Frage, wodurch eine abweichende Regelung in zwei so verwandten Gesetzen sachlich gerechtfertigt sein könnte. Dazu kommt, dass es auch unter dem Aspekt des fairen Verfahrens (das hier zwar nicht aus Art 6 Abs 1 EMRK, aber zumindest aus Art 6 PersFrG ableitbar ist) nicht verständlich ist, wenn zwei Parteien eines durchaus kontroversiellen Verfahrens hinsichtlich ihrer verfahrensrechtlichen Positionen ungleich behandelt werden. Dass eine Seite ihre individuellen Grundrechte geltend macht, die andere Seite hingegen nur als „Organpartei“ auftritt, rechtfertigt solche Differenzierungen noch nicht, zumal dies für das Verfahren in Unterbringungs- und Heimaufenthaltssachen in gleicher Weise zutrifft. Der Akzeptanz

des gerichtlichen Kontrollverfahrens bei den betroffenen leitenden Ärzten ist diese Rsp auch nicht gerade förderlich. Eine künftige Novelle des UbG sollte diese Divergenz bereinigen und die Rechtsmittelbefugnis des Abteilungsleiters außer Streit stellen.

*Christian Kopetzki*

## → Übertragbare Krankheiten

### § 37 EheG

#### RdM-LS 2009/14

##### HIV-Infektion als Eheaufhebungsgrund

1. Der Irrtum über die schon vor der Eheschließung eingetretene HIV-Infektion der Beklagten rechtfertigt die Aufhebung der Ehe nach § 37 Abs 1 EheG, auch wenn ein Schutz vor Ansteckung durch den infizierten Partner an sich möglich wäre, schon wegen der dessen ungeachtet weiter bestehenden Gefahr. Es kommt nicht darauf an, ob das volle Krankheitsbild von AIDS bei der Beklagten „nie ausbrechen muss“.

2. Für die Frage, ob die Aufhebung der Ehe iSd § 37 Abs 2 EheG sittlich gerechtfertigt ist, kommt es nicht auf eine von ihr als – ungeachtet ihres nunmehr länger als fünf Jahre dauernden Aufenthalts in Österreich – möglich angesehene Abschiebung in ihre kenianische Heimat an.

OGH 3. 9. 2008, 3 Ob 91/08s

## → Arzthaftung

### §§ 1293 ff ABGB

#### RdM-LS 2009/15

##### Keine Substantiierungspflicht des Patienten in Bezug auf die hypothetische Ablehnung

Nach stRsp haftet der Arzt oder der Krankenanstaltenträger für die nachteiligen Folgen eines lege artis erfolgten Eingriffs (hier: Bride als typisches Risiko einer Bauchraum-OP), wenn der Patient bei ausreichender Aufklärung in die Behandlung nicht eingewilligt hätte. Der Kläger ist nur für den Umstand nicht beweispflichtig, dass er dem Eingriff bei ordentlicher Aufklärung nicht zugestimmt hätte; insofern trifft die (Behauptungs- und) Beweislast einer Einwilligung des Klägers selbst im Fall einer vollständigen Aufklärung den Beklagten. Das ist systemkonform, handelt es sich dabei doch um den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Die Beweislast eines non liquet liegt demnach beim Arzt, auf dessen Aufklärungspflichtverstoß die Ungewissheit über den wahrscheinlichen Verlauf, dh die real nicht mehr reproduzierbare Willensbildung des Patienten, zurückzuführen ist. Auch wenn der Kläger bereit gewesen ist, die Risiken ihm gegenüber angesprochener Operationsfolgen auf sich zu nehmen, folgt daraus noch nicht notwendig und gleichsam automatisch auch sein Einverständnis zur Risikoübernahme hinsichtlich der im Aufklärungsgespräch unerwähnt gebliebenen Operationsfolgen. Mangels ihm treffender Beweislast war der Kläger nicht verpflichtet, Vorbringen dazu zu erstatten, dass er dem Eingriff bei vollständiger Aufklärung nicht zugestimmt hätte.

OGH 14. 10. 2008, 4 Ob 155/08k

**Hinweis:** So schon OGH 1 Ob 80/08h RdM 2009/62, 98 (*Leischner*). Hervorzuheben ist, dass es ausreicht, dass der klagende Patient sein Klagebegehren auf die unterlassene Aufklärung und damit auf die Unwirksamkeit der Einwilligung in den Eingriff stützt. Es besteht daher keine Verpflichtung vorzubringen, dass er bei gehöriger Aufklärung den Eingriff abgelehnt hätte.

### §§ 1293 ff ABGB

#### RdM-LS 2009/16

##### Aufklärung über die Person des Operateurs

Steht dem Patienten bei der Aufnahme in ein Krankenhaus nicht das Recht zu, nur von einem bestimmten Arzt operiert zu werden, so hängt die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten in die Operation nicht davon ab, ob er über die Person des Operateurs aufgeklärt wurde. Wurde allerdings die Operation durch einen bestimmten Arzt zumindest schlüssig vereinbart, so ist der Vertragspartner des Patienten verpflichtet, diesen darüber aufzuklären, dass an dem vorgesehenen Termin die Operation durch diesen Arzt nicht erfolgen könne und daher ein anderer Arzt den Eingriff vornehmen werde. Ob eine – zumindest schlüssige – Vereinbarung zustande kommt, hängt jedoch von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.

(Hier: Das Festlegen eines Operationstermins kann nicht als schlüssige Zusage eines bestimmten Operateurs unter Ausschluss aller anderen Ärzte gewertet werden, weil der Kläger an die Unfallabteilung der Beklagten überwiesen wurde und mit jenem Arzt, der das Aufklärungsgespräch mit ihm führte, keine besondere Vertrauensbasis bestand und der Kläger auch durch nichts zu erkennen gab, dass er ausschließlich von ihm operiert werden wolle.)

OGH 5. 11. 2008, 7 Ob 208/08a

**Anmerkung:** Die vorliegende E setzt die bisherige Rsp zur Aufklärungspflicht über den Wechsel des Operateurs fort. Eine entsprechende Informationspflicht des Krankenanstaltenträgers ist daher nur dann geboten, wenn aufgrund des Verhaltens eines bestimmten Arztes der Patient mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet hat und auch erwarten durfte, nur durch diesen operiert zu werden. Eine solche Aufklärungspflicht kann sich somit nur aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben (vgl OGH 6 Ob 86/05y). Dies macht auch den anderen Urteilsausgang in seiner diesbezüglichen ersten E 3 Ob 131/03s (RdM 2004/37) verständlich: Hier hatte der Vertrauensarzt, der ihn bereits an der anderen Hand erfolgreich operiert hatte, in Anwesenheit des Patienten den Operationstermin mit der Krankenanstalt vereinbart und dem Patienten einen Einweisungsschein mit dem Vermerk „ipse“ der öffentlichen Krankenanstalt übergeben, mit dem er dem Krankenhaus zur Organisationsplanung mitteilt, dass er die Operation selbst vornehmen wird (krit dazu *Resch*, RdM 2004/102, 169). Gleiches gilt für die E 4 Ob 121/05f (RdM 2006/29), weil hier der Oberarzt – nach der erfolgreichen Operation an einem Ohr des Patienten – bei diesem die begründete Erwartung erweckt hatte, ihn auch am anderen Ohr zu operieren, wie es auch nach dem Operationsplan grundsätzlich vorgesehen war.

*Aline Leischner*

### § 228, § 530 Abs 1 Z 7 ZPO

#### RdM-LS 2009/17

##### Nachträgliche ärztliche Stellungnahme bildet grundsätzlich keinen Wiederaufnahmsgrund

1. Nach stRsp des OGH ist ein schadenersatzrechtliches Feststellungsbegehren stets zulässig, solange der Eintritt künftiger Schäden nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Wird die Ersatzpflicht für künftige Schäden festgestellt, so bezieht sich diese Feststellung nur auf die des haftungsbegründenden Verhaltens, nicht aber auf die eines in Zukunft mit Sicherheit konkret zu erwartenden Schadens und des Bestehens eines Kausalzusammenhangs. Auch bei Vorliegen eines positiven Feststellungsur-

teils muss im folgenden Leistungsprozess geprüft werden, ob der geltend gemachte Schaden von der Ersatzpflicht umfasst ist, insb also, ob das haftungsbegründende Verhalten für den Schaden ursächlich ist. Will der Kläger (hier: Arzt) mit der Wiederaufnahmsklage entgegen den Beweisergebnissen des Hauptprozesses den Nachweis erbringen, dass sein Verhalten (hier: Lasik-Operationen zur Beseitigung der Kurzsichtigkeit) für die Folgeschäden nicht ursächlich war, so entfaltet das Feststellungsurteil hierbei keine Bindungswirkung und muss daher auch nicht zuerst beseitigt werden, ehe die Wiederaufnahme des Leistungsprozesses (Hauptprozesses) möglich ist.

2. Nach stRsp des OGH ist ein nachträglich beigebrachtes Gutachten keine neue Tatsache iSd § 530 Abs 1 Z 7 ZPO, wenn das Thema des Gutachtens bereits im Hauptprozess bekannt gewesen ist. Dies gilt auch für solche Fälle, in denen nach den Klagsbehauptungen ein Arzt nach Abschluss des Hauptprozesses eine Stellungnahme abgegeben hat, deren Ergebnis von dem im Hauptprozess eingeholten Gutachten abweicht. Gleiches gilt, wenn sich aus späteren Tatumständen die Unrichtigkeit eines Gutachtens oder mangelnde fachliche Eignung des im Hauptprozess tätigen Sachverständigen ergeben sollte. Für einen Wiederaufnahmsgrund iSd § 530 Abs 1 Z 7 ZPO bedürfte es weiterer Umstände, etwa des Nachweises, dass eine behauptete Zwischenerhebung in Wahrheit nicht durchgeführt wurde oder neue wissenschaftliche Methoden entdeckt wurden, deren Anwendung im Hauptprozess zu anderen Ergebnissen hätte führen können. Die Berufung auf neue Untersuchungsmethoden setzt hierbei voraus, dass diese im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens noch unbekannt gewesen sind.

OGH 13. 11. 2008, 2 Ob 184/08k

## §§ 1293 ff ABGB

### RdM-LS 2009/18

Unrichtiger ärztlicher Rat als adäquate Folge einer von einem Dritten verschuldeten Körperverletzung

Ein falscher ärztlicher Rat (hier: aufgrund der durch den Unfall erlittenen Verletzungen sollen sie ihren eineinhalbjährigen Sohn nicht hochheben, sodass sie ihn für einige Zeit in Fremdbetreuung geben hätten müssen) liegt genauso wenig außerhalb der Lebenserfahrung wie ein ärztlicher Kunstfehler. Ein unrichtiger ärztlicher Rat im Gefolge einer von einem Dritten verschuldeten Körperverletzung schließt die Adäquanz des Geschehensablaufs nicht aus, sodass die Folgen grundsätzlich unter die Haftung dessen fallen, der die Körperverletzung zu verantworten hat. Die grundsätzliche Bejahung der Adäquanz bedeutet aber noch nicht, dass den Beklagten alle geltend gemachten Schäden zuzurechnen sind. (Hier: außerhalb der Adäquanz sind etwa allfällige psychische Beeinträchtigungen der Kläger aufgrund der Fremdbetreuung des Sohnes, die getätigten Aufwendungen für die Psychotherapie sowie zum Teil die Babysitterkosten.)

OGH 13. 11. 2008, 2 Ob 113/08v

## → Werbung

§§ 53 und 136 Abs 1 Z 1 ÄrzteG; Art 3 und 5 RL ÖÄK „Arzt und Öffentlichkeit“; Art 6 und 10 EMRK; Art 17 StGG

### RdM-LS 2009/19

Verbot marktschreierischer Werbung für unwissenschaftliche Behandlungskonzepte mit Suchtrisiken durch Arzt als Unternehmer

Ein Arzt für Allgemeinmedizin, der in seinem von ihm gleichzeitig, unter der gleichen Anschrift wie die Ordination betriebenen

Dessousgeschäft marktschreierisch (durch Plakate und in ein dort verteiltes Buch eingelegte Flugblätter) für ein fachwissenschaftlich nicht anerkanntes, psychotherapeutisches Hilfsverfahren unter Anwendung von Halluzinogenen („psycholytische Meditation“) wirbt, beeinträchtigt dadurch das Ansehen der Ärzteschaft.

Die über den Arzt verhängte Disziplinarstrafe verletzt diesen nicht in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, insb nicht in seinem Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung.

Bei einer Gesamtbetrachtung der Rolle des Beschwerdeführers als Arzt und als Unternehmer bei den Werbeaktivitäten desselben hat dieser seine Berufspflichten als Arzt verletzt, indem er seine Verpflichtung als Arzt insb zur Aufklärung über Konsequenzen des Umgangs mit Drogen, im Verhältnis zu seinen gewerblichen Werbeaktivitäten hintangestellt hat. Die „unmissverständlich positive Meinungsbildung für den weder fachlich noch behördlich autorisierten Einsatz psychotroper Stoffe zu Therapie Zwecken“ war „dem Ansehen der Ärzteschaft massiv abträglich“.

VfGH 29. 9. 2008, B 1797/07

**Anmerkung:** Die Mischung macht's, zumindest für die ursprüngliche Verurteilung: Welche Verhaltenselemente des Arztes und Kaufmanns letztlich den Ausschlag für die Annahme einer Beeinträchtigung des Standesehens der Ärzteschaft (§ 136 Abs 1 Z 1 ÄrzteG) gegeben haben, geht zumindest aus der erstinstanzlichen E des Disziplinarrats der ÖÄK nicht eindeutig hervor: Die Werbung für eine dem medizinischen Standard nicht entsprechende Behandlung; die Suchtrisiken durch die Verwendung zumindest drogenähnlicher Stoffe bei besagter Methode; die marktschreierischen Werbemittel; oder der gleichzeitige Betrieb eines Dessousgeschäfts, in dem geworben wurde. Welches Kriterium in diesem beweglichen System auch überwogen haben mag, insgesamt war der hinterlassene Gesamteindruck der Disziplinarbehörde jedenfalls zu viel.

Der Disziplinarsenat der ÖÄK bestätigte die E. Den Kern des Fehlverhaltens sieht er in der Werbung für den wissenschaftlich ungesicherten und medizinischen Standards nicht entsprechenden Einsatz von Halluzinogenen mit Suchtgefahr. Als Zusatzargument – in Klammer, aber doch – werden die „arztunwürdigen Begleitumstände“ angeführt. Hier verschwimmen in der Begründung die Tatbestände der Beschädigung des repräsentativen Selbstverständnisses der Ärzteschaft (§ 136 Abs 1 Z 1, wobei offenbar auch die zweitinstanzliche Verurteilung blieb; vgl dazu *Aigner/Kierein/Kopetzki*, *Ärztegesetz*<sup>3</sup> 2007 Anm 3 a zu § 136) und einer Berufspflichtverletzung (Z 2), auf die der argumentative Akzent deutlich gelegt ist.

Gegen diese letztinstanzliche E rief der disziplinar verurteilte Arzt den VfGH an und machte Grundrechtsverletzungen (insb Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, faires Verfahren) geltend. Der VfGH changiert in seiner Argumentation nun endgültig zur Berufspflichtverletzung (Z 2) – zu der die angefochtene Verurteilung zwar nicht erfolgte, die aber im Vergleich zum Unbehagen aufgrund des Gesamtbilds in juristischer Hinsicht leichter argumentierbar und nüchterner festzumachen ist: Gerade ein Arzt hätte über Konsequenzen eines – und sei es therapeutischen – Umgangs mit Drogen aufzuklären und nicht – auch nicht als Privatmann – dafür zu werben; ansonsten verletze er seine Berufspflichten. Die verhängte Disziplinarstrafe sei verfassungskonform. Die Ansehensbeeinträchtigung (Z 1), die Grund der ursprünglichen Verurteilung war, kommt in der Prüfung nicht mehr vor.

Dennoch kann man sich auch hier nicht des Eindrucks erwehren, dass das gebotene Gesamtbild eine entscheidungsmaßgebliche Rolle spielt. Denn zur Frage der Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit merkt der VfGH an, die Verurteilung sei „wegen marktschreierischer Werbemaßnahmen“ erfolgt – ein anderes Argument als obige Begründung einer Berufspflichtverletzung. Der VfGH findet in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände die Disziplinarstrafe offenbar letztlich in Ordnung, wofür genau auch immer. Im Ergebnis ist dem VfGH beizupflichten: Verfassungswidrig ist die verhängte Disziplinarstrafe wohl nicht.

Die von ihm akzeptierte Begründung der Vorinstanzen ist aber zumindest nicht sauber. Allerdings ist dies in Anbetracht der – in ständiger Judikatur vom VfGH nicht beanstandeten – Unschärfe der einschlägigen berufsrechtlichen Disziplinarstraftatbestände auch nicht weiter verwunderlich. Die Tatbilder sind unkonkret genug, so dass es auf die unterbliebene exakte Festlegung und Subsumtion eines (welchen?) inkriminierten Sachverhalts auch nicht mehr ankommen kann.

*Elisabeth Dujmovits*