

RECHT **RdM** DER MEDIZIN

Schriftleitung **Christian Kopetzki**

Redaktion **Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Daniel Ennöckl, Meinhild Hausreither, Thomas Holzgruber, Dietmar Jahnel, Matthias Neumayr, Magdalena Pöschl, Reinhard Resch, Hannes Schütz, Lukas Stärker, Karl Stöger, Felix Wallner, Johannes Zahrl**

Februar 2021

01

1 – 44

Beiträge

Provisionsverbote und Kooperationen der Heilberufe *Jakob Dietrich* ➔ 4

KA-AZG-Vorgaben für außergewöhnliche Fälle *Lukas Stärker* ➔ 12

Pharma-Forschung: Wieder schlug der EuGH zu
Franz W. Urlesberger ➔ 15

Gesetzgebung und Verwaltung

COVID-19, Rachen- und Nasenabstriche durch Turnusärzte, Absolventen der Humanmedizin sowie Medizinstudierende ➔ 19

Aktualisierte Information über die Berufsrechte der Gesundheitsberufe
iZm COVID-19-Testungen ➔ 20

Schigebiete ➔ 21

Rechtsprechung

Gerichtliche Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen
gem § 7 Abs 1a EpiG verfassungswidrig? *Christian Kopetzki* ➔ 29

Psychiatrische Unterbringung – Amtshaftung bei Absehen von
der Unterbringung *Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich* ➔ 34

Leitsätze

Willensbildung im Disziplinarverfahren *Markus Lechner* ➔ 40

Wr Contact-Tracing V keine Rechtsgrundlage für verpflichtende
Erhebung von Kontaktdaten in der Gastronomie *Claudia Gabauer* ➔ 41

lich über dieselbe Frage der „Zulässigkeit“ entscheiden. Das wäre mit Art 94 Abs 2 B-VG unvereinbar; es wäre wegen der Inkaufnahme von Judikaturdivergenzen zwischen OGH und VwGH auch höchst unzumutbar und würde die heikle Zusatzfrage aufwerfen, wie mit einem während des gerichtlichen Verfahrens beendeten Freiheitsentzug umzugehen ist (Einstellung des Verfahrens mangels Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts für eine retrospektive Überprüfung? Wiederaufleben der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts?).

8. Während einige der Spannungszonen zu den grundrechtlichen Vorgaben des PersFrG möglicherweise durch eine *verfassungskonforme Auslegung* nach dem Muster der Rsp zum UbG bereinigt werden könnten (zB hinsichtlich des zeitlichen Prüfungshorizonts), trifft dies auf den vom OGH zurecht erhobenen Vorwurf der mangelnden Bestimmtheit des EpiG (insb hinsichtlich der Behördenzuständigkeit) nicht zu. Denn auf diese Weise könnte allenfalls eine Übereinstimmung der Jud mit den inhaltlichen Anforderungen des Art 6 PersFrG erzielt, nicht jedoch die Verletzung der *an den Gesetzgeber* gerichteten Determinierungspflichten beseitigt werden. Die Offenheit einer Regelung für eine verfassungskonforme Interpretation vermag die ausreichende Bestimmtheit nicht zu ersetzen (dazu *Berka*, Das „eingriffsnahe“ Gesetz und die grundrechtliche Interessenabwägung, in FS Walter [1991] 37 [50]).

9. Das Verfahren wirft schließlich auch verfassungsrechtliche Fragen im Hinblick auf die *materiellen und formellen Voraussetzungen eines Freiheitsentzugs wegen übertragbarer Krankheiten* auf. Das betrifft etwa die inhaltlichen Kriterien für die Annahme einer „Gefahren-

quelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten“ gem Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG (bzw Art 5 Abs 1 lit e EMRK), die dafür erforderliche Wahrscheinlichkeit sowie den prozeduralen Nachweis dieser Kriterien. Wollte man hier jene Maßstäbe anlegen, die sich in der Rsp zum psychiatrischen Unterbringungsrecht herausgebildet haben, dann würde das Argument der Behörde, eine Infektion bestimmter (wenngleich nicht getesteter) „Kontaktpersonen“ sei bloß „nicht auszuschließen“, noch nicht als Begründung einer hinreichenden Gefährdung durchgehen (vgl nur VwSlg 15.727 A/2001; mwN *Kopetzki*, Grundriss Unterbringungsrecht³ Rz 115). In diesem Kontext wird auch zu diskutieren sein, inwieweit die zur Anhaltung psychisch Kranker entwickelten – ua auf eine grundsätzlich obligate ärztliche Begutachtung abstellenden – verfahrensrechtlichen Mindeststandards des Krankheitsnachweises bei Anhaltungen gem Art 5 Abs 1 lit e EMRK (sog „Winterwerp-Kriterien“, dazu *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek* ua, Art 1 PersFrG Rz 61) auch für die Fallgruppe der ansteckenden Krankheiten gelten. Der EGMR hat sich hierzu noch nicht festgelegt, aber deutlich auf die Vergleichbarkeit der in Art 5 Abs 1 lit e EMRK zusammengefassten krankheitsspezifischen Anhaltungen hingewiesen (EGMR 25. 1. 2005, 56.529/00, *Enhorn/Schweden* Z 41 ff; dazu *Martin*, The Exercise of Public Health Powers in Case of Infectious Disease: Human Rights Implications, *Medical Law Review* 14 [2006] 132). Allerdings ging es in diesem Beschwerdefall um das (durch alltägliche Sozialkontakte nicht übertragbare) HIV und nicht um ein hochinfektiöses, sich pandemisch ausbreitendes Virus.

Christian Kopetzki

RdM 2021/107

§§ 1, 9 Abs 5
AHG;
§§ 10, 11 Z 1 UbG

OGH 24. 9. 2020,
1 Ob 153/20 m

psychiatrische
Unterbringung;

Amtshaftung;

Organbegriff;

Beleihung

→ Psychiatrische Unterbringung – Amtshaftung bei Absehen von der Unterbringung

Sowohl die Durchführung des ersten Schritts im Verfahren nach § 11 Z 1 UbG als auch die pflichtwidrige Entscheidung, trotz Vorliegens der Voraussetzungen für eine Unterbringung davon abzusehen, gehören bereits zum Unterbringungsverfahren und damit zum hoheitlichen Aufgabenbereich.

Die GmbH als Betreiberin der Krankenanstalt ist iZm der Durchführung der Aufnahmeuntersuchung

Sachverhalt:

Der Lebensgefährte der Kl kam durch Selbstmord ums Leben. Er befand sich zunächst wegen Depressionen und verschiedener Schmerzzustände von Anfang August 2017 bis 10. 9. 2017 in stationärer Behandlung an der psychiatrischen Abteilung der von der bekl GmbH betriebenen Krankenanstalt. Am 10. 9. 2017 wurde er auf eigenen Wunsch entlassen. Bereits am 12. 9. 2017 wurde er nach Überweisung seines Hausarztes neuerlich an der psychiatrischen Abteilung der Bekl vorstellig und stationär aufgenommen. Gegen Mittag des 15. 9. 2017 verließ er das Krankenhaus und verübte anschließend außerhalb des Krankenhauses Suizid.

Die Kl begehrt von der Bekl die Zahlung von € 30.000,- (davon € 15.000,- an Trauerschmerzensgeld

und der Entscheidung über die Unterbringung eines Patienten nach dem UbG nicht selbst Organ. Entscheidungsträger und damit Organ des Bundes iSd § 1 Abs 2 AHG ist vielmehr der Abteilungsleiter. Gegen die Betreiberin ist daher der Rechtsweg für eine Schadenersatzklage zulässig.

und € 15.000,- an noch nicht näher konkretisierten Kosten für die Wohnraumschaffung). Am 12. 9. 2017 seien eindeutige Anzeichen einer akuten Selbstmordgefährdung ihres Lebensgefährten und damit die Voraussetzungen einer Einweisung nach § 3 UbG vorgelegen. Diese Voraussetzungen seien in Anbetracht einer Verschlechterung des Zustands nie weggefallen. Durch jede Art der räumlichen Beschränkung hätte sich ihr Lebensgefährte nicht unbeobachtet aus der Klinik entfernen können und wäre der Selbstmord zu verhindern gewesen. Der Selbstmord sei auch auf eine offenbar familiär prädisponierte Schilddrüsenproblematik, die enorme Schmerzen ausgelöst habe und von der Bekl nicht behandelt worden sei, zurückzuführen. [...]

Die Bekl wandte im Wesentlichen ein, sämtliche Behandlungsschritte seien maßvoll, zeitgerecht und lege artis erfolgt. Die Voraussetzungen für eine Unter-

Der OGH präzisiert die Reichweite des hoheitlichen – der Amtshaftung unterliegenden – Aufgabenbereichs bei der psychiatrischen Unterbringung.

bringung im geschlossenen Bereich der Psychiatrie seien weder bei der freiwilligen Aufnahme am 12. 9. 2017 noch am Tag seines Ablebens vorgelegen. Beim Lebensgefährten der Kl seien vier Mal das für die Schilddrüsenfunktion verantwortliche Hypophysenhormon, zwei Mal die gesamten Schilddrüsenhormone und ein Mal auch Schilddrüsenantikörper gemessen worden. In allen Fällen seien die Ergebnisse im Normbereich gelegen, sodass ein relevantes Adenom ausgeschlossen werden habe können, ein Ultraschall nicht sinnvoll und eine Szintigrafie nicht indiziert gewesen sei.

Die Nebenintervenientin trat nach Abschluss des Rekursverfahrens dem Verfahren auf Seite der Bekl bei.

[Entscheidungen der Unterinstanzen]

Das ErstG wies die Klage unter Nichtigerklärung des Verfahrens ab Anordnung der Klagszustellung unter Bezugnahme auf § 9 Abs 5 AHG wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurück. Nach der Rsp des VwGH, dessen Auffassung der OGH gebilligt habe (2 Ob 25/97 h; 1 Ob 247/98 z), sei eine in eine Anstalt eingelieferte Person in die Anstalt „aufgenommen“, sobald sie durch Anstaltspersonal Einschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit unterworfen werde. Wenn die Kl der Bekl vorwerfe, sie hätte die Freiheit des Patienten wegen Suizidgefahr beschränken müssen, werfe sie dieser unterlassenes hoheitliches Handeln vor.

Das RekG gab dem Rekurs der Kl Folge, hob den angefochtenen Beschluss auf und trug dem ErstG die Fortsetzung des Verfahrens unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund auf. Rechtlich führte es aus, die Unterbringung nach dem UbG sei der Hoheitsverwaltung des Bundes zuzuordnen. Die Entscheidungsträger und das mit der Durchführung beauftragte Pflegepersonal handelten als Organe des Bundes. Für die durch ihre Fehlentscheidungen oder ihr Fehlverhalten verursachten Schäden hafte der Bund im Rahmen der Amtshaftung. Davon umfasst sei der gesamte Prozess der Unterbringung, also sowohl die sicherheitspolizeilichen Zwangsakte im Vorfeld der Unterbringung einschließlich der ärztlichen Bescheinigung gem § 8 UbG, die Durchführung der Aufnahmeuntersuchung in der Anstalt, Entscheidungen der Anstaltsorgane über die Aufhebung bzw Unterlassung der Unterbringung sowie der Vollzug der Unterbringung. Nach den Sachverhalten der vom ErstG zitierten höchstgerichtlichen E seien dort vor der Aufnahme bereits sicherheitspolizeiliche Zwangsakte vorgelegen. Hier sei nach dem Klagevorbringen aber eine freiwillige Aufnahme und Behandlung an der psychiatrischen Abteilung erfolgt. [...] Der gegenständliche Fall bewege sich außerhalb der Grenze des UbG, sodass eine Amtshaftung wegen hoheitlichen Unterlassens zu verneinen sein.

Darüber hinaus sei eine Haftung des Bundes aber auch insofern zu verneinen, als der Bekl nach dem Klagsvorbringen ein sorgfaltswidriges Verhalten dahin vorgeworfen werde, dass diese die Schilddrüsenproblematik des Verstorbenen nicht behandelt habe. [...] Damit werfe die Kl der Bekl einen Behandlungsfehler, der für die Schäden ursächlich sei, vor. Dabei handle es

sich um einen klar vom UbG und somit einen von hoheitlichem Handeln bzw Unterlassen abzugrenzenden Fall, weil sich das Rechtsverhältnis auf einen zivilrechtlichen Behandlungsvertrag gründe. Schon allein deshalb komme eine Zurückweisung der Klage nicht in Betracht.

Das RekG sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil zur Frage des hoheitlichen Handelns bzw Unterlassens iZm einem Patienten, der sich freiwillig in die psychiatrische Abteilung begeben habe und sich dort behandeln lasse (§ 11 UbG), höchstgerichtliche Rsp fehle.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der – nach Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einbringung des Rechtsmittels – rechtzeitige Revisionsrekurs der Bekl, der von der Kl beantwortet wurde, ist aus dem vom RekG genannten Grund zulässig. Er ist im Ergebnis jedoch nicht berechtigt.

1.1. Die Kl war die Lebensgefährtin des Mitte September 2017 durch Selbstmord Verstorbenen. Sie macht gegenüber der Bekl zwei Anspruchsgrundlagen geltend:

Einerseits behauptet sie ein sorgfaltswidriges Verhalten der bekl Krankenanstalt, weil die Schilddrüsenproblematik des Verstorbenen nicht behandelt worden sei. Der Selbstmord sei durch die enormen Schmerzen, die auf eine Schilddrüsenerkrankung zurückzuführen seien, hervorgerufen worden. Die extremen Schmerzen und depressiven Zustände ihres Lebensgefährten seien auch Folge dieser Fehlbehandlung gewesen.

Andererseits macht sie geltend, ihr Lebensgefährte habe beim zweiten Klinikaufenthalt ab 12. 9. 2017 an extremen Schmerzen gelitten, sei zittrig und weiß im Gesicht gewesen, habe neben sich gestanden und sei völlig getrieben gewesen. Er habe wiederholt geäußert, Suizid begehen zu wollen. Ihr Lebensgefährte habe in einem massiv verschlechterten Zustand – zwei Tage nach seiner Entlassung – zum eigenen Schutz wiederum die psychiatrische Abteilung der Bekl aufgesucht. Zu dieser Zeit hätten die Voraussetzungen für seine Unterbringung im geschlossenen Bereich der Psychiatrie vorgelegen. Seine Krankheitseinsichtigkeit sei nicht gegeben gewesen, weil im Vordergrund die zu diesem Zeitpunkt nicht abgeklärten Symptome der Grunderkrankung gestanden seien. Bei vorschriftsmäßiger Unterbringung in der geschlossenen Abteilung, jedenfalls auch bei ordnungsgemäßer Überwachung, hätte es nicht dazu kommen können, dass sich ihr Lebensgefährte unbeobachtet aus dem Krankenanstaltenareal entferne und außerhalb das Leben nehme. Von dieser Möglichkeit habe die Bekl pflichtwidrig keinen Gebrauch gemacht, obwohl die Voraussetzungen der Unterbringung vorgelegen seien und durch einfache Maßnahmen der Einschränkung der Bewegungsfreiheit der Suizid verhindert hätte werden können.

1.2. Beide Anspruchsgrundlagen sind getrennt zu beurteilen. Die Kl macht unterschiedliche Klagegründe – also unterschiedliche rechtserzeugende Tatsachen – geltend, wobei jeder dieser Klagegründe für sich dem Urteilsbegehren zum Erfolg verhelfen könnte. →

1.3. Damit liegt aber kein einheitlicher Sachverhalt vor, sondern die Kl bringt unterschiedliche rechtserzeugende Tatsachen zu verschiedenen Rechtsgründen vor, die zum Zuspruch des Urteilsbegehrens führen sollen. Sie macht damit in einer einzigen Klage mehrere Ansprüche geltend, die alle auf ein und dasselbe Ziel gerichtet sind (Anspruchs- oder Realkonkurrenz, auch „kumulierte Klagenhäufung“; RIS-Justiz RS0037814 [T 1]; 4 Ob 154/12 v mwN SZ 2012/106).

[Zur Reichweite der Amtshaftung]

2.1. Der Lebensgefährte der Kl wurde am 12. 9. 2017 nach Überweisung seines Hausarztes auf der psychiatrischen Abteilung des Krankenhauses der Bekl stationär aufgenommen. An einer psychiatrischen Abteilung ist grundsätzlich das UbG anwendbar (näher dazu *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ [2012] Rz 35 [3.]; vgl § 2 UbG). Unterliegt ein psychiatrischer Patient keinen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit iSd § 2 UbG, dann ist er auch nicht „untergebracht“. Das UbG spricht in diesem Zusammenhang von einem „sonst in die psychiatrische Abteilung aufgenommenen, in seiner Bewegungsfreiheit nicht beschränkten“ Patienten (§ 11 Z 1 UbG). Seine Rechtstellung ist nicht nach UbG, sondern nach den für alle anderen Anstaltspatienten geltenden Rechtsgrundlagen (Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz, Zivilrecht) zu beurteilen. Das Rechtsverhältnis gründet sich in diesem Fall regelmäßig auf einen zivilrechtlichen Behandlungsvertrag mit dem Anstaltsträger. Der Eintritt muss – was von der Kl behauptet wird – dabei freiwillig sein; Zwangsbefugnisse bestehen nicht (*Kopetzki*, aaO Rz 27; für die Geltung der „zivilrechtlichen Regeln der Krankenhausaufnahme“ und des Behandlungsvertrags auch *Hal-mich*, Unterbringungsgesetz [2014] § 11 Anm 1).

2.2. Wenn die Kl der Bekl als sorgfaltswidriges Verhalten vorwirft, dass diese die Schilddrüsenproblematik ihres Lebensgefährten nicht behandelt habe, beruft sie sich auf einen Behandlungsfehler. Sie stützt sich damit auf die Verletzung des Behandlungsvertrags zwischen ihrem Lebensgefährten und der Bekl, der – worauf das RekG zutreffend hinweist – keinen relevanten Zusammenhang mit der ebenfalls behaupteten (pflichtwidrigen) Unterlassung einer Unterbringung aufweist. In der Rsp ist anerkannt, dass eine Lebensgefährtin des Patienten, wenn die Lebensgemeinschaft aufrecht ist und keine Hinweise auf eine bereits eingetretene Entfremdung bestehen, zum Kreis der von einem Behandlungsvertrag geschützten Dritten zählt (8 Ob 127/02 p SZ 2002/110; 4 Ob 176/19 i [2.2]). Soweit sie ihr Schadenersatzbegehren gegen den Träger der Krankenanstalt auf die unterbliebene Abklärung und Behandlung der Schilddrüsenproblematik gründet, ist der Rechtsweg daher zulässig.

3.1. Der Amtshaftung unterliegen die mit dem Vollzug einer Unterbringung zusammenhängenden Beschränkungen und Behandlungen (zuletzt 1 Ob 220/19 p mwN). Ein passives Organverhalten (Unterlassung) ist rechtswidrig, wenn und soweit eine (hoheitliche) Handlungspflicht bestand und pflichtgemäßes Handeln den Schaden verhindert hätte (RS0081378 [T 3]). Voraussetzung für die Haftung ist, dass eine von Amts wegen zu treffende Maßnahme schuldhaft

nicht gesetzt wurde (vgl RS0081378 [T 12]). Die Unterbringung suizidgefährdeter Personen hat den Erfordernissen einer nach medizinischen Kenntnissen fachgerechten Überwachung bzw den Standards der Suizidprävention zu entsprechen, wobei entscheidend ist, ob die Gefahr für ein fachkundiges (§ 1299 ABGB; vgl RS0026514) Krankenhauspersonal naheliegend und vorhersehbar ist (1 Ob 220/19 p mwN).

In Abkehr von älterer Rsp (RS0115014) judiziert der Fachsenat seit der E zu 1 Ob 176/08 a (= SZ 2009/30), dass auch für Klagen gegen juristische Personen des Privatrechts, die für hoheitliches Handeln in Pflicht genommen oder beliehen wurden – ebenso wie für Klagen gegen physische Personen als Organe – der Rechtsweg gem § 9 Abs 5 AHG unzulässig ist (RS0124590).

3.2. Die Kl behauptet eine rechtswidrige Unterlassung der zuständigen Ärzte der Bekl, weil sich ihr Lebensgefährte – ohne in seiner Bewegungsfreiheit beschränkt zu sein – bereits in stationärer psychiatrischer Anstaltspflege befunden hat und in der Folge rechtswidrig, trotz Erfüllung der Voraussetzungen für eine Unterbringung nicht in einem „geschlossenen Bereich“ untergebracht worden sei und er daher Suizid begehen habe können. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der psychiatrischen Abteilung, auf der der Lebensgefährte der Kl behandelt wurde, um eine Abteilung für Psychiatrie iSd § 2 UbG.

Nach § 11 Z 1 UbG ist § 10 UbG (ua Untersuchung durch den Abteilungsleiter; Erstellung eines ärztlichen Zeugnisses über die Voraussetzungen der Unterbringung) sinngemäß anzuwenden, wenn bei einem sonst in die psychiatrische Abteilung aufgenommenen, in seiner Bewegungsfreiheit nicht beschränkten Kranken Grund für die Annahme besteht, dass die Voraussetzungen der Unterbringung vorliegen. § 11 UbG regelt die zwangsweise Aufnahme von Patienten, die sich bereits in der psychiatrischen Abteilung befinden, ohne dorthin unter Mitwirkung bestimmter Ärzte und der Sicherheitsbehörden (§§ 8 und 9 UbG) gebracht worden zu sein. Z 1 leg cit betrifft diejenigen Kranken, die sich freiwillig – ohne allerdings ein Verlangen auf Unterbringung gestellt zu haben – in eine Anstalt begeben haben und daher bisher keinen Einschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit unterworfen worden sind. Ergeben sich bei einem solchen Kranken im Verlauf des Anstaltsaufenthalts Hinweise auf die Notwendigkeit einer Unterbringung, so ist, wenn der Kranke kein Verlangen auf Unterbringung (§§ 4 ff UbG) stellt, eine Aufnahmeuntersuchung nach § 10 UbG vorzunehmen (JAB 1202 BlgNR 17. GP 6).

Entgegen der Ansicht des RekG ist der Umstand, dass beim Lebensgefährten der Kl „die Freiwilligkeit während seines stationären Aufenthalts nicht weggefallen ist“, keine Tatbestandsvoraussetzung des § 11 Z 1 UbG. Dass eine Behandlungsalternative bestanden hätte (so das RekG weiter), brachte die Kl iZm der behaupteten pflichtwidrigen Unterlassung der Unterbringung gerade nicht vor. Nach § 3 UbG darf in einer psychiatrischen Abteilung nur untergebracht werden, wer an einer psychiatrischen Krankheit leidet und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet (Z 1) und nicht in anderer

Weise, insb außerhalb einer psychiatrischen Abteilung, ausreichend ärztlich behandelt oder betreut werden kann (Z 2). Der Wegfall der Freiwilligkeit während des stationären Aufenthalts wird auch hier nicht erwähnt. Dieser ist nur die Konsequenz aus dem pflichtgemäßen Handeln der Ärzte der psychiatrischen Abteilung nach § 11 Z 1 UbG, hat doch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 11 Z 1 UbG die „Umwandlung“ in die zwangsweise Unterbringung zu erfolgen. Dieser Fall betrifft jene Kranken, die sich freiwillig – ohne ein Verlangen auf Unterbringung gestellt zu haben (wie nach den Behauptungen der Kl ihr Lebensgefährte) – in einer psychiatrischen Anstalt bzw Abteilung aufhalten und daher bisher keinen Beschränkungen unterliegen, in der Folge jedoch Beschränkungen unterworfen werden sollen (Kopetzki, aaO Rz 284).

Die von der Kl behauptete Unterlassung des Abteilungsleiters der Bekl in der psychiatrischen Abteilung, der entgegen den Voraussetzungen des § 11 Z 1 UbG keine Veranlassung gesehen hätte, das dort vorgesehene Verfahren auf der eigenen Station einzuleiten (vgl § 10 UbG), betrifft bereits den hoheitlichen Aufgabenbereich. Sowohl die Durchführung des ersten Schritts in Verfahren nach § 11 Z 1 UbG als auch die pflichtwidrige Entscheidung, trotz Vorliegens der Voraussetzungen für eine Unterbringung davon abzusehen, gehören bereits zum Unterbringungsverfahren. Ab dem Zeitpunkt, ab dem es objektiv geboten wäre, einen nicht in seiner Bewegungsfreiheit beschränkten Patienten dahin zu untersuchen, ob die Voraussetzungen für die Unterbringung vorliegen und darüber ein ärztliches Zeugnis auszustellen (§ 10 Abs 1 UbG), tritt der Abteilungsleiter, worunter das UbG ganz allgemein den „mit der Führung der Abteilung betrauten Arzt bzw seinen Vertreter“ versteht (§ 4 Abs 2 leg cit; 7 Ob 237/11 w mwN RS0127984), in eine hoheitliche Funktion. In dieser Funktion ist er dazu berufen, die gesetzlich vorgesehenen Schritte im Verfahren zur Unterbringung zu setzen.

[Zur Zulässigkeit des Rechtswegs gegen den Anstaltsträger]

3.3. Die bekl GmbH als Betreiberin der Krankenanstalt ist aber iZm der Durchführung der Aufnahmeuntersuchung und der Entscheidung über die Unterbringung eines Patienten nach den Normen des UbG, deren pflichtwidrige Unterlassung die Kl behauptet, nicht selbst Organ. Entscheidungsträger und damit Organ des Bundes (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG) ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut vielmehr der Abteilungsleiter bzw sein Stellvertreter (§ 4 Abs 2 UbG; vgl auch Ganner in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG II Vor §§ 1 ff UbG Rz 44 f; 1 Ob 4/94). Der Abteilungsleiter hat die betroffene Person unverzüglich zu untersuchen und darf sie nur aufnehmen, wenn nach seinem ärztlichen Zeugnis die Voraussetzungen der Unterbringung vorliegen (§ 10 Abs 1 UbG). Er hat den aufgenommenen Kranken auch ehestens über die Gründe der Unterbringung zu unterrichten (§ 10 Abs 2 UbG). Die Betreiberin des Krankenhauses ist bei Einleitung des Unterbringungsverfahrens kein Organ im weiten Sinn, auch wenn der Kranke bei einer (tatsächlich stattfindenden) Unterbringung in keinem privatrechtlichen Verhältnis zu ihr steht (1 Ob 4/94; Schragel, AHG³ Rz 110; vgl Ganner, aaO Rz 46). Ist die Bekl aber iZm der ihr von der Kl angelasteten pflichtwidrigen Unterlassung der Unterbringung ihres Lebensgefährten keine – gesetzlich – in die Pflicht genommene juristische Person und hat sie nicht die Stellung eines Organs iSd § 1 Abs 2 AHG, ist der Rechtsweg für die Schadenersatzklage zulässig.

Im Ergebnis hat daher das RekG auch insoweit dem ErstG zutreffend die Fortsetzung des Verfahrens unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund aufgetragen.

4. Dem Revisionsrekurs kommt demnach keine Berechtigung zu. [...]

Anmerkung:

1. Dieser Beschluss des OGH bringt Klarstellungen und Neues zur Interaktion zwischen UbG einerseits und AHG andererseits, weshalb zum besseren Verständnis Hintergründe und Details näher dargestellt werden:

Der Patient war am 12. 9. 2017 an der Psychiatrischen Abteilung stationär vorstellig und durch Abschluss eines Behandlungsvertrags stationär aufgenommen worden; eine Unterbringung (auf Verlangen oder ohne Verlangen) war nicht erfolgt. Drei Tage später verließ er die Krankenanstalt und verübte Suizid. Zum gegenständlichen Sachverhalt wurden von verschiedenen Angehörigen Schadenersatzansprüche am ordentlichen Rechtsweg in insgesamt vier Zivilverfahren (drei vor dem Landesgericht, ein weiteres vor dem Bezirksgericht) anhängig gemacht. Drei der damit befassten Erstrichter wiesen die Klage unter Nichtigerklärung des Verfahrens ab Anordnung der Klagszustellung von Amts wegen gem § 9 Abs 5 AHG wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurück, die vierte Richterin gab dem diesbezüglichen Einwand der bekl Partei keine Folge.

Einer der beim OLG Linz für die Rechtsmittelverfahren zuständigen Senate gab dem Rekurs der Angehörigen Folge und erachtete den Rechtsweg für zulässig (während zwei weitere beim OLG Linz für die anderen Rechtsmittelverfahren zuständigen Senate ihre Rechtsmittelverfahren vorerst unterbrachen): Der von Klagsseite behauptete Sachverhalt sei (noch) nicht nach UbG zu beurteilen, sodass eine Amtshaftung wegen hoheitlichen Unterlassens zu verneinen sei. Dabei stützte sich das OLG Linz auf Schweighofer (Unterbringungsgesetz – UbG [2019] § 11 Rz 2), der zu Folge § 11 Z 1 UbG Patienten betreffe, die freiwillig und ohne Beschränkung der Bewegungsfreiheit in der Psychiatrischen Abteilung stationär behandelt werden, bei denen die Freiwilligkeit des Aufenthalts oder der Behandlung wegfällt und Grund für die Annahme besteht, dass die Unterbringungsvoraussetzungen iSd § 3 UbG vorliegen. Diese Freiwilligkeit sei beim gegenständlichen Patienten nicht verloren gegangen, weshalb das UbG nicht Anwendung fände. Der ordentliche Revisionsrekurs wurde vom OLG Linz für zulässig erklärt, wegen fehlender (gesicherter) Rsp zu hoheitlichem Handeln (Unterlassen) iZm Patien-

ten, die sich freiwillig in eine Psychiatrische Abteilung begeben haben und sich dort behandeln ließen.

Der gegenständliche Beschluss des OGH bejaht (in Übereinstimmung mit drei von vier Erstrichtern und im Widerspruch zur RekursE) den Anwendungsbereich des UbG, erachtet dessen ungeachtet (im Widerspruch zu den drei Erstrichtern) den Rechtsweg für zulässig. Die Rechtslage ist selbst für mit medizinrechtlichen Materien vertraute Juristen anspruchsvoll und verdient näher dargestellt zu werden. Dies umso mehr, als die KI im Verfahren nicht nur (angebliche) Säumnisse bei der Unterbringung/Beschränkung des Patienten an sich vorbringen, sondern auch (und im Zusammenhang damit) eine suboptimale medizinische Behandlung der (angeblich) beim Patienten vorgelegenen Schilddrüsen-erkrankung (Anspruchs- oder Realkonkurrenz).

2. Das UbG gilt für Krankenanstalten und Abteilungen für Psychiatrie (sohin Psychiatrische Abteilungen), in denen Personen in einem geschlossenen Bereich angehalten oder sonst Beschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit unterworfen werden, sohin „untergebracht“ sind (§ 2 UbG). Der Anwendungsbereich des UbG ist sowohl einrichtungs- als auch personenbezogen definiert. Sämtliche Freiheitsbeschränkungen auf Psychiatrischen Abteilungen sind nach dem UbG zu beurteilen. Ein „freiwilliger Aufenthalt“ auf einer geschlossenen Station ist ausschließlich in Form einer Unterbringung auf Verlangen (§§ 4 f UbG) zulässig (*Koppensteiner in Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht [2016] § 2 Rz 1 f UbG). Gegenständlich war der Patient sohin nach dem Klagsvorbringen bis zu seinem Suizid niemals untergebracht (weder auf Verlangen noch ohne Verlangen).

Allerdings geht einer der Klagsvorwürfe in die Richtung, dass eine Aufnahmeuntersuchung gem § 10 UbG des auf der Psychiatrischen Abteilung aufgenommenen (nicht untergebrachten!) Patienten erforderlich, weil dieser akut suizidgefährdet gewesen wäre.

Unter Bezugnahme auf *Kopetzki* (Grundriss des Unterbringungsrechts³ Rz 35) führt der OGH nachvollziehbar aus, dass ein psychiatrischer Patient, der keinen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit unterliegt, nicht „untergebracht“ ist und seine Rechtsstellung nicht nach UbG, sondern nach dem zivilrechtlichen Behandlungsvertrag mit dem Krankenanstalten-träger zu beurteilen ist.

3. Plausibel legt der OGH dar, dass auch ein passives Organverhalten (Unterlassen) rechtswidrig sein kann, wenn und soweit eine hoheitliche Handlungspflicht bestand und pflichtgemäßes Handeln den Schaden verhindert hätte. Das ist in der Allgemeinheit zweifellos zutreffend, in Bezug auf Krankenanstalten-träger (bzw die dort beschäftigten Abteilungsleiter iSd § 10 UbG) nicht selbstverständlich: So waren (wie das OLG Linz richtig ausführte) in der E 1 Ob 247/98 z der Aufnahmeuntersuchung in der Krankenanstalt und der erforderlichen Unterbringung bereits sicherheitspolizeiliche Zwangsakte vorangegangen. Im hier zu beurteilenden Sachverhalt wurde der Patient allerdings unstrittig im Rahmen eines Behandlungsvertrags in der Krankenanstalt behandelt. Es stellt sich sohin die

Abgrenzungsfrage zwischen (zuvor geschlossenem) Behandlungsvertrag und Unterbringungsrecht.

4. Gem § 11 Z 1 UbG ist § 10 UbG „sinngemäß anzuwenden“, wenn bei einem sonst in der Psychiatrischen Abteilung aufgenommenen, in seiner Bewegungsfreiheit nicht beschränkten Kranken (nicht untergebrachten Kranken) Grund für die Annahme besteht, dass die Voraussetzungen der Unterbringung (§ 3 UbG) vorliegen.

Damit verweist § 11 Z 1 nicht nur sinngemäß auf § 10, sondern auch und insb auf die Unterbringungs-voraussetzungen gem § 3 UbG. Der sinngemäße Verweis einer Norm auf die nächste und von dieser wiederum auf eine andere trägt (insb bei unterschiedlichen Sachverhaltsvoraussetzungen) nicht immer zur Rechtssicherheit bei.

5. Die Rechtsstellung „nicht untergebrachter“ Patienten (§ 11 Z 1 UbG) gründet auf zivilrechtlichem Behandlungsvertrag mit dem Anstaltsträger. § 11 Z 1 sieht eine „Umwandlung“ in die zwangsweise Unterbringung für den Fall vor, dass bei einem sonst in die Psychiatrische Abteilung aufgenommenen, in seiner Bewegungsfreiheit nicht beschränkten Kranken Grund für die Annahme besteht, dass die Voraussetzungen der Unterbringung vorliegen (*Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ Rz 284). *Halmich* (Unterbringungsgesetz – Praxiskommentar [2014] 152) betont, dass in diesem Fall ein Grund zur Annahme bestehen muss, dass die Voraussetzungen der Unterbringung vorliegen. Ergeben sich bei nicht beschränkten Patienten im Verlauf des Anstaltsaufenthalts Hinweise auf die Notwendigkeit einer Unterbringung, so ist, wenn der Kranke kein Verlangen auf Unterbringung stellt, eine Aufnahmeuntersuchung nach § 10 UbG vorzunehmen (*Thanner/Vogl*, Unterbringungsgesetz [2006] 82).

Die Pflicht des Abteilungsleiters, den nicht untergebrachten Patienten unverzüglich zu untersuchen und die Voraussetzungen der Unterbringung abzuklären, resultiert sohin unmittelbar aus § 11 Z 1 und § 10 UbG (welche Normen mit Zwang durchgesetzt werden können und gegebenenfalls müssen), weshalb das pflichtwidrige Unterlassen dieser Untersuchung nach UbG und in der Folge nach AHG zu beurteilen ist. Der OGH kommt sohin (in Übereinstimmung mit drei von vier Erinstanzen) uE richtig zum Schluss, dass der Sachverhalt nach UbG zu beurteilen ist.

6. Bei Beurteilung des Sachverhalts nach UbG stellt sich folgerichtig die Rechtsfrage, ob der Krankenanstaltenträger eine in die Pflicht genommene juristische Person ist und damit Stellung eines Organs iSd § 1 Abs 2 AHG innehat, womit der Rechtsweg für die Schadenersatzklage unzulässig wäre.

In Abgehen von bisheriger Rsp judizierte der OGH zu 1 Ob 176/08 a (Seuchenteppich), dass die bekl Partei als juristische Person des Privatrechts, der die Besorgung hoheitlicher Aufgaben übertragen wurde, als „in Pflicht genommenes Unternehmen zur Besorgung hoheitlicher Aufgaben“ tätig war und somit der Rechtsweg unzulässig ist. Die Konkurrenz zwischen Amtshaftung und allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen entschied der OGH zugunsten der Amts-

haftung. In diesem Sinne judizierte der OGH auch zu 1 Ob 224/10 p (Feuerversicherer), dass der Geschädigte den Ersatz des ihm in Vollziehung der Wr KehrV 1985 zugefügten Schadens im ordentlichen Rechtsweg nicht geltend machen kann (§ 9 Abs 5 AHG). Die Judikaturlinie wurde fortgesetzt zu 1 Ob 19/13 w (Autismus), indem betont wurde, dass auch juristische Personen unter den Organbegriff fallen, soweit ihnen die Durchführung hoheitlicher Maßnahmen übertragen wurde. Gleichlautend ergingen die E 1 Ob 45/15 x (Feuerspucken), 8 ObA 65/15 i (zum „gespaltenen Dienstverhältnis“), 1 Ob 204/16 f (Biohühner), 1 Ob 87/19 d (Hochseilpark) und zuletzt 1 Ob 136/20 m (Erlebnis- und Outdoor-Pädagogik).

Nach dieser Judikaturlinie entschieden drei von vier Erstrichtern, dass auch im konkreten Fall der ordentliche Rechtsweg unzulässig sei, zumal der Krankenanstaltenträger eine in die Pflicht genommene juristische Person wäre.

UE richtig judiziert der OGH allerdings, dass nicht der bekl Krankenanstaltenträger Organ im weiten Sinn (auch in Pflicht genommene juristische Person) iSd §§ 10 f UbG ist, sondern der (dort beschäftigte) Abteilungsleiter, weshalb der Rechtsweg für Ansprüche nach dem UbG zulässig ist; Schadenersatzansprüche gegen den Abteilungsleiter (§ 10 Abs 1 UbG) könnten im ordentlichen Rechtsweg selbstverständlich nicht geltend gemacht werden (§ 9 Abs 5 AHG).

7. Entscheidungsgegenständlich war ausschließlich die Frage, ob für die geltend gemachten Ansprüche der Rechtsweg zulässig ist. Klagsgegenständlich sind Trauerschmerzensgeld und nicht näher konkretisierte Kosten für Wohnraumschaffung der Lebensgefährtin des Patienten. Ein direktes Vertragsverhältnis der Kl (Lebensgefährtin) zum Krankenanstaltenträger bestand nicht. Der hier gegenständliche Beschluss des OGH sieht die Lebensgefährtin als von der Schutzwirkung des Behandlungsvertrags betreffend die Schilddrüsenproblematik mitumfasst; uE wäre es zu weitgehend, den Bereich bloß deliktischer Schadenersatzan-

sprüche (nach der Rsp Trauerschmerzensgeld) über eine Konstruktion von Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auszudehnen und damit die amtschaftsrechtliche Immunität des Organs (bzw seines Beschäftigten) zu unterlaufen (*Ziehensack*, Amtshaftungsgesetz² § 1 AHG Rz 183 f).

8. Mit dieser E ist ausschließlich geklärt, dass der Rechtsweg für die gegenständlichen Klagen zulässig ist, nicht hingegen die passive Klagslegitimation oder gar der materiellrechtliche Anspruch gegen den (bereits dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beigetretenen) funktionellen Rechtsträger.

9. Als Fazit (und Ausblick) ist festzuhalten, dass der gegenständliche Beschluss des OGH vollkommen richtig den Geltungsbereich des UbG bereits beginnen lässt mit fehlerhafter Unterlassung der Untersuchung nach §§ 10 f UbG. Dabei weist dieser Beschluss uE über das UbG hinaus auf andere, allenfalls fehlerhaft nicht vorgenommene Beschränkungen von Patienten zB im Rahmen des HeimAufG: Gem § 24 HeimAufG haftet der Bund nach den Bestimmungen des AHG bei fehlerhafter Vollziehung des HeimAufG. Bei rechtswidriger Freiheitsbeschränkung greift eine verschuldensunabhängige Haftung, während bei einer Rechtswidrigkeit infolge nicht gesetzter notwendiger Beschränkung eine verschuldensabhängige Haftung des Bundes gegeben wäre (*Bürger/Herdega in Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht, Rz 1 zu § 25 HeimAufG). Der gegenständliche Beschluss des OGH ist sohin über den Einzelfall hinaus richtungsweisend für Krankenanstaltenträger und Rechtsträger der Alten-, Pflege- und Behindertenheime.

In all diesen Fällen können sich Krankenanstaltenträger (Heimträger) als organisatorische Rechtsträger zur Gänze am funktionellen Rechtsträger (Bund) regressieren (§ 1 Abs 3 Satz 2 AHG).

Gerhard W. Huber/Jakob Dietrich (als Vertreter der Krankenanstalt am Verfahren beteiligt)

Aktuelle Rechtsprechung in Leitsätzen

Nr 1 – 21

Bearbeitet von Gisela Ernst, Claudia Gabauer, Ingrid Jez, Veronika Kräftner, Markus Lechner, Aline Leischner-Lenzhofer, Danielle Noe, Claudia Steinböck und Alexandra Straif

→ Apotheken- und Arzneimittelrecht

§§ 10, 19a ApG

RdM-LS 2021/1

Keine Parteistellung der Inhaber öffentlicher Apotheken im Verfahren nach § 19a ApG

Die in § 19a Abs 1 Satz 1 ApG normierte Kompetenz der Apothekebehörde, eine ohne Konzession betriebene öffentliche Apotheke zu schließen, steht in einem engen inhaltlichen Zusammenhang mit der in § 19a Abs 2 ApG geregelten Aufrechterhaltung

des Betriebs einer solchen Apotheke für einen angemessenen Zeitraum „mit Rücksicht auf den Bedarf der Bevölkerung“. Die Bestimmung des § 19a ApG in ihrer Gesamtheit erfordert eine Entscheidung der Behörde, eine konzessionslos betriebene öffentliche Apotheke entweder zu schließen oder aber deren Betrieb bei entsprechendem „Bedarf der Bevölkerung“ fortführen zu lassen.

Die Inhaber öffentlicher Apotheken haben nach der Rsp des VwGH kein rechtliches Interesse am Unterbleiben der Betrauung eines Leiters mit der Fortführung einer ohne Konzession betriebenen Apotheke und daher keine Parteistellung nach § 19a Abs 2 ApG. →