

RdM 2010/115

**Oberösterreich: Oö Dienstleistungsrichtlinie-Anpassungsgesetz 2010**

Mit diesem Landesgesetz wird ua das Oö Leichenbestattungsgesetz 1985 geändert. K unter LGBl 2010/30 vom 30. 4. 2010.

RdM 2010/116

**Steiermark: Gesetz, mit dem das Steiermärkische Leichenbestattungsgesetz 1992 geändert wird**

K unter LGBl 2010/38 vom 1. 6. 2010.

RdM 2010/117

**Vorarlberg: Verordnung über die Änderung der LKF-Gebühren-, Pflege- und Sondergebührenverordnung 2010**

K unter LGBl 2010/30 vom 29. 6. 2010.

## [RdM-LEITSÄTZE]

# Aktuelle Rechtsprechung in Leitsätzen

Nr 35 – 47

→ **Arzthaftung****§ 1325 ABGB**

RdM-LS 2010/35

**Keine Vorteilsanrechnung wegen Sozial- und Unterhaltsleistungen**

Die Anrechnung eines Vorteils muss dem Zweck des Schadenersatzes entsprechen und soll nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen. Es ist nicht schlechthin jeder Vorteil anzurechnen, der dem Geschädigten aus dem vom Schädiger verursachten Ereignis [hier: Geburtsschaden infolge eines Kunstfehlers] zufließt, sondern es kommt auf die ganz besondere Art des erlangten Vorteils und den Zweck der Leistung des Dritten an. Die die Sondernahrung deckenden Sozialleistungen sowie die von den Eltern erbrachten Leistungen wie Deckung des Wohnbedarfs mindern nicht den Verdienstentgang des KI, weil derartige Drittleistungen nicht bezwecken, den Schädiger zu entlasten.

OGH 16. 12. 2009, 7 Ob 240/09h

**§ 18 Abs 3, § 51 Abs 3 Z 1 ZÄG; § 879 Abs 1, § 1311 ABGB; § 5 Abs 1 und 2 KSchG**

RdM-LS 2010/36

**Zahnärztlicher Honoraranspruch trotz mangelhaften Heil- und Kostenplans**

1. Nach § 18 Abs 3 ZÄG hat der Zahnarzt den Patienten über die von ihm selbst zu tragenden Kosten in Form eines schriftlichen Heil- und Kostenplans aufzuklären, wenn eine von drei Voraussetzungen vorliegt: Wenn 1. im Hinblick auf die Art und den Umfang der Behandlung wesentliche Kosten (Abs 4) anfallen [hier: jedenfalls schon ein Übersteigen des in der Grenzwertverordnung festgelegten Betrags], 2. die Kosten die in den Autonomen Honorarrichtlinien der Österreichischen Zahnärztekammer festgelegte Honorarhöhe übersteigen oder 3. dies der Patient verlangt. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Erstellung eines schriftlichen Heil- und Kostenplans ist nach § 51 Abs 3 Z 1 ZÄG mit einer Verwaltungsstrafe bedroht. Eine Nichtigkeitsanktion iSd § 879 Abs 1 ABGB enthält das Gesetz nicht. Nach Absicht des Gesetzgebers sollte § 18 Abs 3 ZÄG die allgemeinen Regelungen des KSchG, insb betr Kostenvoranschläge, im Hinblick auf die berufsspezifischen Erforder-

nisse spezifizieren. Auch aus § 5 KSchG kann eine Nichtigkeitsanktion nicht abgeleitet werden. Selbst wenn daher der vom KI aufgestellte Heil- und Kostenplan [über den die Bekl auch aufgeklärt wurde] § 18 Abs 3 ZÄG nicht entsprechen haben soll, sei es mangels Einhaltung der Schriftform oder mangels entsprechender detaillierter Kalkulation, gibt es weder im ZÄG noch im KSchG oder im § 879 ABGB eine Grundlage für die Aberkennung eines Teils des Honoraranspruchs der KI.

2. Es ergibt sich weder aus dem ZÄG noch aus dem ABGB, wie ein Kostenvoranschlag eines Zahnarztes exakt auszusehen hat. Eine Pflicht, dem Patienten den Heil- und Kostenplan in Schriftform (allenfalls mit Unterschrift des Zahnarztes) auszuhändigen, besteht nicht. Selbst wenn man den Schutzzweck des § 18 Abs 3 ZÄG darin sähe, dem Patienten ein Schriftstück in die Hand zu geben, anhand dessen er die zu erwartenden Kosten der Behandlung zu Hause nachkontrollieren könnte, wäre im konkreten Fall durch Ausfolgung des zwar unvollständigen Plans [hier: lediglich eines Heilplans mit mündlicher Kostenaufklärung] wegen dessen leichter Überprüfbarkeit Genüge getan worden.

3. Eine mangelhafte Aufklärung über das anfallende Honorar hat nichts mit der Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung zu tun.

OGH 24. 2. 2010, 3 Ob 223/09d

**Hinweis:** Derzeit beträgt der Grenzwert iSd § 18 Abs 4 ZÄG gemäß der Grenzwertverordnung der ÖZÄK v 14. 10. 2009 (GWV 2009) € 1.414,- (abrufbar unter [www.zahnaerztekammer.at](http://www.zahnaerztekammer.at)).

**§ 1311 ABGB; § 31 Abs 3 ÄrzteG 1998; Ärzte-Ausbildungsordnung 1974 und 1994**

RdM-LS 2010/37

**Facharztbeschränkung als Schutzgesetz?**

Nach § 31 Abs 3 ÄrzteG 1998 haben die Fachärzte ihre fachliche Berufstätigkeit auf ihr Sonderfach zu beschränken. Für konkrete Abgrenzungen sind die Ärzte-Ausbildungsordnungen (ÄAO) heranzuziehen, wobei bestimmte Behandlungen in die Aufgabengebiete zweier oder mehrerer Fachärzte fallen können. In den Facharztbeschränkungen ist nicht nur eine „wettbewerbsrechtliche“ Abgrenzung zwischen Fachärzten verschiedener Fachrichtungen

zu sehen, sondern im Allgemeinen auch ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB.

Nur wenn im konkreten Fall § 31 Abs 3 ÄrzteG iVm den einschlägigen ÄAO der Gefahr von Schädigungen vorbeugen wollte, ist diesen Schutznormcharakter zuzumessen. Es muss sich daher klar ersichtlich um eine Einschränkung der Behandlungsbefugnis des Arztes zugunsten des Patienten und nicht bloß um eine Abgrenzung der verschiedenen Berufsbefugnisse zwischen verschiedenen Facharztgruppen handeln. Die konkret vorgenommene operative Implantation einer Hüftgelenksprothese mittels Endoprothetik als Operationstechnik bildet nach der einschlägigen ÄAO einen zwischen Unfallchirurgen und Orthopäden überschneidenden Bereich. § 31 Abs 3 ÄrzteG ist hier daher keine Schutznorm zugunsten des Patienten.

OGH 23. 3. 2010, 8 Ob 115/09h

**Anmerkung:** 1. Im zu beurteilenden Sachverhalt klagte eine diplomierte Gesundheits- und Krankenschwester (DGKS) einen Krankenanstaltenträger, nachdem einem Unfallchirurgen nach ca 20 Berufsjahren und mehr als 2.500 HTEP erstmalig die Komplikation eines Oberschenkelschaftbruchs unterlief. Daraufhin vermeinte die Kl, den Krankenanstaltenträger insb deshalb in Anspruch nehmen zu können, weil der Unfallchirurg angeblich seine Facharztzulassung überschritten hätte. Dies beurteilten alle drei Instanzen rechtlich anders: Während die Klagsseite vermeinte, dass ein Unfallchirurg keine derartigen „orthopädischen Eingriffe“ durchführen dürfte, folgte der OGH der Rechtsansicht des bekl Krankenanstaltenträgers, wonach bestimmte Behandlungen in das Aufgabengebiet mehrerer Fachärzte fallen können, ua die Versorgung mit Endoprothetik.

Bildlich gesprochen: Die Aufgabengebiete der Fachärzte sind keine tangierenden Kreise, sondern überschneidende; die Schnittmengen stellen die gemeinsamen Aufgabengebiete dar.

2. Abgesehen von der – von allen drei Instanzen – inhaltlich gleichlautend entschiedenen Rechtsfrage kann und muss der Sachverhalt auch näher aus medizinischer Sicht betrachtet werden. Die Genese mancher Beschwerden (hier: Hüftbeschwerden) ist regelmäßig nicht so eindeutig: Sind die Beschwerden tatsächlich ausschließlich degenerativer Art oder stehen dahinter ältere, oftmals nicht bewusst wahrgenommene (Mikro-)Traumata – oder gehen die Beschwerden gar auf mehrere Ursachen zurück? Nach verschiedenen Untersuchungen stehen hinter „rein orthopädischen Indikationen“ bei Hüftarthrosen 25% bis 50% Traumafolgen, bei Kniearthrosen sogar 40% bis 60%.

Die exakte Abgrenzung der Beschwerdeursachen ist medizinisch kaum möglich. Umso praxisgerechter wird damit die Rechtsansicht des OGH zu den überschneidenden Aufgabengebieten verschiedener Fachärzte.

3. Der gegenständliche Sachverhalt gibt Anlass darauf hinzuweisen, dass in Arzthaftungsprozessen regelmäßig zumindest ein zweiter „Geschädigter“ existiert, nämlich der grundlos für den mangelnden Heilungserfolg verantwortlich gemachte Arzt. Im konkreten Fall hätte ein verdienter Primararzt, der zumindest 2.500 Patienten zur vollsten Zufriedenheit behandelt hatte, für ein bei der konkreten OP unvermeidbares Risiko verantwortlich gemacht werden sollen, dies mit einer juristisch kaum haltbaren Argumentation. Dass so manche Mediziner derartige Verfahren demotivierend erleben, darf nicht verwundern.

Nur nebenbei: Hätte die rechtliche Argumentation der Kl Erfolg gehabt, wäre ein dritter „Geschädigter“ zu bedauern gewesen – die Versorgung der Bevölkerung mit Endoprothetik innerhalb derzeit noch akzeptabler Wartezeiten.

4. Insgesamt kann die erwirkte Entscheidung des OGH sohin als wesentlicher Beitrag sowohl zur Rechtssicherheit für breit gelebte Praxis als auch zur Versorgungssicherheit der Bevölkerung mit Endoprothetik gesehen werden.

Gerhard W. Huber

(am Verfahren auf Seiten der Krankenanstalt beteiligt)

## § 1325 ABGB; § 273 ZPO

RdM-LS 2010/38

Schadenersatz für Pflegeleistungen von Angehörigen und für Delfintherapie

1. Wird der Geschädigte [hier: die aufgrund eines Kunstfehlers bei der Geburt geschädigte Kl] von seinen Angehörigen betreut und gepflegt, so sind die tatsächlichen Pflegeleistungen konkret zu ermitteln. Sodann ist der objektive Wert der Arbeitsleistungen als Grundlage der Vergütung heranzuziehen, nämlich die Kosten, die durch die Befriedigung des Pflegebedarfs durch professionelle Kräfte anfallen würden. Die Pflegeleistungen der Angehörigen sind nicht als fiktiver Schaden oder als fiktive Aufwendungen zur Schadensbeseitigung zu qualifizieren, weil die Pflege tatsächlich durchgeführt wird. Fiktiv ist nur die Berechnungsmethode, weil der Berechnung Leistungen durch professionelle Kräfte zugrunde gelegt werden, die in dieser Form nicht erbracht werden.

Auch für die Zeit, die der pflegende Angehörige sonst außer Haus als Freizeit verbracht hätte, gebührt Ersatz, wobei § 273 ZPO angewendet werden kann. Ein mangels genauere Feststellbarkeit vorgenommener 10%iger Zuschlag in diesem Sinn hält sich im Rahmen der zulässigen Ermessensausübung.

2. In Heranziehung der OGH-Rsp zu § 133 Abs 2 ASVG kann Kostenersatz für eine Außenseitermethode [hier: Delfintherapien] erst dann erfolgen, wenn entweder eine zumutbare erfolgversprechende Behandlung nach wissenschaftlich anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst nicht zur Verfügung steht oder eine solche erfolglos blieb. Steht fest, dass der Kl vor den Delfintherapien schon zahlreiche (auch Tier-)Therapien absolviert hat, mit den Delfintherapien dann aber eine wesentliche positive Entwicklung in allen Bereichen und damit eine signifikante Verbesserung der Lebensqualität einhergegangen ist, so sind dem Kl die Kosten der alternativen Behandlungsmethode zuzusprechen.

OGH 21. 4. 2010, 7 Ob 63/10f

**Hinweis:** Zur Schadenersatzfähigkeit von Delfintherapien bereits OGH 19. 5. 2009, 3 Ob 283/08 a RdM-LS 2009/44.

## → Arzneimittel- und Apothekenrecht

### §§ 1, 77 AMG; § 3 Z 8 LMSVG

RdM-LS 2010/39

Abgrenzung von Arzneimitteln zu Lebensmitteln [„Arthrobone Bindegewebsgelee grün“]

Ein Arzneimittel nach der subjektiven Zweckbestimmung liegt nach der EuGH-Rsp bereits dann vor, wenn die therapeutischen Eigenschaften lediglich in einer Veröffentlichung, zB einem Falblatt, angeführt sind, die dem Käufer auf Anfrage nach dem Verkauf vom Hersteller oder Verkäufer zugesandt wird. Für die Qualifikation als Arzneimittel nach der subjektiven Zweckbestimmung reicht es daher aus, wenn dem Produkt auf der Website des Herstellers eine arzneiliche Wirkung beige-