

## Einleitung

Die Beziehung von Gesundheitsberufen bzw. Gesundheitseinrichtungen und Patienten dienen der Rechtssicherheit beider Seiten, sind teilweise komplex, sowie einem ständigen Wandel von Gesellschaft, Ethik, Wissenschaft und Technik unterworfen. Angehörige der Gesundheitsberufe, insbesondere Führungskräfte, aber auch der Gesetzgeber und Verwaltungsbehörden müssen dieser Entwicklung gerecht werden. Patienten haben ihrerseits ein Recht auf eine gesetzeskonforme und damit sichere und ordnungsgemäße Behandlung.

In diesem Buch sind die Grundlagen des Gesundheitsrechts vertiefend und praxisorientiert aufbereitet. Es werden die wichtigen Bereiche umfassend erarbeitet und erklärend dargestellt. Sämtliche Rechtsgrundlagen werden in lesefreundlicher und verständnisfördernder Weise beschrieben und mit Beispielen illustriert. Zusammenhängende Bereiche sind durch Verweise verbunden, sodass ein Quer- und Gegenlesen gefördert wird. Damit ist dieses Buch sowohl als Nachschlagewerk als auch als Ausbildungsliteratur geeignet.

Zunächst wird auf die Heilbehandlung an sich eingegangen. Hier liegt das Hauptaugenmerk auf dem Leistungsumfang und den Versorgungsstandards. Ein ausführliches Kapitel ist dem Behandlungsvertrag, mit der Patient-Behandler Beziehung und den unterschiedlichen Vertragsverhältnissen, gewidmet. Das Kapitel „Aufklärung und Einwilligung“ befasst sich mit der Bildung des Patientenwillens und der Aufgabe der Gesundheitsberufe zur Erläuterung der Behandlung. Damit in Verbindung steht ein Unterbereich, der sich dem Thema „Sterbeverfügung“ widmet. Danach liegt der Fokus auf den persönlichen Voraussetzungen des Patienten, die dieser zur Entscheidungsfindung aufweisen muss. Dabei werden auch die Bereiche der „Einschränkung der persönlichen Freiheit“ und das Thema „Zwangsbehandlung und Behandlungsverpflichtung“ erörtert. Zuletzt wird das Thema Schadenersatz erklärt.

# I. Heilbehandlung

Wenn man von Gesundheitsberufen spricht, dann wird oft von der Heilbehandlung gesprochen. Das ist zwar grundsätzlich richtig, doch zu kurz gegriffen. Die Angehörigen der Gesundheitsberufe sind nämlich nicht nur zur Heilbehandlung, also zur Wiederherstellung der Gesundheit berufen, sondern auch zur Aufrechterhaltung dieser.

## 1. Medizinische Behandlung

Was unter einer medizinischen Behandlung zu verstehen ist, wurde gesetzlich definiert.<sup>1</sup> Dass zwischen ärztlichen und nicht-ärztlichen Gesundheitsberufen unterschieden wird, ist jedoch sachlich nicht gerechtfertigt und sollte zukünftig vereinheitlicht werden. Eine medizinische Behandlung ist<sup>2</sup>

- eine von einem Arzt oder auf seine Anordnung hin vorgenommene
  - diagnostische
  - therapeutische
  - rehabilitative
  - krankheitsvorbeugende
  - geburtshilfliche

Maßnahme. Keine medizinischen Behandlungen sind hingegen<sup>3</sup>

- von Angehörigen anderer gesetzlich geregelter Gesundheitsberufe gesetzte
  - diagnostische
  - therapeutische
  - rehabilitative
  - krankheitsvorbeugende
  - pflegerische
  - geburtshilfliche

Maßnahmen. Jedoch wurden diese als gesundheitsberufliche Maßnahmen anerkannt und den medizinischen Behandlungen gleichgestellt.

Der Gesetzgeber definierte zudem zum Einwilligungsrechts von Minderjährigen, dass unter einer medizinischen Heilbehandlung „*nicht nur die medizinische Heilbehandlung in engerem Sinn (therapeutische Maßnahmen), sondern auch diagnostische, prophylaktische und schmerzlindernde Maßnahmen, selbst wenn sie nicht nach den Regeln der Schulmedizin erfolgen*“ zu verstehen ist. Daher „*fallen etwa darunter kosmetische Operationen,<sup>4</sup> Transplantationen,<sup>5</sup> Transfusionen sowie die Verabreichung von*

---

1 2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG

2 § 252 Abs 1 S 2 ABGB

3 § 252 Abs 1 S 3 ABGB

4 Diese Kompetenz liegt gem. § 7 Abs 2 ÄsthOpG nunmehr nicht mehr beim Minderjährigen.

5 Diese Kompetenz ist abschließend im Organtransplantationsgesetz geregelt

*Medikamenten*“. Den Materialien folgend, gilt dies aber nur so weit, als die beabsichtigten „*Behandlungen primär auf die Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit gerichtet sind*“.<sup>6</sup>

### 1.1. Schwangerschaftsabbruch

Hingegen stellt „*keine medizinische Behandlung ... der gesondert geregelte Schwangerschaftsabbruch*“ dar. Zum Schutz der Betroffenen ist ein Schwangerschaftsabbruch<sup>7</sup> ohne Einwilligung der Schwangeren verboten.<sup>8</sup>

Ein Schwangerschaftsabbruch ist jede Einwirkung chirurgischer, medikamentöser oder sonstiger Art, die zur Tötung der Leibesfrucht führt. Wo der Tod der Leibesfrucht eintritt, ist ohne Bedeutung.<sup>9</sup> Soweit es sich jedoch um eine medizinische Behandlung handelt, die auch die Schwangerschaft betrifft und nicht auf deren Abbruch als eigenständiges Ziel gerichtet ist, gilt dies nicht als Schwangerschaftsabbruch.<sup>10</sup>

Das Recht auf Leben ist ein Recht, dass allen Menschen zusteht.<sup>11</sup> Es handelt sich schon vor der Geburt um menschliches Leben und ist dieses als höchstes Rechtsgut geschützt.<sup>12</sup> Dieses Recht leitet sich aus dem bürgerlichen Recht ab.<sup>13</sup> Das Recht auf Leben für das Ungeborene endet auch nicht mit dem Hirntod der Schwangeren.<sup>14</sup> Zur Frage, ob dem noch nicht eingenisteten Embryo ein „präntales Persönlichkeitsrecht“ zusteht, gibt es laufende Diskussionen insbesondere wenn es um den Schutz des in vitro gezeugten Keimlings handelt.<sup>15</sup>

In Österreich wurde für den Schwangerschaftsabbruch die Fristenregelung eingeführt. Bemerkenswert ist aus historischer Sicht, dass die Idee der in Österreich umgesetzten Fristenregelung schon im kirchlichen Recht des Mittelalters zu finden ist. Sie gilt als „*Auswirkung der Beseelungslehren*“ und wird als eine Zeitspanne von 40 bzw. 80 Wochen angesehen, nach der der Körper des Ungeborenen erst über eine Seele verfügt und daher erst dann für die Kirche schützenswert ist. „*Nach dem*

---

6 Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001, 296 BlgNR 21. GP 54 zu Z 8 (§ 146c) Abs 2

7 §§ 69 f StGB

8 Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001, 296 BlgNR 21. GP 54 zu Z 8 (§ 146c) Abs 2 Satz 5

9 Schmoller in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, zu § 96 StGB, RZ 8 (1. Lfg, 1992)

10 Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001, 296 BlgNR 21. GP 54 zu Z 8 (§ 146c) Abs 2 Satz 6 ff

11 Schmoller in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, zu § 97 StGB, RZ 3 (1. Lfg 1992)

12 Schmoller in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, zu § 97 StGB, RZ 4 (1. Lfg, 1992)

13 § 22 iVm § 16 ABGB

14 Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar, zu § 16 ABGB, RZ 18 (4. Aufl, November 2011)

15 Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar, zu § 16 ABGB, RZ 18 (4. Aufl, November 2011)

*Codex Iuris Bavarici von 1751 war die Strafbarkeit überhaupt auf die zweite Hälfte der Schwangerschaft beschränkt*.<sup>16</sup>

In Österreich gibt es auch keine „Erlaubnis“ des Schwangerschaftsabbruchs, der mit dem Recht auf Leben unvereinbar wäre. Hingegen ist der Schwangerschaftsabbruch straffrei, wenn dieser<sup>17</sup>

- innerhalb der ersten drei Monate
- nach vorhergehender ärztlicher Beratung
- von einem Arzt vorgenommen wird

Ebenso straffrei ist ein Schwangerschaftsabbruch zur Abwendung<sup>18</sup>

- einer nicht anders abwendbaren ernststen Gefahr für das Leben
- eines schweren Schadens für die körperliche oder seelische Gesundheit der Schwangeren
- einer ernststen Gefahr für das Kind, dass dieses geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde
- der Abbruch von einem Arzt vorgenommen wird

Weiters straffrei ist der Schwangerschaftsabbruch, wenn die Schwangere zur Zeit der Schwängerung unmündig gewesen ist und der Abbruch von einem Arzt vorgenommen wird,<sup>19</sup> oder der Schwangerschaftsabbruch zur Rettung der Schwangeren aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Lebensgefahr unter Umständen vorgenommen wird, unter denen ärztliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.<sup>20</sup>

Der gesetzlich geregelte Schwangerschaftsabbruch soll<sup>21</sup>

- verhindern, dass Abtreibungen von Kurpfuschern vorgenommen werden
- einen humanen und effektiven Schwangerschaftsabbruch gewährleisten
- den Willen der Bevölkerung zum Ausdruck verhelfen, die eine generelle Strafbarkeit der Abtreibung nicht akzeptiert

Zudem wird nicht nur die Mutter, sondern auch der Arzt geschützt. So ist dieser keinesfalls verpflichtet, „*einen Schwangerschaftsabbruch durchzuführen oder an ihm mitzuwirken*“. Ausgenommen von diesem Ablehnungsrecht sind nur jene Fälle, in denen ein Abbruch ohne Aufschub notwendig ist, um die Schwangere aus einer akuten und anders nicht abwendbaren Lebensgefahr zu retten.<sup>22</sup>

16 Schmoller in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, zu § 97 StGB, RZ 9 (1. Lfg, 1992)

17 § 96 Abs 1 Z 1 StGB

18 § 96 Abs 1 Z 2 Fall 1 bis 3 StGB

19 § 96 Abs 1 Z 2 Fall 4 StGB

20 § 96 Abs 1 Z 3 StGB

21 Schmoller in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, zu § 97 StGB, RZ 4 (1. Lfg, 1992)

22 § 96 Abs 2 StGB

**Beispiel:** Besteht Lebensgefahr für die Schwangere, die nur durch einen Schwangerschaftsabbruch abgewehrt werden kann und liegt eine Einwilligung der Schwangeren vor oder kann eine solche nicht eingeholt werden, so muss zum Schutz der Schwangeren der Abbruch der Schwangerschaft vorgenommen werden. Der Arzt kann sich dann nicht auf sein Recht auf Verweigerung eines Schwangerschaftsabbruchs berufen. Vgl. Schmoller in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, zu § 98 StGB, RZ 6 und 28 (1. Lfg, 1992).

## 1.2. Homöopathie

Immer wieder wird Homöopathie als quasi Ersatz zur konventionellen Medizin angesehen und vermarktet. Unter homöopathischen Arzneimittel versteht man „Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die ausschließlich dazu bestimmt sind, nach komplexärmedizinischen Methoden angewendet zu werden [...], die nach homöopathischen Grundsätzen und Verfahrenstechniken hergestellt sind“.<sup>23</sup>

Immer mehr Warnungen vor falschen Erfolgsmeldungen liegen über homöopathische Mittel vor. „Österreichische Forscher haben untersucht, wie gut die Evidenz von Studien zur Homöopathie ist. Sie stellen fest, dass wissenschaftliche Standards oft nicht eingehalten werden und das Verzerrungsrisiko groß ist. Insgesamt werde die Wirkung von homöopathischen Mitteln daher wohl »erheblich« überbewertet.“<sup>24</sup> So ist es auch nicht verwunderlich, dass sogar die Gerichtsbarkeit darauf reagiert hat. Das Oberlandesgericht Frankfurt stellte folgerichtig fest, „Auch Hersteller homöopathischer Produkte dürfen nur mit dem werben, was wirklich drin ist – und das ist bei Globuli nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft: Zucker.“<sup>25</sup>

Auch die Wissenschaft steht Homöopathie ablehnend gegenüber und kann eine Wirksamkeit derzeit nicht belegen. Abgesehen von Placeboeffekten sind Behandlungserfolge nicht belegt, weshalb man aus rechtlicher Sicht

- eine homöopathische Behandlung nicht mehr dem Stand der Wissenschaft entspricht und sohin keine medizinische Behandlung mehr darstellt
- die homöopathische Therapie eine „Behandlungsform“ darstellt, die aus den Berufsvorbehalten herausfällt

Aus rechtlicher Sicht, die sich hierbei streng an den wissenschaftlichen Grundlagen zu orientieren hat, kann daher derzeit nicht davon ausgegangen werden, dass Homöopathie, abseits der Placebo-Behandlung, als medizinische Behandlung angesehen werden kann. Dies hat weitreichende Folgen, da Homöopathie nicht mehr

23 § 1 Abs 3 Z 9 AMG

24 Pharmazeutische Zeitung, Die Zeitschrift der deutschen Apotheker, Homöopathie wird wohl »erheblich« überschätzt, 21.03.2022, 13:00 Uhr, [https://www.pharmazeutische-zeitung.de/homoeopathie-wird-wohl-erheblich-ueberschaetzt-132069/?xing\\_share=news](https://www.pharmazeutische-zeitung.de/homoeopathie-wird-wohl-erheblich-ueberschaetzt-132069/?xing_share=news)

25 Apotheke Adhoc, EL PATO Medien GmbH, KEIN WIRKSTOFF – KEIN ARZNEIMITTEL, Nur Zucker: Gericht verbietet Apotheke HCG-Globuli, 04.08.2021, 13:10 Uhr, <https://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/detail/apothekenpraxis/nur-zucker-gericht-verbietet-apotheke-hcg-globuli/>

unter einen Berufsvorbehalt fällt. Hingegen kann die Vortäuschung der medizinischen Wirksamkeit sogar einen Täuschungstatbestand erfüllen.



**Vergleiche:** Kapitel I)7.5) Abgrenzungen der Berufsvorbehalte und Kapitel II)1.3) Aufgaben der Ärzte jeweils im Teil Berufsrechte der Gesundheitsberufe

## 2. Leistungsumfang

Das Gesundheitssystem in Österreich basiert auf einer für (nahezu) jedermann zugänglichen und von der Allgemeinheit finanzierten Versorgung. Damit verbunden ist die Frage, was ein Gesundheitswesen an Leistungen zu erbringen hat und was über dieses Maß bereits hinausreicht. Gerade im Hinblick auf den hohen Lebensstandard und die Leistungsfähigkeit der öffentlichen Hand ist für Österreich dieser Standard hoch anzusetzen.

Bei der Beurteilung, ob eine Behandlung nach den Regeln der Kunst durchgeführt wurde, müssen nicht nur wissenschaftliche Kriterien herangezogen werden, sondern auch von zumindest drei regionalen Kriterien ausgegangen werden

- der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes
- der Größe eines Landes
- den (regional) spezifischen Standards



**Vergleiche:** I)3.2) Ordnungsgemäße Behandlung

### 2.1. Grundleistungen

Der Staat ist verpflichtet, in einem ausreichenden Umfang für die notwendige Infrastruktur zu sorgen, um in adäquater Zeit eine entsprechende Hilfe zu erlangen. Dem wird nicht dadurch Genüge getan, dass generelle Strukturen und Einrichtungen geschaffen werden. Diese müssen auch in Art und Umfang in der Lage sein, die anfallenden Notfallsituationen zu beherrschen.

Der VfGH versteht in seiner Rechtsprechung<sup>26</sup> den Begriff des Gesundheitswesens<sup>27</sup> als „*Maßnahmen der Staatsgewalt, die der Abwehr von Gefahren für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung (für die Volksgesundheit) dienen ... , es sei denn, daß eine für eine bestimmte andere Kompetenzmaterie allein typische Abart dieser Gefahr bekämpft wird*“ und weiter „*Der Begriff, 'Gesundheitswesen' deckt sich demnach mit 'Angelegenheiten der Volksgesundheit'; es handelt sich dabei um Maßnahmen der Obsorge für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung*“. Unmissverständlich wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die notwendige Grundleistung die Erhaltung der Volksgesundheit ist.

Die Individualgesundheit fällt deshalb nicht weniger ins Gewicht. So sieht der EGMR eine Verletzung des Rechts auf Leben,<sup>28</sup> wenn der Tod (eines zu früh gebo-

26 VfGH, G 208/02, Kap III.4.1.; Kopetzki, Entscheidungsbesprechung VfGH 28.06.2003, G 208/02

27 Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG

28 Art 2 EMRK

renen Kindes) dadurch eingetreten ist, weil in den (nach der Geburt) aufgesuchten Krankenhäusern keine ausreichenden Kapazitäten zur Versorgung bestand. Darin wurde eine konventionswidrige Verweigerung der medizinischen Versorgung aufgrund der mangelhaften Organisation und Ausstattung der öffentlichen Krankenhäuser erblickt.<sup>29</sup> Dies wird auch für nicht lebensbedrohliche aber nachhaltig gesundheitsgefährdende Minderversorgungen gelten.

Der Staat ist daher verpflichtet, im Rahmen seiner finanziellen und strukturellen Fähigkeiten für eine ausreichende medizinische Versorgung zu sorgen. Diese muss für alle Bevölkerungsschichten zugänglich und ausreichend sein.

## **2.2. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit**

Einem Staat und dessen Gesundheitssystem hat nur jene Hilfe zu gewährleisten, die es nicht vor einen Kollaps stellt. Wäre jeder Staat verpflichtet, alles wissenschaftlich Mögliche zu unternehmen, um jeden einzelnen Patienten zu versorgen, so müsste z.B. jeder Mensch vor seinem Ableben (ausgenommen bei widersprechendem Patientenwunsch oder Verlängerung nur bei gleichzeitigem Siechtum) an eine intensivmedizinische Versorgung überstellt werden. Auch müssten aussichtslose Krankheitsstadien um jeden Preis therapiert werden (solange es keinen Nachteil bringt), selbst wenn kaum ein Gewinn an Qualität oder Zeit für den Patienten erzielt werden kann. Das stößt an die Grenzen des finanziell und sozial Leistbaren.

Im Hinblick auf die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Gesundheitssystems ist darauf abzustellen, welche Leistungen ein Staat bei richtiger Haushaltsführung und zweckentsprechender, vorsorglicher Finanzgebarung zu erbringen imstande ist. Armen Staaten ist es nicht zumutbar, für jeden Fall die modernsten Behandlungsmethoden anbieten zu müssen. Die Entwicklung geht unmittelbar mit der Finanzierbarkeit einher und es sind an die Anforderungen der medizinischen Versorgung eines Entwicklungslandes, eines Schwellenlandes, eines verarmten Industrielandes oder eines reichen Landes unterschiedliche Standards abzuverlangen. Während man in z.B. in ärmeren Ländern weit verbreitete und vielfach angewendete Versorgungsstandards kaum halten kann, werden reiche Länder eine umfassende und dem Stand der Wissenschaft entsprechende Versorgung leisten müssen.

Daher hat der Staat bei der Verteilung seiner Kapazitäten auf den größtmöglichen Versorgungsumfang zu achten. Somit müssen die beschränkten Mittel so eingeteilt werden, dass möglichst viele Menschen (allen voran seine eigenen Staatsbürger) in einem leistbaren, im Schnitt bestmöglichen Versorgungssystem eine adäquate Behandlung erhalten.

Es ist vom Sozialsystem somit nicht alles zu erbringen, was möglich ist. Vielmehr muss jede Maßnahme in einer vertretbaren Relation mit der Finanzierung und dem zu erwartendem Erfolg stehen. Dennoch wird ein Versorgungsangebot rein nach wirtschaftlichen Kriterien unzulässig sein, hat der Staat doch auch die Verpflichtung, (medizinische) Entwicklungen mitzutragen und zu fördern. Er hat daher, zusätzlich zu der wirtschaftlichen Abwägung, auch seine Verpflichtung wahrzunehmen.

---

29 EGMR, ASIYE GENÇ gegen Türkei, Beschwerde Nr. 24109/07, 27.01.2015

men, an der medizinischen Wissenschaft aktiv teilzunehmen bzw. diese zu fördern und Therapien zu unterstützen, die in keinem Zusammenhang mehr mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Sozialsystems stehen.

### **2.3. Geografische Leistungsfähigkeit**

Hier spielt auch die Größe eines Landes eine Rolle, sowohl in Bezug auf die geografische Größe als auch die Bevölkerungszahl. Für bevölkerungsmäßig kleine Staaten ist es kaum möglich, Geräte und Methoden für alle Behandlungen auszulasten. Damit stellt sich nicht nur eine wirtschaftliche Frage, nämlich ob man im Sinne der Allgemeinheit vorhandene finanzielle Ressourcen nicht besser in ausgelastete Investitionen steckt, es stellt sich auch die Frage nach der sicheren Anwendung. Fehlt es den Angehörigen der Gesundheitsberufe nämlich an Erfahrung im Umgang mit bestimmten Geräten und Methoden, ist deren Anwendung auch nicht zweckentsprechend. Allerdings darf dies nicht unmittelbar zu einer Nichtversorgung führen, sondern der Staat hat sich darum zu kümmern, dass entweder entsprechende Alternativen vorhanden sind oder diese Versorgung extern angeboten werden kann, natürlich wieder im Rahmen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit. Ähnlich verhält es sich bei Ländern mit dünner Bevölkerungsdichte und weiten Wegstrecken bis in eine Versorgungseinrichtung. Hier ist ein Gesundheitsplan zu erstellen, der den Zugang zu entsprechenden Einrichtungen trotz widriger Umstände ermöglicht.

### **2.4. Compliance und Therapieabbruch**

Die Grenze der Versorgungspflicht zu bestimmen, die ein Gesundheitssystem zu leisten hat, gehört zweifellos zu den juristisch, medizinisch, ethisch und moralisch schwierigsten Problemen.<sup>30</sup> Dies ist in der Gesamtbetrachtung schon problematisch, noch schwieriger in der Individualbetrachtung. Eine „Verschwendung“ von Ressourcen wird der Allgemeinheit nicht zumutbar sein. Die individuellen Grenzen scheinen jedenfalls überschritten, wenn sich beim Patienten keine Compliance erkennen lässt.

Im Allgemeinen versteht man unter Compliance das therapiekonforme Verhalten des Patienten im gesamten therapeutischen Prozess (Therapietreue). Mangelnde Compliance (Incompliance bzw. Non-Compliance) bedeutet, dass der Patient die Vorschriften der Therapie nicht einhält bis hin zum Setzen eines Therapieabbruchs.

Dass der Patient eine fehlende Therapieeinsicht oder gar den Willen zum Therapieabbruch hat, darf jedoch nicht einfach vermutet werden. Im Zusammenhang mit einer, im Rahmen der Pränataldiagnostik feststellbaren Behinderung eines Kindes hat der OGH richtig festgestellt. Es liegt ein ärztlicher Kunstfehler vor, wenn eine Wiederbestellung der Schwangeren unterlassen wurde, obwohl Anzeichen einer (schweren) Behinderung beim Kind vorliegen und aufgrund deren fehlender Einsicht in die diagnoserelevanten Strukturen die Schwangere eine weitere Untersuchung unterlassen hat.<sup>31</sup> Mit anderen Worten ist ein Patient bei scheinbar feh-

30 Ulsenheimer, Grenzen der Behandlungspflicht

31 OGH 5Ob148/07m



lender Compliance zunächst anzuleiten und zu führen, bis hin zum Überprüfen auf Einhaltung der notwendigen Therapie bzw. Untersuchungen. Nur eine bewusste Entscheidung zur Therapieablehnung hebt diese Pflicht auf.

Bei nachhaltigem (bewusstem) therapiewidrigem Verhalten darf von Non-Compliance oder Abbruch ausgegangen werden. Verfügt der Patient über die notwendige Entscheidungsfähigkeit, so kann er sich auch gegen eine Behandlung entscheiden. Dies berechtigt zur Aufkündigung des Therapieverhältnisses durch den Therapeuten bzw. der Therapieeinrichtung. Bringt der Patient mit seinem Verhalten einen Dritten in Gefahr (z.B. das ungeborene Leben), so ist das Pflégerschaftsgericht anzurufen.

### **Vergleiche:** III)2.2) Zurückziehung und Verweigerung

Jedenfalls ist dann, wenn ein Patient über die notwendige Einwilligungsfähigkeit verfügt und sich dennoch nicht an die Therapie hält, eine Weiterbehandlung unzumutbar. Zwar wird der Angehörige des Gesundheitsberufes, soweit ihm dies persönlich oder im Verhältnis zum Stand der Wissenschaft möglich ist, auf Behandlungswünsche des Patienten einzugehen haben, ein Abweichen von üblichen Versorgungsstandards ist jedoch schon aus berufsrechtlichen Gründen nur bedingt möglich.

## **3. Versorgungsstandards**

Eine der wichtigsten Fragen im Hinblick auf eine rechtskonforme Behandlung ist, neben der Zulässigkeit, ob diese ordnungsgemäß durchgeführt wird, also den Regeln der Kunst entspricht. Dabei werden die Bezeichnungen „lege artis“, „Versorgungsstandard“, „kunstgerecht“, „nach den Regeln der Kunst“, „state of the art“, „Stand der Wissenschaft“ usw. alternierend verwendet, obwohl darunter zumeist (nahezu) dasselbe verstanden bzw. gemeint wird.

Die Beachtung der „korrekten“ Therapie ist eine grundlegende Aufgabe jedes Gesundheitsberufes. Dessen Angehöriger hat daher seine Maßnahmen, bevor er sie setzt, zu beurteilen und nur solche durchzuführen, die im Zusammenhang mit dem einzelnen Patienten dem Stand der Wissenschaft und Technik entsprechen.

Jedoch sind die Regeln der Kunst nicht unbedingt mit der sichersten oder gar modernsten Behandlungsmethode übereinstimmend. Zu berücksichtigen ist, neben der primären Erfolgs- und Risikoeinschätzung im Zusammenhang mit dem einzelnen Patienten, immer der technische Stand der Gerätschaften, die zur Behandlung zur Verfügung stehen und die Erfahrung des Behandlers in der jeweiligen Methode. Es kann daher die an sich erfolgversprechendste Therapie dann nicht zweckmäßig sein, wenn die Fähigkeiten und Kenntnisse des Anwenders, im Hinblick auf eine andere Methode, derart überwiegen, dass eine andere Methode individuell mehr Erfolg und Sicherheit bietet. Dabei kann es nicht nur zur Wahl eines von mehreren gleich modernen Verfahren kommen, sondern auch zur Anwendung eines älteren Verfahrens. Hingegen ist die Grenze des Standes der Wissenschaft erreicht, wenn durch die gewählte (anerkannte) Methode das Risiko erheblich erhöht wird,

ohne dass die gewählte Methode andere, die Risikoerhöhung in etwa aufwiegende Vorteile hat.<sup>32</sup>

### 3.1. Rechts- und Sachfrage

Zu klären, ob eine Behandlung dem Stand der Wissenschaft entspricht, ist natürlich eine Sachfrage. So kann die Frage, wieweit die Behandlungsschritte ordnungsgemäß durchgeführt wurden bzw. ob diese überhaupt entsprechend waren, nur durch einen Sachverständigen festgestellt werden. Dieser hat im Zweifels- bzw. Streitfall mittels Gutachten zu beurteilen, ob es sich bei der durchgeführten Behandlung um eine, dem Stand der jeweiligen berufsspezifischen Wissenschaft entsprechende Behandlung handelt.

Ob es sich jedoch um eine rechtlich zulässige Behandlung handelt, ist eine Rechtsfrage. Das diesbezügliche Gutachten ist rechtlich zu werten und in Zusammenhang mit den berufs- und organisationsrechtlichen Pflichten zu setzen.

### 3.2. Ordnungsgemäße Behandlung

Was eine ordnungsgemäße, also rechtkonforme Behandlung darstellt, kann nicht abschließend beantwortet werden. Dies wird von der Judikatur jeweils im Einzelfall beurteilt, wobei die Ergebnisse oft voneinander abweichen.

So entschied der OGH richtig, *„ein heftiger, bisher nicht bekannter Kopfschmerz und/oder ein verzögert einsetzender Nackenschmerz begleitet von Übelkeit, Erbrechen und Bewusstseinsstörungen [begründet] das Leitsymptom einer Subarachnoidalblutung und ist diagnostisch abzuklären; auch der Umstand, dass [...] eine Migräne vor dem 40. Lebensjahr nicht aufgetreten war, gab eine Indikation zu einer weiteren Diagnostik; damit steht fest, dass die klinische Untersuchung [...] ohne zusätzliche bildgebende Diagnostik mit Computertomographie sowie allenfalls auch eine Lumbalpunktion nicht legitim war“*.<sup>33</sup>

#### a) Stand der Wissenschaft

Die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei.<sup>34</sup> Die Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre bedeutet, dass niemand wegen der Aufstellung eines wissenschaftlichen Lehrsatzes gerichtlich oder sonst behördlich verfolgt werden darf.<sup>35</sup>

Um zu beurteilen, ob eine Methode dem Stand der Wissenschaft angehört ist zunächst zu klären, was eigentlich unter Wissenschaft (Kunst) zu verstehen ist und dann, ab wann und wie lange etwas dieser noch angehört (dem Stand entspricht).

Zunächst fällt auf, dass der Begriff der Wissenschaft gesetzlich nicht beschrieben, ja nicht einmal umrissen wird. Eine Legaldefinition findet sich ebenso wenig wie eine klärende Rechtsprechung. Es scheint daher, dass sich der Gesetzgeber eines Wortes bedient hat, das er ausschließlich nach dem Sprachgebrauch ausgelegt haben will.

32 OGH 22.02.2017, 8 Ob 13/17w

33 OGH 31.01.2017, 1 Ob 244/16p

34 Art. 17 Abs 1 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger – StGG

35 OGH 13Os1/72, 13Os14/80, 9Os50/80