

# RECHT **RdM** DER MEDIZIN

mit Beilage  
Ökonomie &  
Gesundheit

*Schriftleitung* Christian Kopetzki

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

April 2021

02

45 – 88

## Beiträge

### Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben *Lamiss Khakzadeh* ➔ 48

Zum konkludenten Abschluss des ärztlichen Behandlungsvertrags  
*Tanja Verbunkic* ➔ 55

Abgabe von Arzneimitteln außerhalb der Offizin *Christoph Dungal* ➔ 60

Gilt Konformitätsvermutung für Medizinprodukte mit  
CE-Kennzeichnung auch im UWG-Prozess? *Gabriela Staber* ➔ 66

## Gesetzgebung und Verwaltung

Corona-Update ➔ 70

## Rechtsprechung

Verfassungswidrigkeit des strafrechtlichen Verbots der Mitwirkung  
am Suizid ➔ 75

Zur Bedeutung der CE-Kennzeichnung von Medizinprodukten ➔ 82

## Ökonomie & Gesundheit

Teure Medikamente und Therapien für seltene schwerwiegende  
Erkrankungen *Karin Prutsch und Michael F. Damitner* ➔ Ö&G 2

Geschäftsführer in der Pharmaindustrie  
*Francine Brogyányi und Bernhard Müller* ➔ Ö&G 7

# Zum konkludenten Abschluss des ärztlichen Behandlungsvertrags

Obwohl der ärztliche Behandlungsvertrag einer der wichtigsten Vertragstypen ist, wird er *in praxi* konkludent abgeschlossen. Die Gründe dafür liegen wohl insb in der Eigenart des Arzt-Patienten-Verhältnisses sowie im traditionellen ärztlichen Berufsbild, welches von Fremdnützigkeit und Humanitas geprägt ist. Der konkludente Abschluss des Behandlungsvertrags weist zudem Vor- sowie Nachteile auf.

Von Tanja Verbunkic

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Grundsätze konkludenter Vertragsabschlüsse
- C. Gründe für die Vertragspraxis
  1. Besonderes Vertrauensverhältnis
  2. Ärztliches Berufsbild
  3. Gründe aus der (ärztlichen) Praxis
- D. Vor- und Nachteile
  1. Vorteile
  2. Nachteile

## A. Einleitung

Der Abschluss des ärztlichen Behandlungsvertrags unterliegt keinen gesetzlichen Formvorschriften und kann daher schriftlich, mündlich oder durch konkludente Handlungen zustande kommen.<sup>1)</sup> Entscheidend sind die §§ 861 ff ABGB, wonach der Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen abgeschlossen wird.<sup>2)</sup> *In praxi* werden ärztliche Behandlungsverträge konkludent abgeschlossen.<sup>3)</sup>

Fraglich ist, weshalb sich die Praxis so entwickelt hat, dass ärztliche Behandlungsverträge konkludent, und nicht etwa schriftlich, abgeschlossen werden. Die Vertragspraxis bei ärztlichen Behandlungsverträgen scheint auf den ersten Blick zu verwundern, zumal an einen Arztbesuch bzw an eine ärztliche Behandlung zahlreiche Rechtsfolgen knüpfen. Auch sind Arzthaftungsprozesse keine Seltenheit. Es scheint befremdlich, dass sich die Vertragspraxis bei Kreditvergaben oder Kaufverträgen von unbeweglichen Sachen streng formalistisch und in aller Regel schriftlich darstellt, wohingegen Verträge iZm der körperlichen Gesundheit bzw dem Leben des Menschen konkludent abgeschlossen werden.<sup>4)</sup>

Mit dem vorliegenden Beitrag wird ein Versuch unternommen, die Gründe sowie die Vor- und Nachteile der geltenden Vertragsabschlusspraxis des ärztlichen Behandlungsvertrags zu ermitteln.

## B. Grundsätze konkludenter Vertragsabschlüsse

Gem § 863 Abs 1 ABGB kann man seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu

zweifeln, übrig lassen. Gem Abs 2 leg cit ist in Bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Aus § 863 ABGB ist die Vertrauenslehre abzuleiten.<sup>5)</sup> Danach kommt es nicht auf den Willen des Erklärenden, sondern auf den objektiven Erklärungswert aus Sicht eines redlichen Empfängers an, sofern der Erklärungsempfänger tatsächlich auf diese Bedeutung vertraut hat.<sup>6)</sup> Ausdrückliche Willenserklärungen erfolgen durch Worte oder allgemein angenommene Zeichen, denen unmittelbar ein Erklärungswert zukommt.<sup>7)</sup> Unter stillschweigende bzw konkludente Willenserklärungen ist ein gegenüber dem Erklärungsempfänger zum Ausdruck kommendes Verhalten (Handeln oder Unterlassen)<sup>8)</sup> zu verstehen, das primär einen anderen Zweck verfolgt, aber aufgrund der konkreten Umstände mittelbar mit einem Erklärungswert verbunden ist.<sup>9)</sup> Dieser Erklärungswert muss eindeutig

1) *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht für die Praxis<sup>1</sup> (2003), I/15; *Juen*, Arzthaftungsrecht (1997) 42f; *A. Tanczos/D. Tanczos*, Arzthaftung – Der Arzt im Recht (2010) 11; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht<sup>9</sup> (2020) 114; *Kindel*, Besonderheiten und Rechtsfolgen des ärztlichen Behandlungsvertrages (2009) 24; *Fuchs*, Wege zur patientenorientierten Medizin (2002) 226; *Vrba/Unger* in *Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (42. Lfg 2020) Haftung der Ärzte, Krankenanstalten und Heime Rz 7.

2) *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner* 113.

3) *Kletečka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/15; *Juen*, Arzthaftungsrecht 42f; *A. Tanczos/D. Tanczos*, Arzthaftung 11; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner* 114; *Kindel*, Besonderheiten und Rechtsfolgen 24; *Fuchs*, Patientenorientierte Medizin 226; *Kietaibl*, Möglichkeiten und Grenzen der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen bei medizinischen Heilbehandlungen, RdM 2018, 241 (241); OGH 1 Ob 161/16g Zak 2017/278 (*Kolmasch*).

4) *Kietaibl*, RdM 2018, 242.

5) *Kolmasch* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar<sup>4</sup> § 863 Rz 1; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 863 Rz 1.

6) *Kolmasch* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar<sup>4</sup> § 863 Rz 1; *Bollenberger* in *KBB*<sup>5</sup> § 863 Rz 3; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 863 Rz 2; OGH 4 Ob 93/11x; 12. 2. 2003, 7 Ob 231/02z.

7) *Kolmasch* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar<sup>4</sup> § 863 Rz 3; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 863 Rz 10.

8) Zu beachten ist, dass die Rsp bei der Annahme eines stillschweigenden Verzehrs sowie deren Umfang entsprechend der Anforderungen von § 863 ABGB sehr restriktiv vorgeht; s hierzu *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,04</sup> § 863 Rz 20 mwN aus der Rsp.

9) *Kolmasch* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar<sup>4</sup> § 863 Rz 3; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 863 Rz 11; OGH 8 Ob 94/09w. Bspw liegt eine schlüssige Willenserklärung laut OGH vor, wenn ein Arzt seine Ordination sowie sein Briefpapier einem Vertretungsarzt überlässt, woraus sich die schlüssige Bevollmächtigung des Vertretungsarztes gegenüber

RdM 2021/110

§ 863 Abs 1  
ABGB

Behandlungsvertrag;

konkludenter Vertragsabschluss;

Vertrauensverhältnis

sein, wobei nach stRsp an die Beurteilung der Eindeutigkeit ein strenger Maßstab anzulegen ist.<sup>10)</sup> Dieser strenge Maßstab wird damit begründet, dass bei der Feststellung der Schlüssigkeit des Verhaltens stärker als bei ausdrücklichen Erklärungen die Gefahr der Fehlinterpretation iS einer Abweichung vom tatsächlich Gewollten besteht.<sup>11)</sup>

Jede Willenserklärung muss von einem Rechtsfolgewilligen getragen werden, wobei es nicht erforderlich ist, dass der Erklärende alle Rechtsfolgen bedenkt und beabsichtigt.<sup>12)</sup> Es reicht, wenn der Erklärende bei Abgabe der Erklärung in dem Bewusstsein handelt, rechtlich verbindliche Handlungen zu setzen, die erforderlichenfalls mit staatlichem Zwang durchsetzbar sind (sog „gemäßigte Rechtsfolgentheorie“).<sup>13)</sup> Der Erklärende muss also keinen genauen Überblick über alle konkreten Rechtsfolgen haben (sog „strenge Rechtsfolgentheorie“), die er mit seiner Erklärung auslöst, sondern es genügt, wenn er den Willen hat, ein rechtlich verbindliches Geschäft zu schließen (sog „Geschäftswille“).<sup>14)</sup> Der Vertrag kommt dann nicht zustande, wenn den Parteien erkennbar das Bewusstsein fehlt, mit ihrer Vereinbarung Rechtsfolgen auszulösen.<sup>15)</sup>

Im Sinne der gemäßigten Rechtsfolgentheorie streben Behandler und Patient die Förderung der Gesundheit an und denken dabei wohl nicht an präzise juristische Rechtsfolgen.<sup>16)</sup> Dennoch will ein sich an den Arzt wendender Patient in erster Linie behandelt werden und der Arzt die Behandlung nicht ohne Entgelt vornehmen.<sup>17)</sup> Weder dem Patienten noch dem Arzt fehlt erkennbar das Bewusstsein, dass der Patient Anspruch auf eine sorgfältige medizinische Untersuchung und Behandlung und der Arzt Anspruch auf ein Entgelt hat.<sup>18)</sup> *Englährringer* weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass die Parteien mit der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe eine Reihe von Vertragsrechten anstreben; der Patient erwartet bspw vom Arzt eine sorgfältige medizinische Behandlung sowie die Mitteilung von Untersuchungs- und Behandlungsergebnissen unter Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht und schuldet umgekehrt ein Honorar sowie eine gewisse Mitarbeit bei der Behandlung in Form von Duldungs- und Informationsobliegenheiten.<sup>19)</sup> Daher kommen ärztliche Behandlungsverträge trotz des Umstands, dass der Vertragsabschluss *de jure* den Beteiligten idR nicht bewusst ist,<sup>20)</sup> wirksam zustande.<sup>21)</sup>

### C. Gründe für die Vertragspraxis

Die im Folgenden dargestellten Gründe des konkludenten Vertragsabschlusses können in 1. das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, 2. das ärztliche Berufsbild und 3. nicht-juristische Gründe aus der ärztlichen Praxis unterteilt werden.<sup>22)</sup>

#### 1. Besonderes Vertrauensverhältnis

Beim Arzt-Patienten-Verhältnis liegt unzweifelhaft ein besonderes Vertrauensverhältnis vor.<sup>23)</sup> Der Patient vertraut idR mangels eigener medizinischer Kenntnisse der Fachmeinung des Arztes. Der Patient bringt dem Arzt das besondere Vertrauen deshalb entgegen, weil der Arzt in ein besonders geschütztes Rechtsgut,

nämlich die körperliche Integrität und Unversehrtheit des Patienten, eingreift. Hinzu kommt, dass der Arzt in die körperliche Integrität und Gesundheit des Patienten mit einem medizinischen Wissens- bzw Informationsvorsprung im Gegensatz zum Patienten – welchem die ärztliche Aufklärungspflicht versucht entgegenzuwirken – eingreift. Der Patient muss aufgrund des medizinischen Wissens- bzw Informationsvorsprungs des Behandlers auf die Diagnose und die medizinische Fachmeinung des Arztes vertrauen.

Das entgegengebrachte Vertrauen ist nicht einseitig; auch der Arzt muss dem Patienten in vielerlei Aspekten vertrauen. Bspw muss er darauf vertrauen, dass er vom Patienten über den Behandlungsfall und die Vorgeschichte umfassend informiert wird und an den Heilungsbemühungen des Arztes entsprechend seiner Anweisung mitwirkt.<sup>24)</sup> Um die Gesundheit des Patienten zu verbessern bzw wiederherzustellen, ist eine Zusammenarbeit zwischen Arzt und Patient, die Vertrauen voraussetzt, unumgänglich. Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient schlägt sich nicht zuletzt in den weitreichenden Interessenwahrungspflichten des Arztes im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags nieder.<sup>25)</sup>

Im deutschen Recht wurde die Besonderheit des Arzt-Patient-Verhältnisses vielfach kommentiert. *Schmidt* zufolge sei „[...] das Verhältnis zwischen Arzt und Patient weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung; es (sei) verankert in den sittlichen Beziehungen der Menschen untereinander und entfaltet sich nur da in einer gerade auch für die gesundheitliche Betreuung des Patienten förderlichen Weise, wo eben diese sittlichen Momente von Mensch zu Mensch es tragen

- Patienten zum Abschluss von Behandlungsverträgen im Namen des Ordinationsinhabers ableiten lässt; s dazu OGH 4 Ob 210/07 x.
- 10) OGH 1 Ob 17/12z; 7 Ob 28/11k; 4 Ob 32/10z; 1 Ob 564/95; 5 Ob 33/14k; *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar<sup>4</sup> § 863 Rz 4; *Bollenberger* in *KBB*<sup>5</sup> § 863 Rz 6.
  - 11) *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,04</sup> § 863 Rz 17.
  - 12) *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 861 Rz 3 mwN.
  - 13) *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 861 Rz 3 mwN; *Juen*, Arzthaftungsrecht 42; *F. Bydlinski*, Verträge über ärztliche Leistungen, in FS Kralik (1986) 352; *Englährringer*, ÖJZ 1993, 489.
  - 14) *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 861 Rz 3 mwN.
  - 15) *Juen*, Arzthaftungsrecht 42; *Völk-Torggler*, JBl 1982, 72f; *F. Bydlinski* in FS Kralik 352f; *Englährringer*, ÖJZ 1993, 489.
  - 16) Dies betont völlig zutreffend *F. Bydlinski* in FS Kralik 352.
  - 17) *Englährringer*, ÖJZ 1993, 489.
  - 18) *F. Bydlinski* in FS Kralik 352.
  - 19) *Englährringer*, ÖJZ 1993, 489f.
  - 20) *Kietaihl*, RdM 2018, 242.
  - 21) *Englährringer*, ÖJZ 1993, 489f.
  - 22) Die dargestellten Gründe haben keinen Anspruch auf Vollständigkeit und sind beispielhafter Natur.
  - 23) *Kietaihl*, RdM 2018, 242; *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010) § 38 Der Arztvertrag Rz 1.
  - 24) Daraus bildete sich die Informations- und Mitwirkungsobliegenheit des Patienten heraus, auf die der Arzt – mangels rechtlicher Durchsetzbarkeit – nur vertrauen kann. Siehe zu den Pflichten bzw Obliegenheiten des Patienten aus *Kletečka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht 1/46 ff.
  - 25) So haben Ärzte ihre eigenen, insb wirtschaftlichen Interessen (mit Ausnahme des Honorars) hinter die Interessen des Patienten zu stellen. Zu den Interessenwahrungspflichten kann auch die Aufklärungspflicht des Arztes gezählt werden. Weitere Interessenwahrungspflichten sind die ärztliche Verschwiegenheitsverpflichtung, das Verbot der Annahme von Provisionen (§ 53 Abs 2 ÄrzteG) sowie weitreichende Pflichten iZm der vorzeitigen Entlassung von Patienten aus Krankenanstalten (§ 24 Abs 4 KAKuG).

und seinen Gehalt bestimmen“.<sup>26)</sup> Der deutsche BGH judizierte, dass der Richter den Arzt und den Patienten nicht nur als „Partner eines bürgerlich-rechtlichen Vertrags“ sehen dürfe; er dürfe nicht übersehen, dass das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ein besonderes Vertrauen voraussetze, „dass in starkem Maße in der menschlichen Beziehung (wurde), in die der Arzt zu dem Kranken tritt, und dass es daher weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung (sei)“.<sup>27)</sup>

Beim Arzt-Patienten-Verhältnis handelt es sich um kein Geschäftsverhältnis iES. Mit schriftlichen Verträgen werden oft Vertragsverhandlungen, Rechtssicherheit zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten und Entgeltlichkeit verbunden. Gerade diese Aspekte möchte ein Patient, der dem Arzt seine Gesundheit bzw sein Leben anvertraut, nicht bedenken. Der Abschluss schriftlicher Behandlungsverträge würde auf den ersten Blick primär den Zweck verfolgen, die Rechtsfolgen der aktuellen Behandlung verschriftlicht festzulegen. Es könnte angenommen werden, dass Patienten mit schriftlichen Behandlungsverträgen der abschreckende Eindruck vermittelt wäre, dass der Arzt, ohne mit der Behandlung begonnen zu haben, bereits die Möglichkeit von Behandlungsfehlern zugesteht.

Dem Argument, dass mit schriftlichen Behandlungsverträgen die Möglichkeit von Behandlungsfehlern zugestanden wird, kann der Zweck des ärztlichen Aufklärungsgesprächs entgegeng gehalten werden. Insb bei Krankenanstalten bzw operativen Eingriffen ist einer ärztlichen Behandlung ein schriftlich dokumentiertes Aufklärungsgespräch vorgeschaltet, in dem der Patient mit sämtlichen Risiken und Komplikationen vertraut gemacht wird. Das schriftlich dokumentierte Aufklärungsgespräch wird idR auch vom Patienten unterschrieben, was bei schriftlichen Behandlungsverträgen nicht anders wäre. Das Aufklärungsgespräch dient in erster Linie dem Patienten,<sup>28)</sup> in dessen Rahmen der Patient über die Art und Schwere sowie die möglichen Gefahren und die schädlichen Folgen einer Behandlung zu unterrichten ist.<sup>29)</sup> Der Inhalt des Aufklärungsgesprächs ist daher zumeist rein medizinischer Natur. Das medizinische Aufklärungsgespräch führt dem Patienten viel eher potentielle Behandlungsfehler vor Augen als Behandlungsverträge. Dazu sind schriftliche Behandlungsverträge mangels individuellen medizinischen Inhalts gar nicht tauglich.<sup>30)</sup> Der Inhalt von schriftlichen Behandlungsverträgen wäre rein rechtlicher Natur.<sup>31)</sup> Sie würden insb der Stärkung der Rechtspositionen der Vertragspartner dienen. Die Scheu vor der Verschriftlichung rührt daher nicht von der Auseinandersetzung mit Behandlungsfehlern, sondern von der potentiellen Inanspruchnahme des Rechtswegs. Schriftliche Verträge dienen ua zu Beweis Zwecken. Wer den Rechtsweg zur Verfolgung seiner rechtlichen Interessen in Anspruch nimmt, ist grundsätzlich für seine Behauptungen beweispflichtig. Mit einem schriftlichen Vertrag werden die Rechtspositionen der Vertragspartner objektiv festgelegt und dienen als aussagekräftiger Beweis bei einer rechtlichen Auseinandersetzung. Mündlich oder konkludent abgeschlossene Verträge erfordern hingegen eine gewisse Vertrauensbasis zwischen den Vertragsparteien, die bei Arzt-Patienten-Verhältnissen in aller Regel vorliegt. Die Vertrauensbasis wäre mit einem schriftli-

chen Vertrag, mit dem eine rechtliche Absicherung verbunden ist, abgeschwächt. Demzufolge werden Behandlungsverträge ua durch konkludente Handlungen abgeschlossen, weil eine rechtliche Absicherung bzw Verrechtlichung<sup>32)</sup> des Arzt-Patienten-Verhältnisses dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient zuwiderlaufen könnte.

## 2. Ärztliches Berufsbild

Ein weiterer Grund für die Vertragspraxis liegt im Arztberuf als freien Beruf.<sup>33)</sup> Der freiberuflichen Tätigkeit liegt – im Gegensatz zur gewerblichen Tätigkeit – ein fremd- und gemeinnütziges, altruistisches Wesen zu Grunde. Insb bei Gesundheitsberufen war es in der Vergangenheit inadäquat, dass der „Retter in Not“ aus dieser Not Kapital schlägt. In diesem Sinn galt es in der Stammfassung des ABGB gem § 879 Abs 2 ABGB als verbotenes und sittenwidriges Geschäft, „wenn ein Wundarzt oder was immer für ein Arzt sich von dem Kranken für die Übernehmung der Kur eine Belohnung bedingt“.<sup>34)</sup>

Das gemeinnützige Wesen der freien Berufe hat sich bis heute erhalten.<sup>35)</sup> Obwohl auch Freiberufler am Wettbewerb teilnehmen und unternehmerisch tätig sind, sollte das Erwerbsdenken nicht das oberste Ziel der Freiberufler sein. Der Arzt darf sich nicht von eigennützigem und gewinnorientierten Motiven leiten lassen, was auch den Erwartungen des Patienten entspricht. Aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag folgt, dass der Behandler aus der Behandlung keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil – mit Ausnahme des Honorars – ziehen darf. Dadurch soll dem Arzt das Motiv genommen werden, medizinisch nicht indizierte Behandlungsmaßnahmen zu setzen. Ärzte wären nicht nur dazu verleitet, medizinisch nicht indizierte Behandlungsmaßnahmen zu setzen, sondern von mehreren möglichen Behandlungsmaßnahmen stets die gewinnbringendste oder aus wirtschaftlicher Sicht lukrativste zu wählen bzw zu empfehlen. Daraus folgt, dass von der Verkehrsauffassung dem Arzt eine Pflicht auferlegt wird, seine eigenen Interessen hinter jene seines Patienten zu stellen. Im gewerblichen bzw

26) Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, in Ponsold (Hrsg), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin<sup>2</sup> (1957) 1 f; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010) § 38 Der Arztvertrag Rz 2.

27) Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010) § 38 Der Arztvertrag Rz 3 mwN.

28) Ein gewisses nicht medizinisches Interesse des Arztes an der Aufklärung muss dennoch als gegeben erachtet werden, zumal eine unterbliebene oder nicht ordnungsgemäß durchgeführte Aufklärung gravierende Rechtsfolgen für den Behandler nach sich zieht.

29) Gerhartl, Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht, Zak 2014, 621.

30) Naturgemäß wären schriftliche Behandlungsverträge aufgrund der Tatsache, dass es sich bei medizinischen Behandlungen um „Massengeschäfte“ iwS handelt, vorwiegend als Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter auszugestalten. Dabei kann auf individuelle medizinische Belange von einzelnen Patienten schriftlich nicht eingegangen werden. Zum möglichen Misstrauen von Patienten gegenüber AGB ihres Arztes und dem (unbegründet) schlechten Ruf von AGB s Kietaihl, RdM 2018, 242 ff.

31) Mit der Vertragsgestaltung von ärztlichen Behandlungsverträgen beschäftige ich mich in meiner Dissertation.

32) So zutreffend Kietaihl, RdM 2018, 242.

33) Kietaihl, RdM 2018, 241.

34) Melicharek, Zum Selbstverständnis der freien Berufe (Teil II), NetV 2009, 10 (10); Kietaihl, RdM 2018, 241.

35) Melicharek, NetV 2009, 10; Kietaihl, RdM 2018, 241.



unternehmerischen Bereich sind derartige Pflichten nicht zu finden.<sup>36)</sup>

Im geltenden Recht zeigt sich das gemeinnützige Wesen der freien Berufe insb darin, dass Freiberufler nicht der Wirtschaftskammermitgliedschaft unterliegen und sie trotz ihrer unternehmerischen Tätigkeit nicht in das Unternehmensrecht einbezogen sind.<sup>37)</sup> Zudem besteht ein strenges Standesrecht, das Ärzten das Annehmen von Provisionszahlungen untersagt; nach § 53 Abs 2 ÄrzteG darf der Arzt keine Vergütungen für die Zuweisung von Kranken an ihn oder durch ihn sich oder einem anderen versprechen, geben, nehmen oder zusichern lassen. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind nichtig (Satz 2 leg cit). Leistungen aus solchen Rechtsgeschäften können zurückgefordert werden (Satz 3 leg cit). Zudem versagt das Standesrecht der Ärzte gem § 53 Abs 1 ÄrzteG Werbeaktivitäten,<sup>38)</sup> um den Anschein des Gewinnstrebens zu vermeiden.<sup>39)</sup>

Besonders beachtlich ist die Tatsache, dass Ärzte gem § 2 Abs 1 Z 11 GewO von der Gewerbeordnung ausgenommen sind. In den ErläutRV zur GewO wurde festgehalten, dass gewisse Tätigkeiten, die an sich die Merkmale der Gewerbmäßigkeit aufweisen, aus dem Anwendungsbereich der GewO herausgenommen werden.<sup>40)</sup> Die Gründe für die Herausnahme dieser Tätigkeiten seien „mannigfaltiger Natur“.<sup>41)</sup> Bestimmte Tätigkeiten, wie die von Notaren, Rechtsanwälten, Ärzten etc, unterliegen wegen besonderer öffentlicher Interessen speziellen gesetzlichen Regelungen.<sup>42)</sup> Die Verfolgung öffentlicher Interessen von Ärzten zeigt sich etwa darin, dass diese im Interesse der Allgemeinheit Vorsorgeuntersuchungen durchführen.<sup>43)</sup>

Im deutschen Recht scheint die Ethik des ärztlichen Berufsbilds besondere Bedeutung zu haben. So judizierte das deutsche BVerfG, dass im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen weit mehr als bei übrigen sozialen Beziehungen des Menschen zusammenfließe.<sup>44)</sup> Der Jurist dürfe bei der Beurteilung von Fragen zum Arztrecht den Sinn und Ethos des ärztlichen Berufs nicht außer Acht lassen.<sup>45)</sup> Auch wenn sich das idealisierte Bild des Arztes in den letzten Jahrzehnten grundsätzlich gewandelt habe, sei die ärztliche Tätigkeit durch das Bemühen, Kranken zu helfen, gekennzeichnet und basiere damit auf dem Gebot der Nächstenliebe und der Humanitas.<sup>46)</sup>

Auch der OGH,<sup>47)</sup> der VwGH<sup>48)</sup> und die L<sup>49)</sup> vertreten die Ansicht, dass Entgeltlichkeit oder Erwerbsabsicht keine Essentiale des ärztlichen Berufs sei.

Daraus ergibt sich, dass schriftliche Behandlungsverträge, denen ein rechtlicher und wirtschaftlicher Charakter zukommt, dem idealistischen, altruistischen ärztlichen Berufsbild zuwiderlaufen könnten und dies ein weiterer Grund sein könnte, dass Behandlungsverträge konkludent abgeschlossen werden.

### 3. Gründe aus der (ärztlichen) Praxis

Weitere Gründe könnten darin liegen, dass ärztliche Behandlungsverträge ein (nicht standardisiertes) Massengeschäft sind. Aus Zeitgründen wäre es für den Arzt äußerst problematisch, mit jedem einzelnen Patienten Vertragsbedingungen auszuhandeln. In diesem Sinne judizierte der OGH, dass der Patient durch seine Er-

klärungen und sein sonstiges Verhalten maßgeblichen Einfluss auf den Vertragsinhalt nimmt, weil der rechtsgeschäftliche Kontakt in aller Regel von ihm selbst ausgeht.<sup>50)</sup>

Aufgrund der immer häufiger vorkommenden Arzthaftungsprozesse zeigt sich *in praxi* eine Tendenz, das Arzt-Patienten-Verhältnis mit schriftlichen Unterlagen und Dokumenten zu überfluten. Diese entspringen der weitreichenden und in zahlreichen Gesetzen verankerten Dokumentationspflicht des Behandlers.<sup>51)</sup> So sind bspw die Personalien des Patienten, seine Vorgeschichte, Diagnose, die erfolgte Aufklärung und Einwilligung des Patienten samt Bestätigungen, Art und Umfang aller beratenden, diagnostischen oder therapeutischen Leistungen, uvm zu dokumentieren.<sup>52)</sup> Viele Ärzte wenden hinsichtlich der weitreichenden Dokumentationspflicht und der Flut an „Formalistischem“ (zu Recht) ein, dass dadurch ihre medizinische Tätigkeit erschwert wird. Zusätzliche schriftliche Behandlungsverträge, welche *ex lege* nicht erforderlich sind, könnten diese Missgunst verschärfen.

## D. Vor- und Nachteile

### 1. Vorteile

- Der erste Vorteil des konkludent abgeschlossenen Behandlungsvertrags liegt in der Stärkung der Vertrauensbasis zwischen Arzt und Patient. Eine Verrechtlichung des Arzt-Patienten-Verhältnisses wird damit tunlichst hintangehalten.
- Ein weiterer Vorteil liegt darin, das Ansehen des ärztlichen Berufsbilds zu wahren, indem der Behandler mit keinen wirtschaftlichen und gewinnstrebenden Absichten in Verbindung gebracht wird.
- Ebenfalls als Vorteil zu verstehen ist die Zeitersparnis. Der Arzt spart sich Zeit, indem er den ärztlichen Behandlungsvertrag mit seinem Patienten – wie es in der Praxis geschieht – nicht thematisiert oder gar in langwierige Vertragsverhandlungen mit ihm gerät.
- Da der schriftliche Abschluss von Behandlungsverträgen *ex lege* nicht vorgesehen ist, wird die aus der

36) Dazu ausf Melicharek, NetV 2009, 11 f.

37) Kietaihl, RdM 2018/136, 242.

38) Gem § 53 Abs 1 ÄrzteG hat sich der Arzt jeder unsachlichen, unwahren oder das Standesansetzen beeinträchtigenden Information iZm der Ausübung seines Berufs zu enthalten.

39) Kietaihl, RdM 2018, 242.

40) ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 104.

41) ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 104.

42) ErläutRV 395 BlgNR 13. GP 104.

43) Melicharek, NetV 2009, 12.

44) Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010) § 38 Der Arztvertrag Rz 2 mwN.

45) Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010) § 38 Der Arztvertrag Rz 6 mwN.

46) Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts<sup>4</sup> (2010) § 38 Der Arztvertrag Rz 7 mwN; so auch Lukowsky, Philosophie des Arztturns (1966) 17, 19 und 21, der ausführt, dass das Leitbild des Arztes trotz der Tatsache, dass es zeitbedingt wechselt, stets auf dem Bemühen basiere, kranken Mitmenschen zu helfen.

47) OGH 6 Ob 32/05 g.

48) VwGH 1. 7. 1975, 1195/73 VwSlg 8870.

49) Wallner in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht<sup>2</sup> 697.

50) OGH 1 Ob 161/16 g.

51) Siehe zB § 51 ÄrzteG, § 5 GukG, § 9 HebG, § 11 a MTD-G, § 7 KTG, § 5 SanG, § 3 MMHmG, § 10 Abs 1 Z 1 und Z 3, § 24 Abs 2 und Abs 4, § 25 Abs 3 KAKuG, § 35 Abs 2 SKAG etc.

52) Kletečka-Pulker in Aigner et al, Handbuch Medizinrecht I/158 ff.

ärztlichen Dokumentationspflicht stammende Vertragsflut und medizinische Tätigkeit des Arztes mit dem konkludenten Vertragsabschluss nicht zusätzlich belastet.

## 2. Nachteile

- Ein Nachteil liegt darin, dass den meisten Patienten nicht bewusst ist, dass sie durch Terminvereinbarungen, Arztbesuche und ärztliche Behandlungen rechtsgeschäftliches Handeln begründen.<sup>53)</sup> Daher nehmen manche Patienten ihre rechtlichen Pflichten bzw. Obliegenheiten gar nicht wahr, weil sie diese als solche nicht verstehen. Das bekannteste Bsp dafür ist die mangelnde Termintreue mancher Patienten;<sup>54)</sup> der Umstand, dass dem Arzt aus einem nicht wahrgenommenen Termin ein Ausgleichsanspruch bzw. Ausfallshonorar entstehen kann,<sup>55)</sup> ist wohl den wenigsten Patienten bekannt.
- Damit zusammenhängend liegt der Nachteil von konkludent abgeschlossenen Behandlungsverträgen darin, dass die Vertragsbeziehung zwischen Arzt und Patienten intransparent ist. Mit bspw einer schriftlichen Vertragsurkunde kann sich der Patient eigenständig über seine Rechte und Pflichten informieren, womit auch sein Informationsbedürfnis befriedigt wäre.<sup>56)</sup> Dies würde wiederum dazu führen, dass sich Konflikte vermeiden ließen, womit für Rechtssicherheit gesorgt wäre.
- Ein weiterer Nachteil liegt darin, dass die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit des ärztlichen Behandlungsvertragsverhältnisses nicht ausgeschöpft wird. Viele Fragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses sind dispositiv. Schöpfen die Vertragspartner ihre Gestaltungsmöglichkeiten nicht aus, muss das Gericht den objektiven Empfängerhorizont der Willenserklärungen der Vertragspartner ermitteln.<sup>57)</sup> Dadurch könnte das Gericht zu ungünstigen, von den Vertragspartnern nicht beabsichtigten Ergebnissen kommen. Selbst der OGH bemängelt in einigen E den Umstand, dass die Vertragsparteien des ärztlichen Behandlungsvertrags von ihren Gestaltungsmöglichkeiten keinen Gebrauch machen.<sup>58)</sup>
- Ein weiterer Nachteil des konkludent abgeschlossenen ärztlichen Behandlungsvertrags liegt für den Patienten darin, dass der Patient oftmals nicht weiß, wer sein Vertragspartner ist. Diese Frage ist insb dann, wenn mehrere Behandler zusammenarbeiten, nicht immer einfach zu beantworten.<sup>59)</sup> In Arzthaftungsprozessen kann diese Unsicherheit dazu führen, dass

der falsche Behandler geklagt wird, was aufgrund des Unterliegens im Verfahren zu negativen Kostenfolgen führen kann.<sup>60)</sup> Wird nun in einem schriftlichen Behandlungsvertrag eindeutig festgehalten, wer der Vertragspartner des Patienten ist, können solche Risikoquellen wirksam vermieden werden.

- Als Nachteil kann zudem angesehen werden, dass mit dem konkludenten Abschluss von ärztlichen Behandlungsverträgen im Gegensatz zu bspw Kreditverträgen<sup>61)</sup> der Eindruck erweckt wird, dass die körperliche Unversehrtheit als Rechtsgut hinter rein vermögensrechtlichen Interessen steht.<sup>62)</sup> Zu bedenken ist, dass auftretende Probleme in Bezug auf Sachen oder Vermögen idR leichter hinnehmbar sind als zumeist irreversible Komplikationen betreffend die Gesundheit des Menschen. Ein Abgehen der geltenden Vertragsabschlusspraxis würde zu einem Statement dahingehend führen, dass Verträge über die körperliche Unversehrtheit nicht weniger wichtig sind als etwa Verträge mit höheren Kaufpreisen.

53) *Kietaibl*, RdM 2018, 242.

54) *Kietaibl*, RdM 2018, 242.

55) Siehe dazu *Verbunkic*, Der Ausgleichsanspruch des Behandlers für entfallene Behandlungsleistungen, *ecolex* 2020, 680 ff.

56) Siehe dazu *Kietaibl*, RdM 2018, 242, der zutreffend darauf hinweist, dass schriftliche Behandlungsverträge einen ähnlichen Zweck verfolgen würden, wie die von der Rsp stetig ausgebauten ärztlichen Aufklärungs- und Informationspflichten.

57) Dies geschah etwa in OGH 1 Ob 161/16g.

58) Die Kritik bezog sich insb auf die Rechtsnatur von Krankenhausaufnahmeverträgen; s OGH 3 Ob 268/06t und 10 Ob 34/10p: In diesen E führte der OGH aus, dass es am Krankenanstaltenträger selbst liege, durch eindeutige Vertragsgestaltung die Rechtsnatur des Krankenhausaufnahmevertrags zweifelsfrei zu bestimmen. „Mangels eindeutiger anderer Vertragsgestaltung“ sei unter Berücksichtigung der nach der Verkehrsübung selbstverständlichen Erwartung des Patienten von einem totalen Krankenhausaufnahmevertrag auszugehen.

59) Man denke etwa an Gynäkologen, die einen Krebsabstrich vom Patienten an Pathologen zur Befundung übermitteln, oder bei Urlaubsvertretungen von niedergelassenen Ärzten.

60) OGH 1 Ob 161/16g RdM 2017/101, 164 (*Huber*).

61) So regelt etwa § 9 Abs 1 VKrG, dass unbeschadet der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts Kreditverträge auf Papier oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu erstellen sind und der Kreditgeber den Vertragsparteien unverzüglich nach Vertragsabschluss eine Ausfertigung des Kreditvertrags zur Verfügung zu stellen hat.

62) Zu beachten ist, dass bei der Kollision von persönlichkeitsgebundenen mit materiellen Gütern die persönlichkeitsgebundenen Werte, wie etwa das Leben, die körperliche Integrität bzw Gesundheit oder die Freiheit, den materiellen Werten, wie Eigentum, Besitz oder Vermögen, vorgehen. Siehe dazu *Steininger* in *Triffler/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (10. Lfg 2004) Nachbem § 3 StGB, Rz 50; so auch *Stebellehner*, Die Zulässigkeit der Abwehr von Drohnen aus strafrechtlicher Sicht, *JSt* 2018, 477 (480), der persönliche Werte, wie die Privatsphäre, als höheres Rechtsgut als das Eigentum (in Form einer Drohne) sieht. Vgl auch *Wagner* in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht<sup>3</sup> (2020) Umweltmedizinrecht Rz 71, demzufolge das Leben und die Gesundheit das höchste Rechtsgut seien.

### → In Kürze

Die Autorin vertritt die Meinung, dass die geltende Vertragsabschlusspraxis beim ärztlichen Behandlungsvertrag auf das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten, auf das ärztliche (altruistische) Berufsbild sowie auf bestimmte Gründe aus der ärztlichen Praxis zurückzuführen ist. Sie sieht die Nachteile des konkludenten Vertragsabschlusses überwiegen und legt daher den Abschluss von schriftlichen Behandlungsverträgen nahe.

### → 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 am Wörthersee. Im Oktober 2020 gewann sie den österreichweiten „Promoting the Best“-Award in der Kategorie „Beste Konzipientin 2020“. E-Mail: tanja.verbunkic@gmail.com

#### Von derselben Autorin erschienen:

Der Ausgleichsanspruch des Arztes für entfallene Behandlungsleistungen, *ecolex* 2020, 680;  
Die Rechtsnatur des ärztlichen Erstgesprächs, RdM 2020, 143.

