

MEDIZIN- UND GESUNDHEITSRECHT

Juni 2023 | Heft 2, Seiten 105–208 (8. Jahrgang)

Aktuelles: Pflegelehre

- 108 „Pflegelehre geht in Begutachtung“
Barbara Födermayr und Heidemarie Stafflinger

Patientenrechte und Patientensicherheit

- 110 Die Einwilligung in die medizinische Behandlung im Internationalen Privatrecht
Simon Laimer und Sandra Viertler
- 115 Gelten die Grundsätze für Behandlungsverträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter auch für Heimverträge?
Martina Brugger
- 120 OGH: Beweiserleichterung für das (Nicht-)Vorliegen der Kausalität zu Gunsten des Patienten bei Vorliegen eines Behandlungsfehlers
OGH 29.3.2022, 4 Ob 35/22h (Martina Schickmair)

Public Health Law

- 141 Die Sozialversicherungsreform 2018 bedarf einer Reform!
Walter Hengl
- 162 Versicherung für klinische Prüfungen
Stephan Lenzhofer
- 168 OGH: Nasenspray als Medizinprodukt oder (Funktions-/Präsentations)Arzneimittel?
OGH 23.9.2022, 4 Ob 163/22g (OLG Wien, 2 R 109/22x-38) (Sonja Hebenstreit)

Internationales

- 177 Die gesetzliche Regelung der Triage in Deutschland
Sabine Bernot

Praxis Gesundheitsrecht

- 189 Anforderungen an die Qualität eines medizinischen Sachverständigengutachtens
Wolfgang Kröll
-

Herausgeber: Michael Ganner, Markus Grimm | Schriftleitung: Michael Ganner, Thomas Pixner

INHALT

EDITORIAL

- 105 Liebe Leserinnen und Leser!
Michael Ganner und Thomas Pixner

AKTUELLES: PFLEGELEHRE

- 108 „Pflegelehre geht in Begutachtung“
Barbara Fördermayr und Heidemarie Stafflinger
Der Beitrag stellt im Überblick den Gesetzesentwurf vor, mit dem die Pflegelehre eingeführt werden soll.

PATIENTENRECHTE UND PATIENTENSICHERHEIT

- 110 Die Einwilligung in die medizinische Behandlung im Internationalen Privatrecht
Simon Laimer und Sandra Viertler
Die Einwilligung in die medizinische Behandlung und die Einwilligungsfähigkeit als ihre Voraussetzung sind von österreichischen Gerichten bei grenzüberschreitenden Schadenersatzfällen entsprechend dem kollisionsrechtlichen Grundgedanken der einheitlichen Anknüpfung zusammenhängender Fragen als unselbständiger Teil des (deliktischen oder vertraglichen) Hauptstatutes zu behandeln. Wenn es sich bei den Patienten um unter 18-Jährige oder schutzberechtigte Erwachsene handelt, ist jedoch das Schutzstatut maßgeblich.
- 115 Gelten die Grundsätze für Behandlungsverträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter auch für Heimverträge?
Martina Brugger
Bestehen Schutz- und Sorgfaltspflichten aus einem Vertragsverhältnis immer nur zwischen den Vertragsparteien oder zum Teil auch gegenüber bestimmten dritten Personen?
- 120 OGH: Beweiserleichterung für das (Nicht-)Vorliegen der Kausalität zu Gunsten des Patienten bei Vorliegen eines Behandlungsfehlers
OGH 29.3.2022, 4 Ob 35/22h (Glosse von Martina Schickmair)
- 124 VwGH: Wahl des Absonderungsorts
VwGH 20.9.2022, Ra 2022/03/0124 (Glosse von Martin Attlmayr)
Es liegt nicht im Belieben einer abgesonderten Person, den Absonderungsort frei zu wählen. Indem sich die abgesonderte Person, die aufgrund der Vorerkrankungen zur Vermeidung einer Ansteckung mit COVID-19 von der erkrankten Ehefrau an einem anderen Ort selbst absondert und dort den Anordnungen der Behörde nachkommt, setzt sie ein vom EpiG erwartetes, zur Vermeidung der Weiterverbreitung der Krankheit geeignetes Verhalten und handelt damit nichtobjektiv sorgfaltswidrig.

PUBLIC HEALTH LAW

- 129 Gesundheits- und Krankenpflegeschulen – Stellenwert und Anerkennbarkeit für Studien (Teil 2)
Manfred Novak
Der Beitrag befasst sich vor dem Hintergrund der Neuregelung des § 12 FHG mit der Anerkennbarkeit von im Rahmen der Ausbildung an Gesundheits- und Krankenpflegeschulen erworbenen Kenntnissen für Fachhochschul-Studiengänge.
- 135 „Makroassistenz“ zur eigenständigen Verarbeitung makroskopischer OP-Präparate
Esther Eichinger
Der Beitrag beschäftigt sich mit der Zusammenarbeit zwischen Ärzten und medizinischen Assistenzberufen in der Pathologie. Darüber hinaus wird die Delegation ärztlicher Tätigkeiten an biomedizinische Analytiker beleuchtet.
- 141 Die Sozialversicherungsreform 2018 bedarf einer Reform!
Walter Hengl
Die anlässlich der Reform versprochenen Einsparungs- und Umverteilungseffekte sind offensichtlich weit verfehlt worden; eine sachliche, ergebnisoffene Diskussion darüber sollte umgehend angegangen werden und auch dazu beitragen, die zahlreichen Baustellen im Gesundheitswesen zu sanieren.
- 146 Eigenheiten der Primärversorgungseinheiten und Unterschiede zu anderen Behandlungseinrichtungen
Lisa Dörn
Für Patienten vergrößert sich mit den neuen Primärversorgungseinheiten die Auswahl an Behandlungseinrichtungen, an die sie sich mit gesundheitsbezogenen Fragestellungen wenden können. Welche Besonderheiten diese mit sich bringen, ist Inhalt dieses Beitrags.

- 152 Fälschungsschutz versus Markenrechte – Wann ist das Umpacken, Rebranding und Debranding von Arzneimitteln erlaubt?
Gabriela Staber
Analyse der neuen EuGH-Judikatur zum Thema Umpacken, Rebranding und Debranding von Arzneimitteln im Zusammenhang mit den Sicherheitsvorschriften der Fälschungsschutzrichtlinie sowie dem Import von Generika mit der Marke des Referenzarzneimittels im Einfuhrstaat.
- 157 Das e-Rezept – status quo & quo vadis?
Ruth Mahfoozpour und Christina Maria Schwaiger
Im Jahre 2022 wurde im Zuge des Voranschreitens der Digitalisierung des Gesundheitssystems das e-Rezept in Österreich eingeführt. Nebst der damit notwendigen Adaptierung des Rezeptprozesses, waren auch datenschutzrechtliche Überlegungen anzustellen.
- 162 Versicherung für klinische Prüfungen
Stephan Lenzhofer
Vor der Durchführung klinischer Prüfungen ist zwingend eine Personenschadenversicherung zugunsten der Prüfungsteilnehmer abzuschließen. Der Beitrag behandelt die gesetzlichen Vorgaben und in der Praxis entstandene Rechtsfragen.
- 168 OGH: Nasenspray als Medizinprodukt oder (Funktions-/Präsentations)Arzneimittel?
OGH 23.9.2022, 4 Ob 163/22g (OLG Wien, 2 R 109/22x-38) (Glosse von Sonja Hebenstreit)
Die Entscheidung liefert einen Beitrag zur manchmal schwer zu beantwortenden Abgrenzungsfrage zwischen Medizinprodukten und Arzneimitteln.

INTERNATIONALES

- 172 Grenzen der Therapie und „Futility“: Lebensende, Einwilligungsunfähige und Maximaltherapie (Teil 2)
Volker Lipp und Daniel Brauer
Teil 2 des Beitrags stellt die „Futility“-Problematik insb im Hinblick auf die drei Konstellationen – unwirksame, kontraindizierte und Maßnahmen mit ungünstigem Nutzen-Risiko-Verhältnis – dar.
- 177 Die gesetzliche Regelung der Triage in Deutschland
Sabine Bernot
Der Beitrag skizziert die einzelnen Schritte auf dem Weg zur gesetzlichen Regelung der Triage in Deutschland und beleuchtet kurz die getroffene Regelung aus grund- und menschenrechtlicher Sicht.
- 182 Sondergebühren in Deutschland – Teil 1
Markus Stoffels und Maximilian König
Dargestellt werden die Inhalte und typischen Rechtsprobleme ärztlicher und nicht-ärztlicher Wahlleistungen nach deutschem Recht. Dabei werden Parallelen und Unterschiede zum status quo in Österreich deutlich.

PRAXIS GESUNDHEITSRECHT

- 189 Anforderungen an die Qualität eines medizinischen Sachverständigengutachtens
Wolfgang Kröll
Der Beitrag beschäftigt sich mit Qualitätsanforderungen und -kriterien im Kontext der Erstellung eines medizinischen Sachverständigengutachtens.
- 198 Legistische Neuerungen
Thomas Pixner und Florian Schwetz

SERVICE & INFOS

- 201 Rezensionen
- 203 Literaturhinweise
- 204 Herausgeber / Schriftleitung / Ständige Redaktion
- 206 Autoren
- 208 Impressum

Die Sozialversicherungsreform 2018 bedarf einer Reform!*

Im folgenden Beitrag wird aus der Sicht des Autors Bilanz über die bisherigen Erfahrungen mit der sogenannten Krankenkassenreform, insbesondere der Kassenzusammenlegung und der Neuformierung der Selbstverwaltung gezogen. Daraus werden Vorschläge für die Reparatur offensichtlicher Schwachstellen ebenso abgeleitet wie darüber hinaus Weiterentwicklungen des Gesundheitswesens angeregt. Damit soll ein längst fälliger Diskussionsprozess über diese grundlegenden Fragestellungen sozialer Sicherheit in Österreich angestoßen werden.

Deskriptoren: Österreichischen Gesundheitskasse, Gebietskrankenkassen, Sozialversicherungsträger, Selbstverwaltung, Wahlärzte, Patientenmilliarde.
Normen: Sozialversicherungs-Organisationsgesetz.

Von Walter Hengl

1. Die Reform 2018

Mit seiner Kundmachung am 22.12.2018 wurde das Sozialversicherungs-Organisationsgesetz, BGBl I 2018/100, auch zur Grundlage der **Zusammenlegung** der neun bundesländerweise strukturierten Gebietskrankenkassen zur neuen bundeseinheitlichen Österreichischen Gesundheitskasse (ÖGK). Diese hat mit 1. Jänner 2020 ihre Tätigkeit als für die Dienstnehmer österreichweit zuständiger Krankenversicherungsträger aufgenommen. Gleichzeitig wurde die Zusammensetzung der **Organe der Selbstverwaltung** – seit jeher Herzstück der österreichischen Sozialversicherung – massiv umgestaltet. Damit haben nun auch **sämtliche** Sozialversicherungsträger Österreichs ihren **Sitz in Wien**.

Diese Reform war politisch begleitet und der Bevölkerung schmackhaft gemacht worden von vollmundigen Ankündigungen, dass damit eine „Funktionärsmilliarde“ an Kosten der bisherigen Selbstverwaltung eingespart und den Versicherten in Form einer „**Patientenmilliarde**“ wieder zugutekommen werde.

Diese **Selbstverwaltung** war seit den Zeiten ihrer gesetzlichen Grundlegung im Jahre 1888 durch eine mehrheitliche Gewichtung der Arbeitnehmervertreter gekennzeichnet gewesen, zuletzt noch verstärkt durch das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG) aus dem Jahr 1955. Begründet wurde diese Mehrheit immer wieder einerseits damit, dass nur die Arbeitnehmer die eigentlich Betroffenen und damit die „Mitglieder“ dieser Krankenkassen seien und dass sie andererseits auch die überwiegende

Last der Zahlungen – zuletzt fast 70 % der gesamten Beitragseinnahmen – zu stemmen hätten.

Gegen alle Widerstände der Dienstnehmervertretungen und -organisationen hat die damalige Parlamentsmehrheit aus ÖVP und FPÖ in einem vorher nie dagewesenen „**Bruch der politischen Kultur**“ – so der Politologe Anton Pelinka – diese Dienstnehmermehrheit in den Entscheidungsgremien beseitigt. An deren Stelle trat eine paritätische Besetzung mit Vertretern der Dienstgeber und der Dienstnehmerseite und halbjährlichem (!) Wechsel der jeweiligen Vorsitzenden in den neu geschaffenen Organen der Willensbildung. Dass mit diesem Gesamtpaket vor allem rein parteipolitische Absichten verfolgt wurden, war und ist offenkundig.

Mittlerweile hat sich – unter anderem erhärtet auch durch Rechnungshofberichte (*III- 822 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrats XXVII.GP Rechnungshof GZ 2022 – 0.833.007 (004.933)*) sowie zahlreiche dazu veröffentlichte Medienberichte) – herausgestellt, dass die seinerzeit verkündeten **finanziellen Zielvorgaben weit verfehlt** wurden: Es sei durch die Neuorganisation nicht nur zu keinerlei Einsparungen, sondern sogar zu beträchtlichen **Mehrkosten** von 215 Millionen € gekommen; auch den sonstigen gesundheitspolitischen Verbesserungszielen sei man bisher in keiner Weise näher gekommen, habe sich vielmehr damit unangemessen lange Entscheidungswege eingehandelt.

2. Der Freundeskreis Tiroler Gebietskrankenkasse

Schon Ende 2019 hat sich als Reaktion darauf in Tirol der „Freundeskreis Tiroler Gebietskrankenkasse“ vereinsmäßig formiert, um einerseits die jahrzehntlang bewährten **Vorzüge dezentraler, föderaler Strukturen** für die Betreuung der Versicherten im Gedächtnis zu bewahren und andererseits die Entwicklung der neuen, äußerst **zentralistisch** aufgebauten ÖGK begleitend zu beobachten. Seine Sichtweise beschreibt der Freundeskreis

* Der Text verzichtet aus Gründen der leichteren Lesbarkeit auf gendergerechte Ausformungen und bezieht sich bei geschlechtsspezi-

fischen Ausdrücken immer auf Menschen aller geschlechtlichen Identitäten.

TGKK (www.freundeskreis-tgkk) in seiner **Gründungs-erklärung** aus dem Jahr 2020 auszugsweise wie folgt:

- *Wir wollen ein ehrendes Gedenken an die Tiroler Gebietskrankenkasse bewahren. Diese entstand – erstmals unter dieser landesweiten Bezeichnung – im Jahre 1945 aus den Trümmern und dem Elend der Aufbaujahre nach dem Ende des 2. Weltkriegs. Sie baute auf zahlreichen örtlich und beruflich zersplitterten Tiroler Krankenkassenmodellen seit 1877 auf, damals überwiegend Selbsthilfeeinrichtungen der Arbeiterschaft. Sie bildete seither mit ihrer grundsoliden regionalen und mehrheitlich von den Arbeitnehmern selbst verwalteten Entwicklung die Geschichte unseres Landes und unserer Gesellschaft eindrucksvoll ab.*
- *Diese Erfolgsgeschichte wurde abrupt mit 31.12.2019 durch die Auflösung der Gebietskrankenkassen beendet. Sie alle sind nunmehr in der Österreichischen Gesundheitskasse mit völlig auf den Kopf gestellten und umgefärbten Mehrheitsstrukturen und mit Sitz in Wien aufgegangen.*
- *Wir lehnen Zusammenlegungen – im Wissen, wie die Gebietskrankenkassen historisch entstanden – nicht grundsätzlich und unverrückbar ab. Wir brandmarken aber diesen Akt der Gesetzgebung jedenfalls als zentralistisch überschießend, in dieser Form nicht ausreichend durchdacht, mit wesentlichen Entscheidungsträgern, vor allem der Arbeitnehmerseite, nicht abgesprochen, mit falschen Versprechungen an die Bevölkerung populistisch unterfüttert und offensichtlich vor allem machtpolitisch motiviert.*
- *Dennoch sind wir als FreundInnen der TGKK keineswegs Feinde der österreichischen Gesundheitskasse. Wir werden jedoch deren Entwicklung aufmerksam verfolgen und insbesondere darauf achten, inwieweit die süßigen Versprechungen anlässlich der Zentralisierung vor allem aus dem politisch rechten Lager (massive Einsparungen durch Wegfall einer behaupteten Funktionärsmilliarde, einheitliche Leistungen österreichweit ohne Verschlechterungen irgendwo, gleichzeitig keine neuen Selbstbehalte oder sonstigen Belastungen usw.) tatsächlich umgesetzt werden.*

Wenn man dieser skeptischen Sichtweise gegenüber der neuen Organisationsstruktur zumindest teilweise zu folgen bereit ist, sollte umgehend eine sachliche und ergebnisoffene Diskussion über eine „Reform der Reform“ aufgenommen werden. Darin wären vor allem folgende Problembereiche und Lösungsansätze zu erörtern:

3. Notwendige Reformschritte

- Es soll eine sinnvolle **Teilautonomie** der ÖGK – Landesstellen, sowohl auf Ebene der Selbstverwaltung als auch des Büros inklusive der medizinischen Dienste wieder hergestellt werden. Jedenfalls wären dabei die

Grenzen zwischen nötiger zentraler Koordination und bedürfnisgerechter, föderalistisch abgesicherter Nähe zu Versicherten, Dienstgebern und Vertragspartnern neu zu ziehen. Es macht durchaus Sinn, strategische Aufgaben und Koordination zentral anzusiedeln, dabei muss aber Platz bleiben für regionale Besonderheiten und dezentral verankerte Interessenlagen. Stichworte dazu wären etwa die Wiederherstellung der Weisungsfreiheit der Landesstellenausschüsse, die **eigene Rechtspersönlichkeit der Landesstellen**, die autonome selbständige Finanzverwaltung samt Verwendung selbst erwirtschafteter Rücklagen, alles verbunden mit dem außergewöhnlichen Nutzeffekt, best-practice-Modelle zu generieren.

- Die durch die Reform erzwungene **Parität zwischen den Vertretern der Dienstnehmer und der Dienstgeber** (seit jeher bestand bis zu dieser „Reform“ ein Übergewicht der Dienstnehmervertreter im Verhältnis 4:1 in Organen der Selbstverwaltung) ist **sachlich ungerechtfertigt** und durch ein der Beitragsbelastung und der Betroffenheit angemesseneres Verhältnis **zu Gunsten der Dienstnehmer zu ersetzen**. Dienstgeber sind in der Krankenversicherung der Unselbständigen weder versichert noch leistungsberechtigt; die nunmehr gesetzlich auferlegte Parität ist damit sachlich nicht gerechtfertigt und eine krasse Benachteiligung der Dienstnehmer.
- Besonders skurril und wohl auch ineffizient ist der halbjährliche Wechsel der Spitzenfunktionen auf Bundes – und auf Landesstellenebene zwischen Dienstgeber- und Dienstnehmervertretern. Selbstredend vermag diese Absonderlichkeit die oben geschilderte völlige Verzerrung der Stimmgewichte keinesfalls aufzuwiegen. Hier sind andere Mechanismen zur Wahrung der Dienstgeberinteressen, wie etwa die Wiedereinführung der seinerzeit langfristig bewährten Kontrollgremien mit deren ebenso deutlichem quantitativen Dienstgeberübergewicht, zu prüfen.
- Die gesamtstaatliche Kontrolle der grundsätzlich bestehenden Weisungsfreiheit der Selbstverwaltung durch sachkundige Aufsichtsbehörden war seit den Anfängen geltendes Recht und gelebte, häufig auch dezentral ausgeformte Praxis. Diese sollte rechtskonform und optimiert, also beratend, nicht zu eingriffsintensiv und keinesfalls mit Mitwirkungs- oder gar Leitungsbefugnissen ausgestattet wiederbelebt werden.
- Darüber hinaus hat in der letzten Zeit – die Problematik hat auch vor der Kassenzusammenlegung bestanden, hat sich seither allerdings nochmals deutlich verschärft – die Frage der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung stark an öffentlichem Interesse gewonnen. Es fällt der Sozialversicherung zusehends schwerer, ausreichend Ärzte für die **Besetzung offener Vertragsarztstellen** zu gewinnen, während gleichzeitig die Anzahl der nicht vertraglich gebundenen Wahlärzte stark zunimmt.

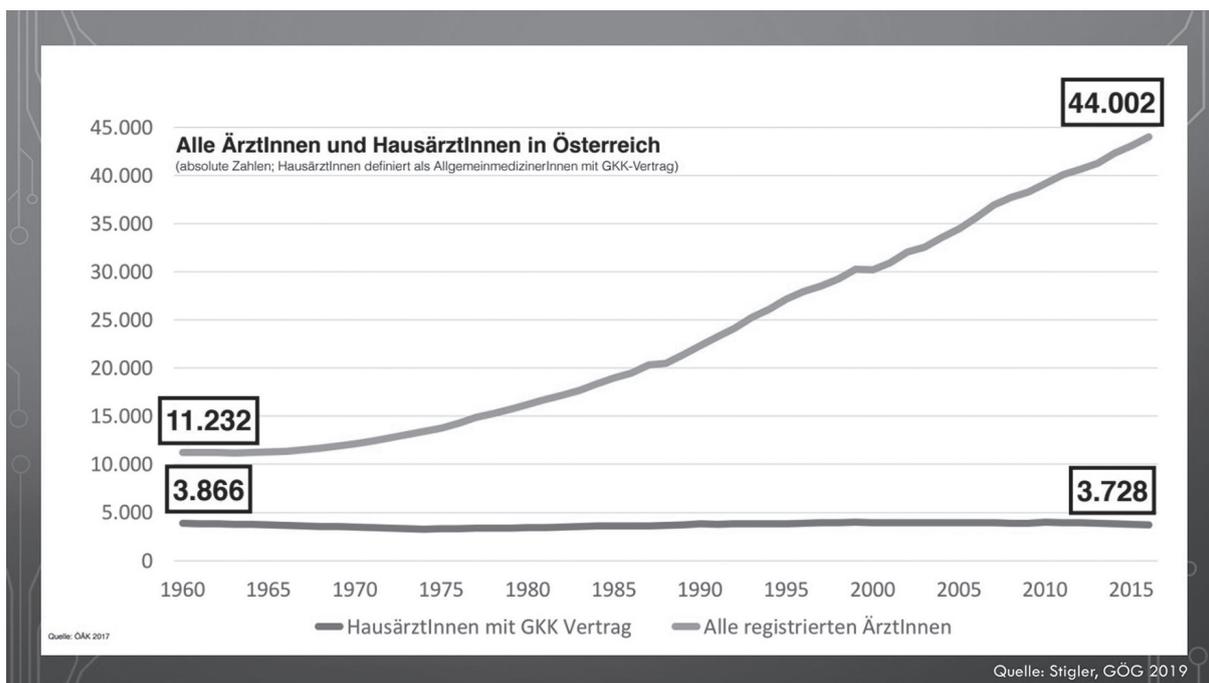


Abb. 1. In den Jahren zwischen 1960 und 2015 hat sich die Gesamtzahl der in Österreich tätigen ÄrztInnen etwa vervierfacht, während die als HausärztInnen Tätigen trotz deutlich gestiegener Einwohnerzahl sogar leicht zurückgehen**

Es handelt sich dabei nicht um einen Ärztemangel – Österreich ist da im internationalen Vergleich bestens aufgestellt – sondern um ein Verteilungsproblem sowohl in

regionaler, geschlechtsspezifischer als auch fachlicher Hinsicht, bei dem auch die übrigen Gesundheitsberufe im Auge behalten werden müssen.

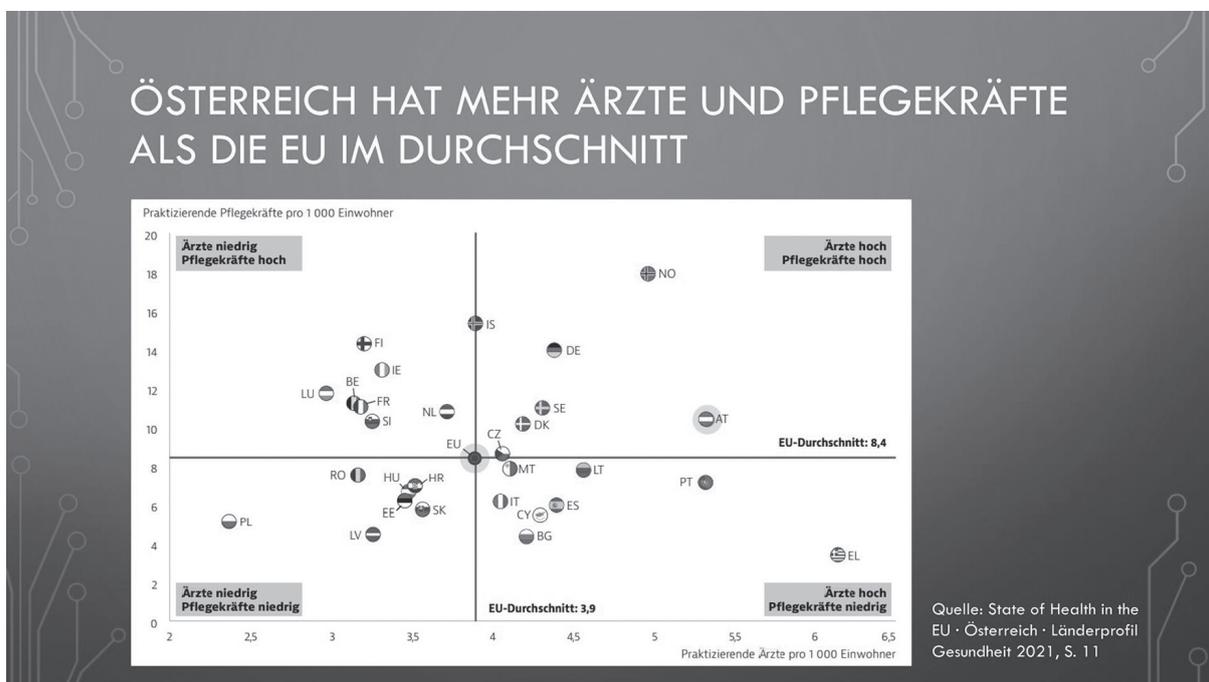


Abb. 2. Österreich (AT) liegt im internationalen Vergleich sowohl bei der Anzahl der Ärzte als auch der Pflegekräfte pro 1000 Einwohner im Spitzenfeld

** Die eingefügten Folien wurden dankenswerterweise von Herrn Dr. Josef Probst, seinerzeit Generaldirektor des damaligen Hauptverbandes

des der österreichischen Sozialversicherungsträger, unter Verweis auf teilweise angeführte Quellenhinweise zur Verfügung gestellt.

Die zeitgemäße Austarierung zwischen dem stationären und dem ambulanten Sektor bedarf dabei besonderen Geschicks. Die österreichische Spezialität, Wahlärzten ohne Versorgungsverpflichtungen den Versicherten gegenüber die Teilhabe am Kassensystem in Form der Refundierung von Honoraren einzuräumen, und damit letztlich „Rosinenpicken“ zu betreiben, ist jedenfalls zu hinterfragen. Es wäre durchaus vorstellbar, diese Teilhabe nur jenen Wahlärzten

einzuräumen, die sich zu gewissen **Mindeststandards**, etwa bei Ordinationszeiten, ökonomischer Verschreibeweise, Honorargestaltung, Einbindung in das e-card – System etc. verpflichten. Wer diese Verpflichtungen nicht einzugehen bereit wäre, müsste als reiner Privatarzt tätig werden, ohne Möglichkeit einer auch nur teilweisen Honorarrück erstattung für seine Patienten. Hauptziel dabei muss ein ausgewogener, vernünftiger **Versorgungspfad** für Österreich sein.



Abb. 3. Die erstrebenswerte Versorgungspyramide zeigt eine sachgerechte und finanzierbare Staffelung der medizinischen Betreuungsqualität nach tatsächlichen Erfordernissen auf

Selbstverständlich räumt der Verfasser ein, dass aus allem – noch dazu völlig „unwissenschaftlich“ Vorgetragenen – kein Patentrezept zur Lösung der immensen He-

rausforderungen im österreichischen Gesundheitssystem abgeleitet werden kann. Eine solche **Gesamtlösung** muss zahlreiche Bausteine mit einbeziehen.

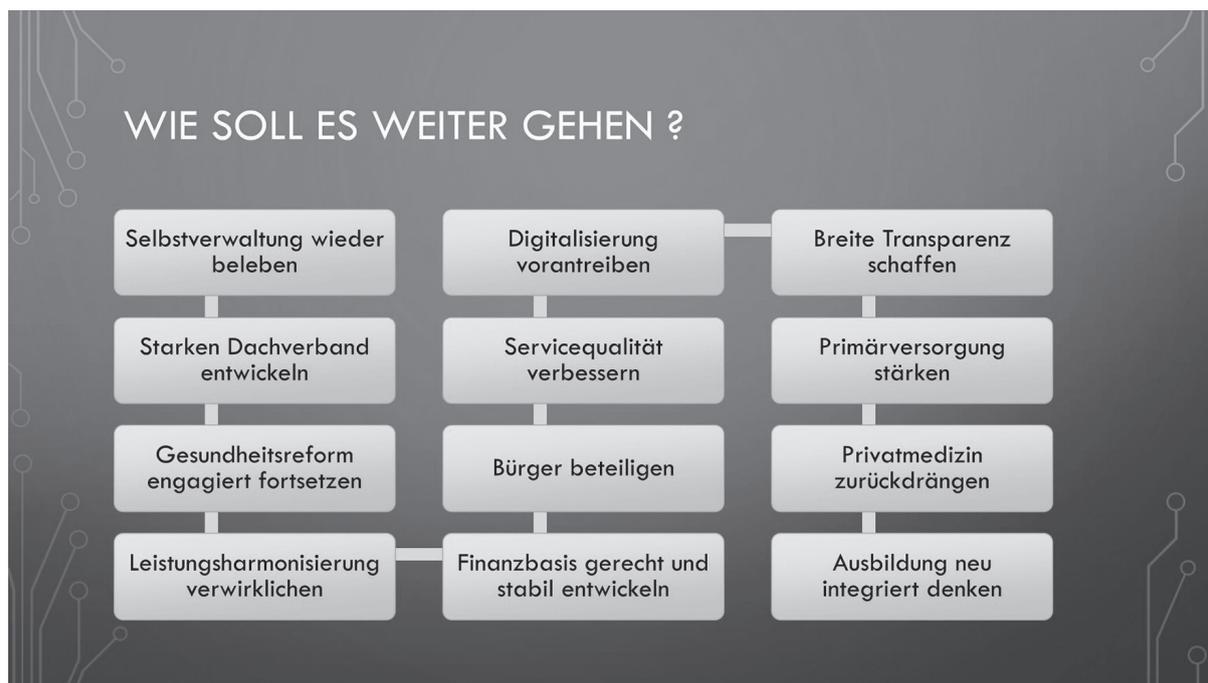


Abb. 4. Die Verbesserung des österreichischen Gesundheitswesens verlangt nach einer Reihe sorgfältig aufeinander abgestimmter Maßnahmen in verschiedensten Bereichen, setzt aber wohl auf der Wiederbelebung der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung auf

4. Fazit

Die Diskussion über all diese oben dargestellten Schwachstellen sollte an sich schon längst in vollem Gange sein. Vielleicht kann auch diese Abhandlung einen bescheidenen Anstoß dazu bilden.

Teilbereiche, die Lösungsbemühungen derzeit stark behindern, könnten mit den oben angeführten Vorschlägen jedenfalls wirkungsvoll therapiert werden. Ob hingegen der – politisch etwa zuletzt für den neuen Finanzaus-

gleich zwischen Bund und Ländern mehrfach avisierte – große Wurf einer Neuordnung des österreichischen Gesundheitswesens letztlich wirklich gelingt, bleibt – ausgestattet mit dem Erfahrungsschatz eines gelernten Österreicher – ohnedies abzuwarten.

Korrespondenz:

Dr. Walter Hengl, walter.hengl@aon.at