

RECHT **RdM** DER MEDIZIN

Schriftleitung Christian Kopetzki

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

Februar 2016

01

1 – 40

Beiträge

Auswirkungen des StRÄG 2015 auf den medizinischen Bereich

Alois Birklbauer ➔ 4

Klinische Prüfung von Arzneimitteln im Umbruch

Claudia Zeinhofer ➔ 8

ÄrzteG: Organzuständigkeit, Kompetenzübertragung
und -überschreitung Lukas Stärker ➔ 16

Gesetzgebung und Verwaltung

IVF-Behandlung von Minderjährigen ➔ 19

Rechtsprechung

Keine Haftung des ärztlichen Gerichtssachverständigen trotz Fachüberschreitung

Aline Leischner-Lenzhofer ➔ 22

Irreführende Bezeichnung einer augenärztlichen Ordination
als „Klinik“ Verena Christine Blum ➔ 28

Leitsätze

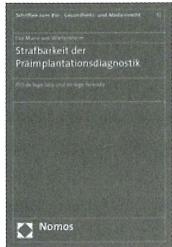
Fachwerbung mit „bis zu 50% stärker[er]“ Arzneimittelwirkung

Claudia Zeinhofer ➔ 31

Zum ärztlichen Disziplinarverfahren ➔ 32

Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik.

PID de lege lata und de lege ferenda, 1. Aufl. Von Eva Marie von Wietersheim. Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht Band 12, Nomos Verlag, Baden-Baden 2014. 340 Seiten, br, € 89,-.



Die Arbeit beginnt im 1. Teil (25–71) mit den naturwissenschaftlichen Hintergründen der vorgeburtlichen Entwicklung des Menschen in vitro und in vivo von Befruchtung über Nidation bis zur Geburt, die Diagnoseverfahren und die Reaktionsalternativen. So berechtigt die erlaubte *Pränataldiagnostik* (PND) bei Feststellung eines Risikos einer schweren Behinderung des werdenden Kindes zum *Schwangerschaftsabbruch* im Rahmen der *medizinisch-sozialen*

Indikation (§ 218a Abs 2 StGB) bis zur Geburt, was mit der *Präimplantationsdiagnostik* (PID) und *Verwerfung* von genetisch auffälligen Embryonen verglichen wird.

Im 2. Teil (74–149) behandelt die *Autorin* die *PID* nach § 3a *ESchG*, die als genetische Untersuchung „der Zellen eines Embryos in vitro vor seinem intrauterinen Transfer“ grundsätzlich *verboten* ist und „mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft“ wird. Sie ist nur bei vorliegenden *Indikationen* nach § 3a Abs 2 *ESchG* wie „hohe[m] Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit“, „schwerwiegende[r] Schädigung des Embryos, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt“ führt, oder „Geschlechterauswahl wegen geschlechtsbedingter Krankheit“ und schriftlicher Einwilligung der Frau, von der die Eizelle stammt, *gerechtfertigt*. Die *Autorin* kritisiert die Ausklammerung spätmanifestierender Erbkrankheiten (wie Chorea Huntington) oder die häufigste Chromosomenaberration, die Trisomie 21, als Indiz einer *PID*, obwohl diese Hauptindikationen der invasiven *PND* und für den erlaubten Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs 2 StGB bilden. Ihrer Meinung nach sollen menschliche Embryonen in vitro nicht besser geschützt sein als solche in vivo und Widersprüche ausgeräumt werden. Daher tritt sie nach konkreter Überprüfung der Vereinbarkeit des § 3a *ESchG* mit dem bestehenden rechtlichen Normen zum vorgeburtlichen Lebensschutz im 3. und 4. Teil (150–234; 235–293) für eine Systemharmonie und Wertkonsistenz ein und fordert ein einheitliches *Fortpflanzungsmedizinengesetz* (101 f, 128 ff). Sie spricht dabei im 5. Teil den Augsburg-Münchner-Entwurf eines *FMedG* an (294–310), den sie grundsätzlich – mit Ausnahme der Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit (298, 301) – positiv wertet. Der *Autorin* zufolge soll bei der Normierung der *PID* nur auf die gesundheitlichen Risiken der betroffenen Frau abgestellt und diese dem indizierten Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs 2 StGB nachempfunden werden.

In diesem Buch, das im 6. Teil (311–318) mit einer Schlussbetrachtung endet, hat die *Autorin* die naturwissenschaftliche Basis der Humangenetik und die sich überschneidenden gesetzlichen und oft widersprüchlichen Regelungskomplexe verständlich und vertiefend dargestellt. Der angestrebte Beitrag zur Systemharmonisierung ist gelungen und die Forderung nach einem einheitlichen *FMedG* nachvollziehbar.

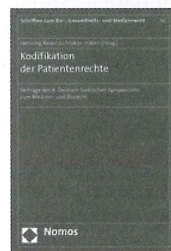
Die Probleme iZm der *PID* stellen sich auch in *Österreich*, das mit dem am 24. 2. 2015 in Kraft getretenen *FMedRÄG* 2015 BGBl I 2015/35 die *PID* nach § 2a *FMedG* in engen Grenzen zulässt. Damit wurde auch hier der vor der Normierung bestehende Wertungswiderspruch zwischen der verbotenen *PID* (§ 9 *FMedG* aF) und erlaubter *PND* mit *Schwangerschaftsabbruch wegen embryopathischer Indi-*

kation (§ 97 Abs 1 Z 2 öStGB) wenigstens teilweise bereinigt. Ein wesentlicher Unterschied zu Deutschland zeigt sich darin, dass dort ein Verstoß gegen das *PID*-Verbot *strafrechtlich* geahndet wird und dies in Österreich eine *Verwaltungsübertretung* (= Ordnungswidrigkeit) darstellt. Die angesprochenen naturwissenschaftlichen und rechtlichen Ausführungen können jedenfalls auch in Österreich zum Verständnis der mit medizinisch unterstützter Fortpflanzung verbundenen Probleme und zur Vertiefung der Diskussion herangezogen und das Buch vorbehaltlos empfohlen werden.

Maria Eder-Rieder

Kodifikation der Patientenrechte.

Beiträge des X. Deutsch-Türkischen Symposions zum Medizin- und Biorecht. Von Henning Rosenau/Hakan Hakeri (Hrsg.). Verlag Nomos, Baden Baden 2015. 208 Seiten, br, € 53,50.



Das Inkrafttreten des PatientenrechteG BGBl I 227 am 26. 2. 2013 in Deutschland war Anlass eines Symposions an der Universität Augsburg, bei dem es einerseits um die Bewertung des neuen Gesetzes ging, andererseits darum, was die türkische Rechtsordnung aus der deutschen Gesetzesinitiative lernen könne. Neben Beiträgen namhafter deutscher und türkischer Fachleute findet sich in diesem Band auch ein Bei-

trag des führenden österr. Medizinrechtlers *Erwin Bernat*. Aus österr. Perspektive sind die Ausführungen zum deutschen Recht – schon wegen der geografischen und sprachlichen Nähe – aufschlussreicher als mögliche Reformperspektiven im türkischen Recht.

Die Abwägung zwischen Einräumung eines großen Freiraums für die Gerichte, um im Einzelfall sachgerechte Lösungen zu erzielen, und einer Festschreibung gesetzlicher Regelungen, um für die betroffenen Parteien Rechtssicherheit zu schaffen, ist nicht neu. *Becker* (Kodifikation des Bürgerlichen Rechts – Lehren aus dem Streit zwischen *Savigny* und *Thibault* 11 ff) zeigt auf, dass dieses Spannungsverhältnis gerade in Deutschland eine lange Tradition hat. Im PatientenrechteG habe der Gesetzgeber zwar wenig Neues geschaffen; er habe das bisher geltende Recht aber „mit gutem Gespür in passender Darstellungstiefe in den Gesamtzusammenhang des BGB integriert“ (S 38). *Becker* betont die begriffliche Klarheit, weil „keine von Lobbyisten gelenkte europäische VO oder RL eine von nationaler Rechtssprache abgerückte europäische Vorformulierung vorgab“. Unter Verweis auf das Bankrecht und die Informations- und Widerrufsrechte bei Verbrauchern hebt er hervor, dass die §§ 630a bis 630h in wohlthuendem Gegensatz zu europäischen Monströsitäten stehen, mit welchen das BGB belastet wurde (S 44).

Dornbeck (Grund und Grenzen der Kodifikation von Patientenrechten 45 ff) betont die Zielsetzung des Gesetzes, dass der mündige Patient auf Augenhöhe mit dem Arzt kommunizieren und agieren könne (S 47), wobei das Leitbild des mündigen Patienten ein frommer Wunsch sei (S 49). Das Gesetz sei „eine Ansammlung von Altbekanntem, kein großer Wurf, aber auch keine besondere Fehlleistung“, wobei die Gefahr bestehe, dass die Weiterbildung des Richters behindert werde, weil gewisse Regeln nun in Stein gemeißelt seien (S 52). Hingewiesen wird auf die Gefahr der zu weit gehenden Verrechtlichung mit der Folge einer defensiven Medizin (S 53). Resümierend wird festgehalten, dass es dieses PatientenrechteG nicht bedurft hätte (S 57). Vielmehr plädiert *Dornbeck* für Entschädigungsfonds und Schlichtungsverfahren (S 58). Darüber hinaus wird so manche Detailfrage behandelt. →

Der aus österr Perspektive lesenswerteste Beitrag stammt von *Bernat* (Reform der Arzthaftung? Ein österr Diskussionsbeitrag 179 ff). In klarer Sprache und mit umfassenden Belegstellen versehen beschreibt er die vielen Parallelen und eher marginalen Unterschiede zwischen deutschem und österr Arzthaftungsrecht, so etwa, dass es im österr Recht keine Beweislastumkehr in Bezug auf die Kausalität bei einem groben Behandlungsfehler gebe, aber das Beweismaß schon bei leichter Fahrlässigkeit herabgesetzt sei (S 183); zudem habe der OGH das Erfordernis der Kausalität durch Einführung einer Proportionalhaftung aufgeweicht (S 187). Bemerkt sei an dieser Stelle, dass unter Berufung auf diese die Ersatzpflichtigen sich bemühen, Defizite aus der Sphäre des Anspruchstellers für eine Kürzung zu instrumentalisieren, auch wenn die Kausalität eindeutig gegeben ist. Dem ist der OGH aber zutreffenderweise entgegengetreten; *pars pro toto* sei verwiesen auf Zak 2014/218 (*Kalziumunvert-räglichkeit*) sowie ZVR 2015/47 (*Ch. Huber*) (Treppenlift).

Überaus eindrucksvoll zeigt *Bernat* auf, welche Macken vom Verschulden losgelöste Entschädigungssysteme beinhalten. Unter Verweis auf das Modell in Schweden und Neuseeland erläutert er, dass im neuseeländischen Modell das Selbstbestimmungsrecht des Patienten verkürzt werde und dieser bloß eine Entschädigung erhalte (S 197); und diese bleibt dann häufig hinter dem Umfang eines Schadenersatzanspruchs zurück, so auch im schwedischen und österr Modell einer ergänzenden Versicherungslösung (S 194). Der Patient muss sich mit dem Spatz in der Hand begnügen; die Taube auf dem Dach bleibt für ihn unerreichbar. Zu Recht prangert *Bernat* an, dass im österr Recht die Patienten durch ihnen abverlangte Zwangsbeiträge ein Prämienvolumen aufbringen, das

dann (ohne Rechtsanspruch) nach Gutsherrenart an Bedürftige verteilt werde, wobei die Höhe im Voraus nicht feststehe und – im Vergleich zu einem Schadenersatzanspruch – bloß symbolischen Charakter aufweise (S 202). *Bernat* bleibt aber nicht bei der Kritik der *lex lata*, sondern zeigt auf, wie man ein vom Verschulden losgelöstes ergänzendes Versicherungssystem de lege ferenda intelligenter ausgestalten könnte (S 204).

Insgesamt handelt es sich um ein überaus lesenswertes Buch zu einem ganz aktuellen Thema, das sowohl die Gesetzgebung als auch die Rsp, die betroffenen Patienten als auch die Behandler, namentlich Ärzte und Krankenhäuser, unter Einschluss der mit der Regulierung von Schadensfällen befassten Anwälte und Sachverständigen in den nächsten Jahren beschäftigen wird. Nicht nur die Türkei, auch Österreich wird mit Interesse verfolgen, wie sich die gesetzgeberische Klarstellung in Deutschland im Rechtsalltag auswirken wird – und wird daraus (hoffentlich) Schlussfolgerungen ziehen. Eine eigene Bemerkung des Rezensenten zum Schluss: Eine mit Einfühlungsvermögen und Augenmaß erfolgende Klarstellung durch den Gesetzgeber ist im Zweifel immer wünschenswert, nicht weil der Patient vor dem Arztbesuch zunächst einen Blick ins Gesetzbuch wirft, sondern weil in einem Schadensfall dann auch über den Kreis der besonders Eingeweihten (in Österreich gibt es anders als in Deutschland keine Fachanwälte für Medizinrecht) hinaus rascher klar wird, nach welchen Stellschrauben zu beurteilen ist, ob ein berechtigter Schadenersatzanspruch bei einer durch eine ärztliche Fehlbehandlung verschuldeten Verletzung besteht oder eben nicht.

Christian Huber, RWTH Aachen

[SERVICE]

Veranstaltungen & Seminare

51. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht in Zell am See

→ 31. 3. 2016, 8.45 Uhr, und 1. 4. 2016, 9.00 Uhr, Ferry Porsche Congress Center, Zell am See, Brucker Bundesstraße 1 a
Donnerstag, 31. 3. 2016 – 8.45 Uhr

– **Betriebsrat: Interessenvertretung versus Geheimhaltungspflichten**

Assoz. Prof. PD Dr. *Elias Felten* (Universität Salzburg)

– **Lohn- und Sozialdumping**

Univ.-Prof. Dr. *Klaus Firlel* (Universität Salzburg) und Mag. *Walter Neubauer* (BMASK)

Seminar: 17.30 Uhr

– **Elternteilzeit**

Univ.-Ass. Dr. *Elisabeth Brameshuber* (WU Wien)

Freitag, 1. 4. 2016 – 9.00 Uhr

– **Ausbildungsverhältnisse im Sozialversicherungsrecht**

HR Dr. *Angela Julcher* (VwGH)

– **Zumutbare Arbeit: Arbeitslosengeld – Notstandshilfe – Mindestsicherung**

VAss. Dr. *Nora Melzer-Azodanloo* (Universität Graz) und Dr. *Johannes Kopf*, LL.M (AMS Österreich)

Nachwuchsforum:

Mittwoch, 30. 3. 2016 – 15.00 bis 16.30 Uhr

- gesonderte Anmeldung erforderlich -

Infos unter: www.arbeitsrechtundsozialrecht.com

Teilnahmegebühr: € 65,- (an: Österreichische Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, IBAN: AT261500000771005501, BIC: OBKLAT2L)

Das Tourismusbüro der Stadt Zell am See (E-Mail: welcome@zellamsee-kaprun.com; Internet: www.zellamsee-kaprun.com) übernimmt auf Wunsch Zimmerreservierungen.

Anmeldungen und Anfragen richten Sie bitte an Frau Astrid Bönisch-Weilguny

Tel: +43 732 2468-7470, Fax: +43 732 2468-28270, E-Mail: astrid.boenisch@jku.at

Postanschrift: pA Johannes Kepler Universität Linz, Altenbergerstr. 69, 4040 Linz