

# RECHT **RdM** DER MEDIZIN

mit Beilage  
Ökonomie &  
Gesundheit

*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

August 2020

04

133 – 168

## Beiträge

### Zur grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht *Anja Krasser* ☎ 136

Die Rechtsnatur des ärztlichen Erstgesprächs *Tanja Verbunkic* ☎ 143

Um- und Zusammenpacken von Medizinprodukten  
*Christoph Dungal* ☎ 149

## Gesetzgebung und Verwaltung

Coronavirus ☎ 153

## Rechtsprechung

Lege artis Anwendung eines Arzneimittels im  
intra- oder extramuralen Bereich *Gisela Ernst* ☎ 156

Corona-Ausgangsbeschränkungen – „Freunde besuchen“?  
*Christian Kopetzki* ☎ 161

## Ökonomie und Gesundheit

Der PHARMIG-Verhaltenscodex – Novelle 05/2020  
*Manuela Krammer, Stefanie Liebenwein und  
Christiane Stockbauer* ☎ Ö&G 1

→ Editorial .....	133
-------------------	-----

**Corona, Punkt und Beistrich**

*Von Christian Kopetzki*

## Beiträge

→ Zur grundrechtlichen Zulässigkeit einer Impfpflicht .....	136
---	-----

Ein Impfstoff gegen COVID-19 ist noch nicht am Markt und doch wird vereinzelt bereits über eine verpflichtende Impfung spekuliert. Schon die steigenden Masernzahlen in den letzten Jahren ließen immer wieder Rufe nach einer Impfpflicht laut werden, wie sie in einigen europäischen Staaten, darunter Italien, Frankreich oder jüngst Deutschland, bereits besteht. Aber es ist die derzeitige Krise, die uns mehr denn je aufzeigt, wie wichtig es angesichts der begrenzten Kapazitäten des Gesundheitssystems ist, Krankheiten zu vermeiden, wenn wir schon in der Lage sind, ihrer Herr zu werden. Dieser Beitrag untersucht, ob die Einführung einer Impfpflicht unter den Anforderungen der Art 2, 8 und 9 EMRK zulässig wäre. Die möglichen Eingriffe sowie die Faktoren, die auf die Verhältnismäßigkeit Einfluss nehmen, werden herausgearbeitet und die Ergebnisse schließlich auf Kombinationsimpfstoffe umgelegt.

*Von Anja Krasser*

→ Die Rechtsnatur des ärztlichen Erstgesprächs .....	143
--	-----

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Ärzte Erstgespräche anbieten, um dem Patienten eine Grundlage für seine Entscheidungsfindung hinsichtlich einer bevorstehenden medizinischen Behandlung zu geben. Strittig ist, auf welcher Rechtsgrundlage das Erstgespräch erfolgt. In Betracht kommen dabei drei verschiedene Konstellationen: Entweder handelt es sich beim Erstgespräch um 1. einen eigenen, dem ärztlichen Behandlungsvertrag vorgeschalteten Beratungsvertrag, es ist 2. Teil des bestehenden ärztlichen Behandlungsvertrages oder es liegt 3. ein vorvertragliches Schuldverhältnis vor. Mit der Frage, welche dieser Konstellationen am praxistauglichsten ist, beschäftigt sich der Beitrag.

*Von Tanja Verbunkic*

→ Um- und Zusammenpacken von Medizinprodukten .....	149
---	-----

**Eine Zusammenfassung der Rechtslage unter Berücksichtigung der MDR**

Die MDR schafft konkretere Regelungen für die Anpassung von Medizinprodukten nach deren Inverkehrbringen durch Akteure in der Lieferkette, als sie unter der MDD bestehen.

*Von Christoph Dungal*

## Gesetzgebung und Verwaltung

*Bearbeitet von Gerhard Aigner und Meinhild Hausreither*

→ Erlass .....	153
----------------	-----

→ Kundmachungen .....	153
-----------------------	-----

→ Hinweis .....	156
-----------------	-----

## Rechtsprechung

→ Lege artis Anwendung eines Arzneimittels im intramuralen oder extramuralen Bereich .....	156
--	-----

**VwGH 11. 9. 2019, Ro 2019/08/0013**

*Mit Anmerkung von Gisela Ernst*

→ Corona-Ausgangsbeschränkungen – „Freunde besuchen“? .....	161
---	-----

**LVwG NÖ 12. 5. 2020, LVwG-S-891/001 – 2020**

*Mit Anmerkung von Christian Kopetzki*

## Rechtsprechung in Leitsätzen

Bearbeitet von Gisela Ernst, Ingrid Jez, Claudia Steinböck, Aline Leischner-Lenzhofer und Danielle Noe

- Apotheken- und Arzneimittelrecht, Arzthaftung, Erwachsenenschutzrecht, Krankenanstaltenrecht, Sozialversicherungsrecht, Unterbringungs- und Heimaufenthaltsrecht ..... 164

## Standards

- Impressum ..... 133

## Ökonomie & Gesundheit

- Der PHARMIG-Verhaltenscodex – Novelle 05/2020 ..... 1  
 Von Manuela Krammer, Stefanie Liebenwein und Christiane Stockbauer
- Impressum ..... 4



## Gut schlafen – lange und gesund leben!

2020. 176 Seiten.  
 Br. EUR 23,90  
 ISBN 978-3-214-18548-0

Seidel

### Der Schlaf

Wir schlafen rund ein Drittel unseres Lebens! Ein guter Schlaf erfüllt viele entscheidende Funktionen für unser körperliches und geistiges Wohlbefinden. Leider nimmt die Häufigkeit von Schlafstörungen in der Bevölkerung zu. Wie wir die verschiedenen Formen von Schlafstörungen erkennen und weiterhin gut schlafen, beschreibt Stefan Seidel von der Medizinischen Universität Wien im Ratgeber „Der Schlaf“.

Basierend auf aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen erklärt er,

- wie sich unser Schlafverhalten im Laufe unserer Entwicklung verändert hat,
- was sich während unseres Schlafes in unserem Körper während einer Nacht ereignet und
- welche Schlafstörungen auf welche Art und Weise diagnostiziert und behandelt werden können.

Ein spannendes, informatives und leicht verständliches Nachschlagewerk für einen guten (oder noch besseren!) Schlaf.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
 TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1010 Wien www.manz.at

MANZ 

# Die Rechtsnatur des ärztlichen Erstgesprächs

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Ärzte Erstgespräche anbieten, um dem Patienten eine Grundlage für seine Entscheidungsfindung hinsichtlich einer bevorstehenden medizinischen Behandlung zu geben. Strittig ist, auf welcher Rechtsgrundlage das Erstgespräch erfolgt. In Betracht kommen dabei drei verschiedene Konstellationen: Entweder handelt es sich beim Erstgespräch um 1. einen eigenen, dem ärztlichen Behandlungsvertrag vorgeschalteten Beratungsvertrag, es ist 2. Teil des bestehenden ärztlichen Behandlungsvertrages oder es liegt 3. ein vorvertragliches Schuldverhältnis vor. Mit der Frage, welche dieser Konstellationen am praxistauglichsten ist, beschäftigt sich der Beitrag.

Von Tanja Verbunkic

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Inhalt des Erstgesprächs
- C. Rechtsgrundlage des Erstgesprächs
  - 1. Eigener Beratungsvertrag
  - 2. Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags
  - 3. Vorvertragliches Schuldverhältnis
  - 4. Eigene Ansicht
    - a) Beratungsvertrag?
    - b) Vorvertragliches Schuldverhältnis?
    - c) Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags?
- D. Erkenntnisse

## A. Einleitung

Häufig ist der erste eingehendere Kontakt zwischen Arzt und Patienten als Erstgespräch ausgeformt.

Erstgespräche scheinen vermehrt bei kostenintensiveren, schwerwiegenderen und/oder medizinisch nicht indizierten Behandlungen aufzutreten. Überall dort, wo der Patient die Vorteile des bevorstehenden Eingriffs mit den Kosten, der Nachbehandlung oder den erheblichen Risiken abwägen muss, können Erstgespräche eine große Hilfe darstellen. Daneben treten Erstgespräche bei psychotherapeutischen Behandlungen in Erscheinung.<sup>1)</sup>

Nachdem der mögliche Inhalt eines Erstgesprächs dargestellt wird, werden im vorliegenden Beitrag die in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen des Erstgesprächs erörtert. Darauf aufbauend wird in einer eigenen Ansicht die Frage beantwortet, was aus praktischer Sicht die „geeignetste“ Rechtsgrundlage des ärztlichen Erstgesprächs wäre.

## B. Inhalt des Erstgesprächs

Erstgespräche bezwecken in erster Linie, Interessenten mögliche Zweifel in Bezug auf den vorzunehmenden medizinischen Eingriff zu nehmen. Dabei werden vornehmend der Behandlungsablauf, das zu erwartende Ergebnis, etwaige Alternativbehandlungen, Kosten und damit zusammenhängend Finanzierungsmodelle

thematisiert. Durch das Erstgespräch können sich Interessenten mit dem Behandler vertraut machen und einschätzen, ob sie den Eingriff tatsächlich von dem Behandler vornehmen lassen wollen. Darüber hinaus können Erstgespräche auf die Abklärung abzielen, ob der geplante Eingriff notwendig oder sinnvoll ist. Der Inhalt des Erstgesprächs ähnelt regelmäßig einem medizinischen Aufklärungsgespräch, zumal die Zweifel eines Interessierten wohl speziell in den Risiken und Nachbehandlungen liegen.<sup>2)</sup> In praxi werden im Rahmen von Erstgesprächen auch Erstuntersuchungen vorgenommen, wodurch der Gesundheitszustand des Interessierten ermittelt wird. Die Untersuchungsergebnisse bilden in weiterer Folge die Basis für das Erstgespräch.

Nach dem Erstgespräch wird Patienten idR noch eine längere Überlegungszeit eingeräumt, um über die Inhalte des Erstgesprächs reflektieren zu können. Damit bietet das ärztliche Erstgespräch dem Patienten eine Basis, um eine Entscheidung hinsichtlich des vorzunehmenden Eingriffs treffen zu können.

Ärztliche Erstgespräche können sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich sein.<sup>3)</sup> In praxi kann es auch vorkommen, dass die Kosten für das Erstgespräch gutgeschrieben werden, falls der Interessent den Eingriff tatsächlich vornimmt. In solchen Fällen zahlt der Interessent ein Honorar für das Erstgespräch faktisch nur dann, wenn er von dem geplanten Eingriff Abstand nimmt. →

1) Auf das Erstgespräch beim psychotherapeutischen Behandlungsvertrag eingehend *Till/Schwamberger*, Der psychotherapeutische Behandlungsvertrag, Zak 2016, 104.

2) Siehe dazu etwa RIS-Justiz RS0026426 und OGH 24. 11. 2011, 1 Ob 215/11s, wonach im Rahmen der Aufklärung der Arzt den Patienten, um ihm eine selbstbestimmte Entscheidung zu ermöglichen, über mehrere zur Wahl stehende diagnostische oder therapeutische adäquate Verfahren informieren und das Für und Wider mit ihm abwägen muss, wenn jeweils unterschiedliche Risiken entstehen können und der Patient eine echte Wahlmöglichkeit hat. Ferner wurde in OGH 15. 10. 2003, 7 Ob 223/03z judiziert, dass es Aufgabe der ärztlichen Aufklärung sei, dem Patienten die für seine Entscheidung maßgebenden Kriterien zu liefern.

3) *Kletečka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/14.

RdM 2020/207

Behandlungsvertrag;  
Erstgespräch;  
vorvertragliches Schuldverhältnis;  
Beratungsvertrag

## C. Rechtsgrundlage des Erstgesprächs

### 1. Eigener Beratungsvertrag

Bei einem Beratungsvertrag löst der Berater laufend oder für bestimmte Zeit Anfragen aus seinem Fachgebiet bzw Probleme seines Vertragspartners und gibt Empfehlungen und Einschätzungen ab. Beim Beratungsvertrag handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis und einen freien Dienstvertrag. Der Berater schuldet dem Beratenen die notwendige Aufklärung, Beratung oder Empfehlung aus dem Beratungsvertrag, wozu auch eine umfangreiche Nachforschungspflicht zählt.<sup>4)</sup>

*Till/Schwamberger* zufolge handle es sich beim Erstgespräch dann um einen eigenen Beratungsvertrag, wenn zwischen Arzt und Patienten ein Entgelt vereinbart worden sei. Dieser Beratungsvertrag enthalte Elemente eines Behandlungsvertrags, wenn Behandlungsschritte gesetzt worden seien. Den Autoren zufolge habe die Qualifikation *va* bei den Rechtsfolgen erhebliche Bedeutung, weil der Patient nur dann zu einer Irrtumsanfechtung berechtigt sei, wenn der Behandler seinen Informationspflichten vor dem Abschluss des tatsächlichen Behandlungsvertrags nicht nachkomme.<sup>5)</sup>

Das Vorliegen eines eigenständigen Beratungsvertrags beim Erstgespräch wird von *Kletečka-Pulker* abgelehnt. Sie begründet dies damit, dass im Rahmen des Erstgesprächs mitunter die Eckpunkte der künftigen Zusammenarbeit festgelegt werden und sich erst im Zuge der Therapie die weitere Behandlung genau bestimmen ließe. Da der Übergang fließend sei, sei eine Teilung in zwei Verträge (Beratungs- und Behandlungsvertrag) nicht sinnvoll.<sup>6)</sup>

### 2. Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags

*Kletečka-Pulker* zufolge ist das Erstgespräch unabhängig von seiner Entgeltlichkeit Teil des bestehenden Behandlungsvertrags. Im Laufe einer Behandlung würden neue Aspekte auftreten (plötzliche Komplikationen oder zusätzliche Erkrankungen), die eine Änderung des Inhalts des Behandlungsvertrags notwendig machen würden. Daher könnten im Rahmen des Erstgesprächs nur die Eckpunkte festgelegt werden, die sich im Zuge der Behandlung konkretisieren ließen. Aufgrund fließender Übergänge sei es sinnvoll, von einem von Anfang an bestehenden einheitlichen ärztlichen Behandlungsvertrag auszugehen.<sup>7)</sup>

*Pletzer* wendet ein, dass das Erstgespräch dem Patienten erst die Informationen verschaffe, die er benötige, um zu entscheiden, ob er mit dem Behandler überhaupt in eine vertragliche Beziehung treten möchte. Da das Erstgespräch den Sinn habe, dem Patienten die Bildung seines Abschlusswillens zu ermöglichen, könne das Erstgespräch nicht Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags sein.<sup>8)</sup>

### 3. Vorvertragliches Schuldverhältnis

Die Grundlage der Haftung für *culpa in contrahendo* (*cic*) ist die Annahme eines mit der Aufnahme eines rechtsgeschäftlichen Kontakts zwischen den Partnern entstehenden vorvertraglichen Schuldverhältnisses, aus dem umfassende Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten

entstehen, deren Verletzung nach den Grundsätzen über die Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig macht.<sup>9)</sup>

*Pletzer* zufolge sei die Annahme eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses beim Erstgespräch unproblematisch. Der Patient dürfe mit Rücksicht auf die Grundsätze des redlichen Verkehrs, insb aufgrund des Informationsgefälles zwischen ihm und dem Behandler, eine fachgemäße Aufklärung erwarten. Komme der Behandler seinen vorvertraglichen Aufklärungspflichten nicht nach, begründe dies nicht nur eine Haftung wegen *cic*, sondern könne auch zur Anfechtbarkeit des später geschlossenen Behandlungsvertrags wegen Irrtums führen. Der Patient müsse sodann nachweisen, dass er durch die mangelhafte Aufklärung in seiner Willensbildung beeinflusst gewesen sei und dass er bei korrekter Information den Behandlungsvertrag nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätte.<sup>10)</sup>

## 4. Eigene Ansicht

### a) Beratungsvertrag?

Für die Ansicht, dass es sich beim ärztlichen Erstgespräch um einen eigenen Beratungsvertrag handelt, könnte der Wortlaut des § 49 Abs 1 ÄrzteG herangezogen werden. Demnach „[...] ist der Arzt verpflichtet, jeden von ihm in ärztliche Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken ohne Unterschied der Person gewissenhaft zu betreuen“. Da das ÄrzteG bei der Übernahme von Patienten zwischen der mündlichen Beratung und faktischen Behandlung unterscheidet,<sup>11)</sup> könnte das Erstgespräch unter den Beratungsbegriff des ÄrzteG subsumiert und als Beratungsvertrag verstanden werden.

Obwohl das Arzt-Patienten-Verhältnis Elemente eines Beratungsvertrags enthält,<sup>12)</sup> ist die Qualifikation des ärztlichen Erstgesprächs als eigener Beratungsvertrag abzulehnen. Das Verhältnis zwischen dem Erstgespräch und dem abzuschließenden ärztlichen Behandlungsvertrag ist zu eng, um das Erstgespräch als eigenen Vertrag qualifizieren zu können. Das Erstgespräch zielt stets auf den Abschluss des ärztlichen Behandlungsvertrags ab und kann nicht isoliert betrachtet werden.

Das Abstellen auf die Entgeltlichkeit, wie bei *Till/Schwamberger*, ist insb dann problematisch, wenn das

4) *Laback*, Beratervertrag (Stand 10. 12. 2018, Lexis Briefings in lexis360.at).

5) *Till/Schwamberger*, Zak 2016, 105; ebenfalls auf das Element der Entgeltlichkeit abstellend, allerdings auf ein anderes Ergebnis kommand *Entleitner*, Freiberufler im Spannungsfeld zwischen Verschwiegenheits- und Mitteilungspflicht (2016) 42: Dem Autor zufolge würden unentgeltliche Erstgespräche im Rahmen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses und entgeltliche Erstgespräche im Rahmen des bestehenden Behandlungsvertrags durchgeführt werden.

6) *Kletečka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/14f.

7) *Kletečka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/14f.

8) *Pletzer*, RdM 2014, 237.

9) *Ostheim*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 522 (522).

10) *Pletzer*, RdM 2014, 237.

11) Neben § 49 Abs 1 ÄrzteG ist die Unterscheidung zwischen Behandlung und Beratung an folgenden Stellen im ÄrzteG zu finden: § 12a Abs 7, § 13 Abs 6, § 51 Abs 1 und 1a, § 58a Abs 1.

12) So auch OGH 7 Ob 143/14 a ZFR 2015/42, 79 (*Gruber*) = RdM-LS 2015/24 = ecollex 2015/72, 197 = ZVR 2015/45, 75 (*Danzl*) = VersR 2015, 734 = RdW 2015/424, 473 (*Reisinger*) = VR 2015, 27/975 = ecollex 2015, 1032 (*Ertl*); s auch RIS-Justiz RS0021335.

Entgelt für das Erstgespräch bei tatsächlichem Behandlungsvertragsabschluss gutgeschrieben wird. In solchen Fällen müsste ergründet werden, ob es zum Abschluss eines ärztlichen Behandlungsvertrags kommt; wird dies bejaht, läge kein eigener Beratungsvertrag vor. Nimmt der Interessent die Behandlung nicht vor, wäre das Erstgespräch als Beratungsvertrag zu verstehen. Dies zeigt die Abhängigkeit des Erstgesprächs vom tatsächlichen Behandlungsvertrag bzw. das enge Verhältnis zwischen Erstgespräch und Behandlungsvertrag auf.

Aus der Qualifikation des ärztlichen Erstgesprächs als eigenen Beratungsvertrag könnten sich weitere Probleme ergeben: Ist dem Behandlungsvertrag ein Erstgespräch vorgelagert, hätten vorvertragliche Aufklärungspflichten medizinischer Natur beim ärztlichen Behandlungsvertrag nahezu keinen Anwendungsbereich mehr. Bei Irrtumsanfechtungen wäre stets zu prüfen, ob der Irrtum im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags oder im Rahmen des Beratungsvertrags erfolgt ist, was insb bei Motivirrtümern im Rahmen von unentgeltlichen Erstgesprächen komplex werden dürfte: Da der ärztliche Behandlungsvertrag idR entgeltlich ist, wird ein Motivirrtum in diesem Rahmen als unbeachtlich gewertet.<sup>13)</sup> Bei unentgeltlichen Erstgesprächen, die als (unentgeltlicher) Beratungsvertrag qualifiziert werden würden, wäre ein bloßer Motivirrtum hingegen beachtlich. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen des beachtlichen und unbeachtlichen Motivirrtums ist das gleichzeitige Vorliegen zweier unterschiedlicher Vertragstypen und die Festlegung, innerhalb welches Vertrags der Motivirrtum erfolgt ist, heikel.

Ein weiteres Problem ergibt sich bei Überlappungen zwischen Behandlungs- und Beratungsverträgen: Wenn sich ein Patient bspw. termingetreu für ein Erstgespräch zu einem Augenarzt begibt, um sich die Augen lasern zu lassen, und der Augenarzt im Zuge dessen Untersuchungen am Auge durchführt, um die Laser-Tauglichkeit zu überprüfen, wäre mit der Terminvereinbarung ein Beratungsvertrag und mit den Untersuchungen ein Behandlungsvertrag abgeschlossen. Fraglich ist, ob in solchen Fällen der Beratungsvertrag neben dem Behandlungsvertrag besteht oder der Beratungsvertrag durch den Abschluss des Behandlungsvertrags kompensiert wird. Obwohl der Abschluss eines anderen Vertrags grds. kein Beendigungsgrund für den ursprünglichen Vertrag ist, könnte angenommen werden, dass der Beratungsvertrag automatisch mit dem Abschluss des ärztlichen Behandlungsvertrags endet, weil die Beratungstätigkeit des Arztes hinsichtlich des bevorstehenden Eingriffs mit dem Entschluss des Patienten zur Vornahme des Eingriffs nicht mehr benötigt wird. Allerdings muss der Behandler über das gesamte Behandlungsvertragsverhältnis hinweg Beratungsleistungen erbringen, weil der ärztliche Behandlungsvertrag Elemente des Beratungsvertrags enthält.<sup>14)</sup> Eine Differenzierung nach dem Inhalt des Beratungsgesprächs im Beratungsvertrag und im Behandlungsvertrag kann auch nicht getroffen werden, weil der Inhalt aufgrund des Aufklärungselements faktisch derselbe ist. Im Einzelfall kann nicht genau gesagt werden, wann der Beratungsvertrag endet und der Behandlungsvertrag abgeschlossen wird.

Unterlaufen dem Arzt im Zuge des Erstgesprächs Fehler, welche ihn schadenersatzpflichtig machen, ist zu prüfen, ob der Fehler im Rahmen des Beratungs- oder des Behandlungsvertrags erfolgt ist. Dies ist insb. dann komplex, wenn der Fehler in der Untersuchung gründet und auf den Fehler aufbauend das Beratungsgespräch geführt wird. Es ist anzunehmen, dass die Rsp. in solchen Fällen kaum Beratungs- und Behandlungsvertrag getrennt voneinander behandeln würde, sondern das gesamte Arzt-Patienten-Verhältnis von Anfang an im Lichte eines ärztlichen Behandlungsvertrags betrachten würde. Selbst wenn ein Erstgespräch rein beratender Natur vorliegt, welchem kein Behandlungsvertrag folgt, ist es nahezu undenkbar, dass die Rsp. das Vorliegen eines Beratungs- statt eines Behandlungsvertrags annehmen würde. Dies lässt sich auch damit erklären, dass Behandlungsverträge idR. konkludent abgeschlossen werden und daher bei Arzt-Patienten-Verhältnissen – außer in bestimmten Notfallsituationen, in denen kein Vertrag zustande kommt – stets das Vorliegen eines Behandlungsvertrags angenommen wird.

Da im Rahmen von Erstgesprächen regelmäßig Behandlungsschritte, wie Untersuchungen oder Indikationen, vorgenommen werden, liegt ein reiner Beratungsvertrag bei ärztlichen Erstgesprächen wohl selten vor. Wie *Kletečka-Pulker* zutreffend anmerkt, wäre die Grenze zwischen Beratungs- und Behandlungsvertrag im Einzelfall schwierig zu ziehen und daher eine Qualifikation des Erstgesprächs als eigener Beratungsvertrag abzulehnen.<sup>15)</sup>

#### b) Vorvertragliches Schuldverhältnis?

Für die Ansicht, dass es sich beim Erstgespräch um ein vorvertragliches Schuldverhältnis handelt, spricht zunächst, dass der Behandler im Rahmen eines rein informativen Erstgesprächs nicht seine Hauptleistungspflicht – nämlich die Behandlung *lege artis* – erbringt.<sup>16)</sup>

IdR. werden allerdings die Inhalte eines Erstgesprächs auch fernab eines formal durchgeführten Erstgesprächs zwischen Arzt und Patient besprochen. Der Arzt muss die Informationen, die er dem Patienten beim Erstgespräch zuträgt, im Laufe des Arzt-Patienten-Verhältnisses auch ohne ein stattgefundenes Erstgespräch vermitteln, widrigenfalls ist von einer vertraglichen Aufklärungspflichtverletzung auszugehen. Ein reines Abstellen auf den Zeitaspekt, obwohl der Inhalt sowohl bei formal durchgeführten Erstgesprächen als auch bei den sonstigen, üblichen Gesprächen zwischen Arzt und Patient im Wesentlichen derselbe ist, ist daher abzulehnen.

Wird im Rahmen des Erstgesprächs eine Untersuchung notwendig, um dem Patienten im Rahmen des Erstgesprächs mitteilen zu können, ob die geplante Behandlung sinnvoll ist oder andere Behandlungsmaß-

13) Zur Beachtlichkeit des Irrtums s. *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 871 Rz 7.

14) OGH 7 Ob 143/14 a ZFR 2015/42, 79 (*Gruber*) = RdM-LS 2015/24 = *ecolex* 2015/72, 197 = ZVR 2015/45, 75 (*Danzl*) = *VersR* 2015, 734 = RdW 2015/424, 473 (*Reisinger*) = VR 2015, 27/975 = *ecolex* 2015, 1032 (*Ertl*); s. auch RIS-Justiz RS0021335.

15) *Kletečka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/15.

16) *Richter*, Vorvertragliche Aufklärungspflicht (Stand 19. 2. 2019, Lexis Briefings in *lexis360.at*).

nahmen vorzuziehen sind, setzt der Arzt Behandlungsschritte (idF: Untersuchung). Unterlaufen dem Arzt Fehler bei der Untersuchung, ist es *in praxi* undenkbar, den Arzt für *cic* haften zu lassen. Spätestens bei der Vornahme der Untersuchung ändert sich das vorvertragliche Stadium in ein vertragliches. Im umgekehrten Fall, nämlich dann, wenn dem Arzt im Rahmen des Erstgesprächs Aufklärungsfehler unterlaufen, ist anzunehmen, dass die Gerichte diesen Aufklärungsfehler als Verletzung der vertraglichen Pflicht zur rechtmäßigen ärztlichen Aufklärung und nicht als Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht verstehen.<sup>17)</sup> Dies resultiert teils daraus, dass die Abgrenzung zwischen der vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflicht besonders bei Arzt-Patienten-Verhältnissen aufgrund der zentralen Bedeutung der (vertraglichen) ärztlichen Aufklärung schwierig zu ziehen ist. Zum anderen Teil ist aufgrund des konkludenten Vertragsabschlusses die Beantwortung der Frage, wann der Behandlungsvertrag geschlossen wird und wann es sich noch um ein vorvertragliches Stadium handelt, schwierig.

Der These von *Englähringer*, wonach der Arzt den Patienten bei konkreten medizinischen Eingriffen bereits vor Vertragsschluss über Verlauf und Risiken der geplanten Maßnahme informieren müsse, widrigenfalls er wegen *cic* hafte,<sup>18)</sup> ist entgegenzuhalten, dass damit die Grenze zwischen der medizinischen Einwilligung und der Willenserklärung iZm dem Behandlungsvertrag verwischt wäre.<sup>19)</sup> Durch die Selbstbestimmungsaufklärung ist der Patient in die Lage zu versetzen, sich ein Bild seiner Erkrankung, deren Verlauf, der möglichen Therapiemaßnahmen sowie der damit verbundenen Chancen und Risiken zu machen, sodass er eine Entscheidung hinsichtlich der Maßnahmen treffen und eine selbstbestimmte Einwilligung zur Behandlung geben bzw diese ablehnen kann.<sup>20)</sup> Unterbleibt die Aufklärung oder ist sie mangelhaft, fehlt die notwendige, rechtfertigende Einwilligung durch den Patienten; die Heilbehandlung ist eigenmächtig und damit rechtswidrig.<sup>21)</sup> Aufklärungspflichtverletzungen haben daher Auswirkungen auf die Einwilligung; die Willenserklärung des Patienten, die zum Abschluss des ärztlichen Behandlungsvertrags führt, bleibt davon unberührt.<sup>22)</sup> Die Einwilligung des Patienten in eine konkrete ärztliche Behandlungsmaßnahme darf rechtsdogmatisch nicht mit der Willenserklärung verwechselt werden, welche zum Abschluss des Behandlungsvertrags führt.<sup>23)</sup> Bei Aufklärungspflichtverletzungen wäre es im Einzelfall heikel festzustellen, ob die Aufklärung vorvertraglicher Natur geschuldet war und damit die Willenserklärung hinsichtlich des Behandlungsvertrags anfechtbar ist oder ob die Einwilligung in die Heilbehandlung als solche fehlt. Dabei ist diese Unterscheidung von großer Bedeutung: Nur im zweiten Fall haftet der Arzt auch für eine *lege artis* durchgeführte Behandlung, die dennoch Schäden nach sich gezogen hat, weil sich bspw bei einem bestimmten Eingriff ein immanentes Risiko verwirklicht hat.<sup>24)</sup>

Da ein Behandlungsvertrag – abgesehen von fernmündlichen Terminvereinbarungen – idR bereits zu dem Zeitpunkt zustande kommt, in dem sich Behandler und Patient erstmals gegenüberstehen, der Patient sein Anliegen offenbart und der Arzt die Behandlung

übernimmt, bleibt für vorvertragliche Aufklärungspflichtigen medizinischer Natur wenig Raum.<sup>25)</sup> Neben nicht medizinischen vorvertraglichen Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten<sup>26)</sup> spielen vorvertragliche Aufklärungspflichten medizinischer Natur etwa dann eine Rolle, wenn nichtmedizinisches Hilfspersonal fernmündlich Behandlungstermine mit Patienten vereinbart. In diesem Stadium ist zwar noch kein ärztlicher Behandlungsvertrag zustande gekommen, jedoch liegt mit Sicherheit die Anbahnung eines rechtsgeschäftlichen Kontakts vor. Falls das nichtmedizinische Hilfspersonal fernmündlich die Mitteilung einer wichtigen Information hinsichtlich des Behandlungstermins unterlässt (bspw den Patienten nicht darauf hinweist, dass er zur Behandlung nüchtern erscheinen sollte), und die Behandlung aus diesem Grund nicht vorgenommen werden kann, ist es denkbar, dass der Patient sein negatives Vertrauensinteresse (wie etwa Fahrtkosten oder sonstige Aufwendungen im Hinblick auf den Behandlungstermin) schadenersatzrechtlich für *cic* gegen den Behandler (der für den Gehilfen einzustehen hat) geltend macht.

Völlig zutreffend ist die These von *Pletzer*, dass die medizinische Aufklärung des Patienten Teil des vertraglichen Geschehens und grundsätzlich nicht vorvertraglicher Natur ist.<sup>27)</sup> Der Aufklärungspflicht des Arztes wurde ohnehin durch die strenge Sicherungs- und Selbstbestimmungsaufklärung (zu der auch die Risikoaufklärung gezählt wird) genügend Rechnung getragen,<sup>28)</sup> so dass vorvertraglichen Aufklärungspflichten im Arzt-Patienten-Verhältnis ein nicht allzu hoher Stellenwert beizumessen ist.

17) *Bernat*, JAP 1999/2000, 105 ff, hält in diesem Zusammenhang nachvollziehbar fest, dass der Arzt heutzutage eher wegen Aufklärungspflichtverletzungen haftet als noch vor 20 Jahren. Dies demonstriert der Autor anschaulich an zwei Beispielen: Bis in die jüngere Vergangenheit vertrat die Rsp die Ansicht, dass die Frage nach dem Umfang der Aufklärung eine reine Tatfrage und daher vom Sachverständigen zu beurteilen sei. Deshalb konnten Aufklärungspflichtverletzungen nicht mehr aufgegriffen werden, wenn sie der Richter des ErstG einmal verneinte. Heute entspricht es stRsp, dass die Frage der Aufklärungspflicht als Rechtsfrage zu behandeln ist. Zudem war es bis 1992 gefestigte Rsp, dass für die unterbliebene Aufklärung der Patient beweispflichtig war. Erst seit der E OGH 8 Ob 628/92 JBl 1994, 336 trifft den Behandler die Beweislast für die ausreichende Aufklärung.

18) *Englähringer*, Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 488 ff.

19) Anzumerken ist, dass auch die Einwilligung in die Heilbehandlung nach hL eine Willenserklärung ist (str); dazu *Kozioł*, Die Einwilligung zu medizinischen Eingriffen, JBl 2016, 617 ff.

20) *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht<sup>2</sup> 140; OGH 15. 10. 2003, 7 Ob 223/03z; 4 Ob 241/12p Zak 2013/225, 121 = RdM 2013, 149 (*Leischner-Lenzhofer*); *Gerhart*, Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht, Zak 2014, 328 (330).

21) *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht<sup>2</sup> 141.

22) Vgl hierzu OGH 4. 7. 1991, 6 Ob 558/916 und die Diskussion in der Lehre: *Apathy*, Aufklärungspflicht bei kosmetischer Operation – Rechtsfolgen einer mangelhaften kosmetischen Operation, JBl 1992, 520 ff; *Pircher*, Das Verhältnis der Einwilligung zum Behandlungsvertrag, RdM 1999/6, 171 ff; *Kerschner*, Behandlungsverträge bei minderjährigen Patienten, RdM 2013, 214.

23) *Englähringer*, ÖJZ 1993, 488 ff.

24) *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht<sup>2</sup> 141.

25) Vgl *Pletzer*, RdM 2014, 237.

26) Zu denken ist dabei etwa an eine Person, die noch nicht Patient des Arztes ist, aber einer werden möchte, und im Wartezimmer der Ordination des Arztes aufgrund schlechter Bodenbeschaffenheit stürzt und sich verletzt; s dazu *Stellamor/Steiner*, Arzt und Recht 39; s zu nicht medizinischen Informationspflichten insb *Pletzer*, RdM 2014, 237.

27) *Pletzer*, RdM 2014, 237.

28) *Gerhart*, Zak 2014, 328 ff.

### c) Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags?

Es ist anzunehmen, dass das Erstgespräch Teil des bestehenden Behandlungsvertrags ist.<sup>29)</sup>

Beim Einwand, wonach das Erstgespräch gerade den Sinn haben soll, dem Patienten die Bildung seines Abschlusswillens zu ermöglichen,<sup>30)</sup> wird der Behandlungsvertragsabschluss mit der Vornahme der Behandlung ieS vermengt: Das Erstgespräch dient nicht dazu, dem Patienten eine Grundlage dafür zu schaffen, ob er mit dem Behandler einen Behandlungsvertrag abschließen möchte, sondern, ob er die Behandlung ieS vornehmen will. Der Behandlungsvertrag beinhaltet allerdings nicht nur die Behandlung ieS (etwa die Operation oder das Ausstellen eines Rezepts), sondern umfasst ua auch Untersuchungen und die Diagnostik, zumal der Behandlungsvertrag grds kein auf einen Erfolg gerichteter Werkvertrag, sondern ein freier Dienstvertrag ist. Da im Rahmen von Erstgesprächen mitunter Untersuchungen vorgenommen werden, spricht auch dies für das Vorliegen eines bereits bestehenden ärztlichen Behandlungsvertrags. Durch die Vornahme von Untersuchungen wird die Hauptleistungspflicht des Behandlers erfüllt, so dass die Annahme eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses, für welches es gerade auf das Fehlen der Hauptleistungspflicht ankommt,<sup>31)</sup> abzulehnen ist.

Schlüssig ist das Argument von *Pletzer*, wonach die Annahme von vorvertraglichen Aufklärungspflichten im Rahmen von Erstgesprächen mitunter deswegen unproblematisch sei, weil die Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Behandlers nicht nur eine Haftung wegen *cic* auslöse, sondern der später geschlossene Behandlungsvertrag – bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen – wegen Irrtums angefochten werden könne.<sup>32)</sup> Die Annahme, dass das Erstgespräch Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags ist, ist insofern unproblematisch: Die Verletzung von Aufklärungspflichten beim Erstgespräch würde nicht auf vorvertraglicher, sondern auf vertraglicher Ebene erfolgen. Der Behandlungsvertrag kann wegen Irrtums angefochten und erbrachte Leistungen nach § 877 ABGB kondiziert werden. Allfällige Schäden könnten nach §§ 1295 ff ABGB *ex contractu* geltend gemacht werden.

Mit der Ansicht, dass das Erstgespräch Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags ist, wären sämtliche soeben dargestellte Probleme gelöst: Bei Untersuchungen oder Diagnoseerhebungen im Rahmen des Erstgesprächs käme es zu keinen überlappenden Verträgen; das Erstgespräch sowie sämtliche Behandlungsschritte wären Teil eines einheitlichen Behandlungsvertrags. Bei Irrtumsanfechtungen müsste nicht geprüft werden, ob der Irrtum im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags oder im Rahmen des Beratungsvertrags erfolgt ist. Ein Motivirrtum wäre, da der ärztliche Behandlungsvertrag idR entgeltlich ist, stets unbeachtlich.

Die These ist überdies praxistauglich, weil eine einheitliche Vertragsgrundlage die von den Gerichten vorzunehmende rechtliche Beurteilung vereinfachen würde. Fehler des Behandlers beim Erstgespräch wären einheitlich als Behandlungsfehler im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags zu verstehen: Der Begriff

des Behandlungsfehlers umfasst die gesamte ärztliche Tätigkeit, also Fehler bei der Therapie, Anamnese, Diagnoseerstellung, Vor- und Nachsorge sowie Beratung und Aufklärung des Patienten.<sup>33)</sup> Da Erstgespräche insb die Beratung und Aufklärung des Patienten bezwecken, wären diese vom Begriff des Behandlungsfehlers umfasst. Die Konstruktion spezieller Vertragsformen für das Erstgespräch ist daher nicht notwendig.

Obwohl sich der OGH über die Rechtsgrundlage des Erstgesprächs noch nicht äußerte, lässt sich aus einigen Entscheidungen durchaus seine Tendenz erkennen, das Erstgespräch als Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags zu verstehen:

In einer E aus dem Jahr 2004 führte ein Arzt eine Fettabsaugung an einer Patientin durch und versorgte sie postoperativ in einer Pension.<sup>34)</sup> Eine mangelnde Flüssigkeitszufuhr, die auf Schlaf- und Beruhigungsmittel zurückzuführen war, machte die Patientin unfähig, ärztliche Anweisungen hinsichtlich einer erhöhten Flüssigkeitszufuhr ernst zu nehmen. Es kam daraufhin zu einem lebensbedrohlichen Zustand der Patientin. Der Arzt begehrte eine Schadensteilung im Verhältnis 1:1, weil ihm die Patientin im Rahmen des Erstgesprächs die Einnahme hoher Dosen an Schlaf- und Beruhigungsmittel verschwiegen hatte. Der OGH bestätigte das BerG in seiner Entscheidung, wonach der Patientin durch das Verschweigen ein Verschulden anzulasten sei, dieses allerdings zu vernachlässigen war, weil das Verschulden des Arztes weitaus überwog. In der E ging der OGH durchaus vom Vorliegen eines Erstgesprächs aus, behandelte diesen jedoch als Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags.

In einer anderen E aus dem Jahr 2014 wollte sich eine Patientin ihre Zahnlücken im Unterkiefer durch einen Zahnersatz versorgen lassen.<sup>35)</sup> Sie suchte daraufhin den beklagten Zahntechnikermeister für ein Beratungsgespräch auf. Der Zahntechnikermeister schaute der Patientin in den Mund und klärte sie auf, dass sie zunächst eine zahnmedizinische Untersuchung vornehmen lassen musste. Daraufhin suchte die Patientin einen Zahnarzt auf. Obwohl ihr der Zahnarzt von Brücken abriet, entschloss sie sich für die Brücken. Da die Brücken vom Zahntechnikermeister nicht passgenau angefertigt wurden, litt die Patientin an Schmerzen und klagte ihn. Laut OGH umfassten die Leistungen des Zahntechnikers gegenüber der Patientin „[...] nach einer Erstinformation einen Werkvertrag über die Herstellung zweier Brücken zu schließen, wobei die Klägerin vor Abschluss dieses Werkvertrages vom Nebenintervenienten untersucht und über die Möglichkeiten zur Versorgung ihrer Lücken aufgeklärt wurde“. Beim Erstgespräch zwischen dem Zahntechniker und der Patientin waren sich die Parteien über das Werk nicht einig; ein Werkvertrag kam daher mangels Einigung über den

29) So auch *Kletečka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/14f.

30) *Pletzer*, RdM 2014, 237.

31) *Richter*, Vorvertragliche Aufklärungspflicht (Stand 19. 2. 2019, Lexis Briefings in lexis360.at).

32) *Pletzer*, RdM 2014, 237.

33) *Juen*, Arzthaftungsrecht 4f mwN.

34) OGH 10 Ob 22/04 i RdM 2006, 24.

35) OGH 3 Ob 55/14f Zak 2014/551, 294 = RdM-LS 2014/63 = RdW 2014/619, 565.

wesentlichen Vertragsbestandteil nicht zustande. Da ein Zahntechniker aufgrund des Ärztevorbehalts keinen Behandlungsvertrag abschließen kann, konnte das „In-den-Mund-Schauen“ nicht als zahnmedizinische Behandlung gewertet werden. Nachdem sich die Klägerin über die Brücken, also das Werk, sicher war, kam ein Werkvertrag mit dem Zahntechniker zustande. Der OGH wertete das Erstgespräch mit dem Zahntechniker schlichtweg als „Erstinformation“, obwohl in diesem Fall die Annahme medizinischer vorvertraglicher Aufklärungspflichten sogar berechtigt wäre. Daraus lässt sich die Tendenz der Rsp erkennen, anstelle von verschiedenen Vertragskonstruktionen eher zur Annahme einheitlicher Vertragsverhältnisse zu neigen. Anhand der E ist anzumerken, dass die Annahme medizinischer vorvertraglicher Aufklärungspflichten des Arztes in den Fällen, in denen der ärztliche Behandlungsvertrag als reiner Werkvertrag qualifiziert werden kann, einfacher ist als in den Fällen, in denen der ärztliche Behandlungsvertrag ein freier Dienstvertrag ist. Bei reinen Werkverträgen können medizinische vorvertragliche Aufklärungspflichten bis zur klaren Festlegung auf das Werk angenommen werden. Davor kann naturgemäß kein Werkvertrag zustande kommen. Im Gegensatz dazu fällt eine klare Abgrenzung zwischen vorvertraglichem und vertraglichem Schuldverhältnis beim ärztlichen Behandlungsvertrag als freiem Dienstvertrag nicht leicht, weil der Vertrag durch mehrere Handlungen des Arztes erfüllt wird.

#### D. Erkenntnisse

1. Der Inhalt des ärztlichen Erstgesprächs umfasst zum Teil Behandlungsschritte (wie etwa Untersuchungen und Diagnostik) und weist zudem Elemente der ärztlichen Aufklärung sowie eines Vorvertrags gem § 936 ABGB auf.

#### → In Kürze

Die Autorin vertritt die Auffassung, dass die praxistauglichste These für die Rechtsnatur des ärztlichen Erstgesprächs ist, dieses als Teil des ärztlichen Behandlungsvertrags zu sehen.

2. In der Lehre ist die Rechtsnatur des Erstgesprächs strittig.

3. Gegen die Annahme eines Beratungsvertrags spricht, dass das Verhältnis zwischen dem Erstgespräch und dem abzuschließenden ärztlichen Behandlungsvertrag zu eng ist, um das Erstgespräch als eigenen Vertrag qualifizieren zu können. Weiters ergeben sich Probleme bei Motivirrtümern im Rahmen von unentgeltlichen Erstgesprächen sowie bei Fehlern innerhalb der Untersuchung im Rahmen des Erstgesprächs, auf deren Grundlage das Beratungsgespräch geführt wird. Im Einzelfall kann zudem nicht genau gesagt werden, wann der Beratungsvertrag endet und der Behandlungsvertrag abgeschlossen wird.

4. Gegen die Annahme eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses spricht, dass die Inhalte eines Erstgesprächs auch fernab eines formal durchgeführten Erstgesprächs zwischen Arzt und Patient besprochen werden. Die Abgrenzung zwischen der vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungspflicht ist aufgrund der zentralen Bedeutung der vertraglichen ärztlichen Aufklärung und des konkludenten Behandlungsvertragsabschlusses schwierig zu ziehen.

5. Am praxistauglichsten ist die These, dass das Erstgespräch Teil des Behandlungsvertrags ist. Bei Untersuchungen oder Diagnoseerhebungen im Rahmen des Erstgesprächs käme es zu keinen überlappenden Verträgen; das Erstgespräch sowie sämtliche Behandlungsschritte wären stets Teil eines einheitlichen Behandlungsvertrags. Bei Irrtumsanfechtungen müsste nicht geprüft werden, ob der Irrtum im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags oder des Beratungsvertrags erfolgt ist. Ein Motivirrtum wäre, da der ärztliche Behandlungsvertrag idR entgeltlich ist, stets unbeachtlich. Eine einheitliche Vertragsgrundlage würde die rechtliche Beurteilung der Gerichte vereinfachen. Die Konstruktion spezieller Vertragsformen für das Erstgespräch ist daher nicht notwendig.

#### → Zum Thema

##### Über die Autorin:

Mag. Tanja Verbunkic ist Doktoratsstudentin an der Alpe-Adria-Universität und Rechtsanwaltsanwältin in der Kanzlei Wiedenbauer, Mutz, Winkler & Partner GmbH in Klagenfurt. E-Mail: tanja.verbunkic@gmail.com

