

# Qualitätssicherung im Gesundheitswesen

herausgegeben von

**Ass.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Susanne Auer-Mayer**

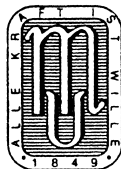
WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt sowie  
Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht  
(Arbeitsrecht und Sozialrecht), Universität Salzburg

**Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil**

WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt sowie  
Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht  
(Arbeitsrecht und Sozialrecht), Universität Salzburg

**MMag. Michael Prantner**

SV-Wissenschaft, Forschung & Lehre der österreichischen Sozialversicherung  
sowie Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft,  
Landesstelle Salzburg



Wien 2017

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

**Zitiervorschlag:** *Autor*, [Titel] in *Auer-Mayer/Pfeil/Prantner* (Hrsg), Qualitätssicherung im Gesundheitswesen (2017) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der AutorInnen, der Herausgeber sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-07247-6

© 2017 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien  
Telefon: (01) 531 61-0  
E-Mail: [verlag@manz.at](mailto:verlag@manz.at)  
[www.manz.at](http://www.manz.at)

Datenkonvertierung, Satzherstellung: Druckerei Robitschek & Co. Ges.m.b.H., 1050 Wien  
Druck: Prime Rate Kft., Budapest

# Vorwort

Der Bereichsteil Arbeitsrecht und Sozialrecht des Fachbereichs Arbeits- und Wirtschaftsrecht und das WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt der Universität Salzburg veranstalten bereits seit vielen Jahren in Kooperation mit SV-Wissenschaft – Forschung & Lehre der österreichischen Sozialversicherung jährlich ein wissenschaftliches Symposium zu aktuellen sozialversicherungsrechtlichen Fragen. Der vorliegende Band enthält die Schriftfassungen der am 23.6.2016 zum – zunehmend an Bedeutung gewinnenden – Thema „Qualitätssicherung im Gesundheitswesen“ gehaltenen Vorträge, womit auch die diesbezüglichen Ergebnisse einer breiteren Öffentlichkeit vorgestellt werden sollen.

Wie bei früheren Tagungen waren wir wieder um einen interdisziplinären Ansatz und um eine Einbeziehung sowohl der wissenschaftlichen Perspektive als auch der Sicht der Praxis bemüht. Die Reihenfolge der Beiträge entspricht jener der Referate bei der Tagung. Den Anfang macht damit *Eva Maria Kernstock*, MPH, von der Gesundheit Österreich GmbH mit Ausführungen zur nationalen Qualitätsstrategie einschließlich eines Vergleichs mit Qualitätsaktivitäten ausgewählter anderer Länder. Darauf folgen vier rechtliche Beiträge, allesamt von Angehörigen der Universität Salzburg, die das Thema der Qualitätssicherung aus verschiedenen Perspektiven beleuchten. Zunächst stellt Univ.-Prof. Dr. *Reinhard Klaushofer* einen Vergleich der Qualitätsregelungen im Gesundheitsbereich mit dem Sozialbereich der Länder, konkret den relevanten Vorgaben des Alten- und Pflegeheimwesens, des Behindertenwesens und der Kinder- und Jugendhilfe an. Im Anschluss daran gibt Univ.-Ass.<sup>in</sup> MMag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> *Birgit Schrattbauer* einen eingehenden Überblick über die Regelungen zur Qualitätssicherung im Berufsrecht der medizinischen Berufe. Univ.-Prof. Dr. *Rudolf Mosler* beschäftigt sich sodann mit der auch medial heftig diskutierten Frage der Zulässigkeit von „Mystery Checks“ durch Einsatz von „TestpatientInnen“ (vor allem) bei VertragsärztInnen. Den Abschluss macht schließlich Univ.-Prof. Dr. *Andreas Kletečka* mit Ausführungen zur Arzthaftung und vor allem der Frage, ob das österreichische Arzthaftungsrecht tatsächlich – wie immer wieder behauptet – aufgrund immer strengerer Maßstäbe letztlich zur Defensivmedizin zwingt.

Unser Dank gebührt neben den AutorInnen zunächst wieder Mag. *Heinz Korntner* und Mag.<sup>a</sup> *Anita Hiebler* vom Verlag Manz für die Übernahme der Drucklegung und das gewohnt professionelle Lektorat des Tagungsbandes. Zu danken ist darüber hinaus Herrn Univ.-Ass. Mag. *Fabian Schaup* und Herrn Stud.-Ass. *Sebastian Laimer*, die sich um das Redigieren der Beiträge verdient gemacht haben.

Wir hoffen, dass auch der vorliegende Band auf breites Interesse stößt und freuen uns, das hoffentlich baldige Erscheinen eines weiteren Tagungsbandes zu „Rechtsfragen rund um Medikamente“ anzukündigen, welcher die Schrift-

fassung der Beiträge des gleichnamigen Symposiums vom 22. 6. 2017 beinhalten wird.

Salzburg, im Oktober 2017

*Susanne Auer-Mayer  
Walter J. Pfeil  
Michael Prantner*

# Geleitwort

In unserem Gesundheitswesen wird der Großteil der Ressourcen dafür aufgewendet, die Krankenversorgung sicherzustellen sowie mit immer bedeutender werdenden Maßnahmen zur Gesundheitsförderung und Prävention Vorsorge zu treffen. Um diese Versorgungs- und Vorsorgemaßnahmen nachhaltig zu gestalten, soll als Qualitätsmaßstab die Erfüllung bestimmter Werte angelegt werden, wie allen voran Patientenorientierung aber auch Transparenz und Effizienz der Dienstleistungen in allen Sektoren des Gesundheitswesens. Die Behandlungsergebnisse sowie zuvor formulierte Ziele guter Behandlung sollen einander decken, um ein hohes Maß an Qualität zu gewährleisten. Hier ist es besonders wichtig, dass die Menschen im Mittelpunkt der Entscheidungen stehen und diese selbst aktiv mitgestalten können.

Zur Sicherstellung dieser Qualität im Gesundheitswesen hat das Bundesministerium für Gesundheit im Mai 2010 eine „Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen“ formuliert. Diese stellt die Grundlage für gebündelte und koordinierte Qualitätsaktivitäten dar und enthält einvernehmlich getragene Ziele als Handlungsgrundlage für verschiedene Stakeholder im österreichischen Gesundheitswesen.

Zu diesem Thema hat der Verein „SV-Wissenschaft“, dessen Mitglieder sämtliche SV-Träger sind, am 23.6.2016 ein Symposium an der Universität Salzburg veranstaltet. Der Verein hat es sich zum Ziel gesetzt, wichtige Themen des Gesundheitswesens aufzugreifen und einem wissenschaftlichen Diskurs zu unterziehen. Das Symposium wurde in bewährter Zusammenarbeit mit der juristischen Fakultät der Universität Salzburg, WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt, und SV-Wissenschaft organisiert, wobei diese Kooperation seit 2013 dauerhaft als „Forschungsstelle Sozialversicherung“ eingerichtet ist.

Im Rahmen der Tagung kamen Wissenschaftler/innen sowie Vertreter/innen unterschiedlicher Bereiche im Gesundheitswesen zusammen, präsentierten Strategien für zukünftige Entwicklungen oder beleuchteten die rechtlichen Aspekte bestimmter Themenfelder. Der Inhalt der Veranstaltung führte von der Historie und aktuellen Entwicklungen bei der bereits erwähnten Qualitätsstrategie über die Qualitätssicherung im Berufsrecht bei medizinischen Berufen hin zur Diskussion der Zulässigkeit von mystery checks. Ziel der Veranstaltung war es, Ansätze aufzuzeigen, wie eine geeignete Qualitätssicherung im Gesundheitswesen in Österreich erreicht werden kann.

An dieser Stelle ein Dank an Herrn MMag. *Michael Prantner* von der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft in Salzburg, der diese Tagung inhaltlich und organisatorisch koordiniert hat. Mein besonderer Dank gilt Herrn Univ.-Prof. Dr. *Walter J. Pfeil* für die stets gute Zusammenarbeit mit SV-Wissenschaft. Er ist es auch, der gemeinsam mit Ass.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> *Susanne Auer-Mayer* diesen Tagungsband ermöglicht und damit unsere gemeinsame Veranstaltung

nachhaltig dokumentiert. Den Lesern/Leserinnen dieses Tagungsbandes wünsche ich eine spannende Lektüre zu einem großen Zukunftsthema unseres Gesundheitswesens.

St. Pölten, Oktober 2017

*Martina Amler*  
Vorsitzende SV-Wissenschaft

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	III
Geleitwort .....	V
Autorenverzeichnis .....	IX

*Eva-Maria Kernstock, Wien*

<b>Qualität als Leit- und Steuerungsinstrument – die nationale Qualitätsstrategie .....</b>	<b>1</b>
I. Einleitung .....	1
A. Die Entstehung der Qualitätsstrategie .....	1
1. Politische und rechtliche Hintergründe .....	1
2. Prozess der Entwicklung .....	2
B. Inhalte der Strategie .....	3
1. Prinzipien und Werte .....	3
2. Strategische und operative Ziele .....	4
II. Exkurs: Qualitätsaktivitäten in ausgewählten Ländern .....	6
A. Deutschland .....	6
B. Schweiz .....	7
C. Schweden .....	8
D. England .....	8
III. Schlussfolgerung: Prioritäten, Notwendigkeiten und Herausforderungen .....	9
A. Patientensicherheit – höchste Priorität .....	9
B. Sektorenübergreifender Ansatz – eine Notwendigkeit .....	9
C. Integrierte Versorgung – eine Herausforderung .....	10

*Reinhard Klaushofer, Salzburg*

<b>Qualitätsregelungen im Vergleich .....</b>	<b>11</b>
I. Einleitung .....	11
II. Begriffe .....	12
III. Zusammenspiel von Qualität und Versorgung .....	13
IV. Qualitätssicherung .....	15
A. Strukturqualität .....	16
B. Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen .....	19
C. Ergebnisqualität .....	20
D. Prozessqualität .....	21
V. Schlussstatement .....	22

*Birgit Schrattbauer, Salzburg*

<b>Maßnahmen zur Qualitätssicherung im Berufsrecht der medizinischen Berufe .....</b>	<b>23</b>
I. Einführung und Begriffsklärung .....	23
A. Medizinische Berufe .....	25
B. Maßnahmen der Qualitätssicherung .....	27
II. Berufsrechtliche Regelungen zur Qualitätssicherung .....	27
A. Festlegung einheitlicher Qualitätsstandards .....	27
1. Berufsrechtlich normierte Standards – Strukturqualität .....	28

2. Berufsrechtlich normierte Standards – Prozessqualität .....	36
B. Qualitätsevaluierung und -kontrolle .....	39
1. Qualitätskontrolle betreffend Anerkennung von Ausbildungsstätten .....	40
2. Qualitätskontrolle im Bereich der Leistungserbringung .....	41
III. Zusammenfassung und Fazit .....	46

*Rudolf Mosler, Salzburg*

<b>Zulässigkeit von „Mystery Checks“ .....</b>	<b>47</b>
I. Zum Problem .....	47
II. Überblick über die Rechtslage .....	49
III. Zulässigkeit des Einsatzes von Testpersonen .....	51
A. Allgemeines .....	51
B. Verfassungsrecht .....	52
C. Strafrecht .....	52
D. Verwaltungsrecht .....	53
E. Wettbewerbsrecht .....	54
F. Arbeitsrecht .....	54
G. Schlussfolgerungen für Mystery Checks bei Vertrags- und Wahlärzten .....	55
IV. Rechtsfolgen von aufgedeckten Verstößen .....	57
V. Zusammenfassung .....	59

*Andreas Kletečka, Salzburg*

<b>Einige Fragen der Arzthaftung .....</b>	<b>61</b>
I. Zwingt das österreichische Arzthaftungsrecht zur Defensivmedizin? .....	61
II. Problematische Entwicklungen zum Kausalitätsbeweis im Arzthaftungsrecht .....	64
III. Soll eine vom Verschulden unabhängige Haftung eingeführt werden? .....	68
IV. Aufklärungspflichtverletzung .....	69
V. Wrongful conception .....	70

# AutorInnenverzeichnis

*Dr.<sup>in</sup> Martina Amler*

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien, seit 1985 Mitarbeiterin der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse. Seit 1998 Ressortdirektorin für folgende Bereiche: Vertragspartnerangelegenheiten, Leistungsökonomie, Gesundheitsreform-Koordination, allgemeine Rechtsangelegenheiten; Vorsitzende der SV-Wissenschaft.

*Dr.<sup>in</sup> Susanne Auer-Mayer*

Studium der Rechtswissenschaften in Salzburg, Ass.-Prof.<sup>in</sup> am Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht (Arbeitsrecht und Sozialrecht) sowie WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt; 2012 wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Obersten Gerichtshof; Publikationen und Vorträge zu verschiedenen Bereichen des Arbeits- und Sozialrechts.

*Eva-Maria Kernstock*

Teilstudium der Medizin und Soziologie, Diplom der allgemeinen Gesundheits- und Krankenpflege und Abschluss zum Master of Public Health. Erfahrungen in vielen Bereichen des österreichischen Gesundheitswesens, vom Krankenhaus über die Sozialversicherung bis hin zum Bundesministerium für Gesundheit, immer mit den Schwerpunkten Qualität im Gesundheitswesen und Qualitätssystementwicklung, Diabetes, integrierte Versorgung, nationaler und internationaler Austausch. Seit 2009 Leiterin des Bundesinstituts für Qualität im Gesundheitswesen an der Gesundheit Österreich GmbH, Lektorin an den Medizinischen Universitäten in Graz und Wien.

*Dr. Reinhard Klaushofer*

Mag. Dr. iur.; Univ.-Prof. für Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Paris Lodron Universität Salzburg. Leiter des Österreichischen Institutes für Menschenrechte. Leiter der Kommission 2 der Volksanwaltschaft.

*Dr. Andreas Kletečka*

Studium der Rechtswissenschaften in Wien; Univ.-Prof. für Bürgerliches Recht am Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg.

Umfangreiche Vortrags- und Autorentätigkeit (ua) zu den Arbeitsschwerpunkten: Schadenersatzrecht, Arzthaftung, ärztliche Schweigepflicht, wrongful birth, Angehörigenbürgerschaft, Konsumentenschutzrecht, Beraterhaftung, Liegenschafts- und Wohnrecht, Ziviles Baurecht sowie zum Themenbereich „Bauten auf fremdem Grund“.

(Mit-)Herausgeber verschiedener juristischer Publikationen, ua: „ABGB-ON“-Kommentar. Mitglied des Senats der Universität Salzburg sowie von ministeriellen Arbeitsgruppen zur Wohnrechtsreform und zum neuen Baurecht.

*Dr. Rudolf Mosler*

Studium der Rechtswissenschaften; Univ.-Prof. für Arbeitsrecht und Sozialrecht am Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht (Arbeitsrecht und Sozialrecht) der Universität Salzburg; Präsident der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht; Publikationen zu verschiedensten arbeits-, sozial- und gesundheitsrechtlichen Themen; langjährige Arbeitsschwerpunkte ua: Krankenversicherungsrecht, Ärztliches Vertragspart-

nerrecht, Sozial- und Gesundheitspolitik; Beratung und wissenschaftliche Begleitung von Projekten (Ministerien, Sozialversicherungsträger, Interessenvertretungen und Unternehmen).

*Dr. Walter J. Pfeil*

Studium der Rechtswissenschaften und der Politikwissenschaft, Univ.-Prof. am Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht (Arbeitsrecht und Sozialrecht) sowie im WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt der Universität Salzburg. Publikationen zu verschiedensten arbeits- und sozialrechtlichen Themen; Beratung und wissenschaftliche Begleitung einschlägiger politischer Vorhaben.

*MMag. Michael Prantner*

Studium der Rechtswissenschaften und European Union Studies an der Universität Salzburg; Vorstandsmitglied und Leiter des Arbeitskreises von SV-Wissenschaft; Leiter des Rechts- und Wirtschaftsbereiches der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Salzburg; interner und externer Vortragender zum Sozialversicherungsrecht.

*MMag.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Birgit Schrattbauer*

Studium der Rechtswissenschaft; Pädagogik, Deutsche Philologie, Univ.-Ass.<sup>in</sup> am Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht (Arbeitsrecht und Sozialrecht) sowie im WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt (Forschungsstelle Sozialversicherung) der Universität Salzburg; Publikationen und Vortragstätigkeit insbesondere zum Recht der Arbeitskräfteüberlassung, der Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen, der Arbeitslosenversicherung sowie zu krankenversicherungs- und gesundheitsrechtlichen Fragen.

*Eva-Maria Kernstock, Wien*

# **Qualität als Leit- und Steuerungsinstrument – die nationale Qualitätsstrategie**

## **Übersicht:**

- I. Einleitung
  - A. Die Entstehung der Qualitätsstrategie
    - 1. Politische und rechtliche Hintergründe
    - 2. Prozess der Entwicklung
  - B. Inhalte der Strategie
    - 1. Prinzipien und Werte
    - 2. Strategische und operative Ziele
- II. Exkurs: Qualitätsaktivitäten in ausgewählten Ländern
  - A. Deutschland
  - B. Schweiz
  - C. Schweden
  - D. England
- III. Schlussfolgerung: Prioritäten, Notwendigkeiten und Herausforderungen
  - A. Patientensicherheit – höchste Priorität
  - B. Sektorenübergreifender Ansatz – eine Notwendigkeit
  - C. Integrierte Versorgung – eine Herausforderung

## **I. Einleitung**

### **A. Die Entstehung der Qualitätsstrategie**

#### **1. Politische und rechtliche Hintergründe**

Das medizinische Wissen entwickelt sich ständig weiter – und damit auch die medizinische Versorgung. Um eine hohe Qualität im österreichischen Gesundheitswesen sicherzustellen und laufend zu verbessern, wurde im Dezember 2004 das Gesundheitsqualitätsgesetz (GQG) erlassen. Darin ist der Aufbau eines gesamtösterreichischen Qualitätssystems vorgesehen. Genauere Rahmenbedingungen für die Umsetzung legen Bund und Länder in der Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens fest. Im Rahmen der Arbeiten zur Weiterentwicklung des Gesundheitswesens wurde vom Bund die Entwicklung einer gesamtösterreichischen Qualitätsstrategie unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Regelungen im Gesundheitsqualitätsgesetz und der Vereinbarung gem Art 15a B-VG beauftragt und am 25. 6. 2010 von der Bundesgesundheitskommission beschlossen. Entsprechende operative Ziele wurden anschließend bis 2012 entwickelt und beschlossen.

Im Rahmen der Gesundheitsreform 2013 – 2016 wurde dem Thema Qualität und insbesondere der Patientensicherheit breiter Raum gewidmet und zahlreiche Maßnahmen zur Umsetzung festgelegt.

## 2. Prozess der Entwicklung

Die Gesundheit Österreich GmbH/Geschäftsbereich BIQG wurde im Jahr 2009 von Bundesministerium beauftragt, eine Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen zu entwickeln. Strategische Arbeiten zur Qualität im Gesundheitswesen fanden zu diesem Zeitpunkt noch wenig abgestimmt bei einzelnen Stakeholdern statt und waren unterschiedlich weit fortgeschritten. Wie ein österreichweites Qualitätssystem laufend weiterentwickelt und auch entsprechend begleitend evaluiert werden könnte, wurde noch nicht akkordiert behandelt.

Das Projekt wurde zunächst in den entsprechenden Entscheidungsgremien diskutiert, die weiteren Arbeiten wurden in der „Unterarbeitsgruppe Qualität“, die sowohl ein Gremium der Arbeitsgruppe für Strukturveränderungen als auch der Institutsversammlung der Gesundheit Österreich war, behandelt.

Eine erste Version der österreichischen Qualitätsstrategie wurde in der Bundesgesundheitskommission am 25. 6. 2010 vorgelegt und der Beschluss gefasst, die Strategie in der Version I vom Mai 2010 als Grundlage für weitere Arbeiten heranzuziehen. Diese sollten insbesondere die Entwicklung operativer Ziele, ein Kommunikations- und Umsetzungskonzept und ein Evaluationskonzept enthalten.

Mit dem Ziel die Qualitätsstrategie in einer breiten Öffentlichkeit zu diskutieren, wurde 2010 neben laufender Öffentlichkeitsarbeit, Vorträgen und Präsentationen die erste nationale Qualitätskonferenz am 18. 10. abgehalten. Sie widmete sich sowohl der Weiterentwicklung operativer Ziele zur Qualitätsstrategie als auch dem Thema Qualitätsberichterstattung.

Auftragsgemäß wurden zusätzlich – auf Basis nationaler und internationaler Erfahrungen – Grundlagen für ein Priorisierungsverfahren insbesondere zur Entwicklung von Bundesqualitätsstandards erarbeitet. Ein erstes Evaluationskonzept beschrieb die relevanten Schritte einer begleitenden Evaluation, um einerseits die Wirksamkeit der Qualitätsstrategie überprüfen und andererseits die Weiterentwicklung unterstützen zu können.

Eine Recherche und Zusammenfassung zu Anreizsystemen und Fördermaßnahmen, die die Umsetzung der Qualitätsarbeit in Österreich unterstützen könnten, ergänzten die Arbeiten.

Im Fokus der Arbeiten lagen jedoch die Entwicklung und Ausformulierung von operativen Zielen für die Umsetzung der Qualitätsstrategie. Mehrfache Entwicklungsstufen, Abstimmungsphasen und Priorisierungsschritte führten zu einem Zielkatalog, der prinzipiell Zustimmung bei den Entscheidungsträgern fand.

Die operativen Ziele rücken – gemäß eines Public-Health-Action-Cycles – die Schritte „Bewertung und Problembestimmung“ in den Mittelpunkt. Dazu sind in den operativen Zielen die bundesweite Einführung einer umfassenden nationalen Qualitätsberichterstattung, die Umsetzung von Ergebnisqualitätsmessung, eine sektorenübergreifende Patientenbefragungen sowie die Entwicklung einer Patientensicherheitsstrategie als prioritäre Ziele definiert.

Hinsichtlich aller Qualitätsarbeiten, so auch jener zu den operativen Zielen, ist es von Bedeutung, vom theoretisch möglichen zum praktisch Machbaren zu kommen, insbesondere aus Sicht der politischen Entscheidungsträger/innen. Im Fokus aller Arbeiten liegen speziell Patientenorientierung und der größtmögliche Nutzen für die Bevölkerung. Ziel der Formulierung von operativen Zielen zur „Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen“ ist es, vertieftes gemeinsames Verständnis, konsensuelle Entscheidungen und die konzertierte Umsetzung durch alle Stakeholder zu ermöglichen.

Integriert in die Formulierung der operativen Ziele wurde auch die bereits erwähnte Evaluation: Für jedes priorisierte Ziel wurden Evaluierungskriterien entwickelt, abgestimmt und Umsetzungsschritte formuliert.

Gemeinsam mit dem Auftraggeber wurde beschlossen, sich zunächst – im Sinne einer stufenweisen Umsetzung – der Gestaltung der priorisierten Ziele zu widmen und erst in den Folgejahren alle anderen in der beschlossenen Qualitätsstrategie formulierten Ziele abzuarbeiten.

Im ersten Quartal 2012 wurde die Letztfassung der „Operativen Ziele zur Umsetzung der Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen“ fertiggestellt. Am 23. 3. 2012 nahm die Bundesgesundheitsagentur die operativen Ziele zustimmend zur Kenntnis und befürwortete deren weitere Umsetzung. In den Folgejahren wurde die Qualitätsstrategie mit den operativen Zielen als ein Leit- und Steuerungsinstrument im österreichischen Gesundheitswesen anerkannt und in die Gesundheitsreform und die daraus resultierende Zielsteuerung-Gesundheit integriert. Im Bundeszielsteuerungsvertrag 2013 bis 2016 wurden Maßnahmen zur Umsetzung der operativen Ziele formuliert, laufend monitiert und berichtet.<sup>1)</sup>

## **B. Inhalte der Strategie**

### **1. Prinzipien und Werte**

Die österreichische Qualitätsstrategie soll wesentlich zur kontinuierlichen Weiterentwicklung, Verbesserung und flächendeckenden Sicherung der Qualität in allen Sektoren des Gesundheitswesens beitragen. Insbesondere soll eine angemessene und sichere Versorgung unterstützt werden. Dem Prinzip, Qualität als Leit- und Steuerungskriterium des österreichischen Gesundheitswesens zu verankern, konnte durch die bereits erwähnte Verankerung in der Bundeszielsteuerung-Gesundheit entsprochen werden.

Die Werteorientierung der Qualitätsstrategie stellt den Menschen, die Patienten in den Mittelpunkt. Sie sollen in allen Phasen der Gesundheitsversorgung befähigt und unterstützt werden, aktive Entscheidungen gemeinsam mit den Behandelern treffen zu können. Aber auch die Sicherheit der betreuten Menschen und aller Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen im Gesundheitswesen zeichnet eine am Menschen orientierte Strategie aus. Sicherheit heißt aber auch, dass Leistun-

---

<sup>1)</sup> [http://bmg.gv.at/home/Schwerpunkte/Gesundheitssystem\\_Qualitaetssicherung/Qualitaetsstrategie\\_fuer\\_das\\_oesterreichische\\_Gesundheitswesen](http://bmg.gv.at/home/Schwerpunkte/Gesundheitssystem_Qualitaetssicherung/Qualitaetsstrategie_fuer_das_oesterreichische_Gesundheitswesen), <http://www.goeg.at/de/Bereich/Qualitaetsstrategie.html>.

gen effektiv und effizient erbracht werden und der Zugang zum Gesundheitswesen für alle gleich ist.

Um die Wirkung der Qualitätsstrategie nachhaltig zu sichern, haben sich die Entscheidungsträger auf ein kooperatives und partizipatives Vorgehen bei der Umsetzung verständigt. Rationale und evidenzbasierte Überlegungen unterstützen die Entwicklung des Gesundheitssystems zu einem lernenden System, in dem Anreize vor Sanktionen gesetzt sowie ein berufsgruppenübergreifender und sektorenübergreifender Ansatz unterstützt werden. Größtmögliche Transparenz soll die kontinuierliche Weiterentwicklung und Sicherung der Qualität im österreichischen Gesundheitswesen unterstützen.

## 2. Strategische und operative Ziele

Die Strategischen Ziele decken die großen Themen wie kontinuierliche Verbesserung der Prozess- und Ergebnisqualität, sektorenübergreifende Qualitätssicherung und Qualitätsmanagement, Transparenz, Einführen einer Risiko- und Sicherheitskultur sowie Aus-, Fort- und Weiterbildung der Berufsgruppen ab und festigen die Möglichkeit der kontinuierlichen Weiterentwicklung im Bereich der Qualität im Gesundheitswesen.

„Patientensicherheit wird im österreichischen Gesundheitswesen gemäß internationaler Standards weiterentwickelt“, so das erklärte Hauptziel in der nationalen Qualitätsstrategie. In Österreich fehlte bisher eine berufsgruppen- und sektorenübergreifende Patientensicherheitsstrategie, die einen nationalen Rahmen für bestehende und zukünftige Aktivitäten auf diesem Gebiet vorgibt. Der Komplexität eines hochentwickelten Gesundheitswesens mit vielfältigen Sicherheitsrisiken soll durch systematische Bearbeitung entgegnet werden. Mittlerweile wurde eine nationale Patientensicherheitsstrategie erarbeitet und fünf Interventionsfelder nach dem Capacity Building Modell definiert. 2017 wird die Patientensicherheitsstrategie weiter entwickelt werden.<sup>2)</sup>

Die kontinuierliche Verbesserung der Prozessqualität wird durch die Entwicklung, Umsetzungsunterstützung und Analyse von Qualitätsstandards gemäß Gesundheitsqualitätsgesetz – sogenannten Bundesqualitätsstandards – und die Befassung mit integrierter Versorgung vorangetrieben. So wurden bereits implementierte integrierte Versorgungsprogramme analysiert, auf deren Basis nun Rahmenbedingungen bzw Kriterien zu einer bundesweiten Ausrollung von integrierten Versorgungsprogrammen vorangetrieben werden können. Insbesondere liegt hier ein Fokus auf dem Überwinden von Nahtstellen.

Ein weiterer wichtiger Bereich ist die bundeseinheitliche Messung von Qualität als Voraussetzung für die systematische Entwicklung und das Monitoring der Qualität von Gesundheitsleistungen. (Ergebnis-)qualitätsmessung liefert wichtige Anhaltspunkte, für welche Gesundheitsleistungen Struktur- bzw Prozessoptimierung notwendig sind. Aus routinemäßig erhobenen Daten und zusätzlich erhobenen Informationen aus Qualitätsregistern werden laufend bundesweit einheitliche Indikatoren für alle österreichischen Akutspitäler analysiert und ver-

<sup>2)</sup> [http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/1/4/5/CH1331/CMS1366277814\\_203/20130502\\_patientensicherheitsstrategie.pdf](http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/1/4/5/CH1331/CMS1366277814_203/20130502_patientensicherheitsstrategie.pdf) (abgefragt am 2. 10. 2017).

öffentlicht. Ein Konzept zur Erfassung der Ergebnisqualität im extramuralen Bereich und im Rehabilitationsbereich sowie sektorenübergreifend wurde ebenfalls entwickelt und befindet sich in der Pilotierung.

Durch Patientenbefragungen werden Teile der Versorgung sowie die Versorgungsübergänge aus dem Blickwinkel der Betroffenen abgebildet. In der Analyse und Interpretation der gewonnenen Daten lassen sich Optimierungspotenziale im Sinne der Patientenorientierung sichtbar machen. Praktisch alle Gesundheitseinrichtungen in Österreich führen Patientenbefragungen über die Qualität der eigenen Leistungen durch, während Kommunikations- und Betreuungsprozesse an den Übergängen bzw Schnittstellen bisher nur selten und nicht systematisch von den Gesundheitsdienstleistern erhoben werden.

2015 wurden die Erfahrungen der Patientinnen und Patienten mit den Versorgungsprozessen und insbesondere mit den Kommunikations- und Betreuungsprozessen an den Schnittstellen sektorenübergreifend erhoben und analysiert, die Ergebnisse von den Entscheidungsträgern abgenommen – eine Publikation ist leider noch ausständig. Darüber hinaus wurde eine Befragung der Bevölkerung zur Erhebung des Wissensstandes zu gesundheitspolitischen Themen mit besonderem Fokus auf die aktuelle Gesundheitsreform durchgeführt, die Ergebnisse sind auf der Homepage des BMGF publiziert.<sup>3)</sup>

Das Kernstück der operationalisierten Qualitätsstrategie ist eine umfassende Qualitätsberichterstattung, die politische Entscheidungsträger, Gesundheitsdienstleister und die breite Öffentlichkeit informiert und zu mehr Transparenz und Vertrauen in das österreichische Gesundheitswesen beitragen soll. Sie soll auch die Mitarbeiter/innen im Gesundheitswesen motivieren und damit die kontinuierliche Qualitätsentwicklung in den Gesundheitseinrichtungen und -berufen unterstützen und Handlungsbedarf für zukünftige Entwicklungen aufzeigen.

In den ersten Jahren der Operationalisierung hat sich bald gezeigt, dass das Format der Themenqualitätsberichte – wie in den operativen Zielen beschrieben, sich auf Grund sehr unterschiedlicher Datenlagen derzeit noch nicht so gut eignet, um Problemfelder zu identifizieren und kontinuierliche Verbesserung einzuleiten. Der Fokus der weiteren Arbeiten lag dann auf der Formulierung von Mindestanforderungen am Qualitätsmanagement sowie der Entwicklung eines entsprechenden Berichtswesens dazu. Bereits zum zweiten Mal werden Ende 2016 Berichte über Qualitätsmanagement und Qualitätsarbeit in österreichischen Krankenanstalten und Rehabilitationseinheiten erscheinen. Alle Krankenanstalten und stationäre Rehabilitationseinrichtungen haben an der Erhebung teilgenommen. In den nächsten Jahren werden noch weitere Bereiche des Gesundheitswesens einbezogen. Ein bereits vorliegendes Konzept zu einer sektorenübergreifenden Berichterstattung wird 2017 umgesetzt um erstmals aus unterschiedlichen Sektoren des Gesundheitswesens zu ausgewählten Themen wie zB Patientensicherheit, Hygiene, Erfüllung von Mindestanforderungen, uÄ zu berichten.

---

<sup>3)</sup> [http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/6/5/8/CH1330/CMS1472815381643/tqs\\_hvb\\_2016.pdf](http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/6/5/8/CH1330/CMS1472815381643/tqs_hvb_2016.pdf) (abgefragt am 2. 10. 2017).

Weitere Zielbereiche, die ebenfalls als wesentlich für die Umsetzung der Qualitätsstrategie angesehen werden können, werden laufend im Rahmen der Umsetzung der Zielsteuerung-Gesundheit ergänzt.

## **II. Exkurs: Qualitätsaktivitäten in ausgewählten Ländern**

Im Rahmen der Veranstaltung der SV Wissenschaft im Juni 2016 in Salzburg wurde die Entwicklung der nationalen Qualitätsstrategie vorgestellt und deren Umsetzung im Sinne eines Leit- und Steuerungsinstruments im Gesundheitswesen.

Auf Wunsch der Veranstalter wurden auch einige andere Länder besprochen, und deren (strategischer) Zugang, die Qualität im Gesundheitswesen zu fördern. Die nachfolgenden Erwähnungen haben keinen Anspruch auf Vollständigkeit, die Ergebnisse beruhen auf Recherchen im ersten Quartal 2016. Um einigermaßen vergleichbar zu sein, wurde insbesondere auf eine Recherche der OECD-Datenbanken zurückgegriffen.

### **A. Deutschland**

Deutschland hat im Sozialgesetzbuch Nr V Themen der Qualitätsarbeit verankert. So ist beispielsweise die Verpflichtung zur Qualitätssicherung, die Teilnahme an Maßnahmen zur Verbesserung der Ergebnisqualität sowie die Verpflichtung zum Qualitäts- und Beschwerdemanagement im KH im § 135a SGB V festgehalten.

Im § 137 SGB V finden sich Grundlagen für die Beschlüsse und Richtlinien des G-BA zum Qualitätsmanagement und zur Qualitätssicherung, zu Mindestmengen, Qualitätsberichten der Krankenhäuser sowie Grundlagen für die Entwicklung von Qualitätsindikatoren für Hygiene und Psychiatrie. Hier ist auch die Einrichtung eines Qualitätsinstituts festgehalten, das für die Entwicklung und Durchführung der Qualitätssicherung und -messung, Dokumentation, Veröffentlichung bzw Transparenz zuständig ist.

Ziele der verpflichtenden Qualitätssicherung sind die Sicherung und Verbesserung der Qualität durch Benchmarking und Unterstützung des internen Qualitätsmanagements, die Möglichkeit zu fairen und aussagefähigen Einrichtungsvergleichen, Qualitätsförderung sowie Transparenz und Orientierung für die Nutzer. Künftig sollen noch Indikatoren für qualitätsorientierte Krankenhausplanung und für qualitätsorientierte Vergütung erarbeitet werden.

Zahlreiche gesetzliche Anforderungen wurden bereits definiert, allerdings garantieren auch diese Anforderungen nicht, dass sie auch entsprechend erfüllt bzw eingehalten werden. Die Themen sind ähnlich jener in der Qualitätsstrategie bzw den Arbeiten im Rahmen der Gesundheitsreform in Österreich und reichen von Mindestanforderungen an Qualitäts- und Risikomanagement hin über Nahtstellenmanagement; Hygieneanforderungen oder Kriterien für die indikationsbezogene Notwendigkeit und Qualität der durchgeführten diagnosti-

schen und therapeutischen Leistungen oder der sektorenübergreifenden Qualitätssicherung.

Deutschland hat keine nationale Qualitätsstrategie.<sup>4)</sup>

## B. Schweiz

Die Schweiz hat zwischen 2009 und 2011 eine Qualitätsstrategie entwickelt und ihre Konkretisierung festgelegt. Auslöser war die Erkenntnis, dass im internationalen Vergleich hoch entwickelte Gesundheitssysteme hohe Defizite in der Patientensicherheit haben und Behandlungsleitlinien nur mangelhaft umgesetzt werden.

Das Bundesamt für Gesundheit verstärkte seine Aufmerksamkeit auf die Sicherung der Leistungs- und Behandlungsqualität und die Patientensicherheit.

Die Schweizer Qualitätsstrategie fokussiert sich bei der Umsetzung auf die drei Schwerpunkte Vernetzen, Messen und Verbessern: Bestehende Aktivitäten in der Qualitätssicherung sollen besser koordiniert, zusätzliche nationale Verbesserungsprogramme angestoßen werden, an denen wesentlich mehr Spitäler teilnehmen können als bisher. Die entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen, so auch eine Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, wurden geschaffen, um eine außerparlamentarische Kommission, die das Bundesamt für Gesundheit (BAG) bei der strategischen Festlegung der weiteren Vorgehensweise unterstützen und beraten soll, einzusetzen.

Ähnlich wie Österreich publiziert das BAG Qualitätsindikatoren von Schweizer Akutspitälern. Die Publikation dient der Transparenz über die Leistungen, die in Spitälern erbracht werden. Die Qualitätsindikatoren sollen auch in der Schweiz für den ambulant-ärztlichen Bereich weiterentwickelt werden. Auch bei der Frage, ob und wann diagnostische und therapeutische Maßnahmen angemessen sind, besteht Bedarf nach mehr Transparenz. Hier sollen ebenfalls in Zusammenarbeit mit den Akteuren Vorschläge für Datenauswertungen und Datenaufbereitungen erarbeiten werden.

Ein wichtiges Element für die Verbesserung der Qualität im Gesundheitswesen sind die Nationalen Programme, die vom BAG wesentlich finanziert werden. Mit diesen Programmen werden die Leistungserbringer (Spitäler, Ärzte, Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause, Pflegeheime ua) bei der Umsetzung von Verbesserungsprozessen unterstützt. Die Pilotprogramme zur „Sicheren Chirurgie“ und „Sicheren Medikation an Schnittstellen“ wurden in Zusammenarbeit mit Patientensicherheit Schweiz unter dem Namen „progress!“ lanciert. Ein drittes Programm ist im Bereich der Spitalinfektionen geplant. Weitere Programme sollen geplant und finanziert werden.<sup>5)</sup>

<sup>4)</sup> [www.aqua-institut.de](http://www.aqua-institut.de), [www.g-ba.de](http://www.g-ba.de).

<sup>5)</sup> Oliver Peters, Soziale Sicherheit, CHSS 3/2014, Faktenblatt BAG 12/2015, [www.bag.ch](http://www.bag.ch).

### C. Schweden

Schweden hat ein sehr hoch entwickeltes Qualitätsmanagement-System eingeführt. Nationale Guidelines, Register, ein umfassendes Reporting-System mit Indikatoren zu Qualität und Effizienz zeichnen dieses aus. Eine hohe Patientenbeteiligung sowie die Einbeziehung von Patientenerfahrungen sind Prinzipien denen auch in Österreich noch mehr Bedeutung zugemessen werden sollten.

Weiters sollen beispielsweise Informationssysteme für Primärversorgung und Langzeitpflege verbessert werden und der Aufbau einer Performance-Evaluation für Gesundheitsdienstleister und alle Organisationen im Gesundheitswesen ausgebaut werden. Schweden setzt auch stark auf Rezertifizierung und Akkreditierung der Berufsgruppen und Gesundheitseinrichtungen.

Im OECD-Vergleich zeichnet sich das schwedische Gesundheitswesen durch hohe Qualität und gute Outcomes aus, muss aber auch den neuen Herausforderungen einer immer älter werdenden Bevölkerung Rechnung tragen. Arbeiten im Bereich der Langzeitpflege wie Assessment und Sicherung der Qualität in der Langzeitpflege, die Entwicklung weiterer Qualitätsindikatoren zu Stürzen und Dekubitus sowie die Einführung von Standards in der Langzeitpflege, haben daher hohe Priorität.

Im Sinne der Beteiligung wird ein Fokus auf Koordination der komplexen Bedürfnisse chronisch Kranker, die sich selbst nicht (mehr) einbringen können, gelegt (OECD 2013).

### D. England

In Großbritannien gibt es einen bevölkerungsweiten, freien, steuerfinanzierten Zugang zum Gesundheitssystem. Grundsätzlich gibt es vier Gesundheitssysteme (England, Wales, Schottland, Nordirland) mit vergleichbaren Zielen und Versorgungsmodellen, die sich jedoch durch sehr unterschiedliche governance charakterisieren.

Das Primärversorgungssystem ist gut aufgebaut mit einem Fokus auf Patientensicherheit, Qualität und Outcomes, unterstützt durch Monitoring-Systeme. Guideline-Entwicklung, die Anwendung evidenzbasierter Guidelines in allen Bereichen des Gesundheitswesens sowie ein Fokus auf Fort- und Weiterbildung der Gesundheitsberufe sind in Großbritannien wichtig. Das englische Gesundheitswesen zeichnet sich ebenfalls durch eine starke Patientenbeteiligung aus und postuliert Patientenorientierung. „Patient reported outcome measures“ unterstützen Transparenz und öffentliche Berichterstattung.

Obwohl Großbritannien ein hoch entwickeltes Gesundheitssystem mit einem hohen Kommitment zu Qualität und Patientensicherheit hat, sind im OECD-Vergleich im Schnitt keine besseren Ergebnisse als in anderen Ländern zu verzeichnen (OECD 2013, 2016).

### **III. Schlussfolgerung: Prioritäten, Notwendigkeiten und Herausforderungen**

#### **A. Patientensicherheit – höchste Priorität**

Im Jahr 2012 erstellte die GÖG/BIQG eine nationale Patientensicherheitsstrategie, die 2013 in der Bundesgesundheitskommission beschlossen wurde.

Die Struktur des Hauptdokumentes folgt dem Modell des „Capacity Building“. Dieses Modell für Weiterbildung und Personal- und Organisationsentwicklung eignet sich auch für umfassende Veränderungs- und Entwicklungsprozesse im Gesundheitswesen. Capacity Building hat das Ziel, die Fähigkeit der Partner zu stärken, zukunftsfähige Entwicklungsstrategien und -politiken zu planen und umzusetzen. Fünf Interventionsfelder (Politikentwicklung, Organisationsentwicklung, Personalentwicklung, Patientinnen und Patienten sowie breite Öffentlichkeit, Monitoring) wurden jeweils mit Zielen und Umsetzungsmaßnahmen ausgearbeitet. Für die Erstellung des Entwurfs wurden folgende Empfehlungen, Programme und Papers berücksichtigt: Nationale Qualitätsstrategie, österreichische Rahmengesundheitsziele, Empfehlungen des Rates der Europäischen Union, Kindergesundheitsstrategie, Regierungsprogramm 2008–2013, WHO-Projekte und andere nationale Patientensicherheitsstrategien.

Die Schwerpunkte der Strategie konnten in den letzten Jahren teilweise bereits umgesetzt werden, einige Maßnahmen werden noch folgen. So konnte ein Patientensicherheitsbeirat nach § 8 Bundesministeriengesetz eingerichtet und ein Monitoring von Patientensicherheitsaktivitäten aufgebaut werden. Das Erfassen und Vermeiden von nosokomialen Infektionen und Antibiotikaresistenzen sind eine der Schwerpunktaktivitäten des Jahres 2016. Das nationale Fehlermelde- und Lernsystem CIRS Medical.at wird laufend begleitend qualitätsgesichert.

Dennoch müssen noch weitere massive Anstrengungen aller Partner unternommen werden um das Thema der Patientensicherheit kontinuierlich voranzutreiben.

#### **B. Sektorenübergreifender Ansatz – eine Notwendigkeit**

Eine Herausforderung im österreichischen Gesundheitswesen ist die Fragmentierung in unterschiedliche Sektoren und die daraus resultierende unterschiedliche Zuständigkeit bei der Umsetzung nationaler Vorgaben und Strategien.

Ein wesentlicher Ansatz bei der Weiterentwicklung der Qualitätsstrategie sowie der Patientensicherheitsstrategie ist es daher, den Fokus auf eine sektorenübergreifende Betrachtungsweise zu legen, die gleichzeitig auch eine patientenorientierte ist. Qualitätsarbeit hat sich viele Jahre lang in erster Linie auf die Entwicklung einer Qualitäts-Kultur und eine systematische Herangehensweise insbesondere im stationären Sektor konzentriert.

Bereits während der Entwicklung der operativen Ziele der Qualitätsstrategie wurde versucht den sektorenübergreifenden Fokus besser abzubilden. Insbesondere die weitere Operationalisierung der Qualitätsstrategie wird sich in den nächsten Jahren auf den ambulanten Bereich bis hin zur Nahtstelle zum Sozialbereich insbesondere der Langzeitpflege und dem Hospiz- und Palliativbereich

ausdehnen müssen, um den sich verändernden Anforderungen einer immer älter werdenden Bevölkerung Rechnung zu tragen.

Die Umsetzung und die Weiterentwicklung der Qualitätsstrategie orientieren sich an internationalen Beispielen aber ganz besonders an den aktuellen Entwicklungen in Österreich. Neue Versorgungsformen und -angebote stellen Ansprüche an die Kompetenzen und Fertigkeiten des Gesundheitspersonals, auf die in der Aus-, Fort- und Weiterbildung reagiert werden muss. Immer knapper werdende Ressourcen erfordern zusätzliche Anstrengungen im Bereich der effizienten Mittelverwendung und des effektiven Einsatzes von Ressourcen. Der Evidenzbasierung von Gesundheitsleistungen und dem Einsatz von Health Technology Assessment wird und muss noch mehr Bedeutung zukommen.

All diese Maßnahmen müssen mit breiter Öffentlichkeitsarbeit und Maßnahmen zur Steigerung der Gesundheitskompetenz der Bevölkerung verbunden werden, um die Akzeptanz für Reformen weiterhin sicher zu stellen.

### **C. Integrierte Versorgung – eine Herausforderung**

Integrierte Versorgung ist ein vielversprechender Ansatz um sowohl Patientenorientierung, Patientensicherheit wie auch Effektivität und Effizienz im Gesundheitswesen zu fördern. Der Forderung nach Versorgung am Best Point of Service kann durch einen integrierten Ansatz eher nachgekommen werden. Zahlreiche Initiativen und Projekte in Österreich wurden während der letzten Gesundheitsreformen gesetzt und auch teilweise evaluiert. Das BIQG hat in einer Übersichtsarbeit Evaluationsergebnisse von ausgewählten Projekten zusammengetragen und daraus Gemeinsamkeiten und Spezifika von integrierten Versorgungsprogrammen abgeleitet. Die Ergebnisse aus beiden Arbeiten sollen in naher Zukunft in Form eines „Leitfadens“ zur Umsetzung integrierter Versorgungsprogramme zur Verfügung stehen.

*Reinhard Klaushofer, Salzburg*

# Qualitätsregelungen im Vergleich<sup>1)</sup>

## Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Begriffe
- III. Zusammenspiel von Qualität und Versorgung
- IV. Qualitätssicherung
  - A. Strukturqualität
  - B. Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen
  - C. Ergebnisqualität
  - D. Prozessqualität
- V. Schlussstatement

## I. Einleitung

Beim Titel „Qualitätsregelungen im Vergleich“ stellt sich als erstes die Frage, ob mit Qualitätsregelungen die rechtlichen Grundlagen zum Zweck der Qualitätssicherung und -verbesserung gemeint sind, oder ob man die mittlerweile außerhalb des gesetzlichen Rahmens entwickelten Qualitätsstandards in den Blick nehmen soll. Des Weiteren stellt sich die Frage, was man vergleichen soll. Die Regelungen im Gesundheitswesen mit solchen im Sozialwesen? Soll man Vergleiche innerhalb des Gesundheitswesens anstellen, zB zwischen stationären und ambulanten Bereichen oder organisationsrechtlich veranlassten und berufsrechtlich veranlassten Regelungen?<sup>2)</sup> Man könnte auch internationale Vergleiche anstellen, doch das erfolgt in einem gesonderten Beitrag.<sup>3)</sup>

Vielfältige Auswahlmöglichkeiten und das große Spektrum der einzelnen Vergleichsgebiete zwingen zur Einschränkung auf einen bestimmten Ausschnitt. Der Autor hat sich für Vergleiche mit dem Sozialbereich der Länder entschieden, weil dieser zahlreiche Anschlussstellen zum Gesundheitsbereich aufweist. Mit dem Sozialbereich der Länder sind die Regelungen in den Sektoren des Alten- und Pflegeheimwesens, des Behindertenwesens und der Kinder- und Jugendhilfe

---

<sup>1)</sup> Um Fußnoten erweiterte Vortragsfassung des auf Einladung von SV-Wissenschaft, Forschung & Lehre der Österreichischen Sozialversicherung, Universität Salzburg, Fachbereichsteil Arbeits- und Sozialrecht sowie WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt veranstalteten Symposiums vom 23. 6. 2016 „Qualitätssicherung im Gesundheitswesen“.

<sup>2)</sup> Siehe zu diesen den gesonderten Beitrag von *Schrattbauer* in diesem Band.

<sup>3)</sup> Siehe den Beitrag von *Kernstock* in diesem Band.

angesprochen. Betrachtungsgegenstand sind Regelungen der Sozialplanung und Bestimmungen für Leistungsanbieter, weil sie maßgeblich für das systematisch-organisatorische Zusammenspiel mit dem Gesundheitswesen sind. Sie bilden die Grundlagen für das strukturelle Gefüge von Gesundheits- und Sozialwesen und erlauben somit Einsichten in manifeste Bedingungen der bundesstaatlichen Zusammenarbeit. Da berufsrechtlichen Bestimmungen, wie insbesondere auf Ebene der Länder den Bestimmungen über Sozialberufe, eine solch nachhaltige und systembildende Funktion nicht zukommt, werden sie folglich ausgeblendet.<sup>4)</sup> Von einer erratischen Gegenüberstellung einzelner Bestimmungen oder unterschiedlicher Rechtsbereiche ist kein nennenswerter Erkenntnisgewinn zu erwarten, weshalb ich mich für einen analytischen Zugang entschieden habe. Ergänzend zum Rechtsvergleich zwischen Landes- und Bundesebene möchte ich deswegen besonderes Augenmerk auf die Barrieren der Strukturbedingungen legen, die im Wesentlichen durch kompetenzrechtliche Grenzziehungen bedingt sind. Die Schnittstellen zwischen Gesundheits- und Sozialbereich, eben Bundes- und Landesbereich, werden dadurch in den Mittelpunkt des Interesses gestellt.

Im Bewusstsein, dass die Regelungen der einzelnen Bundesländer diversifiziert sind, werden exemplarisch die oberösterreichischen und salzburger Rechtsbereiche herausgegriffen. Durchsucht man die Landesgesetze mit dem Schlagwort „Qualität“, so sind die Treffer in den ausgewählten Bereichen überschaubar. Für das Burgenland und Vorarlberg sind etwa keine Einträge zu finden. Teilweise sind vereinzelte Treffer zu verzeichnen,<sup>5)</sup> mitunter aber auch differenzierte Vorgaben.<sup>6)</sup> Oberösterreich und Salzburg befinden sich insoweit im Mittelfeld. Auffällig ist jedoch, dass mit § 58 oö SozialhilfeG die einzige Regelung der sozialen Strukturplanung das Wort Qualität verwendet.

Inhaltlich ist die folgende Auseinandersetzung nach den drei Bereichen der Struktur-, Ergebnis- und Prozessqualität gegliedert.<sup>7)</sup>

## II. Begriffe

Bevor tiefer in die Thematik einzutauchen ist, muss geklärt werden, welche Begriffsinhalte man vor Augen hat, wenn von Qualitätssicherung und Ähnlichem die Rede ist. Das Gesundheitsqualitätsgesetz – GQG enthält entsprechende Definitionen für den Gesundheitsbereich. In seinem § 2 werden verschiedene Begriffe definiert. Unter „Qualität“ wird gem § 2 Z 2 leg cit verstanden: „Grad der Erfüllung der Merkmale von patientinnen- und patientenorientierter, transparenter, effektiver und effizienter Erbringung der Gesundheitsleistung. Die zentralen Anliegen in diesem Zusammenhang sind die Optimierung von Struktur-

<sup>4)</sup> Siehe dazu den Beitrag von *Schrattbauer*.

<sup>5)</sup> Steiermark: § 8 Kinder- und JugendhilfeG; § 1 StBHG Leistungs- und Entgeltverordnung 2015; § 46 BehindertenG; §§ 5, 10 JugendG; § 1 StKJHG-DVO; §§ 8, 17b PflegeheimG 2003.

<sup>6)</sup> Siehe insbesondere die Qualitätsstandards für sozialpädagogische Einrichtungen in Wien.

<sup>7)</sup> Siehe zu diesen Begriffen sogleich im nächsten Punkt.

qualität, Prozessqualität und Ergebnisqualität.“ Die drei genannten Schlagworte Strukturqualität, Prozessqualität und Ergebnisqualität werden ebenfalls im GQG definiert:

Als Strukturqualität wird die „Summe sachlicher und personeller Ausstattung in quantitativer und qualitativer Hinsicht“ bezeichnet.<sup>8)</sup>

Prozessqualität meint die „Arbeitsabläufe und Verfahrensweisen, die nach nachvollziehbaren und nachprüfbaren Regeln systematisiert erfolgen und dem Stand des professionellen Wissens entsprechen, regelmäßig evaluiert und kontinuierlich verbessert werden.“<sup>9)</sup>

Von Ergebnisqualität spricht man, wenn „messbare Veränderungen des professionell eingeschätzten Gesundheitszustandes, der Lebensqualität und der Zufriedenheit einer Patientin/eines Patienten bzw. einer Bevölkerungsgruppe als Ergebnis bestimmter Rahmenbedingungen und Maßnahmen“ darzustellen sind.<sup>10)</sup>

Das GQG definiert weitere Begriffe, insbesondere auch die im Zusammenhang mit der Beschreibung des Begriffs Qualität verwendeten Worte der Patient/inn/enorientierung, Effektivität und Effizienz.

Solcherart Legaldefinitionen sind für den Sozialbereich der Länder nicht zu finden. Um im Folgenden keine Begriffsverwirrungen hervorzurufen, werden die Beschreibungen des GQG auf die Landesebene übertragen. Selbstverständlich werden die Definitionen des Bundesgesetzes nicht als Bestandteil des Landesrechts behandelt, sondern werden sie nur für narrative und darstellende Zwecke herangezogen.

### III. Zusammenspiel von Qualität und Versorgung

In der Regierungsvorlage zum GQG ist zu lesen, dass etwa 50 Bundesnormen qualitätsrelevante Bestimmungen enthalten, welche sich ua auf Dokumentationspflichten, die Qualität von Arzneimitteln und Medizinprodukten, auf die Qualität der Ausbildung und Ausübung der Gesundheitsberufe, auf Patientinnen- und Patientenrechte und Qualitätsarbeit im Krankenanstaltenbereich beziehen.<sup>11)</sup> Zählt man die landesrechtlichen Bestimmungen hinzu, erhöht sich die Anzahl beträchtlich.

Auf Grund dieser Vielfalt und Diversität, negativ formuliert könnte man auch von „Wildwuchs“ sprechen, soll das GQG eine einheitliche und gemeinsame Basis schaffen, die die Qualität bei der Erbringung von Gesundheitsleistungen regelt. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass der Beitrag auf kompetenzrechtliche Grenzen nicht eingehen wird.

Die Ziele und Absichten des GQG legen es nahe, dieses als Ausgangspunkt eines Vergleichs zu wählen, um im Weiteren den eingangs erwähnten Weg der Analyse zu gehen.

<sup>8)</sup> § 2 Z 8 GQG.

<sup>9)</sup> § 2 Z 9 GQG.

<sup>10)</sup> § 2 Z 10 GQG.

<sup>11)</sup> ErläutRV 693 BlgNR 22. GP 28.

Die maßgebliche Absicht des GQG ist, „die Grundlage zur Festlegung von Qualitätsstandards für die Erbringung von Gesundheitsleistungen, also die medizinische, therapeutische und pflegerische Betreuung der Patientinnen und Patienten einschließlich Qualitätsstandards für den Betreuungsverlauf“ zu schaffen.<sup>12)</sup> Dadurch soll österreichweit die gleiche Qualität bei der Erbringung von Gesundheitsleistungen sichergestellt werden.<sup>13)</sup>

Die Klammer zwischen Qualität, Finanzierung und Strukturplanung wird durch die Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens gebildet, die ihrerseits verschränkt ist mit der Vereinbarung gem Art 15a B-VG Zielsteuerung-Gesundheit, als deren Ergebnis auf Bundesebene das Bundesgesetz zur partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit (Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz – G-ZG) erlassen wurde. Wortident werden im genannten Bundesgesetz und der Art 15a B-VG-Vereinbarung über die Zielsteuerung-Gesundheit folgende Absichten erklärt: „Die Konkretisierung dieser Zielsteuerung-Gesundheit hat auf Grundlage vergleichbarer wirkungsorientierter qualitativ und quantitativ festzulegender

1. Versorgungsziele
2. Planungswerte
3. Versorgungsprozesse und -strukturen
4. Ergebnis- und Qualitätsparameter zu erfolgen. Darauf aufbauend ist als integraler Bestandteil eine
5. Finanzzielsteuerung zu etablieren.“

Man versucht also sinnvollerweise ein Ineinandergreifen von Versorgung, Finanzierung und Qualitätssicherung zu erreichen. Blickt man lediglich auf den Aspekt der Einheitlichkeit der Versorgungsplanung, dann ist bis dato eine nachhaltige und aufeinander abgestimmte Vorgangsweise misslungen. Der Bericht des Rechnungshofes über die Rolle des Bundes in der österreichischen Krankenanstaltenplanung legt die Defizite offen.<sup>14)</sup> Trotz der Reminiszenz des Titels an die Vorstadien der aktuellen Planung werden die Strukturen seit der Einführung der Zielsteuerung-Gesundheit eingehend untersucht. Sukkus der Untersuchung ist eine letztlich ins Leere laufende Zentralplanung, weil sie sich auf Landes- und regionaler Ebene nicht durchschlägt. Das wird im Einzelnen akribisch nachgewiesen und mit Details verdichtet. Die Steuerungskraft der zentralen Planung scheitert allein daran, dass der Prozess der Kapazitätsplanung schlicht durch Verwendung unterschiedlicher Parameter und Zurechnungskriterien auf Landes- und regionaler Ebene unterlaufen wird.<sup>15)</sup> Die Beschäftigung mit den Details der Österreichischen Strukturplanung Gesundheit 2012 fördert zu Tage, dass man bereits bei der Versorgungsplanung bedacht ist auf die Verknüpfung von Qualitätskriterien und Versorgungsplanung – allerdings geschieht dies in

<sup>12)</sup> ErläutRV 693 BlgNR 22. GP 29.

<sup>13)</sup> ErläutRV 693 BlgNR 22. GP 29.

<sup>14)</sup> Bericht des Rechnungshofes Reihe Bund 2015/17, Rolle des Bundes in der österreichischen Krankenanstaltenplanung, 2015.

<sup>15)</sup> Bericht des Rechnungshofes (FN 14) 58. In einer Anfragebeantwortung vom 14. 3. 2016, AB 7343, 25. GP wird die Kritik des Rechnungshofes von der Bundesministerin für Gesundheit vollinhaltlich bestätigt.

unterschiedlichem Ausmaß. Am auffälligsten ist, dass am Ende des ÖSG 2012 das Nahtstellen- und Prozessmanagement sowie die Messung der Ergebnisqualität thematisiert werden und Grundlagen dazu im Strukturplan enthalten sind. In Bezug auf die bettenführenden stationären Bereiche und ihr Zusammenwirken mit ambulanten Versorgungsstrukturen, einschließlich der Sozialbereiche der Länder, hat es jedoch zumeist mit dem Hinweis auf die außerstationären Strukturen oder dem Bekenntnis zur Interdisziplinarität sein Bewenden.

Eine der Angelpunkte einer effektiven wie effizienten Gesundheitsversorgung, nämlich die Leistung im Krankheitsfall am „best point of service“ iSd Art 5 Abs 1 Z 2 der Art 15a-Vereinbarung Zielsteuerung-Gesundheit, gerät dadurch stark ins Hintertreffen. Das liegt wohl auch daran – wie der ÖSG 2012 selbst bekennt – dass man hinsichtlich des Aspekts der integrativen Versorgung noch am Anfang steht. Der „best point of service“ ist eine der wichtigen Schaltstellen zwischen Qualität, Versorgungsstruktur und Kosten, wenn es im ÖSG 2012 heißt, dass dieses Ziel die Versorgung dort, wo Leistungen bei zumindest gleicher Qualität volkswirtschaftlich am günstigsten erbracht werden können, sicherstellen soll (best point of service).<sup>16)</sup>

In Art 5 Abs 3 Z 1 der Art 15a-Vereinbarung Zielsteuerung-Gesundheit heißt es denn auch, dass „die ‚best points of service‘ mittels Versorgungsaufträgen zu definieren und die richtigen Anlauf- und Weiterbehandlungsstellen transparent zu machen sind. Die Finanzierung ist sektorenübergreifend an Leistungsverchiebungen anzupassen (Art. 24 Abs. 2 Z 6 bzw. Art. 24 Abs. 3 Z 7).“ Überraschend ist daher, dass im Strukturplan dazu keine greifbaren Anhaltspunkte zu finden sind. Die angesprochenen Versorgungsaufträge sucht man im ÖSG 2012 vergebens.

#### IV. Qualitätssicherung

Die drei eingangs genannten Begriffe der Strukturqualität, Prozessqualität und Ergebnisqualität sind auch die drei Ankerpunkte des Art 7 der Art 15a-Vereinbarung Zielsteuerung-Gesundheit. In dessen Abs 2 wird als Leitlinie formuliert, dass sie in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander zu stehen haben. Allerdings wird dem Bereich der Ergebnisqualität Vorrang eingeräumt. Die drei Felder Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität bilden sich auch in § 7 Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz ab. Neben der vorrangigen Bedachtnahme auf die Ergebnisqualität ist auffällig, dass für den Bereich der Strukturqualität sowohl in der Art 15a-Vereinbarung über die Zielsteuerung-Gesundheit wie auch im Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz auf den Österreichischen Strukturplan Gesundheit verwiesen wird (ÖSG). Das ist deshalb bemerkenswert, weil dadurch die Verbindlichkeit der Strukturplanung geschwächt wird. Durch die in das KaKuG aufgenommenen Regelungen, die einen Rückbezug zum ÖSG herstellen, wird dies zwar bis zu einem gewissen Grad abgefangen, aber jedenfalls nicht eingefangen.<sup>17)</sup>

<sup>16)</sup> ÖSG 2012, 14.

<sup>17)</sup> Siehe zu den diesbezüglichen Empfehlungen des Rechnungshofes (FN 14) 96. Zu kompetenzrechtlichen Bedenken in diesem Zusammenhang AB 7343 BlgNR 25. GP 3.

## A. Strukturqualität

Strukturqualität als Summe sachlicher und personeller Ausstattung in quantitativer und qualitativer Hinsicht ist im ÖSG 2012 nur unvollständig für das Gesundheitswesen insgesamt beschrieben, weil der stationäre Bereich im Mittelpunkt der Planung steht. Mir ist klar, dass dies vor allem kompetenzrechtliche Gründe hat, das ändert aber nichts am Befund in der Sache selbst. Da der ÖSG 2012 diesbezüglich keine methodischen Vorgaben enthält, werden zudem auf Ebene der Länder unterschiedliche Praktiken gepflogen. Auf regionaler Planungsebene besteht die angesprochene kompetenzrechtliche Grenze nicht und greift auch ein breiterer Planungsansatz Platz.

Die Situation stellt sich allerdings in den beiden ausgewählten Bundesländern Oberösterreich und Salzburg differenziert dar. Zuzufolge der publizierten und allgemein zugänglichen Strukturpläne wird zwar die Versorgung außerhalb des stationären Bereichs in der Planung berücksichtigt, dies aber in unterschiedlichem Ausmaß und bezogen auf verschiedene Bereiche:

Der RSG OÖ 2020 bezieht den niedergelassenen Bereich ein und erwähnt den Sozialbereich des Landes im Kontext des Nahtstellenmanagements.<sup>18)</sup> Die in den Sozialbereichen vorhandenen Ressourcen, aber auch Ergänzungsbedarfe, finden allerdings keinen Eingang in die Planung. Insgesamt ist die Planung ausschließlich konzentriert auf den medizinischen Sektor und scheint den komplexeren Sozialbereich nur ansatzweise einzubeziehen.<sup>19)</sup>

In Salzburg geht man einen Schritt weiter, wenn die außerstationäre psychosoziale Versorgung, Alten- und Langzeitversorgung sowie mobilen Dienste in die Planung einfließen.<sup>20)</sup> Die gesamte Bandbreite der Schnittstellen zum Sozialbereich wird aber dennoch nicht erfasst, besonders die Verbindungen zum Behindertenwesen sind nur rudimentär angesprochen.

Die im Austausch mit dem Gesundheitswesen stehenden Sozialbereiche der Länder können gleichfalls darauf hin befragt werden, inwieweit stationäre, teilstationäre, ambulante und niedergelassene medizinische Angebote mit dem Leistungsspektrum des Alten- und Pflegesektors, des Behindertenwesens/der Chancengleichheit sowie der Kinder- und Jugendhilfe abgestimmt sind. Generell fällt (für die ausgewählten Bundesländer) auf, dass die drei genannten Bereiche voneinander getrennt behandelt werden. Eine integrative Planung, die die Angebote und Leistungen aller drei Bereiche umfasst und auch die Schnittstellen zum Gesundheitswesen und dessen Versorgungsstrukturen einbindet, ist nicht gegeben. Insgesamt wird in den gesetzlichen Grundlagen – soweit überhaupt geregelt – auf die Leistungen im Gesundheitssektor nicht Bedacht genommen.<sup>21)</sup> Wegen des Ansatzes einer integrativen Planung auffällig ist jedoch § 31 Abs 2 oö Chancen-

<sup>18)</sup> Regionaler Strukturplan Gesundheit Oberösterreich 2020, 2016, 17.

<sup>19)</sup> Andeutungen in Richtung einer umfassenden interdisziplinären Versorgungsplanung erfolgen im Anhang mit dem Ausblick auf Primärversorgungszentren. RSG OÖ 2020 (FN 18) 19.

<sup>20)</sup> Regionaler Strukturplan Gesundheit Salzburg 2010, 2005.

<sup>21)</sup> Oö ChancengleichheitsG; oö Kinder- und JugendhilfeG; oö SozialhilfeG; sbg BehindertenG; sbg Kinder- und JugendhilfeG; sbg SozialhilfeG; sbg PG.

gleichheitsG, wonach die Maßnahmen der Chancengleichheit mit der Sozialplanung iSd 8. Hauptstückes des oö SozialhilfeG abzustimmen sind.<sup>22)</sup>

Zur Strukturqualität kann daher festgehalten werden, dass sie am besten in der stationären Versorgung berücksichtigt ist, für die ambulante und extramurale Versorgung im Gesamten betrachtet in Entwicklung begriffen ist.

Wechselt man die Perspektive auf die Seite des Leistungsangebots im Sozialbereich der Länder, so scheint auf normativer Ebene eine gläserne Decke in der Planung zu bestehen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Strukturqualität im Alten- und Pflegewesen, Behindertenwesen und der Kinder- und Jugendhilfe in integrativer Form auf die Planungen des Gesundheitswesens Rücksicht nimmt. Selbst horizontal zueinander wird mit Ausnahme des erwähnten § 31 Abs 2 oö ChancengleichheitsG im Sozialbereich der Länder Oberösterreich und Salzburg kein integrativer Ansatz gepflegt. In der Praxis bestehen allerdings gewisse Maßnahmen, die den Schnittstellen von Gesundheits- und Sozialbereichen Aufmerksamkeit widmen. Für Oberösterreich ist die Koordination für Betreuung und Pflege zu nennen. Deren Ziele sind ua eine Sicherstellung:

- des Zugangs zu einer bedarfsgerechten Leistung für die Kundinnen und Kunden
- der Vernetzungsarbeit im Bezirk und
- der Optimierung der Prozesse (bestehende Abläufe bei der Organisation und Erbringung von Leistungen sollen hinterfragt und gegebenenfalls optimiert werden).<sup>23)</sup>

In Salzburg wird vor allem mit der Errichtung eines psychosozialen Versorgungszentrums für Kinder und Jugendliche,<sup>24)</sup> dem psychosozialen Dienst und der im Bezirk Zell am See betriebenen Psychotherapieambulanz auf kompetenzübergreifende Aspekte reflektiert.<sup>25)</sup>

Das führt zu einem weiteren Aspekt der Strukturqualität. Im Gesundheitswesen ist diese, aus der rechtlichen Warte gesprochen, notwendigerweise auf das ärztliche und pflegerische Leistungsangebot bezogen. Was mir aber diskussionswürdig erscheint, dass lediglich die Nahtstellen zum Pflegebereich vom Verständnis der „integrierten Versorgung“ umfasst sind – so die Definition in § 3 Z 5 Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz. Einzig der Alten- und Pflegeheimbereich und möglicherweise noch die mobile Hauskrankenpflege dürften mit den Nahtstellen zum Pflegebereich halbwegs angesprochen sein, hingegen wird das Leistungsangebot im übrigen Sozialbereich, wozu insbesondere die Versorgung im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe sowie der Chancengleichheit gehört, ausgeblendet. Das erscheint mir auch insofern eng gefasst, als gerade in diesem Bereich häufig Anknüpfungspunkte zum Gesundheitswesen bestehen. Das nicht nur im Hinblick auf die Gesundheitssituation der dort begleiteten und betreuten Klientel, sondern auch in berufsrechtlicher Hinsicht. Bekanntlich haben Sozialbetreuer mit den Schwerpunkten A, BA und F Kompetenzen als Pflegehelfer/innen und

<sup>22)</sup> Durch den Verweis auf das SozialhilfeG sind in erster Linie die Planungen in Bezug auf alte Menschen angesprochen.

<sup>23)</sup> Sozialbericht Oberösterreich 2015, 2016, 19.

<sup>24)</sup> Sozialbericht Salzburg 2015, 2016, 99.

<sup>25)</sup> Sozialbericht Salzburg 2015 (FN 24) 103 ff und 109.

zeigt auch die Umschreibung ihrer Aufgabenbereiche und Berufsbilder die Nahbeziehung zum Gesundheitsbereich auf. Es werden die Angebote von nicht-ärztlichen Gesundheitsdiensteanbietern, wie es in § 3 Z 6 Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz lautet, nicht gänzlich ausgeblendet, wenn interdisziplinäre Versorgungsmodelle zur Diskussion stehen. Als maßgeblicher Gesichtspunkt der Strukturplanung für sich scheint aber weder von Bundes- noch Landesebene das Leistungsangebot in seiner vollen Breite berücksichtigt zu werden.

Beeinflusst wird die Strukturqualität freilich auch von den Gesamtverträgen der Sozialversicherungsträger mit den niedergelassenen Ärzten, besonders durch den Stellenplan, aber auch durch weitere Bedingungen, wie die Behandlungspflicht oder Vertretung. Gerade die näheren Vereinbarungen über die Behandlungspflicht weisen eine enge Verflechtung von Versorgungsstruktur und -qualität auf, wenn beschrieben wird, in welchen geographischen und bevölkerungsmäßigen Einzugsgebieten Leistungen zu erbringen sind. Im Hinblick auf die Strukturqualität ist freilich markant, dass der Stellenplan offensichtlich ein Verhandlungsergebnis zwischen Ärztekammer und Sozialversicherung ist, wobei aus dem Inhalt des Gesamtvertrags nicht ersichtlich ist, inwieweit dieser an methodische Planungs Gesichtspunkte rückgebunden ist. Im RSG OÖ 2020 wird allerdings angekündigt, dass zwischen Krankenanstaltenplanung und Sozialversicherungsträgern sowie Ärztekammer hinkünftig eine abgestimmte Vorgangsweise erfolgen soll.<sup>26)</sup>

Dezidiert rechtlich verbunden mit der Strukturqualität nach dem Gesundheitszielsteuerungsgesetz ist die, im übertragenen Wirkungsbereich der Ärztekammer erlassene, Qualitätssicherungsverordnung (§ 117c Abs 1 Z 4 ÄrzteG). Sie hat zwar keine Bedeutung für die Strukturplanung, ist aber für die Sicherung der Strukturqualität ein zentrales Dokument.<sup>27)</sup>

Ergänzend ist zu erwähnen, dass die Rolle der Apotheken für die Strukturqualität offensichtlich keine Bedeutung hat, jedenfalls ist im ÖSG 2012 nicht einmal das Wort Apotheke zu finden. Auch in den maßgeblichen Rechtsgrundlagen der Art 15a-Vereinbarungen und den Bundesgesetzen ist das Wort Apotheke nur im Zusammenhang mit der Funktion der Apothekerkammer in einzelnen Gremien zu finden.

Einen Gedanken oder vielmehr einen rechtspolitischen Vorschlag möchte ich in diesem Zusammenhang noch einbringen: bei der Sicherstellung der Strukturqualität scheinen insbesondere auch die Steuerungsmöglichkeiten über die Raumordnungsgesetze durch entsprechende Flächenvorsorgen und Einbeziehung medizinischer wie sozialer Versorgungsstrukturen keine Rolle zu spielen. Vielleicht könnten dadurch weitere Anreize und noch besser abgestimmte Strukturen geschaffen werden.

<sup>26)</sup> RSG OÖ 2020 (FN 18) 8f.

<sup>27)</sup> Im Rahmen dieses Beitrags wird das Verhältnis der berufsrechtlichen Qualitätssicherungsmaßnahmen zu den organisations- und materienspezifischen Maßnahmen, insbesondere auch produktspezifischen Gesichtspunkten, nicht behandelt. Siehe dazu den Beitrag von *Schrattbauer* in diesem Band.

## **B. Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen**

Es mag unsystematisch erscheinen, wenn ich zwischen den drei Bereichen der Qualitätssicherung auf die Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen eingehe. Doch das hat normative Gründe. Zum einen der schon zuvor genannte Grund, dass hinsichtlich der Strukturqualität eine Auslagerung an den ÖSG stattgefunden hat, zum anderen, dass die Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen selbst vor der Strukturebene kapituliert, wenn in den Vorbemerkungen zu ihren Zielen unter Punkt 4 bemerkt wird: „Bestimmte Strukturen und vorhandene Bedingungen des Gesundheitswesens sind für die Umsetzung der Ziele derzeit nicht förderlich. Alle Beteiligten gehen jedoch davon aus, dass die Ziele auch in der jetzigen Ausprägung des Gesundheitswesens verfolgt werden sollen.“ Bezeichnenderweise wird die Strukturqualität unter den einzelnen Zielen der Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen nicht mehr angesprochen. Anders gewendet, Bezugspunkt der Strategie ist alles andere als die Strukturqualität.

Die einzelnen Ziele mit ihren Subpunkten hier aufzuzählen führt kaum weiter. Zwei zentrale Merkmale der Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen möchte ich allerdings kurz erwähnen. Zutreffend und in vorbildlicher Weise wird ein berufsgruppen- und sektorenübergreifender Ansatz verfolgt. Das erscheint deshalb wichtig, weil sozusagen über den Weg der Prozess- und Ergebnisqualität versucht wird strukturelle Barrieren zu überwinden. Es ist aber freilich den kompetenzrechtlichen und nicht zuletzt wohl auch vielfältigen rechtspolitischen Rahmenbedingungen geschuldet, dass der Wirkungsgrad des berufsgruppen- und sektorenübergreifenden Ansatzes doch sehr gering ist. Berufsgruppenübergreifend bedeutet nämlich im Wesentlichen Ärzte und Pflege betreffend, wobei interessant ist, dass offensichtlich schon das Zusammenspiel der unterschiedlichen medizinischen Fachrichtungen als berufsgruppenübergreifend verstanden wird. Mit sektorenübergreifend sind die ambulante und stationäre Versorgung und Rehabilitation sowie die Nahtstellen zur Pflegebereich angesprochen, wodurch der Sozialbereich der Länder mehr oder weniger ein schwarzes Loch bleibt, obwohl er vielfache Verbindungen zum Gesundheitswesen aufweist. Aus der Perspektive des Sozialbereichs der Länder ist die Situation auf gesetzlicher Ebene nicht anders. Bestimmungen, die das Schnittstellenmanagement und die Qualität am Angelpunkt zwischen Gesundheits- und Sozialwesen direkt ansprechen, bestehen nicht. Mittelbar ist das Zusammenspiel mit und der Übergang zum Gesundheitsbereich in jenen Vorschriften angesprochen, die die Planung betreffen.<sup>28)</sup>

Die Priorisierung der in der Qualitätsstrategie für das österreichische Gesundheitswesen genannten Ziele erfolgt im Rahmen der von der Bundesgesundheitskommission beschlossenen operativen Ziele zur Umsetzung der Qualitäts-

<sup>28)</sup> Siehe zu den herausgegriffenen Bundesländern Oberösterreich und Salzburg: § 31 oö ChancengleichheitsG; § 57 oö SozialhilfeG; § 12 oö Kinder- und JugendhilfeG; § 4b sbg BehindertenG; § 5 sbg Kinder- und JugendhilfeG. Zu einzelnen Beispielen systemübergreifender Maßnahmen in der Praxis siehe FN 23.

strategie für das österreichische Gesundheitswesen. Generell kann zu diesen 2012 ausgegebenen operativen Zielen gesagt werden, dass sie mittlerweile auch zum Großteil umgesetzt wurden. Auf Grund des Vorrangs der Ergebnisqualität möchte ich im Folgenden zuerst auf diesen Bereich und in weiterer Folge auf die Prozessqualität eingehen.

## C. Ergebnisqualität

Im stationären Bereich ist die Ergebnisqualitätsmessung flächendeckend, besonders mit den Austrian Inpatient Quality Indicators (A-IQI), implementiert. Ein entsprechendes Konzept für den ambulanten Bereich existiert noch nicht in publizierter Form.<sup>29)</sup> Die Entwicklung einer solchen EQ-Messung ist im Bundes-Zielsteuerungsvertrag (B-ZV) sowie in den daraus abgeleiteten Bundes-Jahresarbeitsprogrammen vorgesehen.

Ebenso sind zurzeit im Bereich der sektorenübergreifenden Ergebnisqualitätsmessung lediglich Pilotprojekte, aber keine bundesweiten Konzepte gereift. Gemäß B-ZV etwa sollen Indikatoren, die geeignet sind, sektorenübergreifend die Ergebnisqualität abzubilden, definiert und in den jeweiligen bundesweiten Ergebnisqualitäts-Messsystemen verankert werden.

Einen Meilenstein in der Ergebnisqualitätsmessung stellen sicher die sektorenübergreifenden Patientenbefragungen dar. Besonders wertvoll erscheint mir das dabei gelegte Augenmerk auf die Übergänge von einem Versorgungsbereich in den anderen.

Rechtliche Grundlagen aus anderen Bereichen, die derartige Ansätze verfolgen, sind in den Bundesländern Oberösterreich und Salzburg nicht gegeben. Aus der Praxis ist dem Autor bekannt, dass beispielsweise die arbeitsrechtlich begründeten Mitarbeiterzufriedenheitsbefragungen stattfinden, andererseits in zahlreichen Alten- und Pflegeheimen Bewohnerbefragungen durchgeführt werden. Das wird in diesen Bereichen dual unter dem Aspekt der Qualitätsverbesserung wie wohl auch jenem des Beschwerdemanagements betrachtet. In Bezug auf einzelne Einrichtungen wurden ferner peer-Befragungen bzw. Evaluierungen vorgenommen.<sup>30)</sup>

Ergänzend hinzuweisen ist auf den teilweise gesetzlich verankerten und jedenfalls auch in der Behinderten- wie Kinderrechtskonvention grundgelegten Gedanken der Partizipation, der für die Sozialbereiche ein impliziter Faktor der Qualitätssicherung ist. Besonders zu erwähnen ist diesbezüglich Art 4 des BVG-Kinderrechte, der die Beteiligung und Berücksichtigung der Meinung von Kindern in allen sie betreffenden Angelegenheiten verfassungsrechtlich garantiert. Im Bereich der Qualitätssicherung des Bundes begegnet dieser Aspekt abgeschwächt unter dem Titel der Patientinnen- und Patientenorientierung, der ua darauf abzielt, die betroffenen Menschen dazu zu befähigen, dass sie aktiv an Entscheidungsprozessen teilnehmen können. Die Patientinnen- und Patienten-

<sup>29)</sup> Zuzufolge von Diskussionsbeiträgen im Rahmen des Symposiums bestehen aber bereits interne Dokumente.

<sup>30)</sup> Als Leiter der Kommission 2 der Volksanwaltschaft hat der Autor Kenntnis von diesen Befragungen, hier im Konkreten von Menschen mit Behinderungen.

orientierung ist insofern noch auf „empowerment“ bezogen, wohingegen die zuvor genannten Rechtsgrundlagen tatsächlich auf unmittelbare und aktive Einbeziehung wie Beteiligung ausgerichtet sind.

## D. Prozessqualität

Ich komme nunmehr zur Prozessqualität, wonach „Arbeitsabläufe und Verfahrensweisen, die nach nachvollziehbaren und nachprüfbaren Regeln systematisiert erfolgen und dem Stand des professionellen Wissens entsprechen, regelmäßig evaluiert und kontinuierlich verbessert werden.“<sup>31)</sup>

Zur Prozessqualität ist ganz allgemein vor auszuschicken, dass diese in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Strukturqualität und umgekehrt steht. Ferner ist sie häufig auch Bestandteil von Qualitätsstandards bestimmter Themengebiete. So enthält der Qualitätsstandard Organisation und Strategie der Krankenhaushygiene<sup>32)</sup> Aussagen zur Prozessqualität, wenn darin die Qualitätssicherung für Strukturen und Abläufe der Hygienearbeit ein eigener Punkt ist. Die Bundesqualitätsleitlinie zum Aufnahme- und Entlassungsmanagement<sup>33)</sup> ist mE eine dezidiert auf die Prozessqualität ausgerichtete Empfehlung. Ihr Schicksal scheint mir aber auch einigermaßen ernüchternd zu sein, wenn auf der Homepage der GÖG zu lesen ist, dass viele Maßnahmen, die in den Bundesländern gesetzt werden, um die Anwendung der Richtlinie zu fördern, nicht ursächlich mit ihr im Zusammenhang stehen. Was daran liege, dass in fünf Bundesländern über viele Jahre hinweg entweder Projekte zum Aufnahme- und Entlassungsmanagement oder Maßnahmen zum Entlassungsmanagement implementiert worden sind, die beinahe gänzlich die Maßnahmen der Richtlinie abdecken. Interessant dabei ist die Wortwahl „beinahe gänzlich“. Alarmierender ist jedoch die weitere Erwähnung, dass Grund zur Annahme bestehe, es werde ohne verantwortliche Ansprechpersonen auf Landesebene niemand für eine strukturierte, qualifizierte Koordination und Umsetzung sorgen, was in drei Bundesländern der Fall sei.

Noch ernüchternder ist die Situation aus dem Blickwinkel des Sozialbereichs betrachtet: gesetzlich grundlegende Prozessqualität, besonders zu den Schnittstellen des Gesundheitsrechts, sucht man dort vergeblich. Es bestehen jedoch teilweise interne Richtlinien, wie zB in OÖ die Richtlinien zur leistungs- und qualitätsorientierten Steuerung im Bereich der Erziehungshilfen, die system- oder ressortbezogene Prozessqualität sicherstellen wollen. Die themen- oder sachbereichsbezogene Sicherung der Prozessqualität ist auch im Gesundheitswesen verbreitet. Große Schwierigkeiten bereiten jedoch die Übergänge zu anderen Versorgungs- und Betreuungsstrukturen und selbst innerhalb eines Versorgungsbereichs scheint es Verbesserungspotentiale zu geben, wenn man lediglich an die Kommunikationsherausforderungen bei Patientenbetreuungen von unterschiedlichen medizinischen Fächern denkt.

<sup>31)</sup> § 2 Z 9 QQG.

<sup>32)</sup> Bundesministerium für Gesundheit, 2015.

<sup>33)</sup> Gesundheit Österreich GmbH, 2012.

## V. Schlussstatement

Auf normativer Ebene ist der Bund verglichen mit dem Sozialbereich der Länder in der Qualitätssicherung um Längen voraus. Die Lage relativiert sich jedoch, wenn man die von den Ländern in der Praxis ergriffenen Maßnahmen einbezieht. Unter dem Gesichtspunkt der integrativen Versorgungsplanung könnte von Seiten des Bundes vermutlich noch mehr Druck auf die Länder ausgeübt werden. Was die Qualitätssicherung im Gesundheitswesen anlangt, scheint der Bereich der Ergebnisqualität am besten entwickelt, die Prozessqualität ist in Entwicklung begriffen und die Strukturqualität scheitert wohl am kompetenzrechtlichen und rechtspolitischen Sargnagel. Es ist klar, dass man noch zusätzliche Stellschrauben, wie die Finanzierung, zur Hand hat und auch zahlreiche andere Weichenstellungen möglich sind, um die Qualitätssicherung voranzutreiben, doch wie die Qualitätssicherung selbst ist auch mein Thema nicht mit einem Schlag zu bewältigen.

*Birgit Schrattbauer, Salzburg*

# Maßnahmen zur Qualitätssicherung im Berufsrecht der medizinischen Berufe

## Übersicht:

- I. Einführung und Begriffsklärung
  - A. Medizinische Berufe
  - B. Maßnahmen der Qualitätssicherung
- II. Berufsrechtliche Regelungen zur Qualitätssicherung
  - A. Festlegung einheitlicher Qualitätsstandards
    - 1. Berufsrechtlich normierte Standards – Strukturqualität
    - 2. Berufsrechtlich normierte Standards – Prozessqualität
  - B. Qualitätsevaluierung und -kontrolle
    - 1. Qualitätskontrolle betreffend Anerkennung von Ausbildungsstätten
    - 2. Qualitätskontrolle im Bereich der Leistungserbringung
- III. Zusammenfassung und Fazit

## I. Einführung und Begriffsklärung

Angehörige medizinischer Berufe sind, je nach Berufszugehörigkeit und konkreter beruflicher Tätigkeit, idR einer Vielzahl an Normen unterworfen, die der Sicherstellung einer hohen Behandlungsqualität dienen. So sind für Bedienstete von Kranken- und Kuranstalten beispielsweise die Regelungen zur Qualitätssicherung in § 5b KAKuG<sup>1)</sup> bzw in den entsprechenden Ausführungsgesetzen der Länder relevant; der Sicherstellung einheitlicher Qualitätsstandards dienen aber zB auch die krankenanstaltenrechtlichen Normen betreffend Patientenrechte<sup>2)</sup> oder die Verpflichtung zur Führung von Krankengeschichten.<sup>3)</sup> Personen, die im Bereich von Blutspendeeinrichtungen oder Gewebebanken tätig sind, unterliegen den entsprechenden Bestimmungen zur Qualitätssicherung im BlutsicherheitsG<sup>4)</sup> bzw im GewebesicherheitsG<sup>5)</sup> sowie in den dazu ergangenen Verordnungen.<sup>6)</sup> Beschränkungen zum Schutz von Patienten vor schädlicher Wir-

---

<sup>1)</sup> Krankenanstalten- und KuranstaltenG (BGBl 1957/1).

<sup>2)</sup> Vgl nur die grundsatzgesetzlichen Regelungen in § 5a KAKuG.

<sup>3)</sup> § 10 KAKuG.

<sup>4)</sup> §§ 10 ff BlutsicherheitsG (BGBl I 1999/44).

<sup>5)</sup> §§ 10 ff GewebesicherheitsG (BGBl I 2008/49).

<sup>6)</sup> Verordnung über den Betrieb und das Qualitätssystem von Blutspendeeinrichtungen (BGBl II 2007/156); Gewebebankenverordnung (BGBl II 2008/192); Gewebeentnahmeeinrichtungsverordnung (BGBl II 2008/191).

kung und zur Sicherung einer hohen Behandlungsqualität enthalten ferner das Arzneimittel-<sup>7)</sup> und das MedizinprodukteG.<sup>8)</sup> Die Liste der potenziell relevanten Qualitätssicherungsregelungen in Gesetzen und Verordnungen ließe sich noch weiter fortsetzen.<sup>9)</sup>

Zumindest mittelbar bedeutsam sind für Angehörige medizinischer Berufe darüber hinaus auch die einschlägigen Bestimmungen zur Qualitätssicherung in den Art 15a-Vereinbarungen zur Zielsteuerung-Gesundheit<sup>10)</sup> und zur Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens<sup>11)</sup>. Zwar binden diese zunächst nur die abschließenden Parteien, also Bund und Länder; da sich diese in den genannten Art 15a-Vereinbarungen aber zur Umsetzung qualitätssichernder Vorkehrungen in ihren jeweiligen Kompetenzbereichen verpflichten,<sup>12)</sup> sind die vereinbarten Maßnahmen und Ziele in weiterer Folge auch für von den Umsetzungsregelungen betroffene Dritte von Bedeutung.<sup>13)</sup> Dasselbe gilt für die Zielsteuerungsverträge auf Bundes- und Landesebene, in denen sich Bund, Länder

<sup>7)</sup> AMG, BGBl 1983/185; vgl insbesondere § 4 AMG, wonach nicht nur die Herstellung, sondern auch das Inverkehrbringen von Arzneimitteln oder Wirkstoffen verboten ist, die in ihrer Qualität dem jeweiligen Stand der Wissenschaft nicht entsprechen.

<sup>8)</sup> MPG, BGBl 1996/657; entsprechende Vorgaben zum Errichten, Betreiben, Anwenden und Instandhalten von Medizinprodukten finden sich insbesondere in § 80 MPG.

<sup>9)</sup> Einen Überblick (mit Ausnahme des Arzneimittel- und Medizinprodukterechts) bietet Stöger, Rechtliche Aspekte von Qualitätssicherung in der Medizin, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (Stand März 2017) Kap I.7.

<sup>10)</sup> BGBl I 2017/97.

<sup>11)</sup> BGBl I 2017/98.

<sup>12)</sup> Vgl insbesondere Art 8 Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens.

<sup>13)</sup> In Art 5 Abs 9 Z 2 und Abs 10 Z 2 der 15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens ist mittlerweile allerdings die Möglichkeit zur Verbindlicherklärung von einvernehmlich zwischen Bund, Ländern und SV als normativ gekennzeichneten Teilen des ÖSG und von einvernehmlich zwischen Ländern und SV gekennzeichneten Teilen des RSG sowie die Kundmachung dieser Teile mittels Verordnung vorgesehen. Auf bundesgesetzlicher Ebene wurde dies bereits in § 23 des durch das Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2017 (BGBl I 2017/26) neu erlassenen Gesundheits-Zielsteuerungsgesetzes (G-ZG) umgesetzt. Die Aufgabe der Erlassung einer entsprechenden Verordnung wird darin an die zu diesem Zweck zu errichtende GmbH zur Verbindlicherklärung von in der Bundes-Zielsteuerungskommission oder den Landes-Zielsteuerungskommissionen beschlossenen Planungen im Gesundheitsbereich („Gesundheitsplanungs GmbH“) übertragen. Die Verbindlicherklärung soll sich gem § 23 Abs 1 G-ZG zwar in erster Linie auf die im ÖSG definierten Planungsrichtwerte und -kriterien sowie auf die überregionale Versorgungsplanung beziehen, ist aber nicht ausdrücklich auf diese Teile des ÖSG beschränkt (arg: „insbesondere“), sodass in Zukunft durchaus auch anderen Inhalten des ÖSG und damit auch den im ÖSG zu regelnden Qualitätskriterien (vgl etwa § 20 Abs 1 Z 6, 7 und 10 G-ZG) verbindliche Wirkung für Dritte zukommen könnte – dies freilich immer unter der Voraussetzung, dass diesbezüglich ein Einvernehmen zwischen Bund, Ländern und SV erzielbar ist. Ob eine solche Verbindlicherklärung von Qualitätsvorgaben der Strukturpläne tatsächlich erfolgen wird und ob bzw wie sich diese allenfalls auch auf die im Folgenden dargestellten Qualitätsvorgaben in den Berufsgesetzen der medizinischen Gesundheitsberufe niederschlagen wird, bleibt abzuwarten.

und Sozialversicherung auf die Festlegung bestimmter Ziele und Maßnahmen ua zur „Ergebnisqualität“ einigen.<sup>14)</sup>

Im vorliegenden Beitrag soll nun mit dem Berufsrecht der medizinischen Berufe ein ganz spezifischer Ausschnitt des Medizinrechts auf Normen zur Qualitätssicherung untersucht werden. Dabei handelt es sich um jenen Teilbereich des Medizinrechts, dem die in medizinischen Gesundheitsberufen tätigen Personen schon kraft Zugehörigkeit zur jeweiligen Berufsgruppe unterliegen, und zwar unabhängig davon, ob sie nun unselbständig (zB im Rahmen einer Krankenanstalt) oder freiberuflich in eigener Praxis tätig sind.<sup>15)</sup> Einzugrenzen ist dabei zunächst, welche Berufe konkret in die nachfolgenden Überlegungen einbezogen werden sollen bzw was unter „Maßnahmen der Qualitätssicherung“ verstanden wird.

## A. Medizinische Berufe

In Anlehnung an *Skiczuk*<sup>16)</sup> werden im vorliegenden Beitrag all jene Gesundheitsberufe unter den Begriff der medizinischen Berufe subsumiert, die auf der Grundlage des Kompetenztatbestandes „Gesundheitswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG) eine **gesetzliche Regelung** erfahren haben und deren Berufsbilder **medizinische Tätigkeiten** umfassen. Als „medizinische Tätigkeit“ ist iSd § 2 Abs 2 ÄrzteG jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Tätigkeit zu verstehen, die unmittelbar am oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird. Von dieser Definition umfasst sind neben den Ärzten und den Zahnärzten all jene gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe, die ihrerseits auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründet sind. Einige wenige Gesundheitsberufe, deren wissenschaftliche Fundamente außerhalb der Medizin liegen und die deshalb nicht als Teilgebiete der Medizin anzusehen sind, bleiben damit ausgeklammert; es handelt sich dabei im Wesentlichen um die Berufsgruppe der Apotheker<sup>17)</sup> und um die psychologisch/psychotherapeutischen Berufe.<sup>18)</sup>

In die Überlegungen einbezogen werden umgekehrt folgende Berufsgruppen bzw Berufsgesetze:

<sup>14)</sup> Die Grundlage für diese Verträge findet sich im G-ZG (BGBl I 2017/26), dessen Zweck in der Umsetzung der Art 15a-Vereinbarung Zielsteuerung-Gesundheit liegt. Näher dazu *Stöger* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht Kap. I.7.2.a1.

<sup>15)</sup> Dies schließt freilich nicht aus, dass bestimmte berufsrechtliche Regelungen zur Qualitätssicherung in ihrem Geltungsbereich auf einen Teil der Berufsangehörigen (zB auf freiberuflich tätige Personen) eingeschränkt sind und damit nur für diesen gelten.

<sup>16)</sup> Berufs- und Tätigkeitsschutz der österreichischen Gesundheitsberufe (2006) 32 f.

<sup>17)</sup> Vgl auch *Skiczuk*, Berufs- und Tätigkeitsschutz 34.

<sup>18)</sup> So auch *Firlei* in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2015) 924; *Skiczuk*, Berufs- und Tätigkeitsschutz 33.

<b>Berufsgesetz</b>	<b>erfasste Berufsgruppen</b>
<b>Ärztegesetz</b> BGBl I 1998/169	Ärzte
<b>Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG)</b> BGBl I 1997/108	Diplomiertes Krankenpflegepersonal Pflegeassistenten Pflegefachassistenten
<b>Hebammengesetz (HebG)</b> BGBl 1994/310	Hebammen
<b>Kardiotechnikergesetz</b> BGBl I 1998/96	Kardiotechniker
<b>Medizinische Assistenzberufes-Gesetz (MABG)</b> BGBl I 2012/89	Desinfektionsassistenten Gipsassistenten Laborassistenten Obduktionsassistenten Operationsassistenten Ordinationsassistenten Röntgenassistenten Medizinische Fachassistenten
<b>Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz (MMHmG)</b> BGBl I 2002/169	Medizinische Masseure Heilmasseure
<b>Bundesgesetz über die gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-G)</b> BGBl 1992/460	Physiotherapeuten Biomedizinische Analytiker Radiotechnologen Diätologen Ergotherapeuten Logopäden Orthoptisten
<b>Sanitätergesetz (SanG)</b> BGBl I 2002/30	Rettungssanitäter Notfallsanitäter
<b>Zahnärztegesetz (ZÄG)</b> BGBl I 2005/126 <b>Zahnärztekammergesetz (ZÄKG)</b> BGBl I 2005/154	Zahnärzte Dentisten Zahnärztliche Assistenten Prophylaxeassistenten

## B. Maßnahmen der Qualitätssicherung

In den genannten Berufsgesetzen können nun unterschiedliche Formen der Qualitätssicherung Niederschlag finden. Diese lassen sich grob in folgende zwei Gruppen unterteilen:

Der **Qualitätssicherung im weiteren Sinne** sind all jene berufsrechtlichen Regelungen zuzuordnen, über die ein bestimmtes Qualitätsniveau in der medizinischen Versorgung durch **Normierung verbindlicher Standards** sichergestellt werden soll. Zum anderen kann Qualitätssicherung aber auch als Kontrolle der Einhaltung dieser berufsrechtlich definierten Standards begriffen werden. Unter dem Begriff der **Qualitätssicherung im engeren Sinne** werden somit im Folgenden jene berufsrechtlichen Maßnahmen ins Blickfeld genommen, deren Zweck in der systematischen **Evaluierung und Kontrolle der Qualitätskriterien und -ziele** liegt. Im Gegensatz zu Qualitätssicherungsmaßnahmen im weiteren Sinne finden sich solche Regelungen zur Qualitätskontrolle bislang nur in den Berufsgesetzen einiger weniger medizinischer Berufe.

Ziel der folgenden Ausführungen ist es, ohne Anspruch auf Vollständigkeit einen Überblick über die wichtigsten Regelungen zur Qualitätssicherung und -kontrolle im Berufsrecht der medizinischen Gesundheitsberufe zu geben; der Fokus soll dabei auf den Gemeinsamkeiten und Unterschieden der unterschiedlichen Berufsgesetze liegen.

## II. Berufsrechtliche Regelungen zur Qualitätssicherung

### A. Festlegung einheitlicher Qualitätsstandards

Im Bereich des Gesundheitswesens wird Qualität üblicherweise in die drei Dimensionen **Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität** unterteilt.<sup>19)</sup> Im Berufsrecht der medizinischen Berufe finden sich zahlreiche Regelungen, die sich dem Ziel der Sicherstellung angemessener Standards im Bereich der ersten beiden Qualitätsdimensionen zuordnen lassen. Die Strukturqualität wird in § 2 Z 8 GQG als die Summe sachlicher und personeller Ausstattung in quantitativer und qualitativer Hinsicht definiert, die Prozessqualität bezieht sich dagegen auf die Abläufe und Verfahrensweisen, die nach nachvollziehbaren und nachprüfbaren Regeln systematisiert erfolgen und dem Stand des professionellen Wissens entsprechen sollen (§ 2 Z 9 GQG). Die Dimension der Ergebnisqualität im Sinne messbarer Veränderungen des professionell eingeschätzten Gesundheitszustandes, der Lebensqualität und der Zufriedenheit von Patienten bzw von Bevölkerungsgruppen als Ergebnis bestimmter Rahmenbedingungen und Maßnahmen (§ 2 Z 10 GQG) spiegelt sich dagegen bislang in berufsrechtlichen Regelungen

<sup>19)</sup> Vgl etwa Ogris, Methoden der Qualitätssicherung, in *Fischer/Tragl* (Hrsg), Qualitätssicherung in der Medizin (2000) 30 (31). Diese systematische Untergliederung der Qualitätskriterien im Gesundheitswesen hat mittlerweile auch Einzug in Gesetzestexte gefunden – vgl nur § 2 Z 8, 9 und 10 sowie § 3 Abs 2 Gesundheitsqualitätsgesetz (GQG, BGBl I 2004/179) sowie § 7 GZ-G.

kaum wider.<sup>20)</sup> Das wird sich wohl jedenfalls zum Teil damit erklären lassen, dass die Ergebnisqualität – gemessen an Faktoren wie zB Mortalität, Morbidität, Patientenzufriedenheit – nicht nur von der Qualität der Behandlung abhängt, sondern auch durch eine Vielzahl anderer Faktoren beeinflusst wird, auf die die Leistungserbringer nur wenig bis keinen Einfluss haben (zB Veranlagung des Patienten, Compliance). Darüber hinaus stehen die drei Qualitätsdimensionen auch nicht völlig isoliert nebeneinander, sondern beeinflussen sich wechselseitig, sodass erwartet werden kann, dass sich über verbindliche Standards in der Struktur- und Prozessqualität idR wohl auch das Ergebnis der medizinischen Behandlung positiv beeinflussen lässt.

Im stationären Bereich wird die Ergebnisqualität dagegen bereits seit 2014 routinemäßig mit dem System „Austrian Inpatient Quality Indicators“ (A-IQI) überprüft.<sup>21)</sup> Ein vergleichbares Konzept zur Qualitätsmessung im ambulanten Bereich wurde im April 2016 von der Bundeszielsteuerungskommission angenommen und wird derzeit in Pilotprojekten getestet und weiterentwickelt.<sup>22)</sup> Damit soll in Zukunft auch die Ergebnisqualität bei niedergelassenen Ärzten überprüft und auf diesem Weg Patientensicherheit und -zufriedenheit erhöht werden.<sup>23)</sup>

### 1. Berufsrechtlich normierte Standards – Strukturqualität

Dem Bereich der Strukturqualität sind all jene berufsrechtlichen Regelungen zuzuordnen, die eine qualitativ hochwertige **personelle und sachliche Ausstattung** sicherstellen sollen. Diesem Ziel dienen zunächst die in fast allen genannten Berufsgesetzen ähnlich formulierten **Berufsvorbehalte**, nach denen die berufsmäßige (im Falle der Sanitäter auch die ehrenamtliche<sup>24)</sup>) Ausübung des jeweiligen Tätigkeitsbereichs jenen Personen vorbehalten ist, die die berufsrecht-

<sup>20)</sup> Die zurzeit, soweit überblickt, einzige berufsrechtliche Regelung, in der explizit auf die Ergebnisqualität Bezug genommen wird, findet sich in § 117c Abs 1 Z 4a ÄrzteG. Darin wird der Österreichischen Ärztekammer (ÖÄK) im übertragenen Wirkungsbereich ua die Erarbeitung und Durchführung „*qualitätssichernder Maßnahmen zur Hebung der (...) Ergebnisqualität, insbesondere zur Wahrnehmung der Ergebnisqualitätsmessung und -sicherung im niedergelassenen Bereich*“ aufgetragen und dabei ausdrücklich auf § 7 G-ZG – allerdings noch in der alten Fassung BGBl I 2013/81 – Bezug genommen. In dieser Bestimmung war ua die Einbindung der ÖÄK (neben SV und WK) in die der Bundeszielsteuerungskommission aufgetragenen Erarbeitung eines Systems zur Ergebnisqualitätsmessung und -sicherung im ambulanten Bereich vorgesehen.

<sup>21)</sup> Vgl dazu den vom Bundesministerium für Gesundheit und Frauen herausgegebenen Bericht „Ergebnisqualitätsmessung aus Routinedaten – A-IQI Austrian Inpatient Quality Indicators“ (2016), online abrufbar unter [https://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/7/5/0/CH1367/CMS1385999778812/a-iqi\\_bericht\\_2016.pdf](https://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/7/5/0/CH1367/CMS1385999778812/a-iqi_bericht_2016.pdf) (zuletzt abgefragt am 5. 10. 2017).

<sup>22)</sup> Auf diesen Beschluss bezieht sich vermutlich auch die Vorgabe des § 7 Abs 3 Z 2 G-ZG, wonach die „Ergebnisqualitätsmessung im ambulanten Bereich auf Grundlage des beschlossenen Konzeptes weiter zu entwickeln und umzusetzen“ ist.

<sup>23)</sup> So die Erläuterungen zur Art 15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens, ErläutRV 1340 Blg NR 25. GP 6.

<sup>24)</sup> § 1 Abs 2 iVm § 14 Abs 1 Z 1 SanG.

lich normierten Voraussetzungen erfüllen.<sup>25)</sup> Nur diese Personen sind außerdem zur Führung der jeweiligen **Berufsbezeichnung** berechtigt,<sup>26)</sup> sodass die für die Berufsausübung erforderliche Qualifikation ebenso wie die damit verbundene Verpflichtung zur Einhaltung der jeweiligen Berufspflichten auch nach außen hin erkennbar ist. Sowohl der Berufsvorbehalt als auch der Schutz der Berufsbezeichnung sind durchgehend durch Verwaltungsstrafen abgesichert; ein sachlicher Grund für die bestehenden Unterschiede in der Strafhöhe<sup>27)</sup> ist dabei nicht von vornherein ersichtlich.

In den Berufsgesetzen aller medizinischer Gesundheitsberufe werden weiters besondere persönliche Voraussetzungen für den **Zugang zur Berufsberechtigung** normiert, wobei hier über alle Berufsgesetze hinweg sehr einheitlich auf die Eigenberechtigung, also die Geschäftsfähigkeit der Person, ihre gesundheitliche Eignung und ihre Vertrauenswürdigkeit sowie auf das Vorhandensein der für die Berufsausübung erforderlichen Sprachkenntnisse abgestellt wird.<sup>28)</sup> Besonders hoher Stellenwert kommt jedoch der Gewährleistung eines einheitlichen und hohen Standards der **Berufsausbildung** zu.

Angesetzt wird dabei einerseits an den **Ausbildungsstätten** selbst. Gemeinsam ist sämtlichen medizinischen Gesundheitsberufen, dass die jeweiligen Ausbildungen gem § 1 Ausbildungsvorbehaltsg<sup>29)</sup> nur an den nach den jeweiligen Berufsgesetzen vorgesehenen Einrichtungen zulässig ist; das Anbieten oder auch nur Vermitteln solcher Ausbildungen durch andere Personen oder Einrichtungen ist verboten und mit Verwaltungsstrafe bis zu € 36.300,- bedroht.<sup>30)</sup>

Die Mehrzahl der einschlägigen Berufsgesetze sieht für die Zulassung von Ausbildungseinrichtungen eigene **Anerkennungsverfahren** vor. Mit Ausnahme

<sup>25)</sup> Vgl § 3 Abs 1 ÄrzteG; § 3 Abs 1 GuKG; § 1 Abs 1 KardiotechnikerG; § 1 Abs 3 MABG; § 1 Abs 2 MMHmG; § 4 Abs 1 MTD-G; § 1 Abs 2 SanG; § 3 Abs 1 ZÄG.

<sup>26)</sup> Vgl § 43 ÄrzteG; §§ 11, 84 GuKG; § 1 Abs 1 HebG; § 4 KardiotechnikerG; § 12 MABG; §§ 6, 31 MMHmG; § 10 MTD-G; § 22 SanG; §§ 5, 54, 59, 80, 84 Abs 3 ZÄG.

<sup>27)</sup> Während in den meisten Berufsgesetzen die berufsmäßige Ausübung ohne Berechtigung ebenso wie die unberechtigte Führung der Berufsbezeichnung mit einer Verwaltungsstrafe von max € 3.600,- bedroht ist (vgl § 105 Abs 1 Z 1 und 3 GuKG; § 54a Abs 1 Z 1 und 3 HebG; § 34 Abs 1 Z 1 und 2 KardiotechnikerG; § 33 Z 1 und 2 MTD-G), liegt die Strafdrohung für dieselben Verstöße nach dem MMHmG (§ 78 Abs 1) sowie nach dem MABG (§ 41 Abs 1 Z 1 und Abs 2 Z 1) mit € 5.000,- deutlich höher. Die unberechtigte Führung der Berufsbezeichnungen nach dem ZÄG wird mit max € 4.000,- geahndet, während man nach dem ÄrzteG beim selben Verstoß mit vergleichsweise milden € 2.180,- davonkommt. In beiden ärztlichen Berufen gibt es allerdings im Fall der unberechtigten Ausübung der Tätigkeit (sofern damit nicht ohnehin ein gerichtlicher Straftatbestand wie etwa Kurpfuscherei iSd § 184 StGB erfüllt wird) deutlich strengere Strafdrohungen, wenn diese entweder zu einer schweren Gefahr für Leib, Leben oder Gesundheit einer Person geführt hat oder der Täter bereits zweimal wegen unbefugter ärztlicher Tätigkeit bestraft worden ist (vgl § 199 Abs 2 ÄrzteG: Erhöhung der maximalen Strafdrohung von € 3.630,- auf € 21.800,-; § 89 Abs 3 Z 1 ZÄG: Erhöhung der maximalen Strafdrohung von € 4.000,- auf € 25.000,-).

<sup>28)</sup> Vgl § 4 Abs 2 ÄrzteG; §§ 27, 85 GuKG; § 10 HebG; § 9 KardiotechnikerG; § 14 MABG; §§ 8, 36 MMHmG; § 3 MTD-G; § 16 SanG; §§ 6, 76 ZÄG.

<sup>29)</sup> BGBl 1996/378.

<sup>30)</sup> § 2 Ausbildungsvorbehaltsg.

der Hebammenausbildung, die mittlerweile als Fachhochschul-Bachelorstudiengang eingerichtet ist, sowie der Zahnarztausbildung, für die nach der Promotion im Bereich der Zahnheilkunde keine zusätzliche praktische Ausbildung vorgesehen ist, kann die zum Erwerb der Berufsberechtigung führende Ausbildung grundsätzlich nur an anerkannten Ausbildungsstätten erworben werden. Medizinisch-technische Akademien, Schulen für medizinische Assistenzberufe sowie für Gesundheits- und Krankenpflegeberufe<sup>31)</sup> bedürfen ebenso wie Ausbildungslehrgänge bzw -module für Pflegeassistenten, Sanitäter, medizinische Masseure und Heilmasseure und zahnärztliche Assistenten bzw Prophylaxeassistenten einer Bewilligung des Landeshauptmanns (LH);<sup>32)</sup> für die Anerkennung von Krankenanstalten als Ausbildungsstätten für Kardiotechniker ist der Bundesminister (BM) für Gesundheit zuständig.<sup>33)</sup> Die Anerkennung wird dabei in den einzelnen Berufsgesetzen insbesondere an den Nachweis der erforderlichen räumlichen und technischen Ausstattung sowie der erforderlichen Lehrkräfte und Lehrmittel geknüpft.

Auch für die nunmehr im Anschluss an das Medizinstudium vorgesehene neunmonatige Basisausbildung, sofern diese an einer Sonderkrankenanstalt gem § 2 Abs 1 Z 2 KAKuG erfolgt,<sup>34)</sup> insbesondere aber für die Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin gem § 7 ÄrzteG bzw zum Facharzt gem § 8 ÄrzteG ist eine bescheidmäßige Anerkennung als Ausbildungsstätte erforderlich.<sup>35)</sup> Zuständig für die Anerkennungsverfahren ist im ärztlichen Bereich die Österreichische Ärztekammer (ÖÄK), die diese Aufgabe – da hier in die Rechtssphäre von Nicht-Mitgliedern eingegriffen wird – gem § 117c Abs 1 Z 1 ÄrzteG im übertragenen Wirkungsbereich wahrzunehmen hat und somit an die Weisungen des BM für Gesundheit gebunden ist.<sup>36)</sup> In ähnlicher Weise ist die ÖÄK auch für die An-

<sup>31)</sup> Hinsichtlich der Gesundheits- und Krankenpflegeausbildung wurden nun allerdings mit der GuKG-Novelle 2016 (BGBl I 2016/75) die Weichen für ein Auslaufen der Sekundarausbildung und eine vollständige Überführung der Ausbildung in den tertiären Ausbildungssektor bis Ende 2023 gestellt (vgl § 117 Abs 27 GuKG). Ab 1. 1. 2024 soll die Ausbildung für die gehobene Gesundheits- und Krankenpflege dann nur mehr im Rahmen von Fachhochschul-Bachelorstudiengängen angeboten werden; durch Verordnung des Bundesministers für Gesundheit könnte dieser Zeitpunkt allerdings auch noch auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden, wenn die Ausbildung im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege durch Fachhochschul-Bachelorstudiengänge zum 1. 1. 2014 noch nicht ausreichend und bedarfsdeckend sichergestellt ist. Schulen für Gesundheits- und Krankenpflege, die gem § 50 GuKG bewilligt sind, können ab 1. 9. 2016 (und über den 31. 12. 2023 hinaus) Ausbildungen für Pflegeassistentenberufe gem § 95 GuKG durchführen und bedürfen hierfür auch keiner neuerlichen Bewilligung des Landeshauptmanns (§ 113a Abs 2 GuKG).

<sup>32)</sup> §§ 50 Abs 1, 95 Abs 3 bzw 96 Abs 2 iVm § 95 Abs 3 GuKG; § 22 Abs 3 MABG; §§ 73 Abs 1, 74 Abs 1 und § 75 Abs 1 MMHmG; § 15 Abs 1 MTD-G; § 45 Abs 1 SanG; §§ 82 Abs 2, 85 Abs 3 ZÄG.

<sup>33)</sup> § 21 Abs 1 KardiotechnikerG.

<sup>34)</sup> Vgl § 6a Abs 3 Z 2 ÄrzteG; allgemeine Krankenanstalten gem § 2a KAKuG sind dagegen schon ex lege als Ausbildungsstätten für die Basisausbildung anerkannt (§ 6a Abs 3 Z 1 ÄrzteG).

<sup>35)</sup> Vgl §§ 9 f ÄrzteG.

<sup>36)</sup> Vgl § 195f ÄrzteG.

erkennung von Lehrambulatorien sowie Lehr(gruppen)praxen zuständig.<sup>37)</sup> Die Anerkennung letzterer fällt allerdings in den eigenen Wirkungsbereich der ÖÄK,<sup>38)</sup> die ÖÄK unterliegt diesbezüglich also nur der Aufsicht, nicht aber dem Weisungsrecht des BM für Gesundheit.<sup>39)</sup>

Die Anerkennung als Ausbildungsstätte für die an die Basisausbildung anschließenden Fachausbildungen bezieht sich im Unterschied zur Situation bis zur Neuregelung der Ärzteausbildung durch die Novelle BGBl I 2014/82 mittlerweile nicht mehr auf die gesamte Krankenanstalt, sondern nur auf die einzelne Fachabteilung oder sonstige Organisationseinheit. Die Voraussetzungen für die Anerkennung werden bereits auf gesetzlicher Ebene definiert und lassen erkennen, dass insbesondere auf eine geeignete Personal- und Abteilungsstruktur sowie ein dem Ausbildungsziel entsprechendes medizinisches Leistungsspektrum an der jeweiligen Abteilung Wert gelegt wird.<sup>40)</sup> Das Augenmerk wird außerdem auf ein angemessenes Verhältnis zwischen auszubildenden und auszubildenden Ärzten gelegt; diesbezüglich ist vorgesehen, dass gleichzeitig mit der Anerkennung auch die Zahl der jeweiligen Ausbildungsstellen festzulegen ist.<sup>41)</sup>

Neben diesen Vorschriften zur Anerkennung von Ausbildungsstätten finden sich in den Berufsgesetzen unterschiedlich detaillierte Regelungen betreffend die konkrete **Ausgestaltung der Ausbildungen**, so zB Vorgaben hinsichtlich Dauer, Umfang und Inhalt der Ausbildung sowie zu Zeugnissen, Prüfungen und Anrechnungsmöglichkeiten, wobei die Details jeweils in Ausbildungs- und Prüfungsverordnungen zu regeln sind, die vom BM für Gesundheit (teilweise unter Einbindung allfälliger Berufsverbände bzw beratender Expertengremien)<sup>42)</sup> zu erlassen sind.

Die Dichte an berufsrechtlichen Regelungen zur Sicherung eines einheitlichen und qualitativ hochwertigen Ausbildungsniveaus unterstreicht die große Bedeutung einer qualitätvollen Ausbildung im Gesundheitsbereich. Vor dem Hintergrund der schnellen Weiterentwicklung der medizinischen Wissenschaft, die das gemeinsame Fundament der medizinischen Berufe darstellt, kommt aber auch der regelmäßigen **Fortbildung** der Berufsangehörigen eine wesentliche Rolle für die Aufrechterhaltung einer hohen Behandlungsqualität zu. Dementsprechend finden sich ausnahmslos in allen untersuchten Berufsgesetzen nahezu gleichlautende Regelungen, die die Berufsangehörigen zur regelmäßigen Fortbildung verpflichten. Stellvertretend kann hier etwa § 4 Abs 2 GuKG angeführt werden, wonach sich Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe über die neuesten Entwicklungen und Erkenntnisse der Gesundheits- und Krankenpflege sowie der medizinischen und anderer berufsrelevanter Wissenschaften

<sup>37)</sup> Vgl §§ 12 Abs 1, 13 Abs 1 ÄrzteG.

<sup>38)</sup> § 117b Abs 1 Z 17 ÄrzteG.

<sup>39)</sup> § 195c Abs 1 ÄrzteG.

<sup>40)</sup> §§ 9 Abs 2, 10 Abs 2 ÄrzteG.

<sup>41)</sup> §§ 9 Abs 3, 10 Abs 3 ÄrzteG.

<sup>42)</sup> So ist vor Erlassung der Ausbildungsverordnung nach § 24 Abs 1 ÄrzteG die ÖÄK, vor Erlassung der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für die Ausbildung zum Kardiotechniker der (als beratendes Gremium beim BM für Gesundheit angesiedelte) Kardiotechnikerbeirat anzuhören (§ 32 iVm § 17 KardiotechnikerG).

regelmäßig fortzubilden haben. Ähnliche Formulierungen finden sich auch in den Berufsgesetzen aller anderen medizinischen Gesundheitsberufe. Mittlerweile wird diese allgemeine Fortbildungspflicht bereits in fast allen Berufsgesetzen nicht-ärztlicher Gesundheitsberufe noch insofern konkretisiert, als eine Mindestanzahl an zu absolvierenden Fortbildungsstunden innerhalb einer bestimmten Rahmenfrist festgelegt wird.<sup>43)</sup> Allein für die im MABG geregelten medizinischen Assistenzberufe sowie für die zahnärztlichen Assistenzberufe fehlt eine solche Konkretisierung.<sup>44)</sup>

Was die Fortbildung der **Zahnärzte** betrifft, so wird der Österreichischen Zahnärztekammer (ÖZÄK) in § 19 Abs 2 Z 1 ZÄKG im eigenen Wirkungsbereich die Kompetenz zur Erlassung von Richtlinien über Ausmaß und Form der Fortbildung eingeräumt, wobei die rechtliche Qualität dieser Richtlinien – handelt es sich dabei um verbindliche Verordnungen oder um unverbindliche Leitlinien? – unklar bleibt.<sup>45)</sup> Die derzeitige Fortbildungsrichtlinie,<sup>46)</sup> die für die Absolvierung bestimmter Fortbildungsmaßnahmen den Erwerb eines jeweils befristet gültigen zahnärztlichen Fortbildungsdiploms (ZFD) vorsieht, schafft jedenfalls keine verpflichtend einzuhaltenden Standards. Die Verantwortung für die Inanspruchnahme von zahnärztlicher Fortbildung wird vielmehr dezi- diert den Zahnärzten selbst zugewiesen, und zwar mit dem Argument, dass nur diese selbst ihren Fortbildungsbedarf kennen würden. In der Richtlinie wird zwar ausdrücklich die gesetzliche sowie ethisch-moralische Notwendigkeit einer

<sup>43)</sup> Eine Fortbildungsverpflichtung im Ausmaß von mindestens 40 Stunden innerhalb einer Rahmenfrist von fünf Jahren ist dabei für Kardiotechniker (§ 33 Abs 1 KardiotechnikerG), für Masseure und Heilmasseure (§ 2 Abs 2 MMHmG) und für Angehörige der Pflegeassistentenberufe (§ 104c Abs 1 GuKG) vorgesehen. Im SanG ist eine verpflichtende Fortbildung im Ausmaß von 16 Wochenstunden binnen zwei Jahren normiert (§ 50 Abs 1 SanG). § 37 Abs 1 HebG sieht eine verpflichtende Fortbildung im Ausmaß von fünf Tagen innerhalb von fünf Jahren vor; nach einer mehr als zweijährigen Berufsunterbrechung ist der Besuch eines Fortbildungskurses verpflichtend vorgeschrieben. Die Verantwortung für die Durchführung von Fortbildungskursen wird dem Hebammengremium als gesetzlicher Interessenvertretung der Hebammen übertragen, dem hier (im übertragenen Wirkungsbereich) auch die Aufgabe der Erstellung von Richtlinien für die Veranstaltung von Fortbildungskursen sowie der Dokumentation über die Fortbildung übertragen wird (vgl § 40 Abs 2 Z 4 und Z 9 HebG). Für Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege wurde die Fortbildungsverpflichtung mit der GuKG-Novelle 2016 aus Gründen der Qualitätssicherung (vgl ErläutRV 1194 BlgNR 25. GB 12) von zuvor 40 auf 60 Stunden innerhalb einer Rahmenfrist von fünf Jahren erweitert (§ 63 Abs 1 GuKG). Eine Fortbildungsverpflichtung im gleichen Ausmaß wurde mittlerweile auch für Berufsangehörige der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (§ 11d Abs 1 MTD-G) normiert.

<sup>44)</sup> Vgl § 13 Abs 2 MABG sowie § 75 Abs 1 ZÄG.

<sup>45)</sup> Ebenso bereits Mosler, Qualitätskontrolle (insbesondere auch aus kassenrechtlicher Sicht) in Österreich, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Qualitäts-sicherung für Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (2003) 105 (114).

<sup>46)</sup> Fortbildungsprogramm der Österreichischen Zahnärztekammer (ZFP-ÖZÄK), zuletzt geändert durch den Bundesausschuss am 25. 11. 2016, online abrufbar unter [http://www.zahnaerztekammer.at/fileadmin/content/shared/infocenter/amtliche\\_mitteilungen/VO\\_OEZAEEK/ZFP-Richtlinie\\_110116\\_HP.pdf](http://www.zahnaerztekammer.at/fileadmin/content/shared/infocenter/amtliche_mitteilungen/VO_OEZAEEK/ZFP-Richtlinie_110116_HP.pdf) (zuletzt abgefragt am 5. 10. 2017).

nachweisbaren, bedarfsorientierten und praxisgerechten Fortbildung betont. Die Teilnahme am zahnärztlichen Fortbildungsprogramm ist aber freiwillig und stellt der Richtlinie zufolge nur eine von mehreren Möglichkeiten dar, um der gesetzlichen Fortbildungspflicht nachzukommen; ausdrücklich festgehalten wird, dass die Nichtteilnahme keinerlei Einschränkung der Berufsbefugnis bedeutet.<sup>47)</sup> Damit steht es dem Zahnarzt frei, der Erfüllung seiner gesetzlichen Fortbildungsverpflichtung auch auf andere geeignete Weise nachzukommen.

Enger sind die Vorgaben zur **Fortbildung nach dem ÄrzteG**. Diese hat im Gegensatz zur Fortbildung der Zahnärzte gem § 49 Abs 1 ÄrzteG verpflichtend im Rahmen anerkannter Fortbildungsprogramme der Ärztekammern in den Bundesländern bzw der ÖÄK oder im Rahmen anerkannter ausländischer Fortbildungsprogramme zu erfolgen. Der ÖÄK kommt gem § 117b Abs 2 Z 9a ÄrzteG im eigenen Wirkungsbereich die Ermächtigung zur Erlassung einer Verordnung betreffend die ärztliche Fort- und Weiterbildung zu; die ÖÄK kann damit die entsprechenden Regelungen weitgehend autonom festlegen. Die derzeitige **Verordnung über ärztliche Fortbildung**<sup>48)</sup> sieht ein System vor, wonach dem Arzt bei Nachweis kontinuierlicher Fortbildung ein sog DFP-Diplom verliehen wird, das für einen Zeitraum von fünf Jahren gültig ist. Ganz ähnlich wie nach der Fortbildungsrichtlinie der ÖZÄK ist zum Erwerb dieses Diploms eine bestimmte Anzahl an Fortbildungspunkten nachzuweisen; diese können etwa für die Teilnahme an akkreditierten Fortbildungsveranstaltungen sowie an Qualitätszirkeln, aber zB auch für die Teilnahme an Supervisionen, für Hospitationen oder für das Lesen von Fachartikeln erworben werden. Nach § 49 Abs 2c ÄrzteG sind alle zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Ärzte dazu verpflichtet, ihre absolvierte Fortbildung zumindest alle drei Jahre der ÖÄK gegenüber glaubhaft zu machen.

Keineswegs einheitlich für alle Berufsgruppen fällt die Beantwortung der Frage aus, mit welchen Folgen Angehörige medizinischer Gesundheitsberufe zu rechnen haben, wenn sie ihrer Fortbildungspflicht nicht entsprechend nachkommen. Die **Verletzung berufsrechtlicher Fortbildungspflichten** kann zunächst natürlich **schadenersatzrechtliche Konsequenzen** nach sich ziehen, wenn der Berufsangehörige sich dadurch nicht mehr am aktuellen Stand der jeweiligen wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen befindet, für den er aber gem § 1299 ABGB einzustehen hat. Was die genuin berufsrechtlichen Konsequenzen betrifft, so zeigt ein Vergleich der verschiedenen Berufsgesetze, dass **Verwaltungsstrafen** nur teilweise<sup>49)</sup> und in unterschiedlicher Höhe<sup>50)</sup> vorgesehen sind. In sehr schwerwiegenden Fällen kann die Missachtung der Fortbildungspflicht

<sup>47)</sup> Vgl § 2 Abs 2 bis Abs 5 ZFP-ÖZÄK.

<sup>48)</sup> Konsolidierte Fassung, in Kraft getreten mit 1. 9. 2013, online abrufbar unter [https://www.arztakademie.at/fileadmin/template/main/dfpPdfs/20130901\\_DFP\\_VO\\_konsolidierteFassung.pdf](https://www.arztakademie.at/fileadmin/template/main/dfpPdfs/20130901_DFP_VO_konsolidierteFassung.pdf) (zuletzt abgefragt am 2. 10. 2017).

<sup>49)</sup> Verwaltungsstrafrechtlich abgesichert ist die Verletzung der Fortbildungspflicht im ÄrzteG (§ 199 Abs 3), im MMHmG (§ 78 Abs 1 Z 3), im MTD-G (§ 33 Z 3) sowie im ZÄG (§ 89 Abs 5 Z 2).

<sup>50)</sup> Die Strafhöhe bewegt sich zwischen € 2.180,- (§ 199 Abs 3 ÄrzteG) und € 5.000,- (§ 78 Abs 1 Z 3 MMHmG).

wohl auch zum **Verlust der Vertrauenswürdigkeit** und damit in weiterer Folge zum Verlust der Berufsberechtigung führen. Nach dem Berufsrecht der Ärzte und Zahnärzte sind schließlich bei Verletzung von Berufspflichten auch **disziplinarrechtliche Konsequenzen** vorgesehen.<sup>51)</sup>

Die genannten berufsrechtlichen Konsequenzen können allerdings nur dann greifen, wenn die Verletzung der Fortbildungsverpflichtung bekannt wird. Dazu könnte es etwa im Zuge eines schadenersatzrechtlichen Verfahrens kommen, das der Patient im Falle eines Behandlungsfehlers gegen den nicht lege artis tätig gewordenen Berufsangehörigen eingeleitet hat. Ist noch keine konkrete Schädigung oder Gefährdung von Patienten eingetreten, so wird die Missachtung der Fortbildungsverpflichtung aber wohl häufig ohne Folgen bleiben, da nur in wenigen Berufsgesetzen eine Kontrolle der Fortbildungsverpflichtung vorgesehen ist.<sup>52)</sup>

Eine effektive Methode zur Sicherung der Einhaltung der Fortbildungsverpflichtung findet sich jedoch im Bereich des **Rettungswesens** bzw. der **Notfallmedizin**, da hier die Nichterfüllung der Fortbildungspflicht in letzter Konsequenz zum **Verlust der Tätigkeitsberechtigung** führen kann. Im SanG ist schon die Berechtigung zur Ausübung der Tätigkeiten eines **Sanitäters** nicht nur an die üblichen persönlichen Voraussetzungen und den Ausbildungsnachweis, sondern zusätzlich auch an den Nachweis der Erfüllung der Fortbildungspflicht geknüpft.<sup>53)</sup> Die Berufs- und Tätigkeitsberechtigung des Sanitäters ist grundsätzlich mit jeweils zwei Jahren befristet; diese Frist beginnt zunächst mit dem der erstmaligen Erlangung der Tätigkeitsberechtigung folgenden Monatsersten zu laufen.<sup>54)</sup> Die im Fortbildungspass zu dokumentierende Fortbildung im Ausmaß von 16 Stunden binnen zwei Jahren berechtigt in Folge jeweils zu einer weiteren, wiederum auf zwei Jahre befristeten Ausübung des Berufs bzw. der Tätigkeit des Sanitäters.<sup>55)</sup> Darüber hinaus sind Sanitäter gem § 51 SanG verpflichtet, die Kenntnisse und Fertigkeiten im Bereich der Herz-Lungen-Wiederbelebung ebenso wie die allenfalls bestehende besondere Notfallkompetenz Intubation alle zwei Jahre in einem sog **Rezertifizierungsverfahren** durch einen qualifizierten Arzt überprüfen zu lassen. Kommt der Sanitäter diesen Verpflichtungen nicht nach, so ruht seine Tätigkeitsberechtigung, bis die versäumten Stunden bzw. die Rezertifizierung nachgeholt sind; sobald aber das Gesamtausmaß der nachzuholenden Fortbildungsstunden die Dauer von 100 Stunden übersteigt, erlischt die Tätigkeitsberechtigung.<sup>56)</sup>

Ähnliches gilt für **Notärzte**: Diese haben alle zwei Jahre eine zweitägige theoretische und praktische Fortbildungsveranstaltung zu besuchen. Kommt der Notarzt dieser Pflicht nicht spätestens bis zum Ende des dritten Jahres nach, so

---

<sup>51)</sup> § 136 Abs 1 Z 2 ÄrzteG, § 55 Abs 1 Z 2 ZÄKG. Die Palette der Disziplinarstrafen reicht vom schriftlichen Verweis über Geldstrafen bis hin zur befristeten Untersagung der Berufsausübung und schließlich zur Streichung aus der (Zahn-)Ärzteliste (vgl § 139 Abs 1 ÄrzteG, § 58 Abs 1 ZÄKG).

<sup>52)</sup> Dazu sogleich näher unter II.B.2.

<sup>53)</sup> § 16 Abs 1 Z 5 und 6 SanG.

<sup>54)</sup> Vgl §§ 14 Abs 2, 15 Abs 1 SanG.

<sup>55)</sup> § 50 Abs 1 und 2 SanG.

<sup>56)</sup> § 26 SanG.

ist für eine weitere Tätigkeitsberechtigung die Abschlussprüfung des Notarztlehrgangs zu wiederholen.<sup>57)</sup>

Die Schaffung eines vergleichbaren Systems der Reregistrierung war ursprünglich auch für Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe sowie für Angehörige der gehobenen medizinisch-technischen Dienste im Rahmen des **GesundheitsberuferegisterG** vorgesehen. Die Verlängerung des im Zuge der Registrierung jeweils für fünf Jahre ausgestellten Berufsausweises sollte von der Vorlage von Nachweisen über die absolvierte Fortbildung abhängig sein; bei nicht fristgerechter Erfüllung der Fortbildungspflicht sollte die Berufsberechtigung ruhen und keine Reregistrierung erfolgen.<sup>58)</sup> Im nunmehr erlassenen GesundheitsberuferegisterG (BGBl I 2016/87) ist man jedoch von der in der Regierungsvorlage noch vorgesehenen verpflichtenden Eintragung der absolvierten Fortbildungen im Gesundheitsberuferegister wieder abgerückt; dass auch die nunmehr freiwillig mögliche Eintragung<sup>59)</sup> dem in den Materialien genannten Ziel der Qualitätssicherung im Hinblick auf Fortbildungen<sup>60)</sup> gerecht zu werden vermag, ist zu bezweifeln. Eine vom Nachweis der Erfüllung der Fortbildungspflicht abhängige Reregistrierung ist nach der derzeitigen Fassung des GesundheitsberuferegisterG nicht vorgesehen.

Die bisher genannten berufsrechtlichen Standards bezogen sich allesamt auf die Qualität der personellen Ressourcen. Dem Bereich der Strukturqualität sind darüber hinaus aber auch jene Regelungen zuzurechnen, die auf die Qualität der **räumlichen bzw sachlichen Ausstattung** abstellen. In diesen Bereich fallen insbesondere berufsrechtliche Vorgaben betreffend Mindeststandards für Ordinationen bzw Berufssitze. Die diesbezüglichen, im Wege des Berufsrechts normierten Standards richten sich dabei regelmäßig nur an freiberuflich tätige Berufsangehörige. Wird die jeweilige Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses ausgeübt,<sup>61)</sup> so trifft die Verantwortlichkeit für Räumlichkeiten und Ausstattung ohnehin den Dienstgeber, sodass eigene berufsrechtliche Qualitätssicherungsmaßnahmen nicht erforderlich erscheinen. Ärzte und Zahnärzte trifft dagegen ebenso wie freiberuflich tätige Heilmasseure oder Angehörige der gehobenen medizinisch-technischen Dienste die Verpflichtung, ihre Ordination bzw ihren Berufssitz in einem Zustand zu halten, der den **hygienischen Anforderungen** entspricht.<sup>62)</sup> Weder MMHmG noch MTD-G sehen allerdings eine Konkretisierung der Hygienestandards vor. Die hygienischen Anforderungen an Arztordina-

<sup>57)</sup> § 40 Abs 3 ÄrzteG.

<sup>58)</sup> Vgl ME 536 BlgNR 24. GP; s auch ErläutRV 690 BlgNR 25. GP 5.

<sup>59)</sup> Vgl § 6 Abs 3 Z 3 GesundheitsberuferegisterG.

<sup>60)</sup> ErläutRV 690 BlgNR 25. GP 3 bzw 4.

<sup>61)</sup> Einige der untersuchten medizinischen Gesundheitsberufe dürfen schon ex lege nur im Rahmen eines Dienstverhältnisses ausgeübt werden; dies betrifft die Berufsgruppen der Kardiotechniker (§ 15 KardiotechnikerG), der Pflegeassistenten und -fachassistenten (§ 90 GuKG), der Sanitäter (§ 23 Abs 2 SanG), der Zahnarztassistenten (§ 74 ZÄG) sowie sämtliche im MABG geregelte Berufe (§ 18 Abs 1 MABG).

<sup>62)</sup> Vgl § 56 Abs 1 ÄrzteG, § 36 Abs 1 ZÄG, § 46 Abs 6 MMHmG, § 8 Abs 5 MTD-G. Keine vergleichbare Regelung findet sich im GuKG, obwohl auch hinsichtlich des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege eine freiberufliche Berufsausübung in Betracht kommt (vgl § 35 Abs 1, §§ 36 ff GuKG).

tionen werden dagegen detailliert in der gem § 117b Abs 2 Z 9 ÄrzteG im eigenen Wirkungsbereich erlassenen Hygieneverordnung der ÖÄK<sup>63)</sup> ausgeführt. Eine vergleichbare Verordnungsermächtigung besteht im Berufsrecht der Zahnärzte nicht. Die ÖZÄK versucht allerdings, über einen (rechtlich freilich nicht verbindlichen) Hygieneleitfaden<sup>64)</sup> fachspezifische Qualitätsstandards für diesen Bereich zu definieren. Für Ärzte und Zahnärzte besteht über die hygienischen Anforderungen hinaus schließlich auch die explizite Verpflichtung, ihre Ordinationen entsprechend den **fachspezifischen Qualitätsstandards** zu betreiben sowie nach außen hin zweifelsfrei kenntlich zu machen.

Liegt der Verdacht vor, dass die Ordination bzw der Berufssitz den berufsrechtlichen Anforderungen betreffend Hygiene bzw allenfalls betreffend fachspezifischer Standards nicht genügt, so ist in allen genannten Berufsgesetzen eine **Überprüfung durch die Bezirksverwaltungsbehörde** vorgesehen. Diese wird somit freilich nur dann tätig, wenn bereits Hinweise auf Missstände vorhanden sind; eine routinemäßige Prüfung ist nicht vorgesehen.<sup>65)</sup> Werden im Zuge der Überprüfung Mängel festgestellt, so sind Mängelbehebungsaufträge zu erteilen; liegen aber Missstände vor, die eine Gefahr für Gesundheit oder Leben der Patienten mit sich bringen, so ist die Sperre der Ordinationsstätte bzw des Berufssitzes bis zur Behebung der Missstände zu verfügen.<sup>66)</sup> Im Berufsrecht der Ärzte, Zahnärzte und Heilmasseur ist die Missachtung der Hygiene- bzw der fachspezifischen Qualitätsstandards darüber hinaus mit Verwaltungsstrafe bedroht.<sup>67)</sup>

## 2. Berufsrechtlich normierte Standards – Prozessqualität

Der Bereich der Prozessqualität betrifft die **Qualität des medizinischen Behandlungsprozesses**. In der Literatur werden diesem Kriterium ua alle Maßnahmen betreffend Zuweisung der Patienten, Ablauf der Behandlung, Dokumentation, Kommunikation, aber auch Nahtstellenmanagement zugeordnet.<sup>68)</sup> Berufspflichten, die in diesem Sinne (auch) der Absicherung eines einheitlich hohen Standards in der Qualität des Behandlungsprozesses dienen sollen, finden

<sup>63)</sup> Vgl Hygiene-Verordnung 2014, online abrufbar unter [http://www.aerztekammer.at/kundmachungen/-/asset\\_publisher/ZHk4/content/id/27669](http://www.aerztekammer.at/kundmachungen/-/asset_publisher/ZHk4/content/id/27669) (zuletzt abgefragt am 2. 10. 2017). Zu dieser Verordnung näher Wallner in Neumayr/Resch/Wallner (Hrsg), Gmundner Kommentar zum Medizinrecht (2016) § 56 ÄrzteG Rz 3.

<sup>64)</sup> Leitfaden für Hygiene in Zahnarztordinationen, online abrufbar unter [http://www.zahnaerztekammer.at/fileadmin/content/shared/infocenter/leitfaden\\_muster/qs\\_mp/hygieneleitfaden\\_2013.pdf](http://www.zahnaerztekammer.at/fileadmin/content/shared/infocenter/leitfaden_muster/qs_mp/hygieneleitfaden_2013.pdf) (zuletzt abgefragt am 2.10.17).

<sup>65)</sup> So auch Krauskopf in Neumayr/Resch/Wallner, Gmundner Kommentar zum Medizinrecht § 36 ZÄG Rz 5; Wallner in Neumayr/Resch/Wallner, Gmundner Kommentar zum Medizinrecht § 56 ÄrzteG Rz 4.

<sup>66)</sup> Vgl § 56 Abs 2 und 3 ÄrzteG, § 36 Abs 2 bis 4 ZÄG, § 46 Abs 6 und 7 MMHmG, § 8 Abs 5 und 6 MTD-G.

<sup>67)</sup> § 199 Abs 3 ÄrzteG, § 78 Abs 1 Z 3 MMHmG, § 89 Abs 5 Z 2 ZÄG.

<sup>68)</sup> In diesem Sinne etwa Tragl, Die Grundlagen der Qualitätssicherung in der medizinischen Versorgung, in Fischer/Tragl, Qualitätssicherung in der Medizin 9 (15 f); Yahsi, Qualitätssicherung im Gesundheitswesen: „Alle reden von Qualität – und jeder versteht etwas anderes darunter“, SoZi 2002, 353 (355).

sich in den verschiedenen Berufsgesetzen der medizinischen Gesundheitsberufe in großer Zahl.

Zentrale Berufspflicht ist in dieser Hinsicht die in ausnahmslos allen Berufsgesetzen normierte Verpflichtung zur **gewissenhaften Berufsausübung** nach Maßgabe der fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen.<sup>69)</sup> An berufsrechtlichen Regelungen zur Sicherstellung einer hohen Prozessqualität sind darüber hinaus die ebenso in sämtlichen Berufsgesetzen in ähnlicher Form statuierten **Verschwiegenheits-**<sup>70)</sup> sowie die **Dokumentationspflichten**<sup>71)</sup> zu nennen. Im Bereich jener medizinischen Gesundheitsberufe, die auch freiberuflich ausgeübt werden können, fallen weiters die gesetzlich näher definierten **Aufklärungspflichten** in diese Kategorie,<sup>72)</sup> ebenso das **Verbot vergleichender, diskriminierender, unsachlicher oder marktschreierischer Werbung**<sup>73)</sup> sowie das (allerdings nur an Heilmasseure, Ärzte und Zahnärzte gerichtete) Verbot, Vergütungen für die Zuweisung von Patienten zu geben, entgegenzunehmen oder sich zusichern zu lassen.<sup>74)</sup>

Ebenfalls dem Bereich der Prozessqualität können ferner jene Regelungen zugerechnet werden, in denen für Angehörige bestimmter medizinischer Berufe die **Pflicht zur persönlichen und unmittelbaren Berufsausübung** angeordnet<sup>75)</sup> bzw als Ausnahme von dieser Grundregel die **Beiziehung von Hilfskräften** sowie die **Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe** geregelt wird. Von zentraler Bedeutung sind hier insbesondere die berufsrechtlich vorgesehenen Möglichkeiten der Delegation ärztlicher Tätigkeiten an Hilfspersonen einerseits sowie an Angehörige nicht-ärztlicher Gesundheitsberufe andererseits.

Eine Form der Qualitätssicherung kann im Falle der **Beiziehung von Hilfskräften** durch Ärzte bzw Zahnärzte in der Vorgabe gesehen werden, dass die

<sup>69)</sup> Vgl § 49 Abs 1 ÄrzteG, § 5 Abs 1 KardiotechnikerG, § 4 Abs 1 GuKG, § 6 Abs 1 HebG, § 13 Abs 1 MABG, § 2 Abs 1 MMHmG, § 11 Abs 1 MTD-G, § 4 Abs 1 SanG, § 16 ZÄG.

<sup>70)</sup> § 54 ÄrzteG, § 8 KardiotechnikerG, § 6 GuKG, § 7 HebG, § 13 Abs 6 MABG, § 4 MMHmG, § 11c MTD-G, § 6 SanG, §§ 21, 75 Abs 2 ZÄG.

<sup>71)</sup> § 51 ÄrzteG, § 7 KardiotechnikerG, § 5 GuKG, § 9 HebG, § 13 Abs 3 MABG, § 3 MMHmG, § 11a MTD-G, § 5 SanG, § 19 ZÄG.

<sup>72)</sup> Vgl etwa § 36 Abs 5 GuKG, § 9a HebG, § 33 Abs 2 MMHmG, § 7b Abs 2 MTD-G, § 18 ZÄG. Keine expliziten Aufklärungspflichten finden sich dagegen im ÄrzteG – nach der Rsp ergibt sich die Aufklärungspflicht des Arztes allerdings als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag; sie verpflichtet den Arzt, den Patienten über Art und Schwere sowie mögliche Gefahren und schädliche Folgen einer Behandlung zu unterrichten, um diesem die für seine Entscheidung maßgebenden Kriterien zu liefern und ihn in die Lage zu versetzen, die Tragweite seiner Einwilligung zur Behandlung bzw zum Eingriff zu überschauen (vgl zuletzt etwa OGH 1 Ob 39/16s, RdM-LS 2016/56; 9 Ob 19/16h, JusGuide 2016/21/14864 [OGH]).

<sup>73)</sup> § 38 GuKG, § 20 HebG, § 32 Abs 1 MMHmG, § 7b Abs 1 MTD-G, § 35 Abs 2 ZÄG sowie ähnlich § 53 Abs 1 ÄrzteG: Verbot jeder unsachlichen, unwahren oder das Standesansehen beeinträchtigenden Information.

<sup>74)</sup> § 53 Abs 2 ÄrzteG, § 32 Abs 2 MMHmG, § 35 Abs 3 ZÄG.

<sup>75)</sup> § 49 Abs 2 ÄrzteG, § 36 Abs 4 GuKG, § 19 Abs 2 HebG, § 46 Abs 4 MMHmG, § 7a MTD-G, § 24 ZÄG.

Hilfskraft nur nach den genauen Anordnungen und unter ständiger Aufsicht des Arztes tätig werden darf;<sup>76)</sup> es ist also zur Sicherung einer qualitativ hochwertigen Behandlung eine genaue Instruktion der Hilfsperson sowie die permanente Anwesenheit und unmittelbare sowie ständige Aufsicht des Arztes verpflichtend vorgesehen.<sup>77)</sup> Gelockert sind die Anforderungen an die Aufsicht dagegen im Fall der nur im Einzelfall zulässigen **Übertragung ärztlicher Tätigkeiten an Angehörige anderer Gesundheitsberufe**, wenn sie vom Tätigkeitsbereich des jeweiligen Gesundheitsberufs umfasst sind.<sup>78)</sup> Dem Arzt obliegt dabei die Anordnungs- und im Regelfall wohl auch die Überwachungsverantwortung;<sup>79)</sup> ob und in welchem Ausmaß auch eine ärztliche Aufsicht bei der Durchführung erforderlich ist, richtet sich nach den Regelungen des jeweiligen Gesundheitsberufs. Verpflichtend angeordnet ist die ärztliche Aufsicht beispielsweise bei den medizinischen Assistenzberufen;<sup>80)</sup> ein gänzlicher Entfall der ärztlichen Aufsicht ist dagegen im Falle des ärztlich angeordneten Tätigwerdens von Angehörigen der medizinisch-technischen Berufe (§ 2 MTD-G), von Heilmasseuren (§ 29 MMHmG) oder von Rettungssanitätern (§ 9 SanG) vorgesehen, ebenso wenig ist eine ärztliche Beaufsichtigung von diplomiertem Krankenpflegepersonal hinsichtlich der nun durch die GuKG-Novelle 2016 neu geregelten Kompetenzen bei medizinischer Diagnostik und Therapie (§ 15 GuKG)<sup>81)</sup> erforderlich. Im Verantwortungsbereich des Arztes verbleibt in all diesen Fällen das „Ob“ und das „Wie“ der medizinischen Leistung;<sup>82)</sup> die Durchführungsverantwortung liegt beim jeweiligen nicht-ärztlichen Berufsangehörigen. Der Grund für diese Lockerung der ärztlichen Aufsicht liegt ganz offensichtlich in der qualifizierten Ausbildung der betreffenden Gesundheitsberufe, die deren eigenverantwortliches Tätigwerden sachgerecht erscheinen lässt.

Eine solche fachliche Qualifikation kann im Falle der **Delegation ärztlicher bzw pflegerischer Tätigkeiten an Laien**, wie sie etwa die §§ 50a und 50b ÄrzteG

<sup>76)</sup> Vgl § 49 Abs 2 ÄrzteG, § 24 Abs 2 ZÄG.

<sup>77)</sup> MwN Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht (2011) 109; Wallner in Neumayr/Resch/Wallner, Gmundner Kommentar zum Medizinrecht § 49 ÄrzteG Rz 34.

<sup>78)</sup> § 49 Abs 3 ÄrzteG, § 24 Abs 3 ZÄG.

<sup>79)</sup> So ausdrücklich OLG Wien 7. 6. 2010, 7 Ra 54/10b.

<sup>80)</sup> Die Aufsicht darf bei einzelnen der im MABG geregelten Berufen aber auch an Angehörige der gehobenen Gesundheits- und Krankenpflegeberufe bzw der gehobenen medizinisch-technischen Dienste delegiert werden – vgl jeweils Abs 1 der §§ 4 bis 10 MABG. Da hier nicht von „ständiger Aufsicht“ die Rede ist, ist das gebotene Ausmaß der Aufsicht wohl im Einzelfall je nach Ausbildungsgrad und Erfahrung des Berufsangehörigen sowie nach Schwierigkeitsgrad der Tätigkeit festzulegen.

<sup>81)</sup> Die bisherige Unterteilung in eigenverantwortlichen, mitverantwortlichen und interdisziplinären Tätigkeitsbereich wurde mit der GuKG-Novelle 2016 zugunsten einer Beschreibung der Kompetenzbereiche des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege aufgegeben. Eine überblicksartige Darstellung der neu gefassten Regelungen zu Berufsbild und Kompetenzen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege bzw eine Gegenüberstellung der Rechtslage vor und nach der GuKG-Novelle 2016 findet sich bei Hausreither/Lust, Berufsbild und Kompetenzen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, ÖZPR 2016 H 6 Beilage I.

<sup>82)</sup> So etwa OGH 3. 9. 1996, 10 Ob 2348/96h; OLG Wien 7. 6. 2010, 7 Ra 54/10b.

oder § 3b GuKG vorsehen,<sup>83)</sup> gerade nicht vorausgesetzt werden. Ebenso wenig kann die Qualitätssicherung hier (wie im Falle der Beiziehung von Hilfskräften) über eine intensive Beaufsichtigung durch den anordnenden Arzt oder den Angehörigen des gehobenen Krankenpflegedienstes bewerkstelligt werden, da pflegende Angehörige oder in der Behindertenbetreuung beschäftigte Personen ebenso wie selbständige oder unselbständige Personenbetreuer typischerweise gerade nicht unter ständiger Aufsicht, sondern in Abwesenheit des Arztes (bzw. des Krankenpflegepersonals) tätig werden sollen. Die genannten Delegationsmöglichkeiten werden in beiden Gesetzen deshalb durch eine Vielzahl anderer qualitätssichernder Maßnahmen flankiert; zu nennen sind hier insbesondere die grundsätzlich schriftliche Form und die Befristung der Übertragung, die Möglichkeit des Widerrufs der Delegation, die Dokumentationspflichten der Personenbetreuer sowie deren Informationspflicht an den delegierenden Arzt bzw. Angehörigen der gehobenen Krankenpflege hinsichtlich aller Umstände, die für die Anordnung von Bedeutung sind.<sup>84)</sup>

Die Frage der Einhaltung oder Missachtung dieser Qualitätsstandards in der Zusammenarbeit unterschiedlicher Gesundheitsberufe bzw. für die Delegation von ärztlichen oder pflegerischen Tätigkeiten an Laien ist in der Praxis wohl vor allem in schadenersatzrechtlicher Hinsicht von Bedeutung.<sup>85)</sup> Darüber hinaus sind die genannten Regelungen durchwegs verwaltungsstrafrechtlich abgesichert.<sup>86)</sup>

## B. Qualitätsevaluierung und -kontrolle

In einer ersten Zwischenbilanz kann festgehalten werden, dass sich in den Berufsgesetzen der medizinischen Berufe eine Vielzahl an Regelungen ausmachen lässt, deren Zweck (zumindest: auch) in der Gewährleistung eines einheitlichen und hohen Niveaus der medizinischen Behandlung im Wege der Normierung von verbindlichen Standards im Bereich der Struktur- und Prozessqualität liegt. Daran schließt sich – schon allein im Hinblick auf die praktische Relevanz der

<sup>83)</sup> § 50a ÄrzteG hatte ursprünglich nur die Delegation ärztlicher Tätigkeiten an pflegende Angehörige zum Inhalt; im Zuge der GuKG-Novelle 2016 wurde diese Regelung auf Personen (medizinische und pflegerische Laien) ausgedehnt, die im Rahmen eines Dienstverhältnisses zu Trägern der Behindertenbetreuung behinderte Menschen in multiprofessionellen Teams, deren Aufgabe die ganzheitliche Begleitung und Betreuung der behinderten Menschen ist, in einer Gruppe von höchstens zwölf behinderten Menschen betreuen (vgl. dazu ErläutRV 1194 BlgNR 25. GP 1). § 50b ÄrzteG und § 3b GuKG regeln die Übertragung ärztlicher bzw. pflegerischer Tätigkeiten an selbständige oder unselbständige Personenbetreuer.

<sup>84)</sup> Zur Delegation an persönliche Assistenten von Personen mit Behinderung vgl. § 50b Abs 3 ÄrzteG bzw. § 3c GuKG.

<sup>85)</sup> Ausführlich zur Delegation von ärztlichen Tätigkeiten an Laien und an Angehörige anderer Gesundheitsberufe sowie zu damit verbundenen Fragen der zivilrechtlichen Haftung *Riss/Kepplinger*, Haftungsfragen bei Delegation ärztlicher Tätigkeiten an „Nicht-Ärzte“, RdM 2016/134, 216.

<sup>86)</sup> Vgl. insbesondere § 199 Abs 3 ÄrzteG, § 105 Abs 1 Z 4 GuKG, § 89 Abs 5 Z 2 ZÄG.

angedrohten berufsrechtlichen Konsequenzen bei Verletzung der jeweiligen Berufspflichten – die Frage an, inwieweit in den einzelnen Berufsgesetzen auch eine Kontrolle der Einhaltung dieser Qualitätsvorschriften vorgesehen ist. Die Suche nach solchen qualitätssichernden berufsrechtlichen Maßnahmen im engeren Sinne fördert eine deutlich geringere Anzahl an einschlägigen Regelungen zutage.

### 1. Qualitätskontrolle betreffend Anerkennung von Ausbildungsstätten

Kontrollmechanismen sind zumindest teilweise im Zusammenhang mit der **Anerkennung von Ausbildungsstätten** vorgesehen. So wird im Hinblick auf Schulen für Gesundheits- und Krankenpflege bzw Lehrgänge für Pflegeassistenten, auf Schulen und Lehrgänge für medizinische Assistenzberufe sowie auf Lehrgänge für Zahnärztliche Assistenz ausdrücklich gesetzlich angeordnet, dass der für die Anerkennung dieser Ausbildungsstätten zuständige LH regelmäßig das Vorliegen der jeweiligen Anerkennungsvoraussetzungen zu überprüfen und für den Fall, dass diese nicht mehr vorliegen, die Bewilligung nach erfolglosem Verstreichen einer angemessenen Frist zur Mängelbehebung zurückzunehmen hat.<sup>87)</sup> Hinsichtlich der Ausbildungsstätten für Sanitäter, für Masseure und für Kardiotechniker sowie hinsichtlich der medizinisch-technischen Akademien ist zwar auch die Zurücknahme der Bewilligung bei Wegfall der erforderlichen Voraussetzungen vorgesehen, eine ausdrückliche Pflicht zur regelmäßigen Kontrolle lässt sich diesen Berufsgesetzen aber nicht entnehmen.<sup>88)</sup>

Vergleichsweise streng gestaltet sich dagegen die neue Rechtslage hinsichtlich der Anerkennung von Ausbildungsstätten nach dem **ÄrzteG**: Hier wird die Anerkennung seit 1. 1. 2015 grundsätzlich auf sieben Jahre **befristet**.<sup>89)</sup> Zur Verlängerung der Anerkennung ist in § 13a ÄrzteG ein eigenes **Rezertifizierungsverfahren** vorgesehen. Dieser Bestimmung zufolge hat die ÖÄK die Voraussetzungen für die Anerkennung innerhalb des siebenjährigen Wirksamkeitszeitraums der Anerkennung laufend zu evaluieren.<sup>90)</sup> Wird nach der erstmaligen Anerkennung die weitere durchgehende Bewilligung angestrebt, so ist spätestens ein Jahr vor Ablauf der Anerkennung ein Verlängerungsantrag einzubringen, über den die ÖÄK anhand der Evaluierungsergebnisse zu entscheiden hat. Bei positivem Prüfungsergebnis wird die Anerkennung bzw Bewilligung auf weitere sieben Jah-

<sup>87)</sup> Vgl §§ 50 Abs 3, 95 Abs 4, 96 Abs 2 iVm § 95 Abs 4 GuKG, §§ 22 Abs 4 und 23 Abs 2 iVm § 22 Abs 4 MABG, § 82 Abs 3 ZÄG.

<sup>88)</sup> § 21 Abs 5 KardiotechnikerG, §§ 73 ff MMHmG, § 15 Abs 3 MTD-G, § 45 Abs 3 SanG.

<sup>89)</sup> Vgl §§ 9 Abs 4, 10 Abs 7, 12 Abs 3, 12a Abs 3, 13 Abs 3 ÄrzteG.

<sup>90)</sup> Dabei hat sich die ÖÄK an jene Kriterien zu halten, die von der gem Art 44 der 15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens, BGBl I 2008/105 idF BGBl I 2013/199, eingesetzten Kommission für die ärztliche Ausbildung festgelegt werden. Diese Kommission, deren zentrale Aufgabe in der Beratung der ÖÄK in Fragen der Planung, Steuerung, Qualitätssicherung und Weiterentwicklung der ärztlichen Ausbildung liegt, ist nach der 15a-Vereinbarung unter Einbeziehung von Ländern, SVTr, ÖÄK und den Trägern der ärztlichen Ausbildungsstätten beim BM für Gesundheit einzurichten.

re verlängert, andernfalls ist die Anerkennung bescheidmäßig zurückzunehmen oder gegebenenfalls einzuschränken.

## 2. Qualitätskontrolle im Bereich der Leistungserbringung

Was die **Qualitätskontrolle im Bereich der Leistungserbringung** selbst betrifft, so bleibt die Suche nach entsprechenden Regelungen im Berufsrecht der nichtärztlichen Gesundheitsberufe gänzlich erfolglos. Durchaus komplexe Regelungen finden sich dagegen seit der Novelle BGBlI 2003/140 im **ÄrzteG** für die niedergelassenen Ärzte einschließlich der Gruppenpraxen, wobei das Qualitätssicherungssystem im Jahr 2010 mit dem Bundesgesetz zur Stärkung der ambulanten öffentlichen Gesundheitsversorgung<sup>91)</sup> noch einmal grundlegend überarbeitet worden ist.

Zentrale Rolle bei der systematischen Evaluierung und Kontrolle der Qualität der Leistungserbringung kommt der **Gesellschaft für Qualitätssicherung & Qualitätsmanagement in der Medizin (ÖQMed)** zu, deren Errichtung in der Rechtsform einer GmbH der ÖÄK gesetzlich aufgetragen ist.<sup>92)</sup> Die ÖQMed, die im Alleineigentum der ÖÄK steht, nimmt keine hoheitlichen Aufgaben wahr, ihre zentrale Aufgabe besteht in der Unterstützung der ÖÄK bei allen Qualitätssicherungsmaßnahmen.<sup>93)</sup> Neben den nach dem GmbHG verpflichtend vorgesehenen Organen sind als zusätzliche Organe ein **Wissenschaftlicher Beirat** und ein **Evaluierungsbeirat** einzurichten.<sup>94)</sup> Beide Organe wurden in ihrer jetzigen Form im Zuge der 14. ÄrzteG-Novelle 2010<sup>95)</sup> geschaffen und setzen sich seither aus wichtigen Stakeholdern des Gesundheitswesens zusammen. So sind in den Wissenschaftlichen Beirat, der zuvor paritätisch von der ÖÄK und dem BM für Gesundheit zu besetzen war, nun Vertreter der Gesundheit Österreich GmbH, des Gesundheitsministeriums, der Bundesländer, des Hauptverbands, diverser Organe der ÖÄK, der medizinischen Universitäten, der Bundesarbeiter- und der Wirtschaftskammer Österreich eingebunden. Damit soll nach den Materialien eine möglichst breite Beratungsbasis für die ÖQMed und die ÖÄK sowie die Vernetzung der maßgeblichen Akteure im Bereich der Qualitätssicherung für das Gesundheitswesen sichergestellt werden.<sup>96)</sup>

**Zentrale Aufgabe des Wissenschaftlichen Beirats** ist es, Empfehlungen für die von der ÖÄK gem § 118c ÄrzteG zu erlassende **Qualitätssicherungsverordnung** (QS-VO) zu erstatten. Inhalt dieser jeweils auf fünf Jahre befristeten Verordnung sind die zu evaluierenden **Kriterien**, das **Evaluierungs- und Kontrollverfahren** durch die ÖQMed sowie Regelungen zum von der ÖQMed zu führenden **Qualitätsregister**. Die Verordnung ergeht gem § 117c Abs 2 Z 8 ÄrzteG im übertragenen Wirkungsbereich; die ÖÄK unterliegt damit bei der Er-

<sup>91)</sup> BGBlI 2010/61.

<sup>92)</sup> § 118a ÄrzteG.

<sup>93)</sup> Stöger in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Kap 1.7.4.1., unter Hinweis auf die Materialien zum BG zur Stärkung der ambulanten öffentlichen Gesundheitsversorgung, ErläutRV 779 BlgNR 24. GP 24.

<sup>94)</sup> §§ 118b, 118d ÄrzteG.

<sup>95)</sup> BGBlI 2010/61.

<sup>96)</sup> ErläutRV 779 BlgNR 24. GP 24.

lassung der Verordnung dem Weisungsrecht des BM für Gesundheit.<sup>97)</sup> An die Empfehlungen des Wissenschaftlichen Beirats hinsichtlich der Ausgestaltung der Verordnung ist die ÖÄK zwar nicht strikt gebunden; will sie jedoch von diesen abweichen, so hat sie dies dem Beirat und dem BM für Gesundheit unverzüglich schriftlich und mit umfassender Begründung mitzuteilen.<sup>98)</sup> Dem BM stehen in diesem Fall Maßnahmen nach § 195g Abs 2 ÄrzteG offen; er kann somit den Entwurf zB einer Begutachtung durch eine von ihm bestimmte Begutachtungsstelle unterziehen lassen, wobei hier gem § 118c Abs 2 Satz 2 ÄrzteG wohl primär an eine nochmalige Befassung und Einholung einer Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats zu denken ist. Die ÖÄK kann ferner zur Vorlage des unter Berücksichtigung der Stellungnahme überarbeiteten Entwurfs verpflichtet werden, und auch eine Zurückstellung des Entwurfs an die ÖÄK zur Verbesserung steht dem BM offen – dies insbesondere dann, wenn die von der ÖÄK vorgeschlagene Fassung gegen gesetzliche Vorschriften verstößt. Ein Alleingang der ÖÄK bei der Erlassung der QS-VO ist mit dieser Konstruktion faktisch ausgeschlossen;<sup>99)</sup> die tragende Rolle bei der Festlegung der wesentlichen Spielregeln für die Qualitätsevaluierung und -kontrolle kommt aber trotz alledem nach wie vor der Landesvertretung der zu kontrollierenden Ärzte zu.

Die derzeit aktuelle **QS-VO 2012**<sup>100)</sup> definiert zunächst die **Kriterien**, nach denen die Evaluierung der niedergelassenen Ärzte und Gruppenpraxen stattzufinden hat. Darunter finden sich einerseits Kriterien, die unmittelbar an gesetzliche Berufspflichten anknüpfen, so etwa an die Dokumentationspflicht<sup>101)</sup> oder die Verpflichtung des Arztes, seine Ordinationsstätte in einem den hygienischen Anforderungen entsprechenden Zustand zu halten.<sup>102)</sup> Andere Kriterien gehen dagegen über die berufsrechtlichen Pflichten hinaus; als Beispiele können hier etwa das Kriterium „Mitarbeiterinsatz“<sup>103)</sup> oder „Interne Kommunikation“<sup>104)</sup> genannt werden. Ein eigenes Evaluierungskriterium stellt schließlich auch die **Fortbildung des Arztes** dar, die nach § 15 QS-VO 2012 in Form eines gültigen DFP-Diploms oder eines sonstigen Fortbildungsnachweises im selben Umfang zu belegen ist und deren Überprüfung der ÖQMed seit der Einfügung des § 118f ÄrzteG durch das GesundheitsreformG 2013<sup>105)</sup> auch bereits auf gesetzlicher Ebene ausdrücklich aufgetragen wird.

Die in der Verordnung definierten Kriterien sind in einem **Evaluierungsverfahren** zu überprüfen, dessen Grundsätze schon in § 118e ÄrzteG vorgegeben sind. Demzufolge hat **zumindest alle fünf Jahre** eine **Selbstevaluierung** der

<sup>97)</sup> § 195f ÄrzteG.

<sup>98)</sup> § 118c Abs 2 ÄrzteG.

<sup>99)</sup> So auch Stöger in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Kap. I.7.4.1.

<sup>100)</sup> Online abrufbar auf der Homepage der ÖÄK unter <http://www.aerztekammer.at/kundmachungen>.

<sup>101)</sup> § 17 QS-VO 2012: Evaluierungskriterium „Patientenhistorie und Dokumentation“.

<sup>102)</sup> § 7 QS-VO 2012: Evaluierungskriterium „Hygiene“.

<sup>103)</sup> § 16 QS-VO 2012.

<sup>104)</sup> § 22 QS-VO 2012.

<sup>105)</sup> BGBlI 2013/81.

niedergelassenen Ärzte einschließlich der Gruppenpraxen auf Grundlage der in der QS-VO definierten Kriterien stattzufinden; die Durchführung dieser Selbstevaluierung stellt eine Berufspflicht der Ärzte dar.<sup>106)</sup> Inwieweit diese Selbstevaluierung tatsächlich geeignet ist, etwaige Qualitätsmängel aufzudecken, erscheint fraglich;<sup>107)</sup> ihr Wert liegt vermutlich eher in der umfassenden Gewährleistung der Kenntnis der niedergelassenen Ärzte von den relevanten Qualitätskriterien.

Die Ergebnisse der Selbstevaluierung sind seitens der ÖQMed einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Darüber hinaus werden sie durch stichprobenmäßige Vor-Ort-Besuche überprüft, wobei die zu prüfenden Ärzte per Zufallsgenerator ausgewählt werden. Diese sog **Validitätsprüfungen** werden durch QS-Beauftragte, sog VerifikatorInnen durchgeführt; dabei handelt es sich um niedergelassene Ärzte, die über eine mindestens fünfjährige Berufserfahrung verfügen und die eine spezielle Weiterbildung zum QS-Beauftragten durchlaufen haben müssen. Kritisch anzumerken ist freilich, dass damit die Kontrolle durch Angehörige der zu kontrollierenden Gruppe selbst erfolgt.

Neben den Stichprobenkontrollen können die ÖÄK, die Landes-ÄK, Sozialversicherungsträger, Hauptverband, Vertreter von Patienteninteressen sowie Behörden in begründeten Fällen auch **spezifische Vor-Ort-Kontrollen** anregen. Bei beiden Formen der Kontrolle wird insofern eher schonend vorgegangen, als die Kontrollbesuche prinzipiell anzukündigen sind; unangekündigte Kontrollen sind nur im Ausnahmefall zulässig, wenn zu befürchten ist, dass andernfalls eine objektive Kontrolle verhindert werden könnte.<sup>108)</sup> Treten im Zuge der Selbstevaluierung oder im Zuge der Kontrollbesuche Mängel im Hinblick auf die in der Verordnung definierten Struktur- und Prozessqualitätskriterien zutage, so ist ein **Mängelbehebungsauftrag** zu erteilen und die Erfüllung dieses Auftrags erforderlichenfalls durch eine erneute Kontrolle zu überprüfen.<sup>109)</sup>

Allein nach den Regelungen der QS-VO 2012 scheinen die **Sozialversicherungsträger** in das Evaluierungsverfahren zunächst nicht einbezogen zu sein. Gem § 35 Abs 3 QS-VO 2012 ist dem jeweiligen gesetzlichen Krankenversicherungsträger (KVTr) allerdings die Erteilung eines Mängelbehebungsauftrags an einen Vertragspartner schriftlich anzuzeigen, ebenso die im Anschluss geplante Kontrolle der Mängelbehebung.<sup>110)</sup> Ausdrücklich wiederholt wird das schon in § 118e Abs 3 ÄrzteG normierte Recht des KVTr, einen Arzt der betreffenden Fachrichtung zur Teilnahme am Kontrollbesuch zu bestimmen. Während die

<sup>106)</sup> § 49 Abs 2a ÄrzteG.

<sup>107)</sup> In den von der ÖQMed zu diesem Zweck zur Verfügung gestellten Fragebögen wird der Arzt mittels simplen Ja-/Nein-Fragen nach dem Vorliegen der Qualitätskriterien befragt; so lautet die Frage beim Kriterium „Patientenversorgung – Erreichbarkeit“ etwa: „Werden Ihre Patientinnen/Patienten für den Fall Ihrer Abwesenheit über Ihre ärztliche Vertretung informiert?“ oder im Bereich des Kriteriums „Interne Kommunikation“: „Fordern Sie Ihr Personal regelmäßig zu Rückmeldungen an Sie auf, um daraus gegebenenfalls Verbesserungsmaßnahmen definieren zu können?“. Bei jeder Frage wird neben dem Kästchen für „Nein“ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dessen Auswahl einen Mängelbehebungsauftrag auslöst.

<sup>108)</sup> §§ 36 Abs 3, 38 Abs 2 QS-VO 2012.

<sup>109)</sup> § 35 QS-VO 2012.

<sup>110)</sup> § 36 Abs 4 QS-VO 2012.

QS-VO somit eine Verständigungspflicht bzw das Recht zur Entsendung eines Arztes explizit nur für Kontrollbesuche nach einem bereits erteilten Mängelbehebungsauftrag vorsieht, geht § 118e Abs 3 ÄrzteG diesbezüglich deutlich weiter, da hier auch die verpflichtende und unaufgeforderte Information des jeweiligen KVTr von den Evaluierungsergebnissen der Vertragspartner sowie dessen Einbeziehung in jegliche Form der Kontrolle bei Vertragsärzten angeordnet wird. Die QS-VO kann diese gesetzliche Informationspflicht bzw das gesetzlich vorgesehene Recht der KVTr auf Teilnahme an den Kontrollen nicht wirksam beschränken.

Kommt ein Arzt einem Mängelbehebungsauftrag nicht nach, so hat die ÖQMed gem § 118e Abs 2 dritter Satz ÄrzteG ein **Disziplinarverfahren** durch Anzeige beim Disziplinaranwalt der ÖÄK einzuleiten. Ein Absehen von der Anzeigepflicht ist nur dann zulässig, wenn es sich beim gerügten Mangel um eine Verletzung der Fortbildungspflicht handelt und für das Nichterbringen des erforderlichen Fortbildungsnachweises berücksichtigungswürdige Gründe vorgebracht werden können.<sup>111)</sup> Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Einleitung des Disziplinarverfahrens in allen anderen Fällen der Nichterfüllung eines Mängelbehebungsauftrags nicht im Ermessen der ÖQMed liegt, sondern zwingend vorgesehen ist.

Im Wege des Disziplinarverfahrens stehen je nach Schwere der Berufspflichtverletzung **verschiedene Disziplinarstrafen** – vom schriftlichen Verweis über Geldstrafen bis zur befristeten Untersagung der Berufsausübung bzw Streichung aus der Ärzteliste – zur Verfügung.<sup>112)</sup> Betrifft der gerügte Mangel **hygienische Anforderungen** gem § 56 Abs 1 Z 1 ÄrzteG, so ist überdies die verpflichtende Verständigung der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde vorgesehen, die dann ihrerseits zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für eine **verwaltungsbehördliche Sperre der Ordination bzw Gruppenpraxis** vorliegen.<sup>113)</sup>

Für **Vertragsärzte** bzw Vertragsgruppenpraxen kann die fehlende bzw eine negative Evaluierung gem § 49 Abs 2b ÄrzteG schließlich zur **Kündigung des Kassenvertrags** führen. Ein Kündigungsgrund iSd § 343 Abs 4 ASVG liegt demnach einerseits dann vor, wenn die Evaluierung oder Kontrolle eine **unmittelbare Gefährdung der Gesundheit** von Patienten ergibt; andererseits stellt es auch dann eine zur Kündigung berechtigende schwerwiegende Berufspflichtverletzung dar, wenn die **Evaluierung oder Kontrolle** aus vom Arzt zu vertretenden Gründen **unterbleibt**.

Das für **Zahnärzte** vorgesehene System der Qualitätsevaluierung und -kontrolle ist jenem nach dem ÄrzteG in vielen Aspekten sehr ähnlich. Auch Zahnärzte sind gem § 22 ZÄG zur **regelmäßigen und umfassenden Evaluierung der Qualität** verpflichtet, auch hier hat die ÖZÄK im übertragenen Wirkungsbereich eine **Qualitätssicherungsverordnung** zu erlassen (§ 20 Abs 4 Z 2 ZÄKG).<sup>114)</sup>

<sup>111)</sup> Vgl § 118f Abs 2 ÄrzteG. Als Beispiel für einen berücksichtigungswürdigen Grund wird in den Materialien die Karenzierung des Arztes genannt (ErläutRV 2243 BlgNR 24. GP 36).

<sup>112)</sup> Vgl § 139 Abs 1 ÄrzteG.

<sup>113)</sup> § 118e Abs 2 letzter Satz ÄrzteG.

<sup>114)</sup> Und auch hier sind im übertragenen Wirkungsbereich erlassene Verordnungen dem BM für Gesundheit vorzulegen und können insbesondere dann, wenn sie gegen

Hinsichtlich der Durchführung der Qualitätsevaluierung und -kontrolle stellt § 50 ZÄKG es allerdings der ÖZÄK frei, zu diesem Zweck entweder eine eigene Einrichtung zu errichten, sich an einer solchen zu beteiligen oder eine bereits bestehende Einrichtung mit der Durchführung der zahnärztlichen Qualitätssicherung zu beauftragen. Voraussetzung ist in jedem Fall, dass die jeweilige Einrichtung von den Organen der ÖZÄK organisatorisch und personell unabhängig zu sein hat.<sup>115)</sup> Auch im ZÄKG ist zur Unterstützung der gewählten Qualitätssicherungseinrichtung und der ÖZÄK die Einrichtung eines **Wissenschaftlichen Beirates** vorgesehen, doch ist dieser nach wie vor paritätisch durch die ÖZÄK und das Gesundheitsministerium zu besetzen; weder Vertreter der Sozialversicherung noch Vertreter anderer wichtiger Player im Gesundheitsbereich sind aktuell in den Beirat eingebunden. Ein Evaluierungsbeirat ist nach dem ZÄKG nicht vorgesehen.

Hinsichtlich des Evaluierungs- und Kontrollverfahrens sowie hinsichtlich der Konsequenzen eines schuldhaften Unterbleibens der Evaluierung bzw der Nichtbehebung festgestellter Mängel kann weitestgehend auf die Ausführungen zum ÄrzteG verwiesen werden. Eine Abweichung ist allerdings insofern festzustellen, als den **gesetzlichen KVTr** das Ergebnis der Evaluierung ihrer Vertragspartner nach dem ZÄKG nur auf Anfrage bekannt zu geben ist; von Kontrollen bei Vertragszahnärzten sind die KVTr aber auch hier zu unterrichten und es steht ihnen das Recht zu, einen Zahnarzt zur Teilnahme an der Kontrolle zu bestimmen.<sup>116)</sup>

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass für Krankenanstalten in Form von **selbständigen Ambulatorien** die Möglichkeit eines **Opt-in** in das Qualitätssicherungssystem der niedergelassenen Ärzte bzw Zahnärzte geschaffen wurde. Als Krankenanstalten unterliegen die selbstständigen Ambulatorien der **Beaufsichtigung durch die Sanitätsbehörden des Bundes**, denen prinzipiell sehr weitgehende Kontrollrechte zukommen, insbesondere können sie jederzeit und auch unangemeldet Kontrollen durchführen.<sup>117)</sup> Dies gilt gem § 60 Abs 4 KAKuG für selbständige Ambulatorien dann nicht, wenn diese sich regelmäßig einer Überprüfung durch die ÖQMed oder durch eine vergleichbare Einrichtung bzw im Falle der selbständigen Zahnambulatorien durch eine Einrichtung gem § 50 Abs 1 ZÄKG unterziehen. Das Opt-in ist der Bezirksverwaltungsbehörde durch Vorlage des entsprechenden Vertrags mit der Einrichtung für Qualitätssicherung nachzuweisen, und es sind ihr die Evaluierungsberichte zu übermitteln. Beteiligt sich das Ambulatorium in dieser Weise am Qualitätssicherungssystem des niedergelassenen Bereichs, so reduziert sich im Ergebnis die Zuständigkeit der Sanitätsbehörden auf jene Fälle, in denen konkrete Umstände (zB die Ergebnisse der Evaluierungsberichte) auf eine Verletzung sanitärer Vorschriften hindeuten.

---

gesetzliche Vorschriften verstoßen, zur Verbesserung zurückgestellt werden (§ 107 Abs 2 ZÄKG).

<sup>115)</sup> Die ÖZÄK hat sich für die zuletzt genannte Variante entschieden und die medQ – Dr. Roman Haas GmbH mit der Qualitätssicherung im zahnärztlichen Bereich beauftragt.

<sup>116)</sup> Vgl § 50 Abs 5 ZÄKG.

<sup>117)</sup> § 60 Abs 2 KAKuG.

### III. Zusammenfassung und Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich in den Berufsgesetzen der medizinischen Gesundheitsberufe zahlreiche Bestimmungen ausmachen lassen, deren Ziel in der Schaffung verbindlicher Standards im Bereich der Struktur- und Prozessqualität liegt. Ein Vergleich der verschiedenen Berufsgesetze fördert viele Gemeinsamkeiten und Ähnlichkeiten zutage, es lassen sich im Detail aber auch deutliche Unterschiede feststellen, für die nicht immer eine sachliche Rechtfertigung erkennbar ist. Der in der Literatur schon laut gewordene Ruf nach einer Vereinheitlichung und insbesondere nach einer übersichtlicheren Gestaltung der Berufsrechte im medizinischen Bereich<sup>118)</sup> erscheint aus dieser Warte durchaus berechtigt.

Der Vielzahl an qualitätssichernden Maßnahmen im engeren Sinne stehen bislang nur wenig berufsrechtliche Regelungen zur Qualitätsevaluierung und -kontrolle gegenüber. Regelungen zur Überprüfung der Qualitätsvorgaben bei der Leistungserbringung selbst finden sich derzeit nur im Berufsrecht der Ärzte und Zahnärzte. Dass die zentrale Rolle dabei nach wie vor den Standesvertretungen zukommt, führt – trotz der mittlerweile zumindest im ÄrzteG realisierten stärkeren Einbindung externer Stakeholder des Gesundheitswesens in die Qualitätssicherung – immer wieder zu Diskussionen über die Effektivität des derzeitigen Qualitätssicherungssystems bzw über die Frage der Notwendigkeit einer stärker von der Standesvertretung abgekoppelten Qualitätskontrolle. Die Zuweisung der Aufgabe der Qualitätssicherung an die Ärzte- bzw die Zahnärztekammer bewirkt letztlich auch, dass jede Standesvertretung ihre eigene Einrichtung mit diesen Aufgaben betraut, was ein einheitliches und akkordiertes Vorgehen bei der Qualitätssicherung und -verbesserung nicht gerade fördert.

Das Fehlen von Regelungen zur Qualitätsevaluierung und -kontrolle im Berufsrecht der nichtärztlichen Berufe erscheint hinsichtlich jener medizinischer Berufe unproblematisch, die ohnehin nur im Rahmen eines Dienstverhältnisses ausgeübt werden dürfen, da hier die Aufgabe der Qualitätssicherung in erster Linie den jeweiligen Dienstgebern, die häufig Krankenanstalten sind, zufällt. Hinsichtlich jener Berufe, die (auch) freiberuflich ausgeübt werden dürfen, sind dagegen keine sachlichen Gründe erkennbar, warum eine Qualitätskontrolle für diese weniger notwendig sein sollte als für die ärztlichen Leistungserbringer. Wenn über die Implementierung qualitätssichernder Maßnahmen auch für diese Berufe nachgedacht werden sollte, dann rückt aber wohl noch einmal verstärkt die Frage in den Fokus, ob nicht im Sinne einer berufsgruppenübergreifenden Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität im Gesundheitswesen eine von den Interessenvertretungen abgekoppelte Qualitätssicherung durch eine externe Institution langfristig der sinnvollere Weg wäre als der Aufbau von aufwändigen Parallelstrukturen in den verschiedenen Gesundheitsberufen. Hier könnte und sollte bereits etablierten Einrichtungen wie zB dem auf Grundlage des GQG eingerichteten Bundesinstitut für Qualität im Gesundheitswesen eine zentrale Rolle zukommen.

<sup>118)</sup> Vgl insbesondere *Stärker*, Berufsrechte der Gesundheitsberufe: Radikale Verein-fachung notwendig, RdM 2014/2, 4.

*Rudolf Mosler, Salzburg*

# **Zulässigkeit von „Mystery Checks“**

## **Übersicht:**

- I. Zum Problem
- II. Überblick über die Rechtslage
- III. Zulässigkeit des Einsatzes von Testpersonen
  - A. Allgemeines
  - B. Verfassungsrecht
  - C. Strafrecht
  - D. Verwaltungsrecht
  - E. Wettbewerbsrecht
  - F. Arbeitsrecht
  - G. Schlussfolgerungen für Mystery Checks bei Vertrags- und Wahlärzten
- IV. Rechtsfolgen von aufgedeckten Verstößen
- V. Zusammenfassung

## **I. Zum Problem**

Wieder einmal hat sich ein Anglizismus in die deutsche Sprache eingeschlichen, der keinesfalls selbsterklärend ist. Meist wird von „Mystery Shopping“ gesprochen, wenn Testeinkäufer/innen, die wie normale Kunden/Kundinnen auftreten, Waren kaufen und dabei die Produkt-, Dienstleistungs- bzw Servicequalität erheben.<sup>1)</sup> Getestet wird also zB die Freundlichkeit, die Reaktion auf Beschwerden und die Einhaltung von Qualitätsstandards. Manchmal wird auch Diebstahls- und Betrugsprävention bezweckt. Die Tests werden meist persönlich, manchmal aber auch schriftlich oder telefonisch bzw kombiniert durchgeführt. Oft werden die Daten anhand eines vorab erstellen und vorgegebenen Beobachtungskatalogs erhoben und dokumentiert. Geht es nicht um den Verkauf von Waren sondern um die Erbringung einer Dienstleistung, wird oft auch von „Mystery Checks“ gesprochen. In den meisten Fällen ist der Auftraggeber das kontrollierte Unternehmen selbst, manchmal sind es auch Dritte (zB ein Vertragspartner, eine Konsumentenschutzorganisation oder ein Marktforschungsinstitut). Vorrangig wird diese Testmethode offenkundig im Handel und in der Gastronomie verwendet. Als Testpersonen dürften eher selten hauptberuflich

---

<sup>1)</sup> Vgl etwa [https://de.wikipedia.org/wiki/Mystery\\_Shopping](https://de.wikipedia.org/wiki/Mystery_Shopping) (abgefragt am 2. 10. 2017); im Gabler Wirtschaftslexikon wird der Ausdruck „Silent Shopper“ verwendet, vgl <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/134410/mystery-shopper-v5.html> (abgefragt am 2. 10. 2017).

tätige Arbeitnehmer/innen eingesetzt werden (allenfalls bei komplexeren Überprüfungen, die eine längere Einschulung erfordern). Jedenfalls werden über das Internet meist selbständige Tätigkeiten angeboten, die nebenberuflich von Studierenden, Arbeitslosen und Personen mit Tagesfreizeit erledigt werden sollen. Mit Rätsel, Geheimnis, Mysterium (so die Übersetzung von „Mystery“) hat das nur insoweit zu tun, als der Test heimlich durchgeführt wird und die damit Kontrollierten nicht über die Kontrollfunktion des Kaufs aufgeklärt werden.

Während Mystery Shopping oder Mystery Checks meist der Qualitätssicherung dienen, ist die Ermittlungsarbeit von Detektiven mehr auf die Erhebung von Beweisen für Gerichtsverfahren oder Vertragsverletzungen oder auch das Auskundschaften von Privatverhältnissen ausgerichtet. Als Ermittlungsmethode wird auch bei Detektiven oft Mystery Shopping eingesetzt. Für die genannten Testverfahren gibt es an sich keine speziellen Regelungen in Österreich. Testpersonen und ihre Auftraggeber müssen sich an die Bestimmungen der allgemeinen Rechtsordnung halten, für ihre Tätigkeit brauchen sie aber keine spezielle Bewilligung, soweit sie nicht gewerbsmäßig als Detektiv tätig werden. Detektive benötigen eine Gewerbeberechtigung (§ 129 GewO). Es handelt sich um ein reguliertes Gewerbe (§ 94 Z 62 GewO), die Zuverlässigkeit des „Berufsdetektivs“ wird gem § 95 GewO von der Gewerbebehörde überprüft.

Offenkundig seit 2011 werden von der Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) Testpatienten/-patientinnen bei Vertragsärzten/-ärztinnen eingesetzt. Nach einer Pressemeldung<sup>2)</sup> im Zusammenhang mit einer parlamentarischen Anfragebeantwortung<sup>3)</sup> wurden zwölf Arztpraxen überprüft und dabei zwischen drei und 19 Testpatienten/-patientinnen pro Quartal eingesetzt. In acht der zwölf Fälle wurden danach Missstände oder Betrug nachgewiesen, sechs Ärzte verloren ihren Kassenvertrag, einer wurde verwarnet, in einem Fall die sanitäre Aufsichtsbehörde informiert. In drei der zwölf Fälle fanden die Testpatienten/-patientinnen keine Hinweise auf vertragswidriges Verhalten, in einem Fall konnte die Überprüfung nicht durchgeführt werden, weil sich der Arzt in Untersuchungsbefand und die Praxis daher geschlossen war. Besonders bekannt wurde ein Fall, in dem einem Wiener Vertragsarzt durch Testpatienten/-patientinnen der WGKK die Ausstellung ungerechtfertigter Krankschreibungen und die Erbringung ungerechtfertigter Leistungen nachgewiesen wurde.<sup>4)</sup> Dabei wurde dem Arzt mitgeteilt, dass man gar nicht krank sei, sondern die Krankschreibung für private Angelegenheiten benötige. Die Krankschreibung wurde vom Arzt mit der Erbringung von später der WGKK verrechneten Leistungen „wegen der Glaub-

<sup>2)</sup> Die Presse vom 14. 7. 2016, [http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/5049649/Kontrolle\\_Sechs-Aerzte-verloren-Kassenvertrag](http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/5049649/Kontrolle_Sechs-Aerzte-verloren-Kassenvertrag) (abgerufen am 2. 10. 2017).

<sup>3)</sup> 5874/AB vom 9. 9. 2015 zu 6089/J (25. GP): aus dieser Anfragebeantwortung ergeben sich die Zahlen allerdings nicht, offenbar handelt es sich um eine Auskunft von Seiten der Sozialversicherung. Aus der Beantwortung einer mündlichen Anfrage vom 16. 6. 2016 von BM Oberhauser (225/M, 134. Sitzung/18, 25. GP) ergibt sich, dass 2016 (jedenfalls bis zum 16. 6.) kein Mystery Shopping durch die KVTr bei niedergelassenen Ärzten durchgeführt wurde.

<sup>4)</sup> Vgl den von der BSK festgestellten und im Erkenntnis des VfGH 20. 2. 2015, B 888/2013, wiedergegebenen Sachverhalt.

würdigkeit gegenüber der Krankenkasse“ verknüpft. Die Bundesschiedskommission (BSK) sah darin einen Grund für die Kündigung des Einzelvertrags, der VfGH hat diese Entscheidung bestätigt.<sup>5)</sup>

Gemeinsam mit dem Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz<sup>6)</sup> wurde in der Folge § 32a ASVG eingeführt, der eine Verpflichtung der Sozialversicherungsträger (SVTr) zur Überprüfung der Vertragspartner/innen enthält. Eine bestimmte Überprüfungsmethode wird dabei nicht angeordnet. Vor und nach Gesetzwerdung wurden Mystery Checks von Seiten der Ärztekammer massiv bekämpft. Es ist die Rede von „Vertrauensbruch in der Beziehung zwischen Arzt und Patienten“, „Bespitzelung“, „Spitzelstaat“, „Erinnerung an DDR-Zeiten“ und „DDR 2.0“.<sup>7)</sup> Die Auseinandersetzung wurde auch über Rechtsgutachten geführt, die angeblich die Verfassungswidrigkeit von § 32a ASVG behauptet haben.<sup>8)</sup> Ausdrücklich begrüßt wurde die Neuregelung hingegen nicht nur von Seiten der Sozialversicherung, sondern auch von der Wirtschaftskammer Österreich<sup>9)</sup> und der Wiener Patientenanwältin.<sup>10)</sup> Losgelöst von der Heftigkeit dieser Auseinandersetzung soll im Folgenden nur die Rechtslage analysiert werden, also der Frage nachgegangen werden, ob Mystery Checks bei niedergelassenen Ärzten nach derzeitiger Rechtslage zulässig sind und ob Bedenken aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen bzw welche Rechtsfolgen es nach sich zieht, wenn die Überprüfung ein rechtswidriges Verhalten des Vertragspartners/der Vertragspartnerin ergibt.

## II. Überblick über die Rechtslage

Mystery Checks bei Vertragspartnern/partnerinnen werden im Sozialversicherungsrecht nicht ausdrücklich geregelt.<sup>11)</sup> Es gibt aber Bestimmungen, die sich auf die Kontrolle der Leistungserbringer/innen beziehen. Ausdrücklich trifft dies auf § 32a ASVG und die Richtlinienkompetenz des Hauptverbands nach

<sup>5)</sup> VfGH 20. 2. 2015, B 888/2013, DRdA 2015/49, 522 (Grillberger).

<sup>6)</sup> BGBlI 2015/113.

<sup>7)</sup> Vgl Die Presse vom 31. 5. 2016, [http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/4999208/Mystery-Shopping\\_Aerzte-kritisieren-DDR-20](http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/4999208/Mystery-Shopping_Aerzte-kritisieren-DDR-20); Wien ORF.at vom 20. 4. 2016, <http://wien.orf.at/news/stories/2769623/> (abgerufen letztmals am 2. 10. 2017). Nach diesem Bericht wird die Maßnahme hingegen von der Wiener Patientenanwältin unterstützt.

<sup>8)</sup> In Wien ORF.at vom 20. 4. 2016, <http://wien.orf.at/news/stories/2769623/> (abgerufen am 2. 10. 2017) wird diesbezüglich auf Rechtsgutachten der Professoren Mayer und Birklbauer verwiesen. Offenbar wurden diese Gutachten nicht veröffentlicht. Es gibt zwar einen Aufsatz von Birklbauer, Kontrolle von Kassenärzten durch „Scheinpatienten“ (Mystery Shopping), RdM 2016/137, 266. Mangels Hinweis darin kann aber nicht festgestellt werden, ob der Aufsatz dem Gutachten entspricht.

<sup>9)</sup> Aussendung vom 18. 6. 2015, [https://www.wko.at/Content.Node/iv/presse/wkoe\\_presse/presseaussendungen/pwk\\_467\\_15\\_-Mystery-Shopping-bei-Aerzten-ist-im-Interesse.html](https://www.wko.at/Content.Node/iv/presse/wkoe_presse/presseaussendungen/pwk_467_15_-Mystery-Shopping-bei-Aerzten-ist-im-Interesse.html) (abgerufen letztmals am 1. 7. 2017).

<sup>10)</sup> Wien ORF.at vom 20. 4. 2016, <http://wien.orf.at/news/stories/2769623/> (abgerufen am 2. 10. 2017).

<sup>11)</sup> Sie werden allerdings in den Gesetzesmaterialien (ErläutRV 692 BlgNR 15. GP 7f) ausdrücklich erwähnt.

§ 31 Abs 5 Z 12 ASVG zu. Auch die §§ 338 Abs 5 und 342 Abs 1 Z 4 ASVG stehen mit der Kontrolle der Vertragspartner/innen im Zusammenhang. Hingegen betrifft § 32b ASVG die Leistungserbringer/innen, die keinen Vertrag mit der Sozialversicherung haben.

§ 32a Abs 1 Satz 1 enthält eine allgemeine Verpflichtung aller Versicherungsträger (KV, UV, PV) zur Kontrolle der Vertragspartner/innen.<sup>12)</sup> Betroffen sind also nicht nur Ärzte/Ärztinnen, sondern alle in § 338 ASVG Abs 1 und 2 genannten Gesundheitsberufe und -einrichtungen wie zB Psychotherapeuten/therapeutinnen, Apotheken und Krankenanstalten. Satz 2 und 3 ermächtigt die Versicherungsträger zur Kontrolle mit Hilfe eigens ausgestellter e-cards unter bestimmten Voraussetzungen. Solche Kontrollen mit speziellen e-cards dürfen allerdings nur bei begründetem Verdacht auf eine nicht rechtskonforme Vorgangsweise und darüber hinaus stichprobenweise auf Grund eines im Vorhinein erstellten Stichprobenplans durchgeführt werden. Abs 2 enthält Dokumentations-, Aufzeichnungs- und Informationspflichten des Versicherungsträgers sowie eine Regelung über die Verrechenbarkeit von Leistungen, die anlässlich einer Kontrolle erbracht wurden. In Abs 3 wird die Einbeziehung der Interessenvertretungen der jeweiligen Vertragspartner/innen geregelt.

Nach § 31 Abs 2 Z 3 ASVG obliegt dem Hauptverband die Erstellung von Richtlinien zur Förderung oder Sicherstellung der gesamtwirtschaftlichen Tragfähigkeit, der Zweckmäßigkeit und der Einheitlichkeit der Vollzugspraxis der SVTr. Gem § 31 Abs 5 Z 12 ASVG sind Richtlinien iSd Abs 2 Z 3 über die Durchführung, Dokumentation und Qualitätssicherung von Kontrollen im Vertragspartnerbereich nach § 32a (RLVPK) aufzustellen. Derartige Richtlinien wurden vom Hauptverband erlassen.<sup>13)</sup> Neben allgemeinen Grundsätzen enthalten sie insbesondere Regelungen über die Ausstellung von „Kontroll-e-cards“, den Stichprobenplan, die Kontrollschwerpunkte, Information, Protokollierung und Dokumentation sowie die Ausbildung der Testpersonen.

Nach § 342 Abs 1 Z 4 ASVG zählt die Vorsorge zur Sicherstellung einer wirtschaftlichen Behandlung und Verschreibweise zum zu regelnden Inhalt des Gesamtvertrags. Zweifellos können entsprechende Kontrollen im Gesamtvertrag geregelt werden, weil diese die wirtschaftliche Leistungserbringung sichern und damit ein eindeutiger Zusammenhang mit der Leistungszuständigkeit der SVTr besteht.<sup>14)</sup> Gem § 338 Abs 5 ASVG darf aber weder durch Vertrag noch durch Nebenabrede die Kontrolle an sich sowie der Einsatz einzelner Kontrollinstrumente ausgeschlossen werden. Die Bestimmung hat wohl nur klarstellenden Charakter, was sich sowohl aus § 32a als auch aus dem zweiseitig zwingenden Charakter der §§ 341 ff ASVG ergibt.<sup>15)</sup> Eine die Kontrolle ausschließende oder einschränkende Regelung im Gesamtvertrag ist unwirksam.

Nicht-Vertragspartner/innen sind nach § 32b ASVG verpflichtet, an der Feststellung des Anspruchs auf Leistungsberechtigung mitzuwirken. Als Nicht-

<sup>12)</sup> Vgl dazu und zum Folgenden Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 32a ASVG Rz 3 ff.

<sup>13)</sup> Verlautbarung avsv Nr 61/2016.

<sup>14)</sup> Vgl dazu Kletter in Sonntag, ASVG<sup>8</sup> § 342 Rz 100.

<sup>15)</sup> Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm §§ 32a und 32h ASVG Rz 9.

Vertragspartner/in gilt nach § 32b in Übereinstimmung mit dem Leistungsrecht<sup>16)</sup> der/die Leistungserbringer/in, für dessen/deren Leistung Kostenerstattung, Kostenersatz oder ein Kostenzuschuss gewährt wird. Von Wahlbehandlern/-behandlungserinnen darf verlangt werden, dass sie Unterlagen und sonstige zweckdienliche Hinweise dem SVTr zur Verfügung stellen, die für die Feststellung des Anspruchs des/der Versicherten erforderlich oder jedenfalls zur Überprüfung dienlich sind.<sup>17)</sup>

Eine Pflicht zur Kontrolle der Vertragspartner/innen ergibt sich schon aus allgemeinen Verpflichtungen, jedenfalls soweit es die Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung betrifft (so kann die Aufsicht des Bundes nach § 449 über die Rechtmäßigkeit hinaus auf diese Grundsätze erstreckt werden). Daher waren solche Kontrollen auch schon vor Einführung der §§ 32a und 32b ASVG zulässig.<sup>18)</sup> § 32a Abs 1 Satz 1 geht allenfalls über die vorher bestehende Rechtslage hinaus, als auch die Ausstellung von Krankheitsbestätigungen und ärztlichen Attesten überprüft werden muss, die nicht zwingend Auswirkungen auf die Gebarung der SVTr haben. Die Krankenversicherungsträger (KVTr) müssen allerdings Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen zur Erfüllung der Voraussetzungen von § 8 Abs 8 AngG und § 4 Abs 1 EFZG ausstellen bzw ihre Ausstellung gewährleisten. Sie haben die Vertragsärzte/-ärztinnen in den Gesamtverträgen dazu ermächtigt und verpflichtet. Insofern ist es nur konsequent, wenn es auch Möglichkeiten gibt, die Unrichtigkeit solcher Bestätigungen festzustellen. Weitere Kontrollbereiche sind vor allem die Ausstellung von Rezepten, die Verrechnung von Leistungen und die vertragskonforme Leistungserbringung (vgl auch § 5 Abs 1 RLVPK). Fachliche Fragen sind insoweit nicht erfasst, als die Diagnose- und Therapiefreiheit des Arztes reicht. Die gesamtvertragliche Verpflichtung zur wirtschaftlichen Leistungserbringung ist hingegen Teil der Kontrollverpflichtung (siehe auch § 5 Abs 1 Z 13 RLVPK).

### III. Zulässigkeit des Einsatzes von Testpersonen

#### A. Allgemeines

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, wie Mystery Shopping, Mystery Checks bzw der Einsatz von Testpersonen in verschiedenen Bereichen der Rechtsordnung beurteilt werden. Ausgehend von den Beschränkungen, die sich aus der EMRK ergeben, wird auf allfällige Grenzen eingegangen, die sich aus dem Strafrecht, dem Verwaltungsrecht, dem Wettbewerbsrecht und dem Arbeitsrecht ergeben. Dabei geht es nicht darum, dass vergleichbare Fallgestaltungen aus anderen Rechtsgebieten eigenständig untersucht werden, sondern nur um mögliche Erkenntnisse für die Beurteilung von Mystery Checks bei Ärzten, die am Schluss dieses Kapitels erfolgt.

<sup>16)</sup> Siehe auch §§ 131 ff ASVG.

<sup>17)</sup> Vgl Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm §§ 32a und 32h ASVG Rz 5.

<sup>18)</sup> Vgl Souhrada in Sonntag, ASVG<sup>8</sup> § 32a Rz 2.

## B. Verfassungsrecht

Art 6 Abs 1 EMRK schützt das Recht auf ein faires Verfahren. Das spielt ua dann eine Rolle, wenn im Zuge von polizeilichen Ermittlungen ein „agent provocateur“ tätig wird. Fraglich ist dabei, ob verdeckte Ermittler zur Aufklärung von Straftaten (vor allem im Drogenbereich) durch staatliche Behörden überhaupt eingesetzt werden und bejahendenfalls welche Mittel sie verwenden dürfen. Der EGMR hat sich mehrmals mit diesen Fragen beschäftigt.<sup>19)</sup> Der Einsatz von verdeckten Ermittlern kann danach zulässig sein, wenn er klaren Beschränkungen unterliegt und mit Garantien versehen ist. Nach ständiger Rechtsprechung<sup>20)</sup> sind aber polizeiliche Provokationen unzulässig, bei denen sich die beteiligten Polizeibeamten nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern die betroffene Person zu einer Straftat verleiten, die sie andernfalls nicht begangen hätte. Dabei muss eine gewisse Tatgeneigtheit (im Sinne eines Verdachts auf die Tatbegehung) vorliegen. Ferner sind bestimmte Methoden wie Druckausübung durch besonders aggressives Verhandeln, Ködern mit den Marktwert übersteigenden Preisen, Beharren auf dem Angebot trotz Ablehnung durch die betroffene Person oder Erregen von Mitleid durch Vorspiegelung falscher Tatsachen verpönt. Als zulässig wurde angesehen, wenn die Polizei zwar ein Drogengeschäft anbahnt, sich dabei aber wie ein „gewöhnlicher Kunde“ verhält und keinen besonderen Druck ausübt, das Geschäft abzuschließen.<sup>21)</sup> Hingegen wurde es als unfaire Provokation qualifiziert, wenn der Täter nach Ablehnung neuerlich kontaktiert und zum verbotenen Geschäft überredet wurde.<sup>22)</sup>

## C. Strafrecht

Im Strafprozessrecht wird beim Einsatz verdeckter Ermittler auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 EMRK abgestellt.<sup>23)</sup> Nach § 5 Abs 3 StPO ist es unzulässig, Personen zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art 6 Abs 1 EMRK) widerstreitenden Weise zu verleiten, oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken. Rechtsfolge einer unzulässigen Tatprovokation ist nach § 133 Abs 5 StPO, dass die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung eines/einer Beschuldigten wegen der strafbaren Handlung, zu deren Begehung er verleitet wurde, abzusehen hat.

Den Testpersonen der SVTr geht es aber nicht darum, den Arzt/die Ärztin zu einem strafrechtswidrigen Verhalten zu bringen oder ihn/sie eines strafrechtlichen Delikts zu überführen. Das unterscheidet sie auch von verdeckten Ermittlern der Polizei, die zum Zwecke der Strafermittlung tätig sind und durch ihre Handlungen Verbrecher überführen wollen. Die Testperson will allenfalls vertragswidriges Verhalten des Arztes herausfinden. Es geht dabei um die Einhaltung zivilrechtlicher Regeln zwischen Vertragspartnern und nicht strafrechtlicher Normen im staatlichen Interesse.

<sup>19)</sup> Vgl dazu *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 (270 ff) mwN.

<sup>20)</sup> Vgl insb *Furcht/Deutschland* v 23. 10. 2014, Bsw 54.648/09 mwN.

<sup>21)</sup> *Scholer/Deutschland* v 18. 12. 2014, Bsw 14.212/10.

<sup>22)</sup> *Furcht/Deutschland* v 23. 10. 2014, Bsw 54.648/09.

<sup>23)</sup> ZB OGH 15 Os 89/15z; 15 Os 16/99x.

Im Übrigen wäre im vorliegenden Zusammenhang auch fraglich, welche strafbaren Handlungen überhaupt in Betracht kommen, zu denen Ärzte/Ärztinnen verleitet werden könnten. In erster Linie kommt wohl Betrug iSd § 146 StGB in Betracht, wenn der Arzt vorsätzlich ein Gefälligkeitsattest ausstellt, mit dem der/die Arbeitnehmer/in seinem/ihrer Arbeitgeber/in eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit vortäuschen will, um Entgeltfortzahlung zu erlangen. In diesem Fall ist der Arbeitnehmer unmittelbarer Täter, der Arzt hingegen Beitragstäter.<sup>24)</sup> Wird der Krankenstandsmissbrauch von der Testperson nur zu Testzwecken behauptet, ohne dass eine Ausführung auch nur in Erwägung gezogen wird, kommt weder eine Strafbarkeit der Testperson noch des Arztes in Betracht.<sup>25)</sup> Andere strafrechtliche Delikte wie Beweismittelfälschung (§ 293 Abs 1 StGB) oder Abrechnungsbetrug können zwar vom Arzt verwirklicht werden, der Beitrag der Testperson wird aber – jedenfalls wenn sie sich auftragskonform im Sinne eines Mystery Checks verhält – nicht zur Strafbarkeit führen.<sup>26)</sup> Das gilt auch dann, wenn eine Kontroll-e-card (e-card mit falschen Angaben) verwendet wird.<sup>27)</sup>

#### D. Verwaltungsrecht

Der VwGH hat sich schon mit Fällen zu Testpersonen aus ganz unterschiedlichen Bereichen befassen müssen. Eine Entscheidung hat das Apotheken-Disziplinarrecht betroffen.<sup>28)</sup> Nach einem Kundenhinweis, dass ein bestimmtes rezeptpflichtiges Medikament in einer Apotheke ohne ärztliches Rezept ausgefolgt werde, wurde deren Leiter zunächst durch die Leiterin einer anderen Apotheke telefonisch auf die Rezeptpflicht hingewiesen. In der Folge wurde deren Angestellte zu einem Testkauf in die erste Apotheke geschickt. Die Angestellte trat als normale Kundin auf und erwähnte, dass sie kein Rezept hätte. Auf die Frage, für wen das Medikament bestimmt sei, antwortete sie, dass es von ihrer um vieles älteren Tante benötigt werde. Nach einer Mahnung, dass von diesem Medikament zu viel genommen werde und die Käuferin dafür zu jung sei, wurde es ihr „ausnahmsweise“ ausgefolgt. Gegen die bescheidmäßig verhängte Disziplinarstrafe wurde Beschwerde an den VwGH erhoben. Dieser hat den Testkauf durch einen „agent provocateur“ als rechtlich unerheblich angesehen, weil die Testkäuferin nicht anders als „gewöhnliche“ Apothekenkunden vorgegangen wäre und insbesondere keine unerlaubten oder verwerflichen Mittel angewendet hätte, um den Apotheker zum Verstoß gegen die Rezeptvorschriften zu verleiten. Es wäre auch kein „besonderer Notfall“ iSd RezeptpflichtG vorgetäuscht worden.

In einem Verwaltungsstrafverfahren wurde ein gewerberechtlicher Geschäftsführer eines Handelsunternehmens zu einer Geldstrafe verurteilt, weil in einer Filiale eine Flasche Wodka an einen Jugendlichen abgegeben und dadurch

<sup>24)</sup> Vgl dazu *Meissnitzer*, Testpatienten im Vertragsärztebereich, ZAS 2015, 297 (301).

<sup>25)</sup> *Meissnitzer*, ZAS 2015, 297 (302).

<sup>26)</sup> Ausführlich *Meissnitzer*, ZAS 2015, 297 (302).

<sup>27)</sup> Dazu ausführlich *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 (268 f).

<sup>28)</sup> VwGH 94/10/0019.

gegen ein Landesjugendgesetz verstoßen wurde.<sup>29)</sup> Der Einkauf wurde von einem Testkäufer durchgeführt, der der Kassiererin auf Aufforderung seinen Ausweis gezeigt hatte. Obwohl sich daraus sein junges Alter ergeben hat, wurde ihm der Alkohol ausgehändigt. Der VwGH verwies auf die Rechtsprechung des EGMR und des OGH, stellte fest, dass keine rechtswidrige Tatprovokation vorliege und die Tatsache des Testkaufs die Strafbarkeit nicht ausschließe. Auch ein beharrliches Verhalten des Testkäufers (Behauptung nach Herzeigen des Ausweises, dass er trotz seines Alters zum Kauf berechtigt wäre) ändere daran nichts. Dass Testpersonen nur bei begründetem Verdacht tätig werden dürften (der EGMR verlangt eine gewisse „Tatgeneigtheit“), wird vom VwGH nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung angeführt.

## E. Wettbewerbsrecht

Testkäufe waren auch schon mehrmals Gegenstand von Entscheidungen zum UWG. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Einsatz von Testpersonen („Lockspitzel“) für Testkäufe bei Mitbewerbern/Mitbewerberinnen nicht sittenwidrig und daher grundsätzlich zulässig. Es könne einem/einer Unternehmer/in nicht verwehrt werden, sich durch geeignete Testpersonen davon zu überzeugen, ob sich ein/e Konkurrent/in an seine/ihre gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen hält. Die Tester/innen dürfen auch heimlich vorgehen, aber nicht mit unerlaubten oder verwerflichen Mitteln (zB bewusst wahrheitswidrigen Behauptungen oder gefälschten Urkunden) auf einen Verstoß des/der Mitbewerbers/Mitbewerberin hinwirken bzw ihn dazu anstiften.<sup>30)</sup> Ähnlich wie im Verwaltungsrecht wird als Maßstab für die Rechtmäßigkeit das Verhalten eines/einer „normalen“ Kunden/Kundin angesehen.<sup>31)</sup> Das gilt für private Unternehmen in gleicher Weise wie für Körperschaften öffentlichen Rechts.<sup>32)</sup> Daher wurde auch der Einsatz eines Lockspitzels durch die Ärztekammer als zulässig angesehen, um eine Heilpraktikerin zu überführen, die diese Tätigkeit in Österreich gesetzswidrig durchgeführt hatte.<sup>33)</sup>

## F. Arbeitsrecht

Auch im Arbeitsrecht werden Mystery Checks jedenfalls grundsätzlich nicht als unzulässig angesehen. So wurde die Zulässigkeit eines Testkaufs durch einen Detektiv bei Verdacht von Unregelmäßigkeiten nicht in Frage gestellt.<sup>34)</sup> Der OGH hat auch im Hinblick auf den Einsatz externer „Mystery Flyer“ bei einer Fluggesellschaft keine Bedenken geäußert.<sup>35)</sup> Dies war freilich nicht ergebnisrelevant, es ging um die Reichweite des Auskunftsrechts des Betriebsrats

<sup>29)</sup> VwGH 2017/04/0004.

<sup>30)</sup> OGH RS0077748, beginnend mit OGH 4 Ob 329/83, SZ 56/57.

<sup>31)</sup> OGH RS0077748.

<sup>32)</sup> OGH 4 Ob 2254/96s; 4 Ob 70/02a.

<sup>33)</sup> OGH 4 Ob 70/02a, RdM 2003/29.

<sup>34)</sup> OGH 14 ObA 69/87.

<sup>35)</sup> OGH 135/09g, DRdA 2012/28, 388 (Heilegger).

nach § 91 ArbVG. Außerdem wurde von der Fluggesellschaft behauptet, dass nicht Einzelpersonen getestet, sondern nur zusammenfassende Informationen über bestimmte Flüge in Fragebögen festgehalten würden. Mehrmals wurde der heimliche Einsatz von Detektiven zum Nachweis des Fehlverhaltens von Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen beurteilt.<sup>36)</sup> Nach der Rechtsprechung ist das an sich zulässig, soweit sich der/die Detektiv/in rechtmäßig verhält. Auch hier wird allerdings ein tatprovozierendes, besonders insistierendes Verhalten des/der Detektivs/Detektivin bzw der nachforschenden Person als ungerechtfertigt qualifiziert.<sup>37)</sup>

## G. Schlussfolgerungen für Mystery Checks bei Vertrags- und Wahlärzten

Mystery Shopping, Mystery Checks und sonstiger Einsatz von Testpersonen oder verdeckten Ermittlern werden in allen untersuchten Rechtsbereichen grundsätzlich als erlaubte Maßnahme der Überprüfung eines bestimmten (rechtmäßigen oder rechtswidrigen) Verhaltens angesehen. Dies gilt jedenfalls dann und insoweit als sich die Testperson wie ein „gewöhnlicher Kunde“ verhält. Druckausübung, aggressives Drängen, insistierendes und tatprovozierendes Verhalten, der Einsatz rechtswidriger bzw verpönter Mittel sind dabei nicht zulässig. Das gilt ganz ähnlich im öffentlichen Recht wie im Zivilrecht. Im Strafrecht wird unter Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 EMRK beim Einsatz verdeckter Ermittler auch noch verlangt, dass eine gewisse Tatgeneigtheit, also eine Verdachtssituation vorliegt.

Testpatienten/-patientinnen sind keine Lockspitzel im strafrechtlichen Sinn, sie sollen nur die Einhaltung von vertraglichen und gesetzlichen Pflichten überprüfen und nicht Straftaten aufdecken. Die KVTr haben im Verhältnis zu ihren Vertragspartnern/-partnerinnen keinerlei polizeiliche Befugnisse, die aus rechtsstaatlichen Erwägungen begrenzt werden müssten.<sup>38)</sup> Sie sind an zivilrechtliche Regeln, insbesondere an den Maßstab des § 879 ABGB gebunden. Es zeigt sich aber, dass bei den Methoden der Überprüfung die Grenzen im Zivilrecht und im Strafrecht durchaus ähnlich gezogen werden. Es dürfen also keine unerlaubten (zB gefälschte Dokumente) oder verwerflichen Mittel (zB Druckausübung, bewusstes Erregen von Mitleid, um den Vertragspartner zu Rechtsbruch zu bewegen) eingesetzt werden.<sup>39)</sup> Während aber im Strafrecht der Einsatz eines Lockspitzels grundsätzlich nur bei Verdacht einer strafbaren Handlung erfolgen darf, ist diese Einschränkung weder im Verwaltungsstrafrecht<sup>40)</sup> noch im Zivilrecht gegeben. Die Rechtslage in § 32a Abs 1 ASVG, die die SVTr dazu ermächtigt,

<sup>36)</sup> Vgl zB OGH 9 ObA 113/02m.

<sup>37)</sup> OGH 9 ObA 3/11y; infas 2011 A 44: In dieser Weise hat sich das Berufungsgericht geäußert. Der OGH hat sich zu dieser Frage nicht Stellung beziehen müssen, weil die ausgesprochene Entlassung schon aus einem anderen Grund als ungerechtfertigt angesehen wurde.

<sup>38)</sup> Das übersieht *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 [272]).

<sup>39)</sup> Vgl *Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 32a ASVG Rz 13.

<sup>40)</sup> Siehe die oben FN 29 zitierte Entscheidung des VwGH 2017/04/0004.

Prüfungen mit eigens ausgestellten e-cards nicht nur bei begründetem Verdacht rechtswidrigen Handelns, sondern auch stichprobenweise durchzuführen, steht durchaus im Einklang mit der Rechtslage in anderen Rechtsbereichen außerhalb des Strafrechts. Nur bei strafrechtlichen Ermittlungen erfordern der Schutzzweck (Begrenzung polizeilicher Befugnisse) und die angedrohten Rechtsfolgen (Geld- und vor allem auch Freiheitsstrafen) eine strengere Auslegung. Daher ist § 32a ASVG auch weder gleichheitswidrig noch wegen eines Verstoßes gegen Art 6 EMRK verfassungswidrig. Die oben zitierte Rechtsprechung des EGMR betrifft ausschließlich den Einsatz verdeckter Ermittler zur Aufdeckung von Straftaten. In solchen Fällen wird als Voraussetzung eines fairen Verfahrens (auch) eine Verdachtslage gefordert. Wenn es um die Einhaltung von Verträgen geht und die möglichen Sanktionen wesentlich weniger weitgehend sind, müssen nur die eingesetzten Methoden fair und angemessen sein.

Die Zulässigkeit der in den Materialien<sup>41)</sup> angeführten Mystery Checks der WGKK war – vor Beschlussfassung über und Inkrafttreten des § 32a – Gegenstand von zwei Entscheidungen des VfGH.<sup>42)</sup> In Übereinstimmung mit mit der BSK<sup>43)</sup> hat der VfGH den Einsatz von Angestellten der WGKK als anonyme Testpatienten/-patientinnen unter Verweis auf die wettbewerbsrechtliche Judikatur des OGH und die oben zitierte Entscheidung des VwGH zum Apotheken-Disziplinarrecht<sup>44)</sup> als unbedenklich angesehen. Die BSK hatte noch zusätzlich darauf hingewiesen, dass es kein ausdrückliches Verbot des Einsatzes von Testpersonen gebe. Die von der WGKK ausgesandten Testpersonen hätten keine unerlaubten oder verwerflichen Mittel angewendet, um den/die überprüfte/n Arzt/Ärztin zum Verstoß gegen Rechtsvorschriften zu verleiten.<sup>45)</sup>

Diese Rechtsprechung ist in jeder Hinsicht überzeugend. § 32a ASVG schafft dafür noch eine ausdrückliche Rechtsgrundlage. Der Einsatz von anonymen Testpersonen ist immer dann rechtlich unbedenklich, wenn diese nicht zu einem widerrechtlichen Verhalten anstiften, sondern bloß auf die Probe stellen wollen.<sup>46)</sup> Die Verschleierung der Identität ist genauso wenig rechtswidrig wie es wahrheitswidrige Behauptungen sind, wenn diese auch von gewöhnlichen Patienten/Patientinnen gemacht werden können. Die Angabe eines falschen Motivs für die Ausstellung eines Attests (zB Krankenstandsbestätigung für Übersiedlung, Rezept für kranke Tante) ist daher nicht rechtswidrig.<sup>47)</sup> Hingegen ist die Vorspiegelung von Krankheitssymptomen, die vom behandelnden Arzt/der behandelnden Ärztin nicht durch die allgemeine Anamnese objektivierbar sind (zB Kopfschmerzen, Übelkeit), nach den Gesetzesmaterialien kein geeignetes Kon-

<sup>41)</sup> ErläutRV 692 BlgNR 15. GP 8.

<sup>42)</sup> VfGH B 888/2013, DRdA 2015/49, 522 (Grillberger); B 1534/2013; vgl dazu auch Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 32a ASVG Rz 11.

<sup>43)</sup> R5-BSK/12-13; R2-BSK/13, SSV-NF 27/A1.

<sup>44)</sup> VwGH 94/10/0019.

<sup>45)</sup> BSK R5-BSK/12-13; R2-BSK/13, SSV-NF 27/A1.

<sup>46)</sup> Vgl Meissnitzer, ZAS 2015/49, 297 (299) mwN; Mosler in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 32a ASVG Rz 12; zur strafrechtlichen Seite Birklbauer, RdM 2016/137, 266 (267 ff).

<sup>47)</sup> Meissnitzer, ZAS 2015/49, 297 (300); VwGH 94/10/0019.

trollmittel, weil auf dieser Basis getroffene Fehldiagnosen dem Arzt/der Ärztin nicht anzulasten sind.<sup>48)</sup>

Die Verwendung einer eigens hergestellten e-card ist durch § 32a gesetzlich gedeckt, sie ist daher kein gefälschtes Dokument im strafrechtlichen Sinn. Es liegen weder Betrug (§§ 146 ff StGB) noch ein verbotener Gebrauch fremder Ausweise (§ 231 StGB), Urkundenfälschung (§ 223 Abs 2 StGB), Beweismittelfälschung (§ 293 StGB) oder eine falsche Beurkundung nach § 311 StGB vor.<sup>49)</sup> Die „künstliche“ e-card darf nur bei begründetem Verdacht auf eine nicht rechtskonforme Vorgangsweise des Vertragspartners/der Vertragspartnerin und stichprobenweise auf Grund eines Stichprobenplans eingesetzt werden. Dass eine solche Kontrolle dem Grunde nach bei begründetem Verdacht zulässig ist, dürfte unbestritten sein (und würde sogar den strafrechtlichen Vorgaben entsprechen). Auch gegen Stichprobenkontrollen<sup>50)</sup> gegenüber einem/er Vertragspartner/in wird aber solange nichts einzuwenden sein, als diese nicht willkürlich oder zu unerlaubten Zwecken (zB Mobbing) eingesetzt werden. Die Willkürlichkeit wird schon dadurch ausgeschlossen, dass Stichprobenkontrollen nur auf Grund eines jährlich im Vorhinein zu erstellenden Stichprobenplans zulässig sind.<sup>51)</sup> Dass es sich um einen Angriff auf das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient handeln könnte, weil der Arzt bei neuen Patienten generell misstrauisch werden müsste, ist weit hergeholt.<sup>52)</sup> Die Kontrollen der SVTr betreffen das Verhältnis zwischen Arzt/Ärztin und Patient/in nicht oder allenfalls mittelbar. Es geht vielmehr darum, rechtswidriges Verhalten aufzudecken und letztlich zu verhindern. Dabei ist zu bedenken, dass die Möglichkeiten effektiver Kontrolle für die SVTr sehr eingeschränkt sind. Sie sind aber verpflichtet, mit dem Geld der Versicherungsgemeinschaft sorgsam umzugehen, weshalb auch eine Stichprobenkontrolle so lange verhältnismäßig ist, als nicht unfaire Methoden (siehe oben) eingesetzt werden.<sup>53)</sup>

#### IV. Rechtsfolgen von aufgedeckten Verstößen

Werden durch Mystery Checks Verstöße gegen den Einzelvertrag oder sonstiges rechtswidriges Verhalten des Vertragsarztes aufgedeckt, kann dies unter Umständen Honorarkürzungen oder die Beendigung des Einzelvertrags zur Folge haben. Spezielle Sanktionen sind nicht vorgesehen, es gelten vielmehr die allgemeinen Regeln. Die Art der Rechtsfolgen hängt daher davon ab, welcher

<sup>48)</sup> ErläutRV 692 BlgNR 15. GP 8.

<sup>49)</sup> Zu Recht wird die Strafbarkeit daher von *Meissnitzer*, ZAS 2015/49, 297 (301 f) und *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 (268 f) verneint.

<sup>50)</sup> Zur konkreten Vorgangsweise s § 4 RLVPK (FN 12).

<sup>51)</sup> *Mosler in Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 32a ASVG Rz 14. Dass Stichprobenkontrollen unverhältnismäßig sein könnten (so *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 [275]), ist nicht nachvollziehbar.

<sup>52)</sup> IdS *Birklbauer*, RdM 2016/137, 266 (275).

<sup>53)</sup> Vgl schon *Mosler in Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm § 32a ASVG Rz 14.

Verstoß aufgezeigt wurde, wie schwerwiegend dieser war und ob es sich um einen erstmaligen Vorfall oder um wiederholte Pflichtverletzungen gehandelt hat.

Werden Leistungen verrechnet, die nicht, unvollständig oder unzulässig erbracht worden sind, muss das Honorar vom KVTr zurückgefordert werden. Auch bei unwirtschaftlicher Leistungserbringung ist eine Rückforderungsmöglichkeit gegeben.<sup>54)</sup> Die Gesamtverträge enthalten Regelungen in welcher Form und in welchem Zeitraum Einwendungen gegen die Honorarabrechnung geltend gemacht werden müssen.<sup>55)</sup> Die dort vorgesehenen Ausschlussfristen gelten allerdings nicht für die Falschverrechnung.<sup>56)</sup>

Unter Umständen kann ein aufgedecktes Fehlverhalten auch die Beendigung des Vertragsverhältnisses nach sich ziehen. Das ASVG unterscheidet diesbezüglich zwischen dem automatischen Erlöschen und der Kündigung.<sup>57)</sup> Das Vertragsverhältnis zwischen Vertragsarzt (Vertrags-Gruppenpraxis) und dem KVTr erlischt gem § 343 Abs 2 Z 4 ASVG ohne Kündigung bei rechtskräftiger Verurteilung des Vertragsarztes oder eines Gesellschafters der Vertrags-Gruppenpraxis wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz begangener gerichtlich strafbarer Handlungen zu einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe oder wegen einer mit Bereicherungsvorsatz begangenen gerichtlich strafbaren Handlung. Eine strafrechtliche Verurteilung wegen Betrugs (zB auf Grund verrechneter aber nicht erbrachter Leistungen) führt also zum automatischen Ende des Einzelvertragsverhältnisses. Auch die Ausstellung eines Gefälligkeitsattests kann für den Arzt/die Ärztin strafbar sein, wenn er damit als Beitragstäter den Dienstnehmer vorsätzlich unterstützt, eine Krankheit vorzutäuschen, um Entgeltfortzahlung bzw Krankengeld zu beziehen. Ein Erlöschen tritt nach § 343 Abs 2 Z 5 ASVG auch bei einer im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufs wegen groben Verschuldens strafgerichtlichen rechtskräftigen Verurteilung des Vertragsarztes oder eines Gesellschafters einer Vertrags-Gruppenpraxis ein. Da Vermögensdelikte schon von § 343 Abs 2 Z 4 (insbesondere lit b) ASVG erfasst werden, kann § 343 Abs 2 Z 5 ASVG vor allem bei schwerwiegender Verletzung der Behandlungspflicht Bedeutung erlangen.

Eine Kündigung des Vertragsverhältnisses durch den KVTr ist nach § 343 Abs 4 ASVG möglich wegen wiederholter nicht unerheblicher oder wegen schwerwiegender Vertrags- oder Berufspflichtverletzungen.<sup>58)</sup> Sofern nicht ohnehin ein Erlöschensgrund gegeben ist, kommen als Kündigungsgründe ua Falschverrechnungen, die Annahme einer Vergütung für die Zuweisung eines

<sup>54)</sup> Zur Problematik der Durchsetzbarkeit *Kletter*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der österreichischen Krankenversicherung, in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruchs (2010) 49 ff.

<sup>55)</sup> Vgl *Mosler*, Rechtsfolgen unwirtschaftlicher Leistungserbringung durch Vertragsärzte, ZAS 2000, 5 ff (10 f); *Grillberger* in *Grillberger/Mosler* (Hrsg), Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012) 291 ff; *Kletter* in *Sonntag* (Hrsg), ASVG<sup>8</sup> (2017) § 342 Rz 72 ff.

<sup>56)</sup> *Mosler*, ZAS 2000, 5 ff (11).

<sup>57)</sup> Vgl dazu *Mosler* in *Grillberger/Mosler* (Hrsg), Ärztliches Vertragspartnerrecht 158 ff.

<sup>58)</sup> Ausführlich *Mosler*, Neues Kündigungsrecht für Vertragsärzte, RdM 2011/148, 212 (213 ff).

Patienten/einer Patientin, unzulässige Delegation der ärztlichen Tätigkeit an Hilfspersonen sowie schwerwiegende oder wiederholte Verletzungen des Ökonomiegebots in Betracht.<sup>59)</sup>

## V. Zusammenfassung

- In der Wirtschaft sind Testeinkäufe („Mystery Shopping“) und entsprechende Testungen von Dienstleistungen („Mystery Checks“) weit verbreitet. Getestet werden zB die Freundlichkeit, die Reaktion auf Beschwerden und die Einhaltung von Qualitätsstandards, manchmal wird auch Diebstahls- und Betrugsprävention bezweckt. Als Ermittlungsmethoden werden auch bei Detektiven oft Mystery Shopping bzw Mystery Checks eingesetzt.
- Für die genannten Testverfahren gibt es an sich keine speziellen Regelungen in Österreich. Testpersonen und ihre Auftraggeber müssen sich an die Bestimmungen der allgemeinen Rechtsordnung halten.
- Offenkundig seit 2011 werden von der WGKK Testpatienten/-patientinnen bei Vertragsärzten/-ärztinnen eingesetzt. In einigen Fällen wurden Missstände bzw Betrug im Zusammenhang mit der Ausstellung ungerechtfertigter Krankschreibungen und der Erbringung ungerechtfertigter Leistungen nachgewiesen.
- Mystery Checks bei Vertragspartnern/partnerinnen werden im Sozialversicherungsrecht nicht ausdrücklich geregelt. Auf die Kontrolle der Leistungserbringer/innen beziehen sich § 32a ASVG und die Richtlinienkompetenz des Hauptverbands nach § 31 Abs 5 Z 12 ASVG sowie die § 338 Abs 5 und § 342 Abs 1 Z 4 ASVG. § 32b ASVG betrifft die Leistungserbringer/innen, die keinen Vertrag mit der Sozialversicherung haben. Kontrollbereiche sind neben der Ausstellung von Attesten vor allem die Verordnung von Rezepten, die Verrechnung von Leistungen und die vertragskonforme Leistungserbringung (vgl auch § 5 Abs 1 RLVPK). Fachliche Fragen sind insoweit nicht erfasst, als die Diagnose- und Therapiefreiheit des Arztes reicht.
- Art 6 Abs 1 EMRK schützt das Recht auf ein faires Verfahren. Der Einsatz von verdeckten Ermittlern zum Nachweis strafbarer Handlungen kann danach zulässig sein, wenn er klaren Beschränkungen unterliegt und mit Garantien versehen ist. Polizeiliche Provokationen sind aber unzulässig, wenn die beteiligten Polizeibeamten die betroffene Person zu einer Straftat verleiten, die sie andernfalls nicht begangen hätte.
- Mystery Shopping, Mystery Checks und sonstiger Einsatz von Testpersonen oder verdeckten Ermittlern werden in allen untersuchten Rechtsbereichen als erlaubte Maßnahme der Überprüfung eines bestimmten (rechtmäßigen oder rechtswidrigen) Verhaltens angesehen. Dies gilt jedenfalls dann und insoweit als sich die Testperson wie ein „gewöhnlicher Kunde“ verhält. Druckausübung, aggressives Drängen, insistierendes und tatprovokierendes Verhalten, der Einsatz rechtswidriger bzw verpönter Mittel sind dabei nicht zulässig. Das gilt ganz ähnlich im öffentlichen Recht wie im Zivilrecht. Im

<sup>59)</sup> Mosler, RdM 2011/148, 212 ff (213 ff).

Strafrecht wird unter Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 EMRK beim Einsatz verdeckter Ermittler auch noch verlangt, dass eine gewisse Tatgeneigtheit, also eine Verdachtssituation vorliegt.

- Testpatienten/-patientinnen sind keine Lockspitzel im strafrechtlichen Sinn, sie sollen nur die Einhaltung von vertraglichen und gesetzlichen Pflichten überprüfen und nicht Straftaten aufdecken. Die KVTr haben im Verhältnis zu ihren Vertragspartnern/-partnerinnen keinerlei polizeiliche Befugnisse, die aus rechtsstaatlichen Erwägungen begrenzt werden müssten. Sie sind an zivilrechtliche Regeln, insbesondere an den Maßstab des § 879 ABGB gebunden. Es dürfen also keine unerlaubten oder verwerflichen Mittel eingesetzt werden.
- Mystery Checks bei Vertragsärzten/-ärztinnen wurden schon vor Geltung des § 32a ASVG zu Recht vom VfGH unter den genannten Voraussetzungen als zulässig qualifiziert. § 32a ASVG hat dafür eine ausdrückliche Rechtsgrundlage geschaffen und ist weder unsachlich noch wegen eines Verstoßes gegen Art 6 EMRK verfassungswidrig.
- Die Verwendung einer eigens hergestellten e-card ist durch § 32a ASVG gesetzlich gedeckt, sie ist daher kein gefälschtes Dokument im strafrechtlichen Sinn. Die „künstliche“ e-card darf bei begründetem Verdacht auf eine nicht rechtskonforme Vorgangsweise des Vertragspartners/der Vertragspartnerin und stichprobenweise auf Grund eines Stichprobenplans eingesetzt werden.
- Werden durch Mystery Checks Verstöße gegen den Einzelvertrag oder sonstiges rechtswidriges Verhalten des Vertragsarztes aufgedeckt, kann dies unter Umständen Honorarkürzungen oder die Beendigung des Einzelvertrags zur Folge haben. Spezielle Sanktionen sind nicht vorgesehen, es gelten vielmehr die allgemeinen Regeln. Die Art der Rechtsfolgen hängt daher davon ab, welcher Verstoß aufgezeigt wurde, wie schwerwiegend dieser war und ob es sich um einen erstmaligen Vorfall oder um wiederholte Pflichtverletzungen gehandelt hat.

Andreas Kletečka, Salzburg

## Einige Fragen der Arzthaftung

### Übersicht:

- I. Zwingt das österreichische Arzthaftungsrecht zur Defensivmedizin?
- II. Problematische Entwicklungen zum Kausalitätsbeweis im Arzthaftungsrecht
- III. Soll eine vom Verschulden unabhängige Haftung eingeführt werden?
- IV. Aufklärungspflichtverletzung
- V. Wrongful conception

### I. Zwingt das österreichische Arzthaftungsrecht zur Defensivmedizin?

Wenn sich die Frage erhebt, welche aktuellen Entwicklungen das Arzthaftungsrecht prägen, wird immer öfter die Tendenz zur Defensivmedizin genannt. Seit langem wird von Medizinern die Behauptung aufgestellt, dass sie durch ein überzogenes Haftungsrecht dazu gezwungen würden, die Behandlung zu allererst unter dem Blickwinkel drohender Gerichtsverfahren durchzuführen. Dies wird üblicherweise als Defensivmedizin bezeichnet. Auch der Sektionschef im Bundesministerium für Justiz, Hon.-Prof. *Kathrein*, hat in einem Zeitungsinterview vor einer Entwicklung zur Defensivmedizin hin gewarnt und dies als Grund für eine Reform des Arzthaftungsrechts genannt<sup>1)</sup>.

Was sind nun die Auswirkungen dieser Defensivmedizin? Gern werden in diesem Zusammenhang die „**Amerikanischen Verhältnisse**“ beschworen und plastische Beispiele für die verheerenden Auswirkungen der dortigen „defensive medicine“ gebracht. In den USA haben die horrenden Ersatzbeträge Mitte der 70iger Jahre des 20. Jahrhunderts zur sogenannten „medical malpractice crisis“ geführt.<sup>2)</sup> Dabei sind Chirurgen und Anästhesisten in Kalifornien wegen der hohen Prämien der Haftpflichtversicherungen in den Streik getreten, wobei sie Schilder mit der Aufschrift „Feeling sick? Call your lawyer“ mit sich führten. In Florida sollen 18% der Gynäkologen ihre Tätigkeit aufgegeben haben.<sup>3)</sup>

Welche Auswirkungen die behauptete Defensivmedizin in Europa haben soll, scheint interessanterweise auch denjenigen, die sie beklagen, offenbar keineswegs klar zu sein. Zum einen soll die Defensivmedizin **zu wenig tun**, weil sie

---

<sup>1)</sup> „Die Presse“, Print-Ausgabe, 20. 9. 2010/38/02.

<sup>2)</sup> *Kruse in Köhler/von Maydell*, Arzthaftung 169.

<sup>3)</sup> *Katzenmeier*, Arzthaftung 45; *Budetti*, 36 Saint Louis University Law Journal on Legislation, 1990, 400.

nichts mehr wagt, andererseits führe sie zu einer **Überdiagnostik**, bei der zur Absicherung nicht indizierte Diagnoseschritte gesetzt werden.<sup>4)</sup>

Ersterer Versuch, Ersatzansprüchen vorzubeugen, führte selbstverständlich auf direktem Weg in die Haftung. Der biedermeierliche Satz, wer nicht handelt, handelt nicht falsch, ist haftungsrechtlich dort fatal, wo – wie im Behandlungsverhältnis – Handlungspflichten bestehen. Ein solches Verhalten wäre daher völlig irrational.<sup>5)</sup>

Auf Grund der dem Schadenersatzrecht innewohnenden Präventionswirkung führt ein strenges Haftungsrecht vielmehr zu vermehrten Sorgfaltsaufwendungen. Dies bringt schon die **Learned-Hand-Formel** zum Ausdruck, nach der idealerweise die Schadensvermeidungskosten den mit ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit multiplizierten Schäden entsprechen. Damit scheint die Gefahr, dass überzogene Diagnose- und Behandlungsmaßnahmen gesetzt werden, viel realer. Nach Schätzungen des Haushaltsausschusses des Kongresses werden in den USA jährlich **15 Mrd US-\$** für nicht notwendige medizinische Maßnahmen aufwendet.<sup>6)</sup>

Unterstellt man wieder einen nach rationalen Gesichtspunkten agierenden Arzt, muss auch diese Zahl etwas relativiert werden: Völlig sinnlose Diagnose- und Behandlungsmaßnahmen mindern ja das Haftungsrisiko nicht. Sind sie – wie nicht selten – selbst mit Schadensrisiken verbunden, erhöhen sie im Gegenteil die Gefahr, ersatzpflichtig zu werden. Wenn also von Überdiagnostik gesprochen wird, sind wohl am ehesten Maßnahmen gemeint, die **nicht völlig sinnlos** sind, aber sehr unwahrscheinliche Erkrankungen oder Risiken ausschließen sollen. Es geht also nicht darum, dass die Defensivmedizin Kosten für ganz nutzlose Maßnahmen verursacht. Vielmehr werden hohe Aufwendungen zum Ausschluss von äußerst seltenen Gesundheits- und damit Haftungsrisiken getätigt. Das relativiert selbstverständlich das Schreckgespenst der Defensivmedizin, weil es sie auf die durchaus diskussionswürdige Frage reduziert, wie viel von der Ausschluss von sehr unwahrscheinlichen Gefahren wert ist. Wie bereits oben unter Hinweis auf die Learned-Hand-Formel betont, steigen die Schadenspräventionskosten tatsächlich mit der Höhe der drohenden Schäden. Der rational agierende Defensivmediziner wird daher geneigt sein, auch bei geringster Wahrscheinlichkeit noch ein weiteres aufwendiges bildgebendes Verfahren einzusetzen. Dies wird natürlich noch dadurch gefördert, dass diese Schadensvermeidungskosten weder vom Arzt noch vom Patienten getragen werden, sondern das **Gesundheitssystem** belasten.

Wie hoch die – im Bereich der immateriellen Schäden ja frei zu bestimmen – Ersatzansprüche und damit die sie generierenden Schadensvermeidungs-

<sup>4)</sup> Katzenmeier, Arzthaftung 38 mwN; Ulsenheimer/Körner (Hrsg), Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin – ein Verhältnis von Ursache und Wirkung (1997).

<sup>5)</sup> Denkbar wäre nur, dass manche Ärzte besonders riskante Methoden nicht anbieten und sie darauf spezialisierten Ärzten überlassen. Dies könnte zu einer durchaus sinnvollen Überweisungspraxis führen. Anzeichen für eine solche Entwicklung finden sich – als Folge der Judikatur zu *wrongful birth* – in der Pränataldiagnostik.

<sup>6)</sup> Katzenmeier, Arzthaftung 45 FN 280; Batuello, ArztR 1997, 265.

kosten sein sollen, ist eine **rechtspolitische Frage** und ist daher letztlich vom Gesetzgeber zu entscheiden. Schon aus Gründen der Gleichheitsgerechtigkeit ist hier allerdings auf die haftungsrechtliche Situation anderer Berufsgruppen zu blicken. Auch ein Vergleich mit anderen Staaten kann hilfreich sein, das „richtige“ Maß zu finden.

Aus Zeitgründen kann hier weder der innerstaatliche noch der grenzüberschreitende Vergleich detailliert vorgenommen werden. Es soll nur anhand weniger Punkte gezeigt werden, dass in Europa wohl keine Entwicklungen drohen, wie sie aus den USA kolportiert werden. Die exorbitant hohen Versicherungsprämien<sup>7)</sup> werden vor allem durch **Schmerzensgeldbeträge** in Dollar-Millionenhöhe hervorgerufen. In Österreich beträgt das höchste je zugesprochene Schmerzensgeld ca € 218.000,–, bei Behandlungs- und Aufklärungsfehlern liegen die Beträge regelmäßig noch etwas darunter.<sup>8)</sup> In Kalifornien wurden zur Bekämpfung der medical malpractice crises US-\$ 250.000,– als Obergrenze für immaterielle Schäden auf Grund von Behandlungsfehlern festgelegt.<sup>9)</sup> In Florida beträgt sie US-\$ 500.000,– bzw bei Tötung US-\$ 1 Mio. Man sieht also, dass die Haftungsbeschränkungen, die in den USA zur Bekämpfung der Defensivmedizin eingesetzt werden, weitaus höhere Ersatzleistungen für Nichtvermögensschäden zulassen als die hiezulande zugesprochenen Schmerzensgeldbeträge.

Es wurde auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die **strukturellen Unterschiede** zum US-amerikanischen Rechtssystem derart groß sind, dass in Europa keine mit den USA vergleichbaren Entwicklungen zu erwarten sind.<sup>10)</sup> Dazu gehören Laien-Jurys in Zivilverfahren, hohe Erfolgshonorare (contingency fees) der Anwälte, Ausschluss des Prozesskostenersatzes, punitive damages, aber auch ein jedenfalls bislang wenig ausgeprägtes System sozialer Sicherheit.<sup>11)</sup> Deshalb verwundert es nicht, wenn für Deutschland der durchschnittliche **Aufwand eines Versicherers** in der Arzthaftung mit ca € 10.000,– pro Schadensfall angegeben wird,<sup>12)</sup> in den USA aber schon Mitte der 80er-Jahre des 20. Jahrhunderts Durchschnittsbeträge von bis zu US-\$ 950.000,– genannt werden. Die Angaben differieren allerdings diesbezüglich nicht unerheblich. Der geringste Betrag liegt aber noch immer mehr als eine 10er-Potenz über den für Deutschland genannten Zahlen.<sup>13)</sup>

Auch wenn man einen Vergleich zB mit der **Berufsgruppe der Anwälte** anstellt, zeigt sich, dass von der manchmal beschworenen Haftungsexplosion im medizinischen Bereich wohl nicht die Rede sein kann. So haben deutsche Untersuchungen ergeben – für Österreich dürften solche nicht vorliegen –, dass gegen

<sup>7)</sup> In den USA sollen die Versicherungsprämien für Neurochirurgen und Gynäkologen bis zu US \$ 200.000,– betragen (*Katzenmeier*, Arzthaftung 44). Vgl auch *Kruse* in *Köhler/von Maydell*, Arzthaftung 169.

<sup>8)</sup> OGH 3 Ob 283/08a, Zak 2009/397, 257 (€ 200.000,–).

<sup>9)</sup> *Kruse* in *Köhler/von Maydell*, Arzthaftung 169; *Katzenmeier*, 50 FN 319; *Barringer et al*, Journal of Health Politics, Policy and Law, Vol. 33, No. 4, August 2008, 728.

<sup>10)</sup> *Katzenmeier*, Arzthaftung 51 mwN; *Pichler*, Rechtsentwicklungen 51.

<sup>11)</sup> *Katzenmeier*, Arzthaftung 46 ff.

<sup>12)</sup> *Katzenmeier*, Arzthaftung 42; vgl *Bergmann*, Arzthaftung 241 ff.

<sup>13)</sup> Siehe bei *Katzenmeier*, Arzthaftung 44 FN 273.

Rechtsanwälte jährlich in etwa doppelt so viele Klagen wie gegen Ärzte erhoben werden.<sup>14)</sup> Die steigende Bedeutung des Haftungsrechts kann mangels Vergleich mit anderen Berufsgruppen leicht als Benachteiligung des eigenen Standes missverstanden werden. Dabei muss die Zunahme von Haftungsklagen keineswegs nur negativ gesehen werden: Sie ist Ausdruck des Rückgangs der **Expertenhörigkeit**. Die „Götter in Weiß“ sind nunmehr genauso wenig unantastbar wie die Damen und Herren Advokaten. Gerade in Anwaltskreisen wird das Haftungsrecht durchaus auch als Mittel der **Qualitätssicherung** geschätzt.

Der Grund für die verbreitete Ansicht, dass die Arzthaftung eine besonders rasante Entwicklung nimmt, dürfte einerseits in der großen **medialen Beachtung** von spektakulären Behandlungsfehlerprozessen liegen; zum anderen finden **problematische Entscheidungen** viel leichter Eingang in das kollektive Gedächtnis. Kein Gynäkologenkongress, bei dem man als Jurist nicht auf die Entscheidung des OGH zum Salzburger „wrongful birth-Fall“ angesprochen wird.<sup>15)</sup> Nach deren Sachverhalt hatte ein Gynäkologe eine Schwangere mit den Worten „Sie gehen mir jetzt in die Risikoambulanz“ zur Abklärung von in einer Ultraschalluntersuchung hervorgekommenen unspezifischen Hinweisen auf eine fetale Missbildung aufgefordert. Der OGH hat diese geradezu im Befehlston ausgesprochene Aufforderung als unzureichend angesehen und sich damit einer im Kern berechtigten Kritik ausgesetzt.

Bei Durchsicht der einschlägigen Entscheidungen gewinnt man allerdings den Eindruck, dass bis auf wenige Ausnahmen – die aber auch durchaus zu Lasten der Patienten ausschlagen können<sup>16)</sup> – die Judikatur zur Arzthaftung **sonstigen haftungsrechtlichen Standards** entspricht. Soweit dennoch von medizinischer Seite eine zu große Strenge moniert wird, trifft dies in den seltensten Fällen den juristischen Teil der Entscheidungen. Oft wird nämlich von juristischen Laien übersehen, dass die als überzogen empfundenen Sorgfaltsanforderungen auf ein Gutachten des medizinischen Sachverständigen zurückgehen. Das oft sehr martialisch umschriebene Verhältnis zwischen Medizinern und Juristen ist damit nicht selten in Wahrheit eine **intradisziplinäre Auseinandersetzung** zwischen Ärzten.

## II. Problematische Entwicklungen zum Kausalitätsbeweis im Arzthaftungsrecht

Damit soll aber keineswegs gesagt werden, dass das Arzthaftungsrecht frei von problematischen Entwicklungen sei. Vor allem die Judikatur zum **Verursachungsbeweis** ist zum Teil durchaus besorgniserregend. Dies gilt zum einen für die sogenannte alternative Kausalität mit dem Zufall und zum zweiten – und

<sup>14)</sup> Katzenmeier, Arzthaftung 43 FN 268.

<sup>15)</sup> OGH 5 Ob 165/05h, RdM 2006/71, 90 = ÖJZ 2007/43, 519 (Hinghofer-Szalkay/Hirsch).

<sup>16)</sup> ZB OGH 6 Ob 303/02f („Niemann-Pick“) = RdM 2004/36 (Kletečka) = JBl 2004, 311; VR 2004, 11 (Steiningner).

in Wahrheit davon gar nicht zu trennen – für den Nachweis der Kausalität insgesamt.

Die Rechtsprechung zur „**alternativen Kausalität mit dem Zufall**“ geht zwar über die Arzthaftung hinaus, hat hier aber ihr größtes Betätigungsfeld gefunden. Dabei geht es um Fälle, in denen nicht festgestellt werden kann, ob ein nachgewiesener Behandlungsfehler für einen Schaden kausal war. Als alternative Kausalität mit dem Zufall wird diese Situation deshalb beschrieben, weil nach Abschätzung der Wahrscheinlichkeit, dass das rechtswidrige Verhalten ursächlich war, die Restwahrscheinlichkeit auf 100% als alternative Schadensursache behandelt wird. Man geht also von der echten alternativen Kausalität zweier Schädiger aus und setzt an die Stelle eines der potentiellen Schädiger die zur Sicherheit fehlende Wahrscheinlichkeitsdifferenz. Dies scheint umso leichter zu fallen, je **konkreter die Reserveursache** zu fassen ist (zB löchrige Vene<sup>17)</sup>). Gelingt dies nicht, wird versucht, wenigstens durch die Bezeichnung die Restwahrscheinlichkeit zu konkretisieren; es wird dann zB vom Operationsrisiko gesprochen.

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung soll der Veranschaulichung dienen: Bei einem Patienten ist nach einer nicht indizierten Operation eine **Instabilität eines Wirbelsäulensegments** aufgetreten. Die Ursache für diese Instabilität konnte nicht festgestellt werden. Der Stabilitätsverlust war mit gleich hoher Wahrscheinlichkeit die Folge der nicht indizierten Operation oder degenerativ bedingt. Das heißt, dass eine alternative Konkurrenz zwischen der rechtswidrigen und schuldhaften Handlung (nicht indizierte Operation) und dem Zufall (natürlicher Krankheitsverlauf) besteht. Der OGH bejahte in Übereinstimmung mit einigen Vorentscheidungen und den Lehrmeinungen von *F. Bydlinski*<sup>18)</sup> und *Kozioł*<sup>19)</sup> eine Schadensteilung zwischen dem Geschädigten und dem möglichen Schädiger.<sup>20)</sup> Im Folgenden wird diese Ansicht als „Teilungstheorie“ bezeichnet.

Wie ich an anderer Stelle<sup>21)</sup> nachzuweisen versucht habe, handelt es sich hier lediglich um Fälle, in denen der **Kausalitätsbeweis nicht erbracht** werden konnte, weil der Überzeugungsgrad des Richters nicht jenes Ausmaß erreicht hat, das die herrschende Beweismaßtheorie verlangt. Dies ist seit der Leitentscheidung<sup>22)</sup> aus dem Jahr 2004 die **hohe Wahrscheinlichkeit**. Damit wurde das bis dahin herrschende Beweismaß der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit abgelöst und dadurch die Schwelle für den Vollbeweis abgesenkt. Wo sie nunmehr liegt, kann nicht genau gesagt werden. Es muss sich aber um einen Punkt handeln, der auf der Skala zwischen überwiegender Wahrscheinlichkeit (50 plus x Prozent) und der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit liegt.

Durch die Teilungstheorie wird bei annähernd gleicher Wahrscheinlichkeit die Hälfte des Schadens ersetzt. Unterschreitet die Wahrscheinlichkeit der Verursachung durch den Behandlungsfehler die **50%-Marke** hingegen einiger-

<sup>17)</sup> Vgl OGH 7 Ob 648/89, JBl 1990, 524.

<sup>18)</sup> *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1 ff; *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 87 ff.

<sup>19)</sup> *Kozioł*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup> I 66 ff.

<sup>20)</sup> OGH 6 Ob 36/01i; 3 Ob 106/06v.

<sup>21)</sup> *Kletečka*, JBl 2009, 137 ff; ebenso *Häusler*, Haftung ohne Kausalitätsnachweis (2010) passim.

<sup>22)</sup> OGH 7 Ob 260/04t, JBl 2005, 464.

maßen deutlich, so führt dies auch nach dieser Theorie zur Verneinung des Ersatzanspruchs. Der OGH hat dazu gemeint, dass nur diese Lösung gerecht sei, weil damit das Alles-oder-Nichts-Prinzip vermieden werde. Ob ein „**die-Hälfte-oder-Nichts-Grundsatz**“ gerechter ist, es also leichter zu rechtfertigen ist, dass bei 50%iger Wahrscheinlichkeit zwar die Hälfte, bei 40%iger Wahrscheinlichkeit hingegen kein Ersatz verlangt werden kann, darf bezweifelt werden.

Dass diese Lösung nicht nur den Wortlaut, sondern auch die **Grundwertungen** des Gesetzes überschreitet, wird auch von *F. Bydliński*<sup>23)</sup>, dem Vater der Teilungstheorie, zugestanden. Dennoch sei sie auf Grund eines Funktionswandels zu rechtfertigen. Dieser Funktionswandel wird vor allem mit den von der Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht vertretenen Beweiserleichterungen zu belegen versucht. Diese sind aber entweder ohnehin nur eine Ausformung **allgemeiner Regeln** (rechtmäßiges Alternativverhalten, Anscheinsbeweis, Beweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit) oder als verfehlt abzulehnen.<sup>24)</sup> Ein Funktionswandel kann damit aber jedenfalls nicht gerechtfertigt werden.

Da wir bereits bei der sogenannten alternativen Kausalität mit dem Zufall auf in der Judikatur auftauchende **Besonderheiten beim Kausalitätsbeweis** im Arzthaftungsprozess gestoßen sind, liegt es nahe, auch dieses Thema kurz anzusprechen. Wie der Stand der Rechtsprechung zu dieser Frage ist, lässt sich schon deshalb nicht feststellen, weil der OGH zum Teil innerhalb ein und derselben Entscheidung miteinander Unvereinbares vertritt.

Dies soll am Beispiel einer Entscheidung<sup>25)</sup> aus dem Jahr 2008 gezeigt werden. Dort heißt es, dass den Beweis für die Verursachung grundsätzlich der Geschädigte zu tragen habe, im Arzthaftungsrecht aber wegen der dortigen Schwierigkeiten, den Kausalitätsbeweis zu erbringen, von der Rechtsprechung an ihn geringere Anforderungen gestellt würden. Für den vom Patienten zu führenden Beweis der Kausalität des ärztlichen Behandlungsfehlers genüge daher „**eine (sehr) hohe Wahrscheinlichkeit**“. Der Arzt hafte also bereits bei hochwahrscheinlicher und nicht erst bei unzweifelhafter Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für den vom Patienten erlittenen Schaden. Hier stützt man das erste Mal, ist doch – wie bereits erwähnt – seit 2004 die hohe Wahrscheinlichkeit das Regelbeweismaß. Es ist nicht zu sehen, worin die dem Arzthaftungsrecht spezifische Beweiserleichterung bestehen soll. Im nächsten Satz führt der OGH aus: Habe der Geschädigte die Verursachung durch den Arzt **überwiegend wahrscheinlich** gemacht, so sei es die Sache des Arztes nachzuweisen, dass eine andere Ursache den Schaden zumindest ebenso wahrscheinlich ausgelöst habe. Dies mag man noch als einen nicht ganz astreinen Anscheinsbeweis durchgehen lassen. Wie sich dazu der darauffolgende Satz verhält, nach welchem insbesondere dann, wenn das Verhalten in einem **Unterlassen** bestehe, ein „sehr hoher Grad von Wahrscheinlichkeit“ genüge, erscheint schon im Lichte des erwähnten Regelbeweismaßes der hohen

<sup>23)</sup> *F. Bydliński*, Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen, FS Frotz 4; *F. Bydliński*, Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, FS Beitzke 30 f.

<sup>24)</sup> *Kletečka*, JBl 2009, 140 f.

<sup>25)</sup> OGH 1 Ob 226/07b, Zak 2008/278, 157.

Wahrscheinlichkeit fraglich. Umso mehr als der OGH unmittelbar darauf ausführt:

*„Zum Arzthaftungsrecht judiziert der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass für den dem Kläger obliegenden Beweis der Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden der Nachweis genügt, dass die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts durch den Fehler der Ärzte **nicht bloß unwesentlich erhöht** wurde. Dem Beklagten (Anstaltsträger) obliegt in diesem Fall der volle Beweis, dass die erwiesene Vertragsverletzung im konkreten Fall für die nachteiligen Folgen mit **größter Wahrscheinlichkeit** unwesentlich geblieben sei.“*

Innerhalb weniger Zeilen kommt also der OGH von einem als Beweiserleichterung bezeichneten Hinweis auf das Regelbeweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit, über eine Art Anscheinsbeweis, bei welchem überwiegende Wahrscheinlichkeit für beide Seiten genüge, bei Unterlassungen offenbar zu einer Steigerung des Beweismaßes auf sehr hohe Wahrscheinlichkeit und letztlich – übrigens bei einer Unterlassung – zu einer echten Beweislastumkehr, wenn der Behandlungsfehler die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht bloß unwesentlich erhöht hat. Wobei offenbar für den Gegenbeweis des beklagten Arztes wieder ein eigenes Beweismaß, nämlich jenes der „größten Wahrscheinlichkeit“ gelten soll.

Es ist mir ein Anliegen, die unübersichtliche beweisrechtliche Situation im Arzthaftungsrecht anhand dieses – wohl nur durch das Copy and Paste-Verfahren zu erklärenden – Beispiels aufzuzeigen. Und bitte bedenken Sie – um den Bogen nochmals kurz zum vorigen Thema zurück zu schlagen –, dass diese Judikatur den Anlass für einen Funktionswandel bei der **alternativen Kausalität** abgeben soll.

Meines Erachtens besteht **kein Anlass**, auf den Verursachungsbeweis im Arzthaftungsrecht besondere Regeln anzuwenden. Schon die immer wieder beschworene **Komplexität** des Kausalitätsnachweises in der Medizin wäre zu hinterfragen. Steht doch die Frage nach der Ursache-Wirkungs-Beziehung ganz im Zentrum der medizinischen Wissenschaft, weshalb hier auch nicht selten statistische Methoden Wahrscheinlichkeitsaussagen zulassen. Aber selbst wenn dem nicht so sein sollte, stellt sich die Frage, warum nur bei der Arzthaftung der Geschädigte wegen der Schwierigkeit des zu führenden Beweises in den Genuss von Erleichterungen kommen soll. Auch in **anderen Bereichen** bestehen mitunter große Beweisprobleme, ohne dass das Recht dem Beweispflichtigen zu Hilfe käme. Auch die Nähe zum Beweis kann meines Erachtens dort, wo letztlich ein medizinischer Sachverständige Kausalitätswahrscheinlichkeiten zu ermitteln hat, nicht den Ausschlag geben. Dies kann hier aber nicht weiter vertieft werden.

Auf Grund der großen Unklarheiten in der Arzthaftungsjudikatur und der fehlenden Harmonisierung mit dem sonstigen Schadenersatzrecht sollte in Erwägung gezogen werden, das Regelbeweismaß einheitlich mit der **überwiegenden Wahrscheinlichkeit** festzusetzen. Diese zB dem **schwedischen oder anglo-amerikanischen Recht**<sup>26)</sup> entsprechende Regelung hätte vor allem dort, wo statistische Daten keine genaue Aussage zu Wahrscheinlichkeiten erlauben und daher auch das Gericht zwar zu der **einen oder zu der anderen Seite tendiert**, aber

<sup>26)</sup> Vgl. Hershberg/Westerlund, Bulletin of the American College of Surgeons, Volume 89, No 1, January 2004, 25 ff.

nicht angeben kann, ob der Wahrscheinlichkeitsüberhang nun 10, 20, 30 oder 40% beträgt, den Vorteil, dass der Richter nicht von dem ihm unwahrscheinlicher Erscheinenden ausgehen muss. Ohne dies beweisen zu können, vermute ich, dass eine solche Beweismaßtheorie ohnedies am ehesten der **gängigen Praxis** der Gerichte entspricht.

### III. Soll eine vom Verschulden unabhängige Haftung eingeführt werden?

Immer wieder wird die Forderung aufgestellt, dass für Behandlungsfehler unabhängig davon gehaftet werden soll, ob dem Arzt ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann.<sup>27)</sup> Dabei handelt es sich wiederum um eine rechtspolitische Forderung, die sich daher der dogmatischen Beurteilung entzieht. Es soll deshalb nur kurz in Frage gestellt werden, ob die an eine solche Haftung gestellten **Erwartungen** auch tatsächlich erfüllbar sind.

Bevor der Abkehr von der Verschuldenshaftung das Wort geredet wird, gilt es zu bedenken, dass schon jetzt die Bezeichnung Verschuldenshaftung für den Arzthaftungsbereich nur mehr schwer zu rechtfertigen ist. Überall dort, wo Sachverständige iSd § 1299 ABGB tätig sind, tritt das Verschulden ganz in den Hintergrund. Bei Sachverständigen sind nämlich nicht nur Fleiß und Aufmerksamkeit, sondern auch Kenntnisse und Fähigkeiten objektiv zu beurteilen.<sup>28)</sup> Damit bleibt nach Bejahung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit, also der Rechtswidrigkeit, auf der Verschuldensebene kaum etwas zu prüfen übrig. Letztlich reduziert sich das Verschuldenserfordernis auf die Erörterung der Deliktsfähigkeit und der Verschuldensgrade. Ein Verzicht auf das Verschuldenserfordernis würde daher kaum eine Veränderung bewirken.

Nur wenn man die Ersatzpflicht auch bei **Fehlen eines objektiv vorwerfbaren Verhaltens** bejahte, würde die haftungsrechtliche Situation entscheidend umgestaltet. Woran sollte dann aber die Haftung geknüpft werden? Da eine Haftung für den Heilungserfolg schon aus wirtschaftlichen Gründen ausscheidet, müssten neue Kriterien festgelegt werden, welche die Ersatzpflicht auslösen.

Ein Blick nach **Schweden**, wo der weiterhin bestehenden Verschuldenshaftung eine Patientenversicherung zur Seite gestellt wurde,<sup>29)</sup> dämpft übersteigerte Hoffnungen auf eine Art „Gesundheitsgarantie“. Ohne die schwedische Regelung, die auch in anderen skandinavischen Ländern Nachahmung gefunden hat, hier näher darstellen zu können, soll nur beispielhaft gezeigt werden, dass die Unterschiede zur derzeitigen haftungsrechtlichen Situation wohl geringer sind als erwartet.

Nach dem schwedischen **PatientenschadenG** (PatSchG) kann ein Patient eine Versicherungsleistung ua dann beanspruchen, wenn die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Schaden durch eine Behandlung verursacht wurde und der Schaden durch eine andere Ausführung der Behandlung hätte

<sup>27)</sup> Kossak, Rz 1999/12, 258 ff.

<sup>28)</sup> Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 1299 Rz 3 ff.

<sup>29)</sup> Patientenschadensgesetz, SFS Nr 1996, 799 (PatSchG).

vermieden werden können. Dasselbe gilt, wenn der Schaden durch eine fehlerhafte Diagnose verursacht wurde. Bei Beurteilung dieser Ersatzansprüche soll der Maßstab angewandt werden, der für einen erfahrenen Spezialisten oder anderen in einem medizinischen Beruf erfahrenen Fachmann gilt (§ 6 PatSchG).

Einen **Unterschied** zum österreichischen Haftungsrecht auszumachen fällt hier gar nicht leicht. In der Literatur wird zwar betont, dass nach dem schwedischen PatSchG nicht eine Ex-Ante-, sondern eine Ex-Post-Betrachtung durchzuführen ist,<sup>30)</sup> für den Großteil der Fälle wird dies aber im Ergebnis keinen Unterschied machen.

Lediglich in **Teilbereichen**, so bei Unglücksfällen, beim Krankentransport, bei einem Brand im Krankenhaus oder bei Infektionen erscheint die Haftung spürbar verschärft. Der Schaden muss aber immer durch eine medizinische Maßnahme zugefügt worden sein; ein **schicksalhafter Verlauf** der zu behandelnden Krankheit ist von der Patientenversicherung genauso wenig gedeckt wie Schäden auf Grund von Aufklärungspflichtverletzungen.

Da der Anspruch aus der Patientenversicherung sowohl durch **Selbstbehalte** als auch durch **Haftungsobergrenzen** eingeschränkt ist und die Ersatzpflicht des Krankenanstaltenträgers und der Ärzte weiterhin bestehen bleibt, sind Schadenersatzprozesse auch nach dem schwedischen System nicht zu vermeiden.

Für Österreich ist noch darauf hinzuweisen, dass auf Grund der **Fondslösung** des § 27a Abs 5 und 6 KAKuG und der Landes-KAG – wenn auch in kleineren Dimensionen – ebenfalls ein Modell der alternativen Schadensregulierung besteht. Da diese Fonds durch die Patienten gespeist werden, diese aber keinen Rechtsanspruch auf Leistungen aus dem Fonds haben, erscheint die Fondslösung verfassungsrechtlich problematisch.<sup>31)</sup>

#### IV. Aufklärungspflichtverletzung

Ärztlicherseits wird die Haftung wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten noch weitaus problematischer gesehen als jene wegen des Vorliegens von Behandlungsfehlern. Dies ist verständlich, weil bei fehlerhafter Aufklärung auch für mit dem Eingriff verbundene, nicht vermeidbare Risiken zu haften ist. Der Arzt wird also trotz einer **lege artis** erfolgten Behandlung haftbar. So verständlich die Betroffenheit des Arztes ist, der trotz fehlerfreier Behandlung ersatzpflichtig wird, ist dies aber nicht zu vermeiden, wenn man das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ernst nimmt. Dabei macht es nur in Randbereichen einen Unterschied, ob man der herrschenden **Körperverletzungsdoktrin** folgt, nach welcher jeder invasive Eingriff ohne ordnungsgemäße Aufklärung eine Körperverletzung darstellt, oder ob man die Haftung direkt an den Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht knüpft.

Der vom OGH formulierte Grundsatz, dass der Patient im Rahmen der Risikoaufklärung auf alle Gefahren hinzuweisen ist, die so erheblich sind, dass sie

<sup>30)</sup> Köhler in Köhler/von Maydell, Arzthaftung 228.

<sup>31)</sup> Kahl in Barta/Ganner/Lichtmannegger, Patientenentschädigungsfonds 206 ff.

geeignet erscheinen, die **Entscheidung des Patienten zu beeinflussen**,<sup>32)</sup> kann wohl nicht ernstlich in Zweifel gezogen werden. Sollte die Aufklärungspflicht – wie manchmal behauptet – in Einzelfällen dennoch überspannt worden sein, so kann dies in den meisten Fällen nicht den Gerichten angelastet werden. Die Frage, welche Risiken für den Eingriff so typisch sind, dass der Patient über sie zu informieren ist, muss letztlich vom gerichtlich bestellten **Sachverständigen** geklärt werden.

Hinsichtlich der **operativen Eingriffe** dürfte die Aufklärung aber ohnedies keine großen Schwierigkeiten bereiten. Aufklärungsbögen sind für das Aufklärungsgespräch sehr hilfreich, weil sie eine Art Fahrplan für die Aufklärung darstellen. In anderen Bereichen bestehen hingegen nur schwer zu meisternde Probleme. Dazu zählt die Aufklärung vor **medikamentöser Behandlung** oder auch die Aufklärung **fremdsprachiger Patienten**.

## V. Wrongful conception

Zuletzt möchte ich noch in aller gebotenen Kürze auf die problematische Rechtsprechung zu wrongful conception hinweisen. Zur Veranschaulichung möchte ich ihnen den letzten vom OGH entschiedenen Fall kurz vorstellen.

In **6 Ob 148/08w** ging der OGH davon aus, dass einer Frau bei einer In-vitro-Fertilisation vereinbarungswidrig nicht zwei, sondern drei Embryonen eingepflanzt worden seien. Ob dies tatsächlich der Fall war, wurde im Verfahren nicht geklärt, weil alle drei Instanzen bereits aus rechtlichen Gründen eine Haftung für den durch die Unterhaltungspflicht für das dritte Kind entstandenen Schaden verneinten. Der OGH stützte sich in dieser Entscheidung auf den bereits im ersten Urteil zu wrongful conception bemühten Satz, dass die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes keinen Schaden im Rechtssinne darstellt. Bedenkt man, dass in den Fällen von **wrongful birth** – wenn also bei den pränatalen Untersuchungen auf Grund einer Sorgfaltswidrigkeit eine schwere Behinderung, die zur Abtreibung geführt hätte, übersehen wurde – von der Rechtsprechung der Unterhaltsschaden sehr wohl als ersatzfähig angesehen wird und nicht nur der Unterhaltungsmehrbedarf auf Grund der Behinderung, sondern auch der **Basisunterhalt** zu ersetzen ist, tut sich mit dem zitierten Satz ein hässlicher Gegenschluss auf: Wird bei wrongful conception der Ersatzanspruch verneint, weil ein **gesundes** (richtiger: nicht behindertes) **Kind kein Schaden** ist, was folgt dann aus dem Ersatz des gesamten Unterhalts bei wrongful birth? Sollte man ein behindertes Kind also als Schaden ansehen? Selbstverständlich nicht. Das Kind ist niemals ein Schaden. Vielmehr kann in beiden Fällen nur die nicht gewünschte Belastung mit dem Unterhalt als Schaden angesehen werden.

Auch wenn man die unglückliche Formulierung des OGH nicht auf die Goldwaage legen will, muss doch festgehalten werden, dass die Haftung für den Familienplanungsschaden bei wrongful conception weit unproblematischer erscheint als bei den Fällen von wrongful birth: Bei diesen müssen die Eltern argumentieren, dass sie bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Behinderung des

<sup>32)</sup> ZB OGH 1 Ob 532/94, SZ 67/9; 8 Ob 103/01g.

Fötus eine Abtreibung vorgenommen hätten. Dies ist nicht nur **ethisch** problematisch. Auch bei rein juristischer Betrachtung bedarf die Bejahung eines Schadenersatzanspruchs bei wrongful birth einer aufwendigen Begründung. So setzt diese voraus, dass man § 97 Abs 1 Z 2 Fall 2 StGB, der die Abtreibung wegen embryopathischer Indikation erlaubt, nicht bloß als Strafausschließungs- oder Tatbestandsausschluss-, sondern als **Rechtfertigungsgrund** versteht.<sup>33)</sup>

Beim Familienplanungsschaden auf Grund von wrongful conception tritt auch noch klarer als bei wrongful birth zutage, dass auch **Vermögensinteressen** geschützt sein müssen. Wenn sich jemand zur Sterilisation entschließt oder eben nur zwei und nicht drei Embryonen eingesetzt haben will, wird besonders klar, dass der Zweck einer solchen Maßnahme regelmäßig auch darin besteht, Unterhaltsbelastungen zu vermeiden.

Es ist auch zu bedenken, dass bei wrongful conception die Bejahung des Schadenersatzanspruchs der Abtreibung entgegenwirkt. Es ist ja durchaus möglich, dass die Eltern ohne Ersatzanspruch durch die Unterhaltspflicht finanziell überfordert sind und sich deshalb zu einem Schwangerschaftsabbruch entschließen. Wenn man so will, tritt bei wrongful conception die ethische Problematik mit **umgekehrten Vorzeichen** auf.

Allen diesen und noch weiteren Einwänden der Lehre gegen die unterschiedliche Behandlung von wrongful birth und wrongful conception hält der OGH in der Entscheidung zur In-vitro-Fertilisation entgegen, dass es sich bei der Geburt eines gesunden und bei der Geburt eines behinderten Kindes um unterschiedliche, nicht vergleichbare Fälle handle.<sup>34)</sup> Es wird also die aus dem anglo-amerikanischen Recht bekannte Methode des „**Distinguishing**“ angewendet, allerdings ohne nachvollziehbar offen zu legen, wodurch sich die beiden Haftungsszenarien **wertungsmäßig** unterscheiden. Dass nicht die Behinderung der maßgebliche Wertungsgesichtspunkt sein kann, versteht sich ja von selbst. Ein anderes Entscheidungskriterium für das „Distinguishing“ ist allerdings nicht ersichtlich. Sollte der Fall, dass zB durch eine fehlgeschlagene Sterilisation ein Kind zur Welt kommt, das eine **Behinderung aufweist**, tatsächlich anders zu entscheiden sein?

Dass der OGH die Revision trotz massiver Kritik der Lehre und auch des OLG Wien<sup>35)</sup> zurückgewiesen hat, ist sehr bedauerlich. Offenbar ist der OGH der Ansicht „**Roma locuta, causa finita**“, der 9. Senat hat nämlich in seiner Entscheidung 9 Ob 37/14b<sup>36)</sup> diese Ansicht übernommen, ohne die Kritik der Lehre auch nur zu erwähnen.

<sup>33)</sup> Dazu *Kletečka*, Wrongful birth, wrongful conception, JBl 2012, 749.

<sup>34)</sup> OGH 6 Ob 148/08w, JBl 2009, 108 = EF-Z 2009/69, 91 (*Karner*).

<sup>35)</sup> Bei Begründung der Entscheidung über die Zulassung der Revision.

<sup>36)</sup> RdM 2015/110, 149 (*Bernat*).

