

DISSERTATION

Die Funktion der Krankenanstalt im Seuchenrecht

Mag. Erich Döll

angestrebter akademischer Grad
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki

Allfällige geschlechtsbezogene Bezeichnungen und Formulierungen in dieser Dissertation sind stets geschlechtsneutral zu verstehen.

Die in dieser Schrift dargelegten Äußerungen entspringen den Gedanken, dem Allgemeinwissen, dem Fachwissen, und Erlerntem des Autors. Wurden Gedanken, Formulierungen, Argumente oder wissenschaftliche Erkenntnisse Anderer verwendet, sind diese in Form von Fußnotenverweisen gekennzeichnet. Werden dennoch ungekennzeichnete Zitate oder Formulierungen verwendet, geschah das nicht absichtlich, und deckt sich mit der eigenen Erkenntnis des Autors.

Mein Dank gebührt den Lehrenden des Juridicums der Universität Wien, insbesondere jenen der Abteilung Medizinrecht des Institutes für Staats- und Verwaltungsrecht, durch die ich während des Doktoratsstudiums und der Absolvierung des Wahlfachkorbes mein im Diplomstudium erworbenes Basiswissen wesentlich erweitern, konkretisieren und festigen konnte, und die Möglichkeit hatte, diese Dissertation zu verfassen.

Mein besonderer Dank richtet sich an meine Familie, im Speziellen wegen der Geduld, dem Verständnis und der Unterstützung meiner Gattin, dass ich neben Familie und Beruf diese Ausbildung und das Verfassen dieser Dissertation überhaupt bewerkstelligen konnte.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	
1.	Totes Recht oder Präventivnormen	S. 11
2.	Begriffsbestimmung der Seuche	S. 13
2.1.	Aus medizinischer Sicht	S. 13
2.2.	Aus rechtlicher Sicht	S. 13
B.	Rechtsgrundlagen	
1.	Gesetzliche Regelungen im Seuchenfall (das Seuchenrecht)	S. 16
1.1.	Epidemiegesetz	S. 16
1.2.	Tuberkulosegesetz	S. 19
1.3.	Geschlechtskrankheitengesetz	S. 20
1.4.	AIDS-Gesetz	S. 21
1.5.	Weitere seuchenrechtliche Vorschriften im Überblick	S. 23
1.6.	WHO und International Health Regulations	S. 23
1.7.	Kompetenz der Europäischen Union	S. 26
2.	Konkretisierung seuchenrechtlicher Maßnahmen	S. 29
2.1.	Reaktion auf Auftreten von im EpG nicht geregelten Krankheiten	S. 29
2.2.	Allgemeine Maßnahmen der Behörden	S. 30
2.2.1.	<i>Erlässe des BMG</i>	S. 30
2.2.2.	<i>Pandemiepläne der Gesundheitsbehörde (BMG)</i>	S. 31
2.2.3.	<i>Influenza-Pandemieplan der Stadt Wien (Landessanitätsdirektion)</i>	S. 33
3.	Relevante Vorschriften im Krankenanstaltenrecht	S. 34
3.1.	Aufnahmepflicht	S. 34
3.2.	Klarstellung der Pflichten	S. 35
C.	Rechte und Pflichten im Seuchenrecht	
1.	Rechte des Patienten bei Selbstbestimmung	S. 36
1.1.	Zivilrechtlicher Behandlungs- und Aufnahmevertrag	S. 36
1.1.1.	<i>Das Vertragsverhältnis</i>	S. 36
1.1.2.	<i>Begriff der (Heil-) Behandlung</i>	S. 39

1.2.	Patientenrechte in der Krankenanstalt	S. 39
2.	Der Patient unter seuchenrechtlichen Zwangsmaßnahmen	S. 41
2.1.	Rechtsgrundlage der Zwangseinweisung nach dem Seuchenrecht	S. 41
2.1.1.	<i>Epidemiegesetz</i>	S. 41
2.1.2.	<i>Tuberkulosegesetz</i>	S. 42
2.1.3.	<i>Geschlechtskrankheitengesetz</i>	S. 43
2.2.	Kontrahierungszwang und Zwangsbehandlung	S. 44
2.2.1.	<i>Kontrahierungszwang der Krankenanstalten</i>	S. 44
2.2.2.	<i>Zwangsuntersuchung und -behandlung</i>	S. 47
2.3.	Strafrechtliche Relevanz des Seuchenrechts	S. 49
2.3.1.	<i>§§ 178, 179 StGB (Gefährdung durch übertragbare Krankheiten)</i>	S. 49
2.3.2.	<i>§ 110 StGB (Eigenmächtige Heilbehandlung)</i>	S. 51
2.3.3.	<i>§ 121 StGB (Verletzung von Berufsgeheimnissen)</i>	S. 52
2.4.	Zivilrechtliche Relevanz des Seuchenrechts	S. 53
2.5.	Grundrechte	S. 54
2.5.1.	<i>Eingriff in Grundrechte</i>	S. 57
2.5.1.1.	<i>Grundrechtsträger</i>	S. 57
2.5.1.2.	<i>Gesetzesvorbehalte</i>	S. 58
2.5.2.	Angesprochene Grundrechte	S. 59
2.5.2.1.	<i>Das Recht auf persönliche Freiheit</i>	S. 59
2.5.2.2.	<i>Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens</i>	S. 62
2.5.2.3.	<i>Grundrecht auf Datenschutz</i>	S. 65
2.6.	Meldepflichten	S. 66
2.7.	Zentrales Informationsregister	S. 67
D.	Seuchenrecht und Krankenanstalten	
1.	Verfassungsrechtliche Kompetenz	S. 69
1.1.	Gesundheitswesen (Art 10 B-VG)	S. 69
1.2.	Krankenanstaltenrecht (Art 12 B-VG)	S. 69
1.3.	Seuchenrecht	S. 70

2.	Krankenanstalten als Träger der Daseinsvorsorge im Gesundheitsbereich	S. 72
2.1.	Aufgabe der Krankenanstalt im staatlichen Gesundheitssystem	S. 72
	<i>Exkurs: Der Betrieb von Krankenanstalten in Privatwirtschaftsverwaltung der Gebietskörperschaften</i>	S. 74
2.2.	Die Versorgungspflicht des Staates	S. 75
3.	Rechtsnatur der Krankenanstalten	S. 78
3.1.	Anstaltsbegriff	S. 78
3.2.	Der Träger der Krankenanstalt als juristische Person Öffentlichen Rechts, oder privaten Rechts	S. 80
4.	Arten von Krankenanstalten	S. 81
4.1.	Die allgemeine Krankenanstalt	S. 81
4.2.	Die gemeinnützige Krankenanstalt	S. 82
4.3.	Die öffentliche Krankenanstalt	S. 83
4.4.	Die Fondskrankenanstalt	S. 84
4.5.	Die Universitätsklinik	S. 85
4.6.	Heeresspital	S. 85
4.7.	Private Krankenanstalt	S. 86
	4.7.1. <i>Auffangtatbestand</i>	S. 86
	4.7.2. <i>Aufnahmepflicht für private Krankenanstalten</i>	S. 87
5.	Einfluss des Krankenanstaltenrechts auf das Seuchenrecht	S. 88
5.1.	Gesetzlicher Aufnahmezwang	S. 88
5.2.	Beleihung von Organen von Krankenanstalten	S. 88
5.3.	Weisungsrecht der Behörden	S. 93
6.	Sonderbestimmungen des Arzneimittelgesetzes	S. 97
7.	Kostentragung von Behandlungsmaßnahmen in der KA	S. 99
7.1.	Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung	S. 99
7.2.	Abgangsdeckung	S. 100
7.3.	Regelungen des Seuchenrechts	S. 102
	7.3.1. <i>Epidemiegesetz</i>	S. 102
	7.3.2. <i>Tuberkulosegesetz</i>	S. 102
	7.3.3. <i>Geschlechtskrankheitengesetz</i>	S. 103
	7.3.4. <i>Konklusion</i>	S. 103

8.	Krankenhaushygiene und Quarantäne	S. 104
8.1.	Krankenhaushygiene	S. 104
8.2.	Quarantänemaßnahmen (Absonderung)	S. 105
E.	Zwangsmaßnahmen in der Krankenanstalt	
1.	Zwangsweise Einweisung in die Krankenanstalt	S. 107
1.1.	Verfügung der Einweisung und Anhaltung per Bescheid	S. 110
1.1.1.	<i>Mandatsbescheid</i>	S. 111
1.1.2.	<i>Leistungsbescheid</i>	S. 111
1.1.3.	<i>Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Berufung</i>	S. 112
1.1.4.	<i>Rechtskraft des Bescheides</i>	S. 114
1.1.5.	<i>Sonderfall: Zulässigkeitskontrolle durch ein Gericht</i>	S. 114
1.2.	Einweisung durch Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt	S. 115
1.2.1.	<i>Verwaltungspolizei / Sicherheitspolizei</i>	S. 115
1.2.2.	<i>Sicherheitspolizeigesetz</i>	S. 116
1.2.1.	<i>Amtshilfe</i>	S. 117
2.	Zwangseinweisung nach dem Seuchenrecht	S. 117
2.1.	Absonderung nach dem Epidemiegesetz	S. 118
2.1.1.	<i>Gesetzliche Bestimmung der Einweisung</i>	S. 118
2.1.2.	<i>Rechtsschutz Epidemiegesetz</i>	S. 119
2.2.	Anhaltung nach dem Tuberkulosegesetz	S. 120
2.2.1.	<i>Gesetzliche Bestimmung der Einweisung</i>	S. 120
2.2.2.	<i>Gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung vor der Anhaltung</i>	S. 121
2.2.3.	<i>Gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung nach Begonnener Anhaltung</i>	S. 122
2.2.4.	<i>Rechtsschutz</i>	S. 124
2.3.	Anhaltung nach dem Geschlechtskrankheitengesetz	S. 124
2.1.1.	<i>Gesetzliche Bestimmung der Einweisung</i>	S. 124
2.1.2.	<i>Rechtsschutz</i>	S. 125
3.	Rechte und Pflichten der Beschäftigten einer Krankenanstalt	S. 126
2.1.	Dienstverhältnisse des Krankenhauspersonals	S. 126

2.2.	Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Quarantänefall)	S. 127
2.3.	Einschränkung der eigenverantwortlichen Tätigkeit durch behördliche Weisungen	S. 129
4.	Kontrolle von behördlichen Maßnahmen	S. 131
4.1.	Öffentlich-rechtlich: UVS und Gerichtshöfe öffentlichen Rechts	S. 131
4.1.1.	<i>Maßnahmenbeschwerde</i>	S. 132
4.1.2.	<i>Parteibeschwerde</i>	S. 132
4.1.3.	<i>Individualantrag und Bescheidbeschwerde</i>	S. 133
5.	Amtshaftung	S. 134
6.	Haftpflchtversicherung für den Betrieb von Krankenanstalten	S. 137
6.1.	Betriebshaftpflichtversicherung	S. 137
6.2.	Berufshaftpflichtversicherung für niedergelassene Ärzte, Gruppenpraxen und Krankenanstalten	S. 138
6.3.	Obliegenheiten	S. 140
6.4.	Aufklärungs- und Behandlungsfehler	S. 140
6.5.	Anerkennungsverbot	S. 141
6.6.	Amtshaftung	S. 142
6.7.	D&O-Versicherung	S. 143
F.	Anhang	
1.	Zusammenfassung der Ergebnisse	S. 145
2.	Abstract	S. 152
3.	Gesetzestexte (Auszüge)	S. 153
3.1.	Epidemiegesetz	S. 153
3.2.	Tuberkulosegesetz	S. 154
3.3.	Geschlechtskrankheitengesetz	S. 159
3.4.	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz	S. 161
4.	Literaturverzeichnis	S. 166
4.1.	Literatur	S. 166
4.2.	Web-Quellen	S. 167
5.	Abkürzungsverzeichnis	S. 168
6.	Lebenslauf des Verfassers	S. 170

A. Einleitung

1. Totes Recht oder Präventivnormen

In den Jahrhunderten der neueren Geschichte grassierten immer wieder Infektionskrankheiten. Seuchen, wie Pest, Cholera, Ruhr, Lepra dezimierten die Bevölkerung in größerem Ausmaß, als es die Kriege der Vergangenheit vermochten. Erkrankte ein Mensch an einer der Krankheiten, wurde dies oft als Gottesurteil gesehen.

Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts erkannten Robert Koch und Louis Pasteur Mikroorganismen als Ursache von vielen ansteckenden Krankheiten (Tuberkulose, Milzbrand, Tollwut, Cholera, etc.) und wurden Wegbereiter der modernen Bakteriologie. Bahnbrechend war die Entdeckung des Penicillins durch Fleming, die den Weg zu wirksamen Therapien von Infektionskrankheiten eröffnete.

Durch die Erfolge der Medizin herrschte, jedoch ein wenig voreilig, die Ansicht, dass das Problem mit Seuchen Vergangenheit sei. Selbst der australische Virologe und Nobelpreisträger Frank MacFarlane Burnet verkündete 1962 euphorisch, dass kein zuvor gesunder Mensch mehr an einer Infektionskrankheit sterben müsse. Dies mochte eventuell für die westliche Welt weitestgehend gestimmt haben, aber in der Dritten Welt war die Erkrankung an einer tödlichen Infektion mangels dem Einsatz von westlichen Wissen und Technologie noch lange nicht verschwunden.

Infektionskrankheiten sind weltweit noch immer die häufigste Todesursache, noch vor Herz-Kreislauferkrankungen und bösartigen Erkrankungen. Aber auch in den Industriestaaten ist diese Krankheitsursache keineswegs bedeutungslos, so wie etwa die Sterblichkeit an Infektionskrankheiten in den letzten Jahren in den USA um etwa 60% zugenommen hat¹.

1) Classen/Diehl/Kochsiek, Innere Medizin, 817.

So ist auch die Tuberkulose bei weitem noch nicht ausgerottet. In den Entwicklungsländern, Asien und Osteuropa infizieren sich jährlich an die 100 Millionen Personen neu, wobei bemerkenswert ist, dass ca. 10 % eine aktive Tbc entwickeln, und mit der Ausscheidung von Tuberkelbakterien zur weiteren Verbreitung der Krankheit beitragen. Tbc tritt auch bei einem Drittel der HIV-Positiven als Sekundärerkrankung auf. Insgesamt sind weltweit etwa 2 Milliarden Menschen mit TbC in den verschiedensten Erscheinungsformen infiziert, die Mortalität beträgt weltweit ca. 2 Millionen jährlich², obwohl wirksame Medikamente existieren.

1981 verbreitete sich die Nachricht über eine neu erkannte Infektionskrankheit, das Acquired Immune Deficiency Syndrome (besser bekannt als AIDS), über die Welt. Diese erworbene Immunschwäche wird durch das Human Immunodeficiency Virus, humanes Immunschwächevirus – oder kurz HIV – ausgelöst. Die Übertragung des Virus erfolgt über Körperflüssigkeiten wie Blut, Körpersekrete etc., wobei anfänglich in Unkenntnis der Krankheit im Zuge von medizinischer Behandlung, wie Bluttransfusionen, zur Verbreitung der Seuche beigetragen wurde. Trotz der rasanten Fortschritte der modernen Medizin war es bisher nicht möglich, geeignete Therapien zu finden, um das Virus im Körper von Erkrankten vollständig zu beseitigen. Oft dauert es auch Jahre, bis die Krankheit nach Exposition mit dem HI-Virus tatsächlich ausbricht.

Neue Schreckensszenarien wie die mögliche Übertragung des Ebola-Virus oder SARS (schweres akutes respiratorisches Syndrom) sind entstanden. Im Bewusstsein, dass durch den globalen Reise- und Geschäftsverkehr die Übertragung von Krankheitserregern äußerst rasch in auch entfernte Gebiete erfolgen kann, ist es auch kein Wunder, dass Tierseuchen (oder richtig: Epizootien) wie BSE oder Vogelgrippe, die sich nur äußerst selten als Humaninfektion manifestieren, eine weltweite Hysterie auslösen. Neben den Einzelschicksalen von betroffenen Erkrankten stellen und stellen Epidemien auch einen ungeheuren

2) Kayser et al, Medizinische Mikrobiologie, 283.

Einschnitt in die menschliche Gesellschaft dar. Die ökonomischen, sozialen, kulturellen und politischen Auswirkungen einer Epidemie führen unter Umständen zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Staates. Es gehört daher zu den grundlegenden Aufgaben des Gesetzgebers, für das Auftreten einer Seuche entsprechende gesetzliche Grundlagen zur Beherrschung eines außergewöhnlichen Ereignisses dieser Art zu schaffen.

Ob nun eine Infektionskrankheit eine Epidemie oder sogar Pandemie auslöst, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Für die Verbreitungsfähigkeit ursächlich sind, neben der Art der Übertragung selbst, soziale, hygienische und klimatische Faktoren - also das Umfeld, in dem sich die potentiell Infizierten befinden, sowie die Mobilität der möglicherweise unwissend Infizierten, aber auch die letztendlich entsprechend zu treffenden Maßnahmen, sobald Infektionen erkannt und klinisch richtig eingeschätzt wurden. Die Reaktionszeit von Behörden und der Politik nach Manifestation einer Infektionskrankheit ist bestimmend für das Ausmaß der Folgen. Neben gesetzlichen Regelungen für die Quarantäne möglicher Infizierter und der Isolation von bereits Erkrankten sind auch weitere Vorkehrungen zu treffen, um etwa die prophylaktische Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten zu gewährleisten, die ärztliche Versorgung zu erhalten, und um die notwendigen Ressourcen zur Unterbringung und Behandlung der potentiell oder manifest Erkrankten in geeigneten Krankenanstalten zu sichern.

Es ist davon auszugehen, dass bei einem epidemischen bzw. pandemischen Bedrohungspotential von Infektionskrankheiten je nach Gefährdungsgrad und Häufigkeit primär vorhandene Krankenanstalten zur Quarantäne, Isolation und Behandlung von Betroffenen herangezogen werden. Ziel dieser Arbeit ist es, die Relevanz und Wirksamkeit der Rechtsnormen zu beschreiben, die vom österreichischen Gesetzgeber geschaffen wurden, um die Verbreitung gefährlicher Krankheitserregern zu verhindern, und die bereits Infizierten einer schnellen, rationellen und zielführenden Behandlung in Krankenanstalten zuzuführen. Dadurch ergeben sich wesentliche Aspekte des Eingriffs in Rechtspositionen von Patienten, Krankenanstaltenträgern, und auch in deren Beschäftigte.

2. Begriffsbestimmung der Seuche

2.1. Aus medizinischer Sicht

Epidemie bezeichnet das zeitlich und örtlich gehäufte Auftreten einer Infektionskrankheit innerhalb einer Population. Davon zu unterscheiden sind die Begriffe Endemie, als die übliche Verteilung einer Krankheit innerhalb der betreffenden Population, und die Pandemie, die als Steigerungsstufe der Epidemie eine überregionale oder sogar global wesentliche Verteilung definiert³. Treten unter Tieren Epidemien auf, wird dies an sich als Epizootie bezeichnet, wobei es im Sprachgebrauch üblicherweise bei Epidemie bleibt. In der deutschen Sprache wird anstatt des aus dem griechischen stammenden Begriff Epidemie („auf das Volk“) oft auch das Wort „Seuche“ (dahin-„siechen“) verwendet. Während in vergangenen Jahrhunderten die Pest das Synonym für Epidemien war, fand ab dem Beginn des 19. Jahrhunderts ein weiterer gleichbedeutender Begriff Eingang in den vor allem wissenschaftlichen Sprachgebrauch: die Infektionskrankheit. Allerdings muss auch erwähnt werden, dass natürlich nicht jede Infektionskrankheit gleich eine Epidemie auszulösen vermag. Verursacht werden Infektionskrankheiten durch sog. Pathogene (Krankheitserreger), die sich im Wirtskörper vermehren, wie z.B. Bakterien, Viren, Protozoen, Pilze und Prionen⁴.

2.2. Aus rechtlicher Sicht

Der rechtliche Begriff der „Epidemie“ meint in der Definition des Epidemiegesetzes das „gehäufte Auftreten bestimmter Infektionskrankheiten“. Die Einschränkung auf nur bestimmte Infektionskrankheiten erfolgt deshalb, weil nicht jede Infektion bereits das Tätigwerden der Behörden in der in den entsprechenden spezifischen Gesetzen beschriebenen Weise erfordert. In der Lehre und Rechtspraxis wird für die gesamte Materie auch oft der Überbegriff „Seuchenrecht“ verwendet, schon alleine deshalb, weil den Kern der sogenannten

3) Kayser *et al*, Medizinische Mikrobiologie, 46.

4) Kayser *et al*, Medizinische Mikrobiologie, 4 ff.

sanitätspolizeilichen Vorschriften das Epidemiegesetz 1950 darstellt, und vermieden werden soll, dass sich das Seuchenrecht ausschließlich am Epidemiegesetz orientiert. Das Epidemiegesetz bezieht sich nicht auf alle rechtlich relevanten Infektionskrankheiten. Außerhalb des EpG sind in weiteren Normen die Vorgehensweisen bei Fällen von Tuberkulose im Tuberkulosegesetz 1968, bei Auftreten von Geschlechtskrankheiten im Geschlechtskrankheitengesetz 1945, und Infektionen mit dem Hi-Virus und Fälle von AIDS im AIDS-Gesetz 1993 geregelt. Weitere Gesetze, unter anderem auch das Impfrecht, Verordnungen und Erlässe runden das Seuchenrecht zu einer insgesamt komplexen Normenvielfalt ab. Gemeinsam ist den in den Seuchengesetzen geregelten Maßnahmen die Meldepflicht. Das Auftreten von in den einzelnen Materiengesetzen taxativ erwähnten Infektionskrankheiten unterliegt der Pflicht zur Meldung an die zuständige Behörde. Die Meldepflicht ist auch unterschiedlich ausgeprägt, und reicht von der unmittelbaren Meldung innerhalb weniger Stunden, bis zur nachträglichen Meldung innerhalb von Wochen. Auch die Individualisierung der Meldung ist unterschiedlich, und umfasst oft den kompletten Satz an höchstpersönlichen Daten, oder zu statistischen Zwecken, eine anonymisierte Meldung.

Ein weiterer nicht unerheblicher Normenkreis, der sich mit dem Seuchenrecht im Sinne von Infektionskrankheiten beschäftigt, ist das Strafrecht. Der Gesetzgeber stellt in den §§ 178, 179 StGB die sogar abstrakte Gefährdung anderer, wenn eine Person Handlungen setzt, die geeignet ist, eine übertragbare Krankheit zu übertragen, unter Strafe. Der § 178 leg cit ist bei vorsätzlichem Tun oder Unterlassen anwendbar, § 179 leg cit bildet den Fahrlässigkeitstatbestand.

B. Rechtsgrundlagen

1. Gesetzliche Regelungen im Seuchenfall (das Seuchenrecht)

1.1. Epidemiegesetz

Neben den anderen einschlägigen Seuchengesetzen (Tuberkulosegesetz, Geschlechtskrankheitengesetz, AIDS-Gesetz) nimmt das Epidemiegesetz 1950 (EpG)⁵ den umfassendsten Raum ein. Wegen der Globalisierung des Reiseverkehrs, und der damit verbundenen Fluktation der Reisenden ist jederzeit damit zu rechnen, dass lokal epidemisch auftretende Krankheiten eine Pandemie auslösen. Bestes Beispiel dafür ist die derzeit eher noch harmlos verlaufende Schweinegrippe, die in Mittelamerika entstanden innerhalb weniger Wochen Europa und auch das Bundesgebiet erreicht hatte.

Wie in allen oben genannten Seuchengesetzen ist auch im EpG eine Meldepflicht für taxativ im Gesetz genannte Krankheiten vorgeschrieben. Derzeit unterliegen nach § 1 Abs 1 Z 1-3 EpG folgende Krankheiten der Anzeigepflicht:

- bei Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfällen die Cholera, Gelbfieber, virusbedingtes hämorrhagisches Fieber, infektiöse Hepatitis, Hund- und Fuchsbandwurm, Infektionen mit dem Influenzavirus A/H5N1 oder einem anderen Vogelgrippevirus, Kinderlähmung, Lebensmittelvergiftungen, Lepra, Leptospiren-Erkrankungen, Masern, Milzbrand, Psittakose, Paratyphus, Pest, Pocken, Rickettsiose, Rotz, übertragbare Ruhr, SARS, Puerpalfieber und Wutkrankheit, sowie Bissverletzungen durch wutkranke oder -verdächtige Tiere,
- Erkrankungs- und Todesfälle an Bang'scher Krankheit, Diphtherie, virusbedingter Meningoencephalitiden, invasiven bakteriellen Erkrankungen,

5) BGBl 186/1950 idF BGBl I 76/2008.

- Keuchhusten, Legionärskrankheit, Malaria, Röteln, Scharlach, Rückfallfieber, Trachom, Trichinose, und durch das Mycobakterium bovis hervorgerufene Tuberkulose,
- und Todesfälle an subakuten spongiformen Ecephalopathien.

Unter den meldepflichtigen Krankheiten sind auch jene, die langläufig auch als „Kinderkrankheiten“ gelten, wie Masern oder Röteln.

Weitere Krankheiten können nach § 1 Abs 2 EpG hinsichtlich der Meldepflicht vom BMG per Verordnung dem EpG unterstellt werden, wie zuletzt 2009 Infektionen mit dem H1N1-Virus (Schweinegrippe – siehe unten Pkt. 2.1.).

Nach § 2 EpG ist jede Erkrankung, jeder Sterbefall, und bei den in § 1 Abs 1 Z 1 EpG angeführten Krankheiten auch jeder Verdacht einer solchen Erkrankung bei der Gesundheitsabteilung jener BVB anzuzeigen, in deren örtlichen Zuständigkeitsbereich sich die betreffende Person aufhält oder der Tod der Person eingetreten ist. Die Daten werden nach § 4 EpG in einem zentralen Melderegister in Form eines Informationsverbundsystems gesammelt. Bei Erkennen einer Epidemie hat der Bundesminister für Gesundheit (BMG) das Auftreten an die World Health Organization (WHO) zu melden (näheres hierzu unten unter Pkt. 1.6.). Umgekehrt reicht der Informationsfluss auch von der WHO an die Unterzeichnerstaaten, so dass der einzelne Staat rechtzeitig entsprechende, lokal oder weltweit abgestimmte, Vorkehrungen treffen kann.

Die Vollziehung des EpG greift massiv in Rechte von Personen ein, die als ansteckungsverdächtig, krankheitsverdächtig oder bereits als krank gelten. Die betreffenden Personen haben sich von Ärzten der Behörde auf Infektion untersuchen zu lassen, und alle zur Erhebung notwendigen Auskünfte zu erteilen.

Auf Grundlage des § 7 Abs 1 EpG werden durch Verordnung (des BMG) jene Krankheiten bezeichnet, bei deren Auftreten die davon befallenen Personen abzusondern sind. Ist die Absonderung in häuslicher Pflege nicht zielführend wird bestimmt, dass die Kranken in Krankenanstalten oder anderen dafür bestimmten Räumen (z.B. Notspitälern, Baracken etc.) angehalten werden.

Neben Beschränkungen in der Bewegungsfreiheit der Bevölkerung und Einschränkungen im täglichen Leben⁶ kann nach § 17 EpG auch die Überwachung bestimmter Personen, die als Träger von Krankheitskeimen anzusehen sind, verfügt werden. Für die Dauer der Bekämpfung der Krankheit kann die Behörde auch Epidemieärzte bestellen, die die Befugnisse von Amtsärzten haben.

Nach dem Ärztegesetz 1998⁷ (ÄrzteG) sind Amtsärzte hauptberufliche Ärzte der (Sanitäts-) Behörde, die hoheitliche Aufgaben zu vollziehen haben (§ 41 ÄrzteG). Nach leg cit ist das Ärztegesetz für Amtsärzte hinsichtlich ihrer amtsärztlichen Tätigkeit nicht anzuwenden, daher unterliegen Amtsärzte auch nicht der ärztlichen Schweigepflicht nach § 54 Abs 1 ÄrzteG. Amtsärzte unterliegen dem Dienstrecht öffentlich Bediensteter, und sind daher auch uneingeschränkt an Weisungen vorgesetzter Organe gebunden. Nach den §§ 2 und 10 Gesetz zur Vereinheitlichung des Gesundheitswesens⁸ und der Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens⁹ als Dienstordnung Allgemeiner Teil sind Kompetenzen und Wirkungsbereich der Amtsärzte bei den Gesundheitsabteilungen der BVB geregelt.

Weiters finden sich im EpG auch Bestimmungen zur Durchsetzung und Unterstützung der behördlichen Maßnahmen durch den öffentlichen Sicherheitsdienst. Da Maßnahmen nach dem EpG auch in das Erwerbsleben eingreifen, ist auch die Abgeltung von Verdienstentgang, Kostenübernahme für die Beschädigung von Gegenständen durch Desinfektionsmaßnahmen und die Bestreitung der Kosten durch die Maßnahmen, jeweils durch den Bund, geregelt.

6) § 9 EpG (Ausschließen bestimmter Personen von Lehrveranstaltungen); § 10 EpG (Beschränkung der Wasserbenützung und sonstige Vorsichtsmaßregeln); § 11 EpG (Beschränkung des Lebensmittelverkehrs); § 15 EpG (Maßnahmen gegen das zusammenströmen größerer Menschenmengen); § 20 EpG (Betriebsbeschränkung oder Schließung gewerblicher Unternehmungen), § 22 EpG (Räumung von Wohnungen); § 23 EpG (Verkehrsbeschränkung für die Bewohner bestimmter Ortshaften), etc.

7) BGBl I 169/1998 idF BGBl I 61/2010.

8) dRGBl I S 531/1934.

9) dRGBl I S 215/1935.

Hinsichtlich der ärztlichen Schweigepflicht ist besonders bedeutsam, dass im EpG auch die Einrichtung eines Zentralen Informationsverbundsystems, als Register für anzeigepflichtige Krankheiten, geregelt ist, in dem alle Daten, auch medizinische, der Personen gesammelt werden, die den Vorschriften des EpG und des TbG wegen Tatbestandsmäßigkeit unterliegen.

Das EpG 1950 ist die Wiederverlautbarung des EpG 1913. Als Durchführungsverordnung zum EpG 1913 wurde die Absonderungsverordnung 1915¹⁰ erlassen, die notwendige und zum Teil auch krankheitsspezifische Maßnahmen zur Absonderung (Separierung) von Personen konkretisiert. Die AbsonderungsV 1915 ist nach wie vor in Geltung. Das EpG 1950 selbst nimmt darauf Bezug, und schreibt in § 7 Abs 1 EpG vor, dass jene anzeigepflichtigen Krankheiten durch Verordnung zu bezeichnen sind, bei deren Auftreten die befallenen oder krankheitsverdächtigen Personen abzusondern sind, sowie auch die Bestimmung der Art und Weise der Absonderung.

1.2. Tuberkulosegesetz

Das Tuberkulosegesetz 1968¹¹ (TbG) gewinnt durch den zunehmenden Reiseverkehr in Gebiete der Erde, wo die ansteckende Tuberkulose (hervorgerufen durch ein Tuberkelbakterium, das durch den Menschen ausgeschieden wird) noch nicht ausgerottet war, wieder an Bedeutung. Derzeit treten auch in Österreich wieder Krankheitsfälle auf.

Nach §§ 1 und 3 TbG ist jede Erkrankung meldepflichtig und jeder Todesfall, der auf eine Erkrankung mit dem *Mycobacterium tuberculosis* zurückzuführen ist. Der durch die Krankheit gefährdete Personenkreis, krankheitsverdächtige und erkrankte Personen haben sich nach § 6 TbG den erforderlichen und zumutbaren

10) BGBl 39/1915 idF BGBl II 10/2006.

11) BGBl 127/1968 idF BGBl I 65/2002.

Untersuchungen zu unterziehen, und der BVB alle mit der Erkrankung zusammenhängenden Auskünfte zu erteilen. Neben der Überwachung von Kranken und Krankheitsverdächtigen durch die Behörde haben sich nach dem TbG Personen, die an einer ansteckenden Tuberkulose leiden einer ärztlichen Behandlung zu unterziehen (§ 2 TbG). Ist anzunehmen, dass sich der Betroffene nicht tatsächlich behandeln lässt, kann die Behörde, mit Zulässigkeitskontrolle durch das Bezirksgericht, nach den §§ 13 ff TbG die zwangsweise Anhaltung in einer Krankenanstalt verfügen. In § 23 TbG vorgeschrieben sind regelmäßige präventive Untersuchungen von per Verordnung bestimmten Berufsgruppen.

1.3. Geschlechtskrankheitengesetz

Noch im 19. Jahrhundert endeten Geschlechtskrankheiten oft tödlich, weil es an wirksamen Behandlungsmöglichkeiten fehlte. Durch die Fortschritte in der Mikrobiologie und der Medizin, haben diese Krankheiten an Bedrohungspotential eingebüßt. Dennoch, auch durch die wiederentdeckte sexuelle Offenheit, steigt die Häufigkeit der Erkrankungen wieder an. Der Gesetzgeber schreibt im GeschlechtskrankheitenG 1945¹² vor, dass eine Meldung an die Gesundheitsbehörde durch den diagnostizierenden Arzt dann zu erfolgen hat, wenn zu befürchten ist, dass sich der Kranke der Behandlung entzieht, oder wenn eine Weiterverbreitung der Krankheit befürchtet werden muss (§ 4 Abs 1 GeschlechtskrankheitenG).

Meldepflichtig sind (taxativ im Gesetz aufgezählt) Tripper, Syphilis, Weicher Schanker, und Lymphogranuloma inguinale. Nach erfolgter Anzeige lädt der Amtsarzt nach § 5 GeschlechtskrankheitenG den Kranken zur Untersuchung vor, die der Kranke zu dulden hat. Unter Umständen verfügt der Amtsarzt auch die Einweisung in eine Krankenanstalt (§ 6 GeschlechtskrankheitenG).

12) StGBI 152/1945 idF BGBl I 98/2001.

1.4. AIDS-Gesetz

Innerhalb des Seuchenrechts nimmt das AIDS-Gesetz 1993¹³ eine Sonderstellung ein. Im Gegensatz zu EpG, TbG und GeschlechtskrankheitenG mit der Regelung von tief in die persönlichen Rechte der Betroffenen reichenden Zwangsmaßnahmen kennt das AIDS-G in der geltenden Fassung weder Zwangsbehandlung noch Zwangseinweisung in eine Krankenanstalt. Statt des in den anderen Seuchengesetzen vorgeschriebenen staatlichen Zwangs wird hier auf die Vernunft und Freiwilligkeit der Infizierten gesetzt, und das Ziel verfolgt, die Verhinderung der an sich pandemischen Weiterverbreitung der Seuche durch Aufklärung und Information zu erreichen. Der Gesetzgeber geht auf Grundlage der Erkenntnisse medizinischen Wissenschaft bis dato davon aus, dass eine Infektion mit dem HI-Virus eine Erkrankung mit AIDS nach sich zieht und der Ausbruch der Krankheit durch immer wirksamere Arzneimittel wohl zwar verzögert werden kann, aber noch immer keine nachhaltige Heilung möglich ist. Würde man dem AIDS-G wie den anderen Seuchengesetzen vergleichbare Maßstäbe an Zwangsbehandlung und Zwangseinweisung anlegen, müssten Kranke oder der Krankheit Verdächtige unter Umständen lebenslang abgesondert werden. Es war bei Schaffung des AIDS-G dem Gesetzgeber auch klar, dass einerseits die befürchtete Infektion mit HIV mangels offensichtlich erkennbaren Symptomen nicht zwangsläufig zum freiwilligen Arztbesuch führt, und andererseits schon alleine die Befürchtung, dass ein positiver Befund zumindest massive Einschränkungen von Rechten und der Bewegungsfreiheit des Betroffenen bedeuten würde, verhindert hätte, dass sich der Infektion Verdächtige freiwillig einer Untersuchung unterzieht¹⁴.

Aber auch die Gefahr der Weiterverbreitung ist im normalen sozialen Alltagskontakt eher gering. Ansteckungspotential ergibt sich über Körperflüssigkeiten (primär Blut und Sperma), daher ist die Ansteckung bei Beachtung einfachster Maßnahmen verhinderbar.

13) BGBl 728/1993 idF BGBl I 98/2001.

14) lt. Information des MinR Dr. Aigner / BMG im Gespräch vom 19.04.2010 mit dem Autor.

Es wurde daher eine bloß beschränkte Meldepflicht durch das AIDS-G eingeführt, nach der jede manifeste Erkrankung an AIDS, und jeder Todesfall der auf AIDS zurück zuführen ist, zu melden ist. Klinisch manifestiert ist die Krankheit dann, wenn sich eine sog. Indikatorkrankheit ausbildet. Die bloße Infektion mit dem HI-Virus löst noch keine Meldepflicht aus. Die Meldung hat neben dem Geburtsdatum und dem Geschlecht des Erkrankten und den medizinischen Angaben, anstatt des vollen Namens, bloß die Initialen zu umfassen. Der diagnostizierende Arzt ist allerdings verpflichtet, der HIV-positiven Person den Befund im Rahmen einer persönlichen Aufklärung und Beratung mitzuteilen.

Das AIDS-G stellt gewerbsmäßige sexuelle Handlungen unter Strafe (§ 4 iVm § 9 AIDS-G), wenn bei der Person HIV nachgewiesen wurde, oder kein eindeutig negatives Ergebnis nach einer entsprechenden Untersuchung vorliegt.

Nach den §§ 178 und 179 StGB die eine vorsätzliche und fahrlässige (sogar abstrakte) Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten unter Strafe stellt, ist der Geschlechtsverkehr ohne Kondom strafbar, auch wenn sich HIV noch nicht manifestiert hat¹⁵, weil schon die bloße Infektion eine Gefahr der Ausbreitung in sich birgt¹⁶. Dennoch werden immer noch Personen wegen fahrlässiger Begehung nach § 179 StGB verurteilt, weil sie trotz HIV-Infektion Geschlechtsverkehr haben, aber dabei ein Kondom verwenden. Das OLG Graz¹⁷ erkannte in einer Berufungsentscheidung erstmals die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes des § 179 StGB bei geschütztem Sexualverkehr, wobei das LG Graz als erste Instanz bloß die vorsätzliche Begehung bestraft hatte. Problematisch ist, dass jene, die hier am Rande der Legalität verurteilt werden, und wegen der Öffentlichkeit einer Berufung und der damit längeren öffentlichen Aufmerksamkeit nicht weiter um ihr Recht kämpfen wollen und auf das zustehende Rechtsmittel verzichten. Der legislative Staat verhindert mit einem

15) Aigner, RdM 2000, 87.

16) Bittmann, ÖJZ 1987, 488.

17) OLG Graz, 11Bs375/02, 27.09.2002.

liberalen AIDS-G die Stigmatisierung Infizierter, die der exekutive Staat in seiner Gerichtsbarkeit mit restriktiver Auslegung des Tatbestandes des § 179 StGB dann wieder einführt.

1.5. Weitere seuchenrechtliche Vorschriften im Überblick

Zum Seuchenrecht zählen noch weitere Vorschriften oder einzelne Bestimmungen in Gesetzen oder Verordnungen, deren Zweck und Charakter aber eher der Prävention hinsichtlich Übertragung durch Lebensmittel, durch mangelnde Hygiene, durch Tiere, oder durch gezielte Immunisierungsmaßnahmen, wie Impfungen, ist.

- Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz
- Zoonosengesetz
- Impfschadengesetz
- Geflügelhygieneverordnung
- die Wr. Rattenverordnung
- etc.

Weitere seuchenrechtlich relevante Bestimmungen finden sich auch in anderen Bundes- oder Landesgesetzen, aber keine greifen so massiv in Rechtspositionen ein wie eben das EpG, das TbG, und das GeschlechtskrankheitenG.

1.6. WHO und International Health Regulations

Die Weltgesundheitsorganisation (World Health Organization - WHO) ist, als Verwaltungsunion nach Art. 52 Abs. 2 der UN-Charta, eine von achtzehn Spezialorganisationen der Vereinten Nationen¹⁸. Ziel der WHO ist die Verhütung

18) Fischer/Köck, Völkerrecht, Rz 649.

der Verbreitung von gefährlichen Krankheiten, Schutz und Kontrolle, in der gemeinsamen Verantwortung der Staatengemeinschaft, der Gesundheit der Bevölkerung, sowie die Unterstützung der Staaten in diesen Angelegenheiten. Dieses Ziel erreicht die WHO mit den „International Health Regulations“ (IHR)¹⁹. Diese Internationalen Gesundheitsvorschriften wurden, auf Grundlage des Art 21 lit a und Art 22 der Satzung der WHO²⁰ 1969 erstmals erlassen. Eine Novellierung der IHR wurde im Juni 2005, unter dem Eindruck einer drohenden SARS-Pandemie, verabschiedet, und ist 2 Jahre danach (2007) durch die Ratifikation aller Vertragsstaaten völkerrechtlich verbindlich geworden. Die IHR sind in Österreich als multilateraler Vertrag durch Adoption per Kundmachung im Bundesgesetzblatt Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung geworden²¹.

Die Staaten haben allerdings, in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen und deren Prinzipien, und unter Beachtung des Zwecks der IHR, nach wie vor ihre Souveränität, die eigene Gesundheitspolitik zu gestalten (*States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to legislate and to implement legislation in the pursuance of their health policies. In doing so they should uphold the purpose of these regulations* – Art 3 IHR). In Appendix 1 der IHR scheint Österreich als Unterzeichnerstaat auf, der keinen Vorbehalt in Appendix 2 formuliert hat. Die IHR 2005 widmen sich der internationalen Bekämpfung von Infektionskrankheiten, und regeln die Zusammenarbeit und Abstimmung der Staaten in Bezug auf das Auftreten dieser gefährlichen Krankheiten. Verpflichtend ist die unmittelbare Meldung an die WHO über auftretende Gesundheitsrisiken, die die Öffentlichkeit betreffen, durch die Unterzeichnerstaaten.

19) WHO, International Health Regulations, http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789241580410_eng.pdf.

20) BGBl 96/1949 idF BGBl III 7/2006.

21) BGBl III 98/2008. Die IHR sind per Kundmachung durch den Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt „angenommen“, und nicht als Staatsvertrag im Verfassungs- oder Gesetzesrang ratifiziert, worden. Geht man davon aus, dass die IHR auf Grundlage der Satzung der WHO (durch Österreich am 22.05.1947 ratifiziert) erlassen wurden, handelt es sich um einen Staatsvertrag im Rang einer Verordnung, der keiner parlamentarischen Genehmigung nach Art 50 B-VG bedarf.

Als Annex 2 der IHR liegt ein Bewertungs-Checkliste vor, die bei einem Ereignis eines Gesundheitsnotfalls von internationaler Tragweite anzuwenden ist. Bei einigen Erregern (z.B. Pocken, SARS) ist jedenfalls eine Meldung an die WHO durchzuführen. Die WHO ruft, nachdem eine Krankheit droht, über ein lokales Aufkommen der Krankheit hinweg zu gehen, eine Pandemie aus. Im weiteren Verlauf des Geschehens sollen auch weiterhin relevante Daten von den Mitgliedstaaten an die WHO übermittelt werden.

Die Checkliste behandelt folgende Aspekte:

- die örtliche, zeitliche, und bevölkerungsspezifische Verteilung der Krankheit,
- hat die Krankheit das Potential zu einer großen Bedrohung,
- wird außerstaatliche Hilfe benötigt,
- ist der Vorfall außergewöhnlich,
- erfolgte das Auftreten der Krankheit unerwartet,
- gibt es ähnliche Vorfälle in anderen Staaten,
- kann es zur Übertragung der Krankheit durch Reiseverkehr, Versammlungen, Lebensmittel oder durch Umwelteinflüsse in andere Staaten kommen.

Ergibt die Bewertung das Vorliegen eines entsprechende Ereignisses, ist innerhalb von 24 Stunden nach Erkennen der Kriterien die WHO zu benachrichtigen (Art 6 IHR). Die WHO bilden im Falle eines konformen Ereignisses einen Notfallausschuss aus Experten und Vertretern der Mitgliedstaaten, der über das weitere Vorgehen entscheidet.

1.7. Kompetenz der Europäischen Union

Nach Art 165 AEUV²² ist der Europäischen Union vertraglich keine direkte Möglichkeit zur Regelung von Angelegenheiten des Gesundheitsschutzes eingeräumt. Die Kompetenz der Union beschränkt sich nach Abs 1 leg cit auf die Ergänzung der Gesundheitspolitik der Mitgliedstaaten²³. Die Formulierung des Art 165 AEUV ersetzt und ergänzt den ansonsten wortgleichen Art 152 EGV mit den Kompetenzen der Union zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren, die Zusammenarbeit und Koordination der Mitgliedstaaten in den Grenzgebieten zu verbessern. Vor der Geltung des AEUV erfolgte die Ergänzung der Politik der Mitgliedstaaten durch die (rechtsetzende) Entscheidung der Kommission 2000/57/EG²⁴ zum Aufbau eines Netzwerks der Mitgliedstaaten als Frühwarn- und Reaktionssystem für die Überwachung von Infektionskrankheiten²⁵. Die Union bietet den Mitgliedstaaten mit dem EU-Frühwarnsystem EWRS (Early Warning and Response System), geschaffen auf Grundlage der Entscheidung 2000/96/EG²⁶ der Kommission, ein Kommunikationsnetz zur epidemiologischen Überwachung von übertragbaren Krankheiten und als Frühwarn- und Reaktionssystem zur Verhütung und Kontrolle dieser Krankheiten, in dem die national für die Erfassung von potentiell ansteckenden Krankheiten zuständigen Behörden dauernd mit der Kommission in Kontakt sind. Meldepflichtig sind jene Infektionskrankheiten, die in der Entscheidung der Kommission erfasst sind, und die das Potential zur Gefährdung der Bevölkerung von mehr als einem

22) ABl C306 v. 17.12.2007.

23) Art 168 Abs 1 und 2 AEUV (ex-Art 152 Abs 1 und 2 EGV): „...Die Tätigkeit der Gemeinschaft ergänzt die Politik der Mitgliedstaaten und ist auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Humankrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der menschlichen Gesundheit gerichtet ... außerdem umfasst sie die Beobachtung, frühzeitige Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren ... Die Mitgliedstaaten koordinieren untereinander im Benehmen mit der Kommission ihre Politiken und Programme in den in Abs 1 genannten Bereichen. Die Kommission kann in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten alle Initiativen ergreifen, die dieser Koordination förderlich sind ...

24) ABl L 21; 32 idF ABl L 117; 40: Rechtsetzung der Kommission unter Bezug auf die Entscheidung 2119/98/EU (ABl Nr. L 268, 1 idF ABl L 344, 48) des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24.09.1998.

25) siehe auch: *Strauss/Thinus/Muchl/Hrabcik*, BMG, Krisenfälle im Gesundheitsbereich: Informations- und Kommunikationssysteme der EU und WHO, http://www.bmg.gv.at/cms/site/attachments/3/5/9/CH0951/CMS1214392137719/draft_steirischer_seuchenalarmplan.pdf

26) ABl L 28, 50 idF ABl L 344, 48.

Mitgliedstaat aufweisen (Annex 1 lit 1 leg cit). Mit der Änderung durch die Entscheidung 2007/875/EG vom 18.12.2007 wurden ua auch Zoonosen, und Krankheiten, die durch das absichtliche Freisetzen von Erregern hervorgerufen werden, erfasst.

Eine wesentliche Rolle nimmt das Europäischen Seuchenzentrum (European Center for Diseases Control – ECDC²⁷) ein. Das Seuchenzentrum soll einerseits zur Zusammenarbeit der EU mit der WHO beitragen, und andererseits die durch das EWRS gesammelten Daten aufbereiten und an die Mitgliedstaaten weitergeben. Nach dem nationalen „Influenza Pandemieplan – Strategie für Österreich“ des BMG vom November 2006 wird die Kommunikation mit dem ECDC durch den Krisenstab des BMG durch ständigen Kontakt gewährleistet. Parallel hierzu besteht nach wie vor die Pflicht zur Information der WHO nach den Vorschriften der IHR.

Auch in Anwendung des Subsidiaritätsprinzips (Art 5 AEUV, ex-Art 5 EGV) könnte die EU Vorschriften im Gesundheitsbereich erlassen, insoweit und insofern die durch die Mitgliedstaaten in Betracht gezogenen Maßnahmen nicht ausreichend umgesetzt werden können, was aber eigentlich erst durch einen entsprechenden Anlassfall erfolgen dürfte.

Eine Pandemie, welche die Gesundheit der Unionsbürger insgesamt bedrohen würde, wäre ein solcher Anlass. Voraussetzung für ein Tätigwerden der Union ist jedenfalls, dass die intendierte Maßnahme nicht alleine durch mitgliedschaftliches Handeln erreicht werden kann (Notwendigkeitsprüfung), und daher besser durch Maßnahmen der Europäischen Union erreicht wird (Effizienzprüfung). Die rechtliche Kontrolle der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips erfolgt durch den

27) eingerichtet auf Grundlage der Verordnung 851/2004/EG (ABl L 142, 1); siehe auch <http://www.ecdc.europa.eu>

EuGH²⁸. Im Bereich des Gesundheitswesens steht jedoch das Subsidiaritätsprinzip in einem scheinbaren Spannungsverhältnis mit dem Harmonisierungsverbot des Art 165 Abs 5 AEUV. An derselben Stelle wird jedoch dem Europäischen Parlament und dem Rat die Kompetenz zur Setzung von Fördermaßnahmen ua zur Bekämpfung von weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten eingeräumt.

In diesem Zusammenhang erfährt die Charta der Grundrechte der Europäischen Union²⁹ eine besondere Bedeutung, weil der an sich neu definierte und von der EMRK abweichende Art 3 als „Recht auf Unversehrtheit“, im Sinne des Rechtes auf körperliche und geistige Unversehrtheit (Abs 1 leg cit) gesondert geregelt wird. Zusätzlich ist in Abs 2 1. Fall die freie Einwilligung nach vorheriger Aufklärung normiert, was bei Zwangsmaßnahmen auf Grundlage des EU-Rechts beachtlich sein wird. Die Charta richtet sich nur an die Organe der Union, Einrichtungen der Union, sowie an Mitgliedsstaaten und deren Organe als Normadressaten, jeweils in Vollziehung von EU-Primär- als auch Sekundärrecht³⁰, und nicht an die Organe der Mitgliedstaaten in Vollziehung nationalen Rechts.

Primär jedoch wird auf die eigene Verantwortung der Mitgliedstaaten gesetzt, notwendige Maßnahmen zeitgerecht zu setzen, und bei staatenübergreifenden Ereignissen die entsprechenden Abstimmungen zu treffen.

28) Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, Rz 938 ff.

29) ABl C83 v. 30.03.2010.

30) Borowski in Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art 51, 566 f.

2. Konkretisierung seuchenrechtlicher Vorschriften

2.1. Reaktion auf Auftreten von im EpG nicht geregelten Krankheiten

Der Geltungsbereich des EpG kann, neben der Aufzählung bestimmter Infektionskrankheiten, durch aktuell auftretende und mit ausreichender Wahrscheinlichkeit auch das Bundesgebiet erreichende weitere Krankheiten durch den Bundesminister für Gesundheit per Verordnung ergänzt werden. In § 1 Abs 2 EpG wird der BMG ermächtigt, diese Verordnungen zu erlassen, wenn es aus epidemiologischen Gründen gerechtfertigt ist, oder internationale Verpflichtungen, wie die IHR, erforderlich machen.

Immer wieder wurde und wird z.B. wegen SARS, und zuletzt wegen der Schweinegrippe (H1N1-Virus) von der Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht³¹, und, weil weitere bedrohliche Krankheiten auftraten, wurde diese Verordnung durch nachfolgende ersetzt, in denen der Geltungsbereich durch diese Krankheiten (spongiforme Enzephalopathie, Clostridium diffizile assoziierte Erkrankungen) erweitert wurde³².

Die Notwendigkeit der Verordnungsermächtigung lässt sich an der Vielzahl an Ergänzungen des EpG seit 1999 ermesen, weil jene Krankheiten, die vorerst auf dem Verordnungsweg dem Regime des EpG unterworfen waren, dann auch Aufnahme in das Gesetz selbst gefunden haben (z.B. die Legionärskrankheit und die Vogelgrippe).

Durch die Verordnungsdichte in 2009 lässt sich darüber hinaus auch ableiten, dass der BMG durchaus rasch auf dem Verordnungsweg auf veränderte Bedrohungsszenarien reagieren muss.

31) Verordnung des Bundesministers für Gesundheit, betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2009, BGBl II 123/2009.

32) Verordnung des Bundesministers für Gesundheit, betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2009, BGBl II 359/2009, sowie BGBl II 363/2009 und BGBl II 19/2010.

2.2. Allgemeine Maßnahmen der Behörden

2.2.1. Erlässe des BMG

Erlässe, oder Verwaltungsverordnungen, sind nach Ansicht des VwGH, generelle Weisungen an Verwaltungsorgane³³, die als hoheitlicher Befehl eines Organwalters im Innenbereich der Verwaltung die Wahrnehmung von Kompetenzen und Aufgaben durch nachgeordnete Organe regelt³⁴. Erlässe sind von Durchführungsverordnungen, die als abstrakt genereller Rechtsakt allgemeine Wirkung für den einzelnen Rechtsunterworfenen entwickeln und ordnungsgemäß kundgemacht werden müssen, zu unterscheiden, denn Erlässe entfalten nur Wirkung innerhalb der Verwaltungsorganisation.

Der BMG konkretisiert die Anwendung und Umsetzung von seuchenrechtlichen Bestimmungen gegenüber nachgeordneten oder zugeordneten Dienststellen und Behörden, um einerseits Symptome von Krankheiten zu übermitteln, aber auch um organisatorische Maßnahmen, wie die Erfassung der Daten mit standardisierten Formblättern etc. Dennoch können Erlässe des BMG mitunter auch mittelbar in Rechtspositionen eingreifen, wenn beispielsweise die Dauer einer Zwangsanhaltung einer Person in einer Krankenanstalt geregelt wird, oder Art und Umfang von Untersuchungen festgelegt werden. Die Frage ist, ob es sich bei derartigen Erlässen um Verwaltungsverordnungen ohne generelle Wirkung handelt, die zur verwaltungsinternen Auslegung gesetzlicher Vorschriften dient, oder ob es sich um nicht ordnungsgemäß kundgemachte, und daher rechtswidrige Durchführungsverordnungen handelt. Die Beurteilung muss im Einzelfall erfolgen, wobei die (rechtswidrige) Durchführungsverordnung, im Gegensatz zur Verwaltungsverordnung, nach Art 139 Abs 1 B-VG Gegenstand der Verordnungsprüfung durch den VfGH sein kann.

33) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 1005.

34) Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 974 ff.

2.2.2. Pandemiepläne der Gesundheitsbehörde (BMG)

Beispielhaft für Krisenmanagement im Gesundheitsbereich ist der bereits oben erwähnte Influenza-Pandemieplan³⁵. Er definiert sich selbst als Manual, das einen klaren Handlungsalgorithmus mit eindeutigen Konsequenzen festlegt, um im Anlassfall effizient und ohne Verzögerung auf die Krisensituation reagieren zu können. Er richtet sich an die staatliche Verwaltung, also Bund, Länder und Gemeinden. Die rechtliche Qualifikation des vorliegenden Pandemieplans ist allenfalls als Weisung für die Adressaten der mittelbaren und unmittelbaren Bundesverwaltung, und als Empfehlung für die Landesverwaltung zu sehen. Gegen den Weisungscharakter spricht jedoch, dass an vielen Stellen behördliche Verfügungen erst für den Anlassfall angekündigt werden, wie die Anordnung von Schutzimpfungen durch die BVB für ärztliches oder pflegendes Personal von Krankenanstalten auf Grundlage des § 17 Abs 3 EpG.

Der Pandemieplan besteht aus einem Rahmenplan für die medizinischen und rechtlichen Grundlagen und aus Umsetzungskonzepten für die Bundesländer. Auch die personelle Besetzung des Krisenstabs des BMG ist darin geregelt. Es wird darüber hinaus auch die Einbeziehung der Medien besprochen, wobei diesen eine nicht zu unterschätzende Rolle in der Information der Bevölkerung zur Übermittlung von Präventionsmaßnahmen und sonstigen Verhaltensweisen zudedacht wird. Um den Staat funktionsfähig zu halten wird auch auf den Schutz der mit der Versorgung der Bevölkerung mit öffentlichen Dienstleistungen beschäftigten Personen Bezug genommen.

Als wesentlicher Bestandteil des Pandemieplans sind auch die Krankenhausversorgung und krankenhaushygienische Maßnahmen beschrieben. Für den Weisungscharakter des Pandemieplans spricht unter anderem, dass auch bundesweit einheitliche Triagekriterien als Leitlinie festgelegt, welche für die in

³⁵)BMG,InfluenzaPandemieplan,
http://www.bmgfj.gv.at/cms/site/attachments/3/6/8/CH0981/CMS1126084167391/pp_inetversion12_061.pdf.

Anwendung des EpG in mittelbarer Bundesverwaltung tätigen BVB's die Parameter für eine stationäre Aufnahme von betroffenen Personen darstellt.

Um die nötigen Spitalsbetten zu sichern, werden einerseits nicht unbedingt notwendige Behandlungs- und Pflegemaßnahmen temporär ausgesetzt, in öffentlichen Krankenanstalten zusätzliche Betten, die für Patienten der Sonderklasse vorgesehen gewesen wären, für die Behandlung von an der Infektion erkrankten oder der Infektion verdächtigter Personen reserviert, aber auch Betten der militärischen Sanitätseinrichtungen, Kuranstalten, Privatkliniken und Rehabilitationseinrichtungen vorgesehen. In den Landes-KAG's Salzburgs (§ 3 S-KAG), des Burgenlandes (§ 44 Bgld KAG), Oberösterreichs (§ 41 OÖ KAG), und Vorarlbergs (§ 15 VlbG SpG) ist die auch vorübergehende Enteignung von geeigneten Gebäuden zur Einrichtung von Notspitälern bei Kriegen, Elementarereignissen und Unglücksfällen vorgesehen.

Für die Absonderung von betroffenen Personen ist entweder die Unterbringung in Einzelzimmern oder in einem eigenen Trakt, im Sinne einer sog. Kohortenisolierung, festgehalten. Darüber hinaus sind noch weitere Schutz- und Hygienemaßnahmen erwähnt.

Dieser für die Bedrohung mit dem Vogelgrippevirus (H5N1-Virus) erarbeitete Pandemieplan zeigt deutlich die Vorgehensweise der Behörden und die zu ergreifenden Maßnahmen im Falle einer Gefährdung der Bevölkerung mit einer gefährlichen Infektionskrankheit. Bis auf die spezifisch der Influenza zugedachten medizinischen Maßnahmen muss für andere Infektionskrankheiten das Muster der Maßnahmen in gleichem Umfang gelten. Abstufungen muss es natürlich in den Absonderungsmaßnahmen geben, und, je nach biologischer Gefährlichkeit des betreffenden Erregers, auch in den Maßnahmen zum Schutz der mit der Ausführung betrauten Personen. Zu beachten ist jedenfalls immer, dass für Maßnahmen, die in Grundrechtspositionen Betroffener eingreifen, das gelindeste Mittel zum Erreichen des Ziels gewählt werden muss.

2.2.3. *Influenza-Pandemieplan der Stadt Wien (Landessanitätsdirektion)*

Auf Grundlagen des Pandemieplans des BMG wurde auch in Wien ein Pandemieplan erstellt³⁶, der auf den Bundes-Pandemieplan insofern Bezug nimmt, als er bereits auf den dargelegten Grundlagen aufbaut, und ergänzend die Planung auf die lokalen Umstände und Gegebenheiten anpasst.

Unter anderem wird darin in 3 Schritten, je nach Verlauf der Pandemie, festgelegt, welche Krankenhäuser zur Verfügung stehen, wie viele Betten verfügbar sind (2006 für Influenza: 506 Betten), und wann welche Krankenanstalten durch den Rettungsdienst anzufahren sind. Erst nach Ausschöpfen der öffentlichen Spitäler der Stadt Wien werden private (gemeinnützige) Krankenanstalten in Anspruch genommen (2006 für Influenza: 182 Betten).

Jede Krankenanstalt hat nach dem § 4 Wiener Katastrophenhilfe und Krisenmanagementgesetzes (W-KKG)³⁷, einen eigenen Pandemieplan, vor allem mit der Festlegung, wie eine weitere Erhöhung der Bettenanzahl erreicht werden kann, zu erstellen.

Unter anderem nimmt der Landes-Pandemieplan auch auf die Vorschreibung der Absonderungsmaßnahmen der Absonderungsverordnung des BMG Bezug.

36) Influenza-Pandemieplanung für Wien der Landessanitätsdirektion, <http://www.wien.gv.at/gesundheit/sandirektion/pdf/pandemieplan.pdf>.

37) LGBI 2003/60.

3. Relevante Vorschriften im Krankenanstaltenrecht

Das Krankenanstaltenrecht ist durch den Gedanken der Daseinsvorsorge geprägt (ausführlich dazu weiter unten), und soll die Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen sicherstellen. Um die Gefährdung der Bevölkerung vor gefährlichen Infektionskrankheiten weitestgehend zu vermeiden, schreiben die Materiengesetze des Seuchenrechts Maßnahmen vor, die auch die Mitwirkung von Krankenanstalten erfordert. Aber auch die Einweisung von Kranken erfordert an sich keine besondere behördlichen Verfügung, weil Krankenanstalten mit Öffentlichkeitsrecht ex lege verpflichtet sind, anstaltsbedürftige oder unabweisbare Kranke auch ohne behördlichen Befehl aufzunehmen.

3.1. Aufnahmepflicht

Das Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG)³⁸ und Landes-Krankenanstaltengesetze nehmen, in unveränderter Formulierung, in § 22 Abs 4 KAKuG, § 50 Abs 4 Bgld KAG, § 52 Abs 4 K-KAO, § 39 Abs 4 NÖ KAG, § 46 Abs 4 OÖ KAG, § 29 Abs 4 Stmk KALG, § 33 Abs 4 Tir KAG, § 10 Abs 2 VlbG SpG und § 36 Abs 4 Wr KAG, Bezug auf die Aufnahmepflicht von behördlich eingewiesenen Personen. Lediglich § 54 Abs 5 S-KAG schreibt diese Bestimmung von der Unabweisbarkeit aus medizinischen Gründen (Abs 4) gesondert vor. Diese Bestimmungen unterscheiden nicht nach dem Grund der behördlichen Verfügung, sondern halten fest, dass diese Einweisung auf Grund besonderer Vorschriften erfolgen soll. Als solche gelten jedenfalls auch die entsprechenden Bestimmungen der Seuchengesetze, die auch gegenüber den Krankenanstalten imperativ formuliert sind. Allerdings steht der Anordnung des jeweiligen Seuchengesetzes, dass der Kranke zwangsweise in einer Krankenanstalt angehalten werden soll, die Aufnahmepflicht der Krankenanstalt gegenüber. Der zivilrechtliche Krankenhausaufnahmevertrag, der einem üblichen Behandlungsverhältnis zu Grunde liegt, nach dem sich der Patient freiwillig in Anstaltspflege begibt, wird

38) BGBl I/1957 idF BGBl I 61/2010

durch die behördliche Anordnung durch ein öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis ersetzt. Auch die Entlassung von Personen, die auf Grund behördlicher Verfügung in die Krankenanstalt eingewiesen wurden, wird in § 24 Abs 4 KAKuG geregelt. Demnach ist eine vorzeitige Entlassung des behördlich eingewiesenen Pflégling unzulässig.

3.2. Klarstellung der Pflichten

Es liegt auf der Hand, dass eine behördlich verfügte zwangsweise Einweisung von Personen, die auch in den KAG's ihren Niederschlag findet, auch medizinische und pflegerische Maßnahmen bedeuten, die keinen weiteren gesetzlichen Regelungsbedarf nach sich ziehen, noch dazu, weil auch die medizinische indizierte Unabweisbarkeit von Personen in der gleichen Bestimmung ohne wesentliche Unterscheidung formuliert ist.

Der § 22 Abs 4 KAKuG knüpft an gesundheitspolizeiliche Maßnahmen an, in dem für öffentliche Krankenanstalten die Aufnahmepflicht behördlich eingewiesener Personen vorgeschrieben wird. Diese Vorschrift stellt eine unter Anderem den seuchenrechtlichen Anhaltungsbefugnissen (siehe unten) korrespondierende Bestimmung dar, die klarstellt, welche Krankenanstalten zur Aufnahme der Angehaltenen verpflichtet sind. Die Landesgesetzgebung hat nach § 18 Abs 3 auch sicherzustellen, dass im Rahmen der öffentlichen Krankenanstaltenpflege insbesondere für unabweisbare Kranke nach § 22 Abs 4 KAKuG eine ausreichende Bettenanzahl in der allgemeinen Gebührenklasse vorhanden ist.

Zwangseinweisungen bedeuten nicht nur für die betroffenen Personen massive Eingriffe in gewährleistete Rechte, sondern auch für die in Anspruch genommene Krankenanstalt, bzw. für deren Träger. Das KAKuG stellt daher Klarheit her, und schafft die notwendigen Ressourcen, damit Personen im Anlassfall tatsächlich rasch in entsprechenden Einrichtungen aufgenommen werden können.

C. Rechte und Pflichten im Seuchenrecht

1. Rechte des Patienten bei Selbstbestimmung

1.1. Zivilrechtlicher Behandlungs- und Aufnahmevertrag

Für die Rechtstellung des Patienten im Krankenhaus ist wesentlich, ob die therapeutische Behandlung und Pflege in der Krankenanstalt nach privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Nachfolgend soll daher das Rechtsverhältnis von Personen betrachtet werden, die sich freiwillig in anstaltliche Pflege begeben haben, um danach die Unterschiede zum öffentlich-rechtlichen Zwang zu beleuchten.

1.1.1. Das Vertragsverhältnis

Üblicherweise kommt ein Behandlungsverhältnis mit dem Abschluss eines Behandlungsvertrags zwischen Patienten und Arzt zu Stande. Der Behandlungsvertrag ist ein zivilrechtlicher Vertrag, der am Ehesten als freier Dienstvertrag eingeordnet werden kann, mit Elementen des Dienstvertrages und des Werkvertrags³⁹. Der Mensch ist ein komplexes biologisches System, und auch die moderne Medizin kann keine Garantie für einen Heilungserfolg geben. Daher kann der Behandlungserfolg nicht grundsätzlich als Werkvertrag angesehen werden, weil eben für einen konkret ausbedungenen Erfolg nicht eingestanden werden kann (ausgenommen etwa technische Leistungen wie die eines Zahnarztes, etc.). Wie nahezu alle zivilrechtlichen Verträge (siehe auch „Kontrahierungszwang“) ist auch der Behandlungsvertrag vom Element der Privatautonomie getragen. Ausdruck der Privatautonomie ist, dass der Patient, sofern er urteils- und einsichtsfähig ist, seine Einwilligung zur Behandlung des Arztes geben muss, ansonsten der Arzt eigenmächtig handelt und strafbar, sowie schadenersatzpflichtig, wird. Die beiden Elemente Aufklärung und Einwilligung

³⁹⁾ Kletecka-Pulker in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer, Medizinrecht, I/4.

bilden den Informed Consent. Zur Vornahme ärztlicher Behandlung ist das Einverständnis des Patienten notwendig, um als Arzt die zur Wiederherstellung oder Stabilisierung des Gesundheitszustandes notwendigen Maßnahmen ergreifen zu dürfen. Um rechtswirksam einwilligen zu können, muss der Arzt dem Patienten nach Maßgabe des subjektiven Begriffshorizonts des Patienten über den Verlauf, die Chancen, Risiken und Alternativbehandlungen aufklären. Der Patient darf auch jede Behandlung ablehnen. Ausgenommen vom Informed Consent sind Fälle der Nothilfe, d.h. wenn ein nicht ansprechbarer Patient unmittelbare medizinische Behandlung und Versorgung benötigt. Die Rechtfertigung für die konsenslose Behandlung ergibt sich aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis „Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfalle“ nach § 1036 ABGB.

Die zur wirksamen Einwilligung in eine Behandlung erforderliche Urteils- und Einsichtsfähigkeit des Patienten ist von der rechtlichen Geschäftsfähigkeit zu unterscheiden. Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird nach § 146c ABGB ab 14 Jahren („mündige Minderjährige“) gesetzlich vermutet. Es kommt auf die konkrete Fähigkeit zum konkreten Zeitpunkt an, die Situation, d.h. die Tragweite der Entscheidung hinsichtlich einer Behandlung und der möglichen Folgen auch tatsächlich erfassen zu können. Um, vor allem als Nichtmediziner, die Konsequenzen einer Behandlung (der Begriff Behandlung ist durchaus im gesetzlichen Sinn zu verstehen, siehe gleich unten) abschätzen zu können, ist die ärztliche Aufklärung unbedingt notwendig, und diese soll daher alle notwendigen Informationen enthalten, und auch so ausgeführt werden, dass der Patient nach seinem Intelligenzhorizont und seinem Begriffsvermögen („subjektiver Begriffshorizont“) in die Lage versetzt wird, beurteilen zu können, ob er diesem Eingriff in seine körperliche Integrität zustimmen möchte. Erscheint der Patient dem Behandelnden nicht einsichts- und urteilsfähig, kann er beim zuständigen Gericht einen konstitutiven Beschluss erwirken, der das Rechtsverhältnis klarstellt. Durch Erziehungsberechtigte oder Sachwalter, oder durch Vorsorgevollmacht Bestellte kann die an sich patientenunmittelbare Einwilligung substituiert werden. Eine Möglichkeit zur direkten und unmittelbaren Erklärung des eigenen Willens für Behandlungsmaßnahmen im Falle fehlender Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist jedenfalls die verbindliche, bzw. je nach „Dichte“ der Äußerung, auch die

beachtliche Patientenverfügung nach dem Patientenverfügungsgesetz (PatVG). Der Patient kann auf die Aufklärung auch verzichten. Der Informed Consent ist hinsichtlich der ärztlichen Aufklärung auch im KAKuG geregelt. Der § 5a Z 2 legt verpflichtet die Träger von Krankenanstalten organisatorisch dafür zu sorgen, dass das Recht des Patienten auf Aufklärung sichergestellt ist. In der Krankenanstalt spricht man anstatt des Behandlungsvertrages vom Krankenhausaufnahmevertrag, der zusätzlich zur Behandlung auch die Beherbergung und Pflege während des notwendigen Aufenthalts zum Inhalt hat. Das Krankenanstaltenrecht legt in § 39 Abs 2 KAKuG fest, dass die Rechte und Pflichten, die sich aus der Aufnahme eines Patienten in eine private Krankenanstalt (das sind private und private gemeinnützige Krankenanstalten) nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts zu beurteilen sind. Damit ist festgelegt, dass das Rechtsverhältnis zum Patienten zumindest für private Krankenanstaltenträger als zivilrechtlicher Vertrag zu sehen ist. Fraglich ist jedoch, ob auch bei öffentlichen Krankenanstalten Aufnahme, Behandlung und Pflege nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sind. Der OGH geht in mittlerweile stRsp davon aus, dass auch bei öffentlichen Krankenanstalten ein zivilrechtlicher Behandlungsvertrag, bzw. ein Vertrag vorliegt, der nicht nur die ärztliche Heilbehandlung, sondern auch die Pflege des Patienten, seine Beherbergung und die Wahrung seiner körperlichen Sicherheit zum Inhalt hat (z.B. im Rechtsverhältnis eines sozialversicherten Patienten zu einem Landeskrankenhaus⁴⁰). In der Lehre ist allerdings die Rechtsnatur des Anstaltsverhältnisses nicht unumstritten, da weil das KAKuG, und vorher auch das Bundes-KAG, nur bei privaten Krankenanstalten von einem zivilrechtlichen Vertrag ausgeht. Dennoch scheint sich auch in der Lehre die Ansicht durchzusetzen, dass die Rechtsverhältnisse einerseits nach dem KAKuG auch privatrechtlich deutbar sind, um gleichheitsrechtliche Probleme zu vermeiden, und andererseits setzt eine Abweichung vom (nunmehr üblichen) zivilrechtlichen Normalfall voraus, dass die Änderung der Rechtsnatur des Behandlungsvertrages für eine erleichterte Durchführung des Anstaltsbetriebs zweckmäßig erscheint⁴¹.

40) OGH, 11.07.2001, 7Ob156/01v.

41) Stöger, Krankenanstaltenrecht, 613.

1.1.2. Begriff der (Heil-) Behandlung

Die medizinischen Behandlung umfasst nach bürgerlichem Recht (§ 146c ABGB) jede therapeutische, diagnostische, prophylaktische und schmerzlindernde Maßnahme⁴², und lehnt sich an den Behandlungsbegriff des § 110 StGB an. Auch die Untersuchung, als diagnostische Maßnahme, ist im Sinne einer (Heil-) Behandlung zu verstehen.

Teile der Lehre sehen nach § 110 StGB auch sonstige Behandlungen erfasst, wie Maßnahmen und Eingriffe die der Ästhetik, Forschungs- und Versuchszwecken dienen, sowie die Entnahme von Organen aus Gesunden, um sie Kranken zu transplantieren⁴³. Auch muss die Behandlung nicht notwendig *lege artis* oder durch Ärzte erfolgen.

1.2. Patientenrechte in der Krankenanstalt

Dem Patienten stehen eine Reihe Rechte zu, die zum Teil im KAKuG aufgezählt werden (§§ 5a, 8, 9, 10, 11b, 11 e, 22, 23, 24, 44 und 62 a KAKuG), und nahezu wortgleich in den Landes-KAG's übernommen sind. Wesentliche Inhalte der Patientenrechte sind etwa eben das Recht auf ärztliche Aufklärung, Einsicht in die Krankengeschichte, Besuchs- und Kontaktmöglichkeiten, psychologische Unterstützung, usw. Vor allem § 5a KAKuG zählt grundlegende Rechte der Patienten auf. Allerdings ist eine unmittelbare Durchsetzung als subjektive Rechte auf Grundlage des KAKuG nicht möglich, sondern verpflichtet die Anstaltsträger für deren Einhaltung zu sorgen. Allerdings ergeben sich viele der Patientenrechte aus dem Behandlungsvertrag⁴⁴ oder aus anderen gesetzlichen Vorschriften (z.B. § 110 StGB – eigenmächtige Heilbehandlung, im Sinne einer Schutzgesetzverletzung

42) Kletecka in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer, Medizinrecht, S I/3; Dittrich/Tades, Kommentar ABGB, § 146c, S 55; negativ formuliert, in der Betrachtung der Definition des Behandlungsfehlers: Juen, Arzthaftungsrecht, S 4 f.

43) als Mindermeinung: Bertel/Schwaighofer, Strafrecht Besonderer Teil I, zu § 110 StGB 101.

44) Kletecka-Pulker in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer, Medizinrecht, I/32.

zur Begründung deliktischer schadenersatzrechtlicher Haftung bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht). Aber auch in weiteren gesetzlichen Vorschriften der Gesundheitsberufe, oder in Materiengesetzen wie dem Unterbringungsgesetz (UbG), dem Blutsicherheitsgesetz (BSG) oder der Blutspendeverordnung (BSV), dem Arzneimittelgesetz (AMG), oder auch dem Gentechnikgesetz (GTG) sind Patientenrechte festgeschrieben.

Seit 1999 wird zwischen Bund und Ländern eine „Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte“ geschlossen, mit dem Ziel, die in zahlreichen Rechtsgebieten des Bundes und der Länder verstreute Querschnittsmaterie vollständig zusammen zu fassen⁴⁵.

Die in Form eines Gliedstaatsvertrages nach Art 15a B-VG zwischen Bund und Ländern vereinbarte Patientencharta⁴⁶ fasst viele der zersplittert geregelten Bestimmungen zusammen. Als Gliedstaatsvereinbarung entfaltet sie keine unmittelbare Wirkung für den Rechtsunterworfenen, sondern soll vielmehr die Vertragsparteien zur entsprechenden Umsetzung in der Rechtsordnung verpflichten.

45) Kletecka-Pulker in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer, Medizinrecht, I/33.

46) für Wien: BGBl I 42/2006, LGBl 28/2006

2. Seuchenrechtliche Zwangsmaßnahmen

2.1. Rechtsgrundlage der Zwangseinweisung nach dem Seuchenrecht

2.1.1. Epidemiegesetz

Nach § 2 iVm § 5 Abs 1 EpG sind anzeigepflichtige Krankheiten den zuständigen Behörden, den Gesundheitsämtern bei den örtlichen Bezirksverwaltungsbehörden (Bezirkshauptmannschaften und Magistrate), die in mittelbarer Bundesverwaltung tätig werden, zu melden. Die den Behörden zur Verfügung stehenden Ärzte (Ärzte des öffentlichen Sanitätsdienstes) haben auch unverzüglich die zur Feststellung der Krankheit und der Infektionsquelle erforderlichen Erhebungen und Untersuchungen einzuleiten. Die genannten Behörden haben sich ebenso unverzüglich mit den zuständigen Gemeindebehörden ins Einvernehmen zu setzen, denn die tatsächliche Last der Durchführung von Maßnahmen trifft nach § 43 Abs 2 die Gemeinden im vom Bund übertragenen Wirkungskreis. Bei im EpG taxativ aufgezählten Infektionskrankheiten sind auch sofort an Ort und Stelle entsprechende Vorkehrungen durch die im öffentlichen Sanitätsdienst stehende Ärzte, also den Amtsärzten (§ 41 Abs 1 ÄrzteG), zu treffen. Nach der Absonderungsverordnung hat die Absonderung Betroffener in gesonderten Räumen zu erfolgen (§ 2 AbsonderungsV), die sanitär einwandfrei sind. Nach § 7 Abs 2 EpG ist dann die Einweisung in eine Krankenanstalt geboten, wenn nach Ansicht des Amtsarztes die zweckentsprechende Absonderung in der Wohnung nicht möglich ist. Man kann aus § 43 Abs 4,6 EpG erkennen, dass die Verhängung von Quarantänemaßnahmen und auch die Einweisung Kranker und Infizierter in Krankenanstalten per Bescheid der BVB erfolgen soll. Bei Gefahr in Verzug ist aber auch davon auszugehen, dass zur Unterstützung der BVB nach § 28a EpG die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes angefordert werden dürfen, und den Kranken oder Infizierten sofort in eine Krankenanstalt verbringen werden.

Die Einweisung und die Anhaltung der durch jene im EpG angeführten und ggf. durch Verordnung ergänzten Katalog an Infektionskrankheiten betroffenen Kranken, der Infektion Verdächtigen und Infizierten kann also, mangelnde

Freiwilligkeit vorausgesetzt, gegen den Willen der Betroffenen durch staatlichen Zwang erreicht werden. Eine Ermächtigung zur zwangsweisen therapeutischen Behandlung der betroffenen Personen lässt sich aus dem EpG nicht erkennen. Andererseits ist bereits die Untersuchung, die durch die BVB anzuordnen ist, als Behandlung im Sinne § 110 StGB und des § 146c ABGB zu sehen, die nach § 5 Abs 1 EpG vom Betroffenen zu dulden ist, und nach § 28a Abs 1 EpG erforderlichenfalls von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zwangsweise durchgesetzt werden kann. Dementsprechend ist eine Einwilligung des Betroffenen zur Behandlung nicht notwendig.

2.1.2. Tuberkulosegesetz

Wie im EpG ist auch im TbG das Auftreten der Krankheit meldepflichtig. Adressat der Meldung ist die örtlich zuständige BVB. Im Gegensatz zum EpG ist jedoch eine zwangsweise Unterbringung eines an Tbc erkrankten Menschen nur dann geboten, wenn der Betroffene gegen die bescheidmäßig ergangenen behördlichen Auflagen verstößt. Darüber hinaus ist in den §§ 14 ff TbG festgehalten, dass, nach Verweigerung der gesetzlich angeordneten Behandlungspflicht und nach Antrag der BVB beim örtlich zuständigen Bezirksgericht, zur Einweisung in eine Krankenanstalt ein Gerichtsbeschluss notwendig ist. Bei Gefahr in Verzug, wenn sich der Kranke der Befolgung der behördlichen Maßnahmen verweigert, und unmittelbar Andere von einer Ansteckung bedroht sind, darf die Behörde sofort die Verbringung in eine Krankenanstalt veranlassen. Die gerichtliche Kontrolle erfolgt dann erst danach. Bemerkenswert ist, dass die Behandlungspflicht nur bei extramuraler ärztlicher Behandlung besteht, weil im TbG kein Hinweis auffindbar ist, dass in der Krankenanstalt zwangsweise behandelt werden darf. Im Gegenteil, denn in § 17 Abs 1 TbG ist erkennbar, dass die Anhaltung des Tbc-Kranken in der Krankenanstalt dann beendet werden kann, wenn zu erwarten ist, dass der Angehaltene seiner Behandlungspflicht bzw. den ihm auferlegten Verhalten nachkommen wird. Dies lässt den Schluss zu, dass der Erkrankte im Krankenhaus eben nicht zwangsbehandelt werden darf.

2.1.3. Geschlechtskrankheitengesetz

In § 1 GeschlechtskrankheitenG unterliegen vier taxativ genannte Krankheiten der Meldepflicht (Tripper, Syphilis, weicher Schanker, Lymphogranuloma inguinale). Personen mit einer Infektion einer der genannten Geschlechtskrankheiten sind verpflichtet, sich bei einem zur Berufsausübung berechtigten Arzt behandeln zu lassen. Besteht der begründete Verdacht der Infektion, und steht diese Person nicht in ärztlicher Behandlung, so kann die Sanitätsbehörde (Gesundheitsamt der BVB) eine entsprechende Untersuchung anordnen. Darüber hinaus hat jeder Arzt, der eine Geschlechtskrankheit diagnostiziert, und befürchtet, dass eine Weiterverbreitung der Krankheit wahrscheinlich ist, oder der Infizierte sich der Behandlung, bzw. der Beobachtung entzieht, dem Gesundheitsamt Meldung zu erstatten. Nach Vorladung entscheidet der Amtsarzt nach einer Untersuchung des Infizierten, in welcher Weise die Behandlung durchzuführen ist. In Frage kommen niedergelassene Ärzte, ambulante Behandlung in einer Krankenanstalt, oder, als ultima ratio, die Zwangseinweisung in die Abteilung für die Behandlung von Geschlechtskrankheiten einer Krankenanstalt. Nach Abschluss der Behandlung kann der Amtsarzt die Überwachung des Entlassenen anordnen. Die BVB hat die Entscheidung des Amtsarztes per Bescheid zu verfügen, dem, im Fall einer Berufung, keine aufschiebende Wirkung zukommt. Patienten, die von Anfang an den Anweisungen des behandelnden Arztes folgen, also kooperativ sind, und bei denen dadurch auch keine Gefahr zur Weiterverbreitung der Geschlechtskrankheit besteht, unterliegen nicht den oben beschriebenen Zwangsmaßnahmen, wie angeordnete Behandlung oder Zwangseinweisung in eine Krankenanstalt.

2.2. Kontrahierungszwang und Zwangsbehandlung

2.2.1. Kontrahierungszwang der Krankenanstalten

Als Grundsatzgesetz nach Art. 12 B-VG schreibt das KAKuG den Ländern vor, dass nach § 22 Abs 2 KAKuG anstaltsbedürftige Personen in gemeinnützigen Krankenanstalten (das sind Krankenanstalten nach § 16 KAKuG), nach Maßgabe der Anstaltseinrichtungen in Anstaltspflege aufgenommen werden müssen. In öffentlichen Krankenanstalten herrscht darüber hinaus auch eine Pflicht zur Aufnahme von unabweisbaren Kranken, ohne Rücksicht auf tatsächlich vorhandene Ressourcen.

Der Patient begibt sich, außerhalb der Zwangsmaßnahmen des Seuchenrechts, freiwillig in Behandlung und Pflege einer Krankenanstalt. Da die Aufnahme in die Krankenanstalt medizinisch indiziert sein muss, was schon daraus folgt, dass die Aufnahme des Patienten erst nach Untersuchung durch den hierzu bestimmten Facharzt als Anstaltsarzt erfolgt (§ 22 Abs 1 KAKuG), und so lange andauert, wie es der Gesundheitszustand des Patienten nach dem Ermessen des behandelnden Facharztes erfordert (§ 16 Abs 1 lit c und § 24 Abs 1 KAKuG), liegt auch wegen der geographischen Verteilung von gemeinnützigen Krankenanstalten, eine gewisse Monopolstellung des Krankenhauses, bzw. des Trägers der Krankenanstalt als Rechtssubjekt, vor. Das Rechtsverhältnis zwischen freiwillig die Krankenanstalt aufsuchende Patienten und Krankenanstaltenträger ist nach hM privatrechtlicher Natur, und wird mit einem Krankenhausaufnahmevertrag abgeschlossen⁴⁷.

Nach § 22 Abs 3 KAKuG gelten unter anderem jene Personen als anstaltsbedürftig, deren geistiger oder körperlicher Gesundheitszustand die Aufnahme in anstaltliche Pflege erfordert. Ob der Anstaltsbedürftige tatsächlich aufgenommen wird, hängt allerdings auch davon ab, ob zum Zeitpunkt der beabsichtigten Aufnahme auch die entsprechende Kapazität im Krankenhaus verfügbar ist (d.h.

⁴⁷⁾ Kletecka-Pulker in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer, Medizinrecht, I/10.

ob für einen sozialversicherten Patienten ein Spitalsbett in der allgemeinen Gebührenklasse frei ist), und ob eine für die Behandlung der entsprechenden Gesundheitsstörung benötigte Fachabteilung vorhanden ist. Im Bereich der allgemeinen Krankenanstalten hängt es, je nach Krankenanstaltentypus, also ob ein Standard- (Bezirks-) Krankenhaus oder eine Schwerpunkt-Krankenanstalt vom Rettungsdienst angefahren wird oder vom Kranken aufgesucht wird, davon ab, welche Fachabteilungen ex lege vorhanden sind. Andernfalls ist der Kranke in eine andere, verfügbare Anstalt zu bringen. Eine Zentralkrankenanstalt hat allerdings über alle der medizinischen Wissenschaft entsprechenden Fachabteilungen zu verfügen.

Personen, deren Gesundheitszustand befürchten lässt, dass wegen Lebensgefahr oder der Gefahr schwerer sonst nicht vermeidbarer Gesundheitsschädigung, eine sofortige Anstaltsbehandlung erfordert, gelten nach § 22 Abs 4 KAKuG als unabweisbar, und sind daher in öffentlichen Krankenanstalten unbedingt in Anstaltspflege aufzunehmen. Ist gerade wegen Platzmangel in der allgemeinen Gebührenklasse kein freies Spitalsbett vorhanden, ist der Kranke, ohne die Verrechnung von Mehrkosten, bis zum Freiwerden eines Spitalsbetts in der allgemeinen Gebührenklasse, vorbehaltlich einer medizinisch vertretbaren Verlegung, in der Sonderklasse aufzunehmen (Abs 5 leg cit).

Zivilrechtlich kann niemand gezwungen werden, mit einem anderen einen Vertrag zu schließen. Jedoch sieht die Rechtsordnung vor, dass bestimmten (juristischen oder natürlichen) Personen, vor allem Versorgungsunternehmen, die Pflicht auferlegt wird, unter den üblichen Bedingungen mit Personen, die diese angebotenen Leistungen zur Existenzsicherung benötigen, einen Vertrag zu schließen⁴⁸. Die Verpflichtung der Träger von gemeinnützigen oder öffentlichen Krankenanstalten mit entsprechend (anstalts-) bedürftigen Menschen einen Vertrag zu schließen, ergibt sich schon aus den oben angeführten Bestimmungen

48) Koziol in Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 126.

des KAKuG, die landesgesetzlich umgesetzt sind. Auf der anderen Seite jedoch besteht für den Patienten, der eine Krankenanstalt freiwillig, aber gesundheitsbedingt, keine Verpflichtung eine bestimmte, oder überhaupt eine Krankenanstalt aufzusuchen. Es ergibt sich daher die Situation, dass seitens des Patienten die Grundsätze der Privatautonomie gewahrt bleiben, seitens des Krankenanstaltenträgers jedoch das KAKuG eindeutig einen zivilrechtlichen Kontrahierungszwang vorschreibt. Ausnahmen von der Privatautonomie ergeben sich bei Patienten, die zum Zeitpunkt der Einlieferung in eine Krankenanstalt nicht äußerungsfähig sind. Die Verpflichtung der Aufnahme des Patienten besteht nach dem KAKuG seitens des Krankenanstaltenträger dennoch, auch wenn die Behandlung und der Beginn der Pflegemaßnahmen zuerst als nützliche und notwendige Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1036 ABGB) zu sehen sind, weil noch keine Willenserklärung des Patienten vorliegt. Wird der Patient danach erklärungsfähig, kann er in Wahrung seiner Privatautonomie nach § 24 Abs 4 1. Satz KAKuG ua auf eigenen Wunsch entlassen werden.

Anders stellt sich die Rechtslage bei Personen dar, die nicht freiwillig, sondern zwangsweise auf Grund behördlichen Befehls, in einer Krankenanstalt angehalten werden. Mangels zivilrechtlichen Vertrags kann auch kein Kontrahierungszwang vorliegen. Vielmehr liegt dann ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vor, auch bei privaten Krankenanstaltenträgern, die dann als mit hoheitlichen Befugnissen Beliehene anzusehen sind.

Nach § 22 Abs 4 letzter Satz KAKuG gelten Personen, die auf Grund besonderer Vorschriften nach behördlicher Verfügung eingewiesen werden, in öffentlichen Krankenanstalten als unabweisbar. Je nach seuchenrechtlichen Materiengesetz hat also die in Anspruch genommene Krankenanstalt jedenfalls den Kranken in einer zur Behandlung und Absonderung geeigneten Einrichtung unterzubringen. Die Behandlung von Infektionskrankheiten fällt für gewöhnlich unter das Fachgebiet „Innere Medizin“. Nach § 2a KAKuG hat jede allgemeine Krankenanstalt über eine Abteilung für Innere Medizin zu verfügen. Abgesehen davon gebietet schon die Vernunft, mit übertragbaren Krankheiten infizierte Personen in entsprechenden

zur Absonderung geeigneten Räumen unterzubringen. Die Missachtung dementsprechender notwendiger Maßnahmen kann zur Strafbarkeit nach den §§ 178 und 179 StGB führen, wenn der Rechtsträger als Verband mit Wissen und Willen eine Weiterverbreitung einer gefährlichen Krankheit in Kauf genommen hat, um beispielsweise Kosten zu sparen, oder auch wenn er bloß fahrlässig nicht die gebotene Sorgfalt bei der Weiterverbreitung vermissen ließ (zur Verbandsverantwortung siehe weiter unten).

Nach § 24 Abs 4 ist eine vorzeitige Entlassung eines Pfleglings der auf Grund besonderer Vorschriften von einer Behörde in die Krankenanstaltspflege eingewiesen wurde, auf eigenen Wunsch oder auf Wunsch Berechtigter oder Bevollmächtigter, nicht zulässig.

2.2.2. Zwangsuntersuchung und -behandlung

Im Seuchenrecht sind die dem Behandlungs- bzw. Krankenhausaufnahmevertrag immanente Privatautonomie und die Patientenrechte, zumindest teilweise suspendiert, weil im öffentlichen Interesse die Verbreitung gefährlicher Infektionskrankheiten verhindert werden soll. Im EpG, im TbG und im GeschlechtskrankheitenG finden sich Bestimmungen, die einerseits eine zwangsweise Untersuchung von Erkrankten, Infizierten, oder Personen, die im Verdacht der Infektion stehen vorschreiben, und andererseits auch zum Teil Zwangseinweisung und Anhaltung von betroffenen Personen vorsehen.

Nach § 5 EpG sind Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige verpflichtet, den zuständigen Behörden die notwendigen Auskünfte zu erteilen, und sich den erforderlichen ärztlichen Untersuchungen zu unterziehen. Dies schließt auch die Entnahme von Untersuchungsmaterial mit ein (unter Umständen im Sinne von Biopsien). Der § 6 Abs 5 TbG und der § 3 Abs 1 GeschlechtskrankheitenG schreiben ebenfalls Untersuchungspflichten für betroffene Personen vor, § 6 Abs 5 TbG darüber hinaus auch eine dem § 5 EpG ähnliche Mitwirkungspflicht bei Untersuchungen. Im § 6 TbG ist ebenfalls die

zulässige Entnahme von Untersuchungsmaterial festgehalten. Zudem darf nach § 40 lit a EpG auch eine Verwaltungsstrafe, in Form einer Geld- oder (Ersatz-) Freiheitsstrafe verhängt werden.

Das EpG sieht in § 28a auch die Anwendung staatlichen Zwangs vor. Zur Durchsetzung der Untersuchungspflicht können demnach auch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes angefordert werden. Im TbG und im GeschlechtskrankheitenG kann demgegenüber der staatliche Zwang „nur“ durch Geld- oder Haftstrafen (als Beugemittel) ausgeübt werden.

Eine dezidierte gesetzliche Behandlungspflicht ist nur in § 2 TbG normiert. Der Tuberkulosekranke hat dieser Pflicht nachzukommen, widrigenfalls er in einer Krankenanstalt angehalten werden kann (dazu weiter unten). Behandlungspflicht bedeutet dabei die Pflicht, sich einer Therapie zu unterziehen. Eine Rechtsgrundlage für invasive Eingriffe gegen den Willen des Betroffenen fehlt jedoch mangels entsprechender Ermächtigung im Gesetz.

Neben der Problematik des Freiheitsentzuges stellt die Zwangsbehandlung eine wesentliche Durchbrechung der Privatautonomie dar, denn im Fall eines zur ärztlichen Behandlung normalerweise vorliegenden Behandlungsvertrags ist eine Heilbehandlung bei einwilligungsfähigen Personen nur dann gestattet, wenn die Zustimmung zur Maßnahme, nach vorheriger entsprechender ärztlicher Aufklärung, vorliegt. Jede Heilbehandlung ohne wirksame Einwilligung, aber auch die Pflichtimpfung nach § 17 Abs 3 und 4 EpG, stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität dar, und kann schadenersatzrechtliche und strafrechtliche Folgen nach sich ziehen.

2.3. Strafrechtliche Relevanz des Seuchenrechts

Ein weiterer nicht unerheblicher Normenkreis, der sich mit dem Seuchenrecht im Sinne von Infektionskrankheiten, beschäftigt, ist das gerichtliche Strafrecht. Auf die Strafbarkeit nach dem VStG bei Verwaltungsübertretungen und auf das Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VVG) soll hier nicht weiter eingegangen werden.

2.3.1. §§ 178, 179 StGB (*Gefährdung durch übertragbare Krankheiten*)

Der Gesetzgeber stellt in den §§ 178, 179 StGB die sogar abstrakte Gefährdung anderer, wenn eine Person Handlungen setzt, die geeignet sind, eine übertragbare Krankheit zu übertragen, unter Strafe. Der § 178 leg cit ist bei vorsätzlichem Tun oder Unterlassen anwendbar, § 179 leg cit bildet den Fahrlässigkeitstatbestand. Objektive Bedingung für die Strafbarkeit ist die zumindest beschränkte Anzeige- oder Meldepflicht der Krankheit, allerdings muss die Krankheit dem Wesen nach nicht ausschließlich epidemisch auftreten⁴⁹.

Damit ist jedenfalls die Gefährdung durch alle jene Krankheiten tatbestandsmäßig, die in den seuchenspezifischen Materiengesetzen und Verordnungen, inkl. AIDS-G, taxativ angeführt sind.

Der Wortlaut der §§ 178, 179 StGB geht von einer Handlung aus, die geeignet ist, die Gefahr der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen herbeizuführen. Die Formulierung pönalisiert also, als potientes Gefährdungsdelikt, ein Verhalten, das nicht einmal tatsächlich zu einer Übertragung führt, sondern es genügt die abstrakte Eignung zur Herbeiführung der Gefahr⁵⁰. Auch der Kreis jener, die eine solche Handlung begehen können, ist nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht auf Träger der Infektion beschränkt. Es können auch Personen dieses Delikt begehen, wenn sie nicht die notwendigen Vorkehrungen treffen, um die Weiterverbreitung von übertragbaren Krankheiten zu verhindern.

49) Foregger/Bachner-Foregger, StGB, 187.

50) Maleczky, Strafrecht BT II, 9.

Für die Behandlung von Infektionskrankheiten in Krankenanstalten ist also wesentlich, dass entsprechende organisatorische Vorkehrungen getroffen werden, um eine Weiterverbreitung zu verhindern. Man kann davon ausgehen, dass es bei Krankenanstalten bei Verstößen gegen die beiden Gefährdungsdelikte primär nur um fahrlässige Begehung gehen kann. Es ist auch vorsätzliche Begehung des Tatbestandes durch den Rechtsträger als Verband denkbar, wenn mit Wissen und Wollen eine Weiterverbreitung einer Infektionskrankheit in Kauf genommen wird, bloß um Kosten für notwendige Quarantänemaßnahmen zu sparen. Vor allem dann, wenn in der Anfangsphase einer Epidemie oder Pandemie noch keine behördlichen Empfehlungen oder Vorschriften, beispielsweise durch einen Pandemieplan des BMG, vorliegen, muss die Krankenanstalt bei Erkennen von gefährlichen Infektionskrankheiten verhindern, dass Erreger einerseits nicht auf offene Bereiche der Krankenanstalt gelangen, und andererseits nicht nach außen dringen. Dazu gehört nicht nur die räumliche Trennung von Personen, die Infektionsträger sind, sondern auch die notwendigen hygienische Maßnahmen. Es kommt zum Einen auf die objektive, vorwerfbare Sorgfaltswidrigkeit an, also, ob lege artis behandelt wurde, und zum Anderen, ob der eingetretene Erfolg zurechenbar ist⁵¹.

Begehen kann dieses Delikt der einzelne Arzt, der einzelne Angehörige des Pflegepersonals, oder der für die Krankenhaushygiene zuständige Facharzt. Denkbar ist auch, dass es das Verwaltungspersonal oder das technische Personal der Krankenanstalt unterlässt, rechtzeitig gebotene Maßnahmen zu ergreifen. Der Verband, also der Rechtsträger der Krankenanstalt, wird verantwortlich, wenn die Organe es unterlassen hatten, erforderliche organisatorische und personelle Vorkehrungen zur Verhinderung der Tat zu setzen. Das **Verbandsverantwortlichkeitsgesetz** ermöglicht nicht nur natürliche Personen für mit gerichtlicher Strafe bedrohtes strafbares Verhalten haftbar zu machen, sondern auch juristische Personen öffentlichen und privaten Rechts, eingetragene Personengesellschaften und Europäische wirtschaftliche Interessengemeinschaften

51) Kienapfel-Höpfel, Strafrecht AT, 162 ff.

(§ 1 VbVG), und ua durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen. Allerdings ist die Haftung nach § 1 Abs 3 Z 2 VbVG für Gebietskörperschaften und für juristische Personen, die hoheitlich handeln, also auch in Vollziehung der Seuchengesetze, ausgeschlossen. Der Verband ist dann strafbar, wenn die Tat zu Gunsten des Verbandes begangen wurde, oder durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen, wenn ein Entscheidungsträger die Tat schuldhaft und rechtswidrig begangen hatte (§ 3 Abs 2 VbVG). Ein Entscheidungsträger ist eine Person, die eine Führungsposition innehat, und zumindest am konkreten Standort über Vertretungsmacht verfügt, es kommt dabei nicht auf die formelle Bezeichnung an. Zu Gunsten des Verbandes wurde eine Tat dann begangen, wenn sich der Verband bereichert hat, oder sich einen Aufwand erspart hat. Das Kriterium „Pflichtverletzung“ ist dann schlagend, wenn der Verband die seinem Tätigkeitsbereich immanenten Pflichten nach zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen missachtet hat⁵².

Der Verband ist nach § 3 Abs 3 VbVG aber auch dann strafbar, wenn mehrere Mitarbeiter, also nicht bloß nur einer, rechtswidrig einen Sachverhalt verwirklicht haben, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht, und die Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer acht gelassen haben, insbesondere indem sie wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben. Dieses sog. „Organisationsverschulden“ stellt somit mangelhafte Organisation dann unter Strafe, wenn dadurch strafrechtlich relevante Sachverhalte verwirklicht werden.

2.3.2. § 110 StGB (*Eigenmächtige Heilbehandlung*)

Das Seuchenrecht, wie bereits mehrfach oben beschrieben, ermächtigt die Behörde auch zwangsweise Behandlung, vorderhand im Sinne von Untersuchungen, anzuordnen. Der (zwangsweise) behandelnde Arzt handelt dann auf Grund gesetzlicher Erlaubnis. Es kann aber, vor allem in der Krankenanstalt, durchaus

52) ErlRV 994 BlgNR 22. GP 31.

vorkommen, dass der Anstaltsarzt, ohne behördliche Ermächtigung, beispielsweise einwilligungslos eine Untersuchung im Sinne der Feststellung einer Krankheit vornimmt, bloß weil er der irrigen Meinung ist, es sei notwendig und gesetzlich zulässig. Ein Rechtsirrtum nach § 9 StGB kann dann nicht eingewandt werden, wenn sich der Täter nicht mit den einschlägigen Vorschriften bekannt gemacht hatte, obwohl er nach seinem Beruf, seiner Beschäftigung oder sonst nach den Umständen nach dazu verpflichtet gewesen wäre. Jedoch kommt eventuell § 8 StGB in Frage, wenn der Arzt einen Sachverhalt annimmt, der die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen würde.

Der Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung kann jedoch nur vorsätzlich begangen werden. In § 110 Abs 2 StGB jedoch wird fahrlässiges Handeln dennoch tatbestandsmäßig, wenn diese Fahrlässigkeit in der Annahme beruht, dass ein Aufschub durch Einholung einer Einwilligung eine Gefahr für Leib und Leben des Patienten bedeuten würde. Strafbarkeit nach § 110 StGB ist also auch dann gegeben, wenn der Arzt fahrlässig das Bestehen einer Gefahr für Leib und Leben angenommen hatte⁵³.

2.3.3. § 121 StGB (*Verletzung von Berufsgeheimnissen*)

Angehörige der Gesundheitsberufe können tatbestandsmäßig handeln, wenn sie ohne Einwilligung des Betroffenen gesundheitsbezogene Geheimnisse verwerten oder offenbaren, die ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt werden (Schweigepflicht)⁵⁴.

Gerechtfertigt ist die Tat dann, wenn Meldepflichten nach den Seuchengesetzen angeordnet sind⁵⁵.

53) Bertel/Schwaighofer, Strafrecht BT I, 100 ff.

54) Kletecka-Pulker in Aigner/Kletecka(Kletecka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht, I /124/a.

55) Bertel/Schwaighofer, Strafrecht BT I, 132.

2.4. Zivilrechtliche Relevanz des Seuchenrechts

Handeln die Krankenanstaltenträger, oder die Beschäftigten von Krankenanstalten (vor allem ärztliches Personal und Pflegepersonal) schuldhaft, also zumindest leicht fahrlässig, und rechtswidrig, und fügt einem Dritten (Patienten oder Außenstehenden) einen zum Verhalten kausalen Schaden zu, wird der Schädiger zivilrechtlich nach Schadenersatzrecht (§ 1295 ff ABGB) haftbar. Im Zusammenhang mit dem Seuchenrecht ist durchaus denkbar, dass der Krankenanstaltenträger schon deswegen haftbar wird, weil er es unterlassen hätte, rechtzeitig Maßnahmen zu treffen, die das nach außen dringen von Keimen verhindert hätte, und ihm die Bedrohung schon bekannt war, oder hätte bekannt sein müssen. Auch ist vorstellbar, dass Patienten sich erst in der Krankenanstalt mit dem gefährlichen Erreger einer Krankheit anstecken (nosokomiale Infektion), weil trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Hygienemaßnahmen die gehörige Sorgfalt außer acht gelassen wurde. Natürlich kann sich auch Haftung, wegen Verletzung der Aufklärungspflicht und daraus resultierenden Schäden oder unnötigen Schmerzen, nach erfolgter einwilligungsloser Behandlung ergeben, sowie aus einem Fehler bei der Behandlung an sich.

Liegt ein Behandlungsvertrag vor, haftet der Rechtsträger ex contractu, das heißt, er muss nach § 1313a ABGB für das Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen einstehen, und haftet auch für reine Vermögensschäden. Darüber hinaus muss der in Anspruch genommene beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (Beweislastumkehr, §1298 ABGB)⁵⁶. Deliktisch haftet, wer ein Schutzgesetz verletzt und der Erfolg im Rahmen des Schutzzwecks der Norm eingetreten ist, ein absolut geschütztes Recht verletzt (z.B. körperliche Integrität, Freiheit, Eigentum) oder sittenwidrig schädigt. Gerade die beiden ersten Kriterien können in einer Krankenanstalt jedenfalls vorliegen. Der Schutzzweck des § 110 StGB (eigenmächtige Heilbehandlung) und der §§ 178, 179 StGB (Gefährdung durch übertragbare Krankheiten) bilden Tatbestände, die im Falle der Verwirklichung auch zivilrechtliche Haftung des Schädigers begründen.

⁵⁶) Zankl, Bürgerliches Recht, Rz 189.

2.5. Grundrechte

In der Anwendung des Seuchenrechts wird massiv in Grundrechtspositionen eingegriffen. Die Vorschriften der diesbezüglichen Gesetze regeln Beschränkungen der Bewegungsfreiheit, der Wahl des Aufenthaltsortes, unter Umständen der Verfügung über den eigenen Körper, usw. Die folgenden Betrachtungen sollen die Zulässigkeit von Eingriffen in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte darstellen.

Der Staat hat im Sinne des Kompetenztatbestandes „Gesundheitswesen“ nach Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG die Obsorge für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung zu tragen⁵⁷. Er hat normative Regelungen zu erlassen, um die Volksgesundheit zu erhalten, und zielführende Maßnahmen vorzusehen, um eine gesundheitliche Bedrohung der Bevölkerung abzuwenden oder zu beseitigen.

Art 1 der EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten, den „der Jurisdiktion unterliegenden Personen“ die in der Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zuzusichern. Schon daraus ergibt sich die Pflicht des Staates, dem Rechtsunterworfenen durch die Erlassung von innerstaatlichen Vorschriften jene der EMRK immanenten Schutz und Gewährleistungspflichten zu gewähren. In der neueren Rechtsprechung judiziert auch der VfGH⁵⁸, dass der Staat verpflichtet ist, zur Wahrung der aus den Grundrechten erwachsenden Schutz- und Gewährleistungspflichten, wie beim Recht auf Leben und beim Recht auf Privat- und Familienleben, entsprechend auch individuell im Anlassfall zu handeln. Der Gesetzgeber hat nicht nur in Materiengesetzen grundrechtskonforme Regelungen zu treffen, sondern die auf Grundlage der Gesetze tätigen Behörden haben auch die Pflicht, Normen grundrechtskonform auszulegen.

57) VfSlg 3650/1959 (vgl. auch VfSlg 4609/1963): ... der Begriff „Gesundheitswesen“ deckt sich mit „Angelegenheiten der Volksgesundheit“ und umfasst die Obsorge für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung ...

58) VfSlg 16638/2002 – Recht auf Leben; VfSlg 17734/2005 – Recht auf Privat- und Familienleben.

Problematisch ist jedoch die innerstaatliche Durchsetzbarkeit der Gewährleistungspflichten. Die Kompetenz des VfGH im Gesetzprüfungsverfahren beschränkt sich auf bestehende generelle Normen⁵⁹. Es besteht daher bei Untätigkeit des Gesetzgebers keine Beschwerdemöglichkeit vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts. Der EGMR ist nach Art 34 EMRK allerdings bei jeglichen Eingriffen in Grundrechtspositionen mit Individualbeschwerde anzurufen⁶⁰.

Sanitätspolizeiliche Vorschriften sehen mitunter Eingriffe in Positionen von Rechtsunterworfenen vor, die gerade durch die Grundrechte gewährleistet werden sollen.

Im **Staatsgrundgesetz** (StGG 1867) als Deklaration der Staatsbürgerrechte (Rechte gegenüber dem Staat, die nur Staatsbürgern zustehen) und teilweise auch damals schon der Jedermannsrechte (Garantien, die genauso auch Fremden zustehen, iSv Menschenrechten) wird dem Menschen Schutz gegenüber staatlicher Willkür gewährleistet. Durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wurde der Wirkungskreis der Menschenrechte wesentlich erweitert. Darüber hinaus gilt auch weiterhin innerstaatlich das StGG. Nach dem Günstigkeitsprinzip des Art. 53 EMRK sollen die für den Rechtsunterworfenen jeweils günstigeren Regelungen herangezogen werden. Da jedoch die EMRK nicht alle für den im Rechtsstaat lebenden Staatsbürger notwendig zu gewährleistenden Rechte abdeckt, sind nach wie vor einzelne Grundrechte des StGG als Staatsbürgerrechte in der Rechtsordnung verankert. Nach der Ratifizierung der EMRK, inkl. des 1. Zusatzprotokolls, im Jahre 1958 wurde der Abschnitt I (Art. 1 bis 18 – klassische, liberale, Grundrechte) 1964 im Rang von Bundesverfassungsrecht Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung. Das StGG wurde durch Art. 149 B-VG als Verfassungsbestandteil verankert.

59) *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, Rz 1333.

60) siehe auch: *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht 3, Grundrechte, Rz 43.007 ff. Siehe auch Fußnote 49.

Weitere Grundrechte sind in Bundesverfassungsgesetzen (BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit) oder in Verfassungsbestimmungen einfacher Gesetze (§ 1 Datenschutzgesetz - DSG) vorgeschrieben.

Eine Erweiterung des Grundrechtekatalogs erfährt die Rechtsordnung mit der Ratifizierung des Vertrages von Lissabon (Vertrag über die Arbeitsweise der Union - AEUV), durch die **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**⁶¹. Der AEUV (der den EGV ersetzt) ist gemeinsam mit dem Vertrag über die Europäische Union (EUV)⁶² unmittelbar anwendbares Primärrecht der EU. Durch den Verweis des Art. 6 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) wird die Grundrechte-Charta in den Mitgliedstaaten verbindlich.

Die EU-Grundrechtscharta gewährt dem Rechtsunterworfenen innerstaatlich keine unmittelbaren subjektive Rechte, sondern entfaltet Bindungswirkung gegenüber Organen der Union, und gegenüber Organen der Mitgliedsstaaten in der Durchführung von Gemeinschaftsrecht (Art 51 leg cit). Die EU-Grundrechte-Charta orientiert sich weitestgehend an den in der EMRK festgeschriebenen Rechten. Als besonders bemerkenswert muss allerdings der Art. 3 der EU-Grundrechte-Charta hervorgehoben werden, der erstmals das Recht auf Unversehrtheit festschreibt. Neben den Verboten eugenischer Praktiken, dem Verbot des reproduktiven Klonens und dem Verbot, den menschlichen Körper in Gewinnerzielungsabsicht zu verwerten, ist im Bereich der Medizin die Beachtung der Aufklärung und der Möglichkeit der freien Einwilligung vorgesehen (Art 3 Abs 2 1. Fall EU-Grundrechtecharta). Auf die Relevanz des Art 3 der Charta wird in der Darstellung des Rechtes auf Privat- und Familienleben weiter eingegangen.

Auch juristische Personen, wie Krankenanstaltenträger, können sich auf einzelne Grundrechte berufen, die ihr dem Wesen nach zustehen können.

61) ABL C 83 v. 30.03.2010

62) ABL C 83 v. 30.03.2010

2.5.1. Eingriff in Grundrechte

2.5.1.1 Grundrechtsträger

Grundrechtsträger ist auf der einen Seite grundsätzlich der Mensch, die natürliche Person, auf der anderen Seite, als Grundrechtsverpflichteter, der Staat, in Form des Bundes, der Länder, der Gemeinden, und anderer öffentlich rechtlicher Körperschaften im Ausmaß ihrer Ausübung von Hoheitsgewalt. Auch das ABGB bestimmt seit einer der frühen Fassungen in § 16, dass jeder Mensch angeborene Rechte besitzt, und legt die Rechtsfähigkeit des Menschen jedenfalls mit der Geburt fest.

Zu unterscheiden ist in Grundrechte, die unabhängig von jeder Altersbegrenzung zu gewährleisten sind, und in Grundrechte, deren Natur schon einen bestimmten geistigen und physischen Reifegrad voraussetzt⁶³. Grundrechte, wie das Recht auf persönliche Freiheit, oder das Recht auf Achtung des Privatlebens, sind, vorbehaltlich der konkreten Ausgestaltung von Gesetzesvorbehalten, als unbedingt zu gewährleistenden Grundrechte zu betrachten.

Auch juristische Personen, wie Krankenanstaltenträger, können sich auf einzelne verfassungsgesetzliche Grundrechte berufen, die ihr dem Wesen nach zustehen können⁶⁴. Der VfGH bejaht⁶⁵ in ständiger Rechtsprechung die Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen privaten Rechts. Juristische Personen können sich auf jene Grundrechte berufen, die nicht schon dem Zweck nach natürlichen Personen vorbehalten sind. Ohne ausdrückliche Problematisierung sieht der VfGH auch juristischer Personen öffentlichen Rechts einschließlich Gebietskörperschaften als Grundrechtsträger. Wenn man aber den Charakter der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Willkür betrachtet,

63) *Berka*, Grundrechte, Rz 157.

64) *Berka*, Grundrechte, Rz 166.

65) zustimmend (exemplarisch angeführt): VfSlg 14211/1995 (Eigentumsrecht), VfSlg 13303/1992 und VfSlg 16120/2001 (Erwerbsfreiheit), VfSlg 12228/1989 (Datenschutz), ablehnend jedoch zB VfSlg 13513/1993 (Glaubens- und Gewissensfreiheit).

ist es unplausibel, wenn sich juristische Personen öffentlichen Rechts und Gebietskörperschaften auf Grundrechtsschutz im Zusammenhang mit hoheitlichem Handeln und der Besorgung öffentlicher Aufgaben berufen können. Daher muss danach beurteilt werden, ob privatwirtschaftliches Handeln vorliegt oder sich der Rechtsträger in derselben Lage wie (natürliche oder juristische) Privatpersonen befindet⁶⁶, oder ob sich der Grundrechtsschutz unzulässigerweise auf den Schutz des Staates vor sich selbst beziehen könnte.

Die EU-Grundrechte-Charta stellt dem Wortlaut nach den Menschen, also die natürliche Person in den Mittelpunkt, aber aus den Erläuterungen geht hervor, dass auch juristische Personen als Grundrechtsträger für spezifische Grundrechte anzusehen sind⁶⁷.

2.5.1.2. Gesetzesvorbehalte

Gesetzesvorbehalte in Grundrechten sind formulierte Anweisungen an den Gesetzgeber oder die Verwaltung, durch Gesetz oder Verordnung das entsprechende Recht zu präzisieren. Diese können so ausgestaltet sein, dass sie den Gesetzgeber verpflichten, ein gewährleistetes Recht einfach-gesetzlich näher auszugestalten (Ausgestaltungsvorbehalt). Viele Grundrechte könnten aber auch, bei individueller und strikter Durchsetzbarkeit, zur vom Staatsvolk naturgemäß ungewollten Einschränkung wesentlicher Staatsfunktionen führen, wobei der Rückschluss zulässig ist, dass bei einem unorganisierten Staat auch die Grundrechte selbst ihre Bedeutung verlieren. Deshalb kann es notwendig sein, dass der Gesetzgeber unter bestimmten gesetzlichen Tatbeständen in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte eingreift, damit der Staat seine ihm

66) vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, Rz 1326 - Differenzierung des Grundrechtsschutzes nach der Art des jeweiligen Grundrechts und der Schutzwirkung, sowie der konkreten Aufgabe des Rechtssträgers; und auch: *Berka*, Grundrechte, Rz 171 ff.

67) Erläuterungen des Konvents zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union idF Abl C83 v. 30.03.2010: zu Art 16 (Unternehmerische Freiheit) – die Erläuterungen nehmen Bezug auf die Judikatur des Gerichtshofes, und auf Art 4 EGV (offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, jetzt: Art 119 AEUV); Art 17 (Eigentumsrecht) mit Verweis auf Art 1 Abs 1 1.ZProtEMRK – „... jede natürliche oder juristische Person hat das Recht auf Achtung ihres Eigentums ...“.

bestimmten Ziele erreichen kann. Dieser bereits im entsprechenden Grundrecht festgeschriebener Gesetzesvorbehalt wird als Eingriffsvorbehalt bezeichnet. Eine entsprechende Befugnis zum Eingriff in ein Grundrecht steht auch einer ausreichend gesetzlich determinierten Durchführungsverordnung zu⁶⁸.

Im Falle eines Eingriffs in ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht ist jedenfalls der vom VfGH entwickelte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtlich⁶⁹:

- Der Eingriff muss im öffentlichen Interesse liegen,
- zur Zielerreichung geeignet sein,
- und eine zur Erreichung des Zieles erforderliche Maßnahme darstellen, im Sinne des gelindesten Mittels,
- sowie in der Relation öffentliches Interesse, und der durch den Eingriff verkürzten Grundrechtsposition, eine Güterabwägung die gebotene Verhältnismäßigkeit besteht.

2.5.2. *Angesprochene Grundrechte*

2.5.2.1. *Das Recht auf persönliche Freiheit*

Obwohl die Pathogenese vieler Infektionskrankheiten lange unbekannt war, hat man bereits im Mittelalter Pestkranke isoliert. Heute sind die Übertragungsmechanismen spezifischer Erreger zwar bekannt, dennoch muss bei vielen gefährlichen ansteckenden Krankheiten auf diese an sich einsichtige und übliche Maßnahme zurück gegriffen werden, weil es neben der ärztlichen Heilbehandlung zur Therapierung der Erkrankten nach wie vor das zielführendste Mittel ist, um eine Weiterverbreitung zu verhindern. Aber so sinnvoll diese Maßnahme auch ist, greift sie dennoch massiv in ein in unseren Breiten selbstverständliches Recht ein, nämlich in die Bewegungsfreiheit des Menschen. Einschränkungen der Bewegungsfreiheit sind in unterschiedlicher Ausprägung vom Gesetzgeber in den Seuchengesetzen vorgesehen worden.

68) Adamovich/Funk/Holzinger, Staatsrecht 3, Grundrechte, Rz 41.090.

69) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 715 f.

Die persönliche (Bewegungs-) Freiheit ist in drei Normenkreisen gewährleistet:

Der Art 5 der EMRK regelt den Schutz der persönlichen Freiheit und Sicherheit, und den Rechtsschutz im Falle einer Festnahme und/oder Anhaltung. Da jedoch der nach österreichischem Recht zulässige verwaltungsbehördliche Freiheitsentzug nicht im Einklang mit den Standards der EMRK kompatibel war, wurde diesbezüglich bei der Ratifizierung der EMRK ein entsprechender Vorbehalt abgegeben. Um die im Widerspruch zur EMRK stehende Praxis zu bereinigen, wurde der Schutz der persönlichen Freiheit mit dem BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit auf eine verfassungsrechtliche Grundlage gestellt⁷⁰. Der Art 6 der EU-Grundrechte-Charta lautet lapidar: „Jeder Mensch hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit“.

Um die Widersprüche zu den Vorschriften des Art 5 EMRK zu bereinigen wurde 1988 das BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG)⁷¹ erlassen. Das PersFrG regelt detailliert das Recht auf die physische Bewegungsfreiheit des Menschen, sowie in taxativer Aufzählung auch die allgemeinen Voraussetzungen, unter denen ein Entzug dieser Freiheit zulässig ist⁷². Es wird auch festgestellt, dass Festnahme und Anhaltung Eingriffe in das bezeichnete Grundrecht darstellen. Festnahme ist definiert als Einleitung des Freiheitsentzuges durch eine behördliche Befehls- und Zwangsmaßnahme, und die Anhaltung die Aufrechterhaltung des Freiheitsentzugs⁷³. In Art 1 Abs 2 PersFrG ist vorgeschrieben, dass nur aus den im PersFrG genannten Gründen, und nur auf die beschriebene Weise festgenommen oder angehalten werden darf. In Abs 3 wird ausdrücklich festgehalten, dass der Entzug der persönlichen Freiheit nur vorgesehen werden darf, wenn dies nach dem Zweck der Maßnahme notwendig ist, und dies zum Zweck der Maßnahme verhältnismäßig ist.

Der hier Relevante der taxativ aufgezählten Gründe für eine freiheitsentziehende Maßnahme ist Art 2 Abs 1 Z 5 1. Fall PersFrG, nämlich dann, wenn Grund zur

70) Berka, Grundrechte, Rz 392 ff.

71) BGBl. Nr. 684/1988 idF BGBl. I Nr. 2/2008

72) Adamovich/Funk/Holzinger, Staatsrecht 3, Grundrechte, Rz 42.039 ff.

73) Berka, Grundrechte, Rz 398.

Annahme besteht, dass die Person eine Gefahrenquelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten darstellt⁷⁴.

Nach dem PersFrG reicht die begründete Annahme, dass die Person eine Gefahrenquelle darstellt, um eine freiheitsentziehende Maßnahme zu setzen. In der Formulierung des Art 5 Abs 1 lit e 1. Fall EMRK wird dem Wortlaut nach („ ... weil er eine Gefahrenquelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten bildet ...) auf die bereits bestehende Gefahrenquelle abgestellt, während das PersFrG als Haftgrund die Vermutung der Gefahrenquelle gelten lässt. Der Art 5 Abs 1 EMRK bietet keinen Raum, sich auf dem Wege der Wortinterpretation der Formulierung des Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG zu nähern. Es ist daher davon auszugehen, dass nach dem Wortlaut der EMRK bereits die Infektion und das Ansteckungspotential bestimmt zu sein hat. Der Zweck der Isolation von Personen mit vermuteten Gefahrenpotential ist zwar einleuchtend, die Diskrepanz zwischen Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG und Art 5 Abs 1 lit e EMRK stellt aber klar, dass für die handelnden Behörden ein schmaler Grat zwischen grundrechtskonformen und grundrechtswidrigen Vorgehen besteht, vor allem dann, wenn über einen längeren Zeitraum Gruppen von Personen isoliert werden, ohne dass die tatsächliche Infektion des Einzelnen festgestellt wurde.

Bereits in der nächsten Bestimmung (Art 6 Abs 1,2 PersFrG) wird jedoch auch der Rechtsschutz durch eine Entscheidung eines ordentlichen Gerichts oder eine Entscheidung einer unabhängigen Verwaltungsbehörde angeordnet. Die Entscheidung hat binnen einer Woche zu ergehen. Darüber hinaus hat bei Anhaltung unbestimmter Dauer in angemessenen Abständen eine Haftprüfung durch ein Gericht oder eine unabhängige Behörde zu erfolgen. Bei Anhaltungen wegen des Verdachts oder der Manifestation einer gefährlichen ansteckenden

74) Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG: (Entzug der persönlichen Freiheit nur) ... wenn Grund zur Annahme besteht, dass er (Anm.: der Mensch) eine Gefahrenquelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten sei ...

Krankheit richtet sich die Angemessenheit der Haftungsprüfungsintervalle naturgemäß nach dem medizinisch zu erwartenden Krankheitsverlauf.

Dem durch eine freiheitsentziehende Maßnahme betroffenen stehen während der Maßnahme verfassungsgesetzliche Rechte zu⁷⁵:

- Informationsrechte über den Grund der Festnahme, und das Recht auf Verständigung eines Angehörigen oder eines Rechtsbeistandes.
- Auf angemessene Dauer der Maßnahme unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, was im Falle der Infektion mit einer gefährlichen Krankheit bis Sicherstellung führt, dass keine Gefahr für die Weiterverbreitung der Krankheit besteht.
- Die Überprüfung der Maßnahme, entweder gerichtlich ex ante oder ex post, oder auf Antrag (Berufung) durch unabhängige Tribunale (UVS).
- Selbstredend auch der Anspruch auf Achtung der Menschenwürde und Schonung der Person.

2.5.2.2. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Im Zusammenhang mit dem Seuchenrecht ist die Achtung des Privatlebens im Sinne des Schutzes der physischen, seelischen und geistigen Existenz, und im Besonderen des Rechtes auf Verfügung über den eigenen Körper relevant⁷⁶.

In den Materiengesetzen des Seuchenrechts ist, außer im AIDS-Gesetz, die zwangsweise Untersuchung des der Infektion Verdächtigen normiert. Eine bloße Beschau des Körpers wird sicher nicht eine Verletzung der körperlichen Integrität bedeuten, allerdings ist es zur Diagnose von pathogenen Erregern immer notwendig, zumindest Körpersäfte, wie Blut zu untersuchen. Bei manchen Krankheiten kann auch eine Biopsie potentiell befallener Organe notwendig sein. Diese Untersuchungsmethoden, wie Blutabnahmen oder Biopsien, stellen idR

⁷⁵) Berka, Grundrechte, Rz 423 ff.

⁷⁶) Berka, Grundrechte, Rz 457.

invasive, d.h. in den Körper eindringende Behandlungen dar, die natürlich die persönliche körperliche Integrität verletzen.

Art. 8 EMRK schützt das Privat- und Familienleben. Die Norm lässt aber in Abs. 2 gerade für den Schutz der Gesundheit der Allgemeinheit Eingriffe in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht zu. Auf Grundlage des Abs 2 leg cit sind also medizinische Eingriffe für die Diagnose von Infektionskrankheiten, die unter die Seuchengesetze fallen, gestattet. Es stellt sich daher die Frage, wie ein passender Rechtsschutz für solche Grundrechtseingriffe auszusehen hat. Es ist davon auszugehen, dass aus den oben bereits beschriebenen Gründen eine Zwangsuntersuchung, iSe Zwangsbehandlung, ohne weiteren Aufschub von der Behörde durchgesetzt wird. Im Falle einer Biopsie ist allerdings nicht nur die geschützte körperliche Integrität des der Infektion Verdächtigen verletzt, sondern diese Maßnahme ist für gewöhnlich auch mit erheblichen Schmerzen, und unter Umständen auch mit einem Risiko verbunden. Da kein zivilrechtlicher Behandlungsvertrag vorliegt, ist einerseits keine Risikoaufklärung durch den behandelnden Arzt notwendig, noch eine rechtswirksame Zustimmung des Betroffenen zur Diagnosemaßnahme erforderlich. Erst nach der erfolgten Untersuchung kann die möglicherweise hoheitlich rechtswidrig vorgenommene Maßnahme beeinsprucht werden.

Eine Neuerung bedeutet die jüngst mit dem Vertrag von Lissabon ratifizierte EU-Grundrechte-Charta. In Art. 7 der Charta ist wohl auch die Achtung des Privat- und Familienlebens geschützt, allerdings wird der an sich weite Schutzbereich des Art. 8 EMRK, nämlich der Schutz der Verfügung über den eigenen Körper, in Art. 3 der EU-Grundrechte-Charta als „Recht auf Unversehrtheit“, im Sinne des Rechtes auf körperliche und geistige Unversehrtheit (Abs. 1 leg cit) gesondert geregelt. Zusätzlich ist in Abs. 2 1. Fall die freie Einwilligung nach vorheriger Aufklärung normiert. Da, wie bereits oben erwähnt, Organe der Union, Einrichtungen der Union, und die Mitgliedsstaaten in Vollziehung von Unionsrecht nach Art. 51 der Charta als Normadressat festgelegt sind⁷⁷, ist im Seuchenrecht die Bedeutung des

⁷⁷) *Borowski in Meyer*, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art 51, S 566 f.

Art. 7 der Charta auf die Vollziehung von Unionsrecht beschränkt. Nach (Art 168 AEUV, ex-Art 152 EGV), insb. Abs. 5, verbleiben Verantwortung und Kompetenz im Gesundheitsbereich, bis auf rudimentäre Regelungen für Blut, Gewebe und Organe, bei den Mitgliedsstaaten. Dennoch kann sich im innereuropäischen Seuchenfall durch die Organisationskompetenz der EU zur Koordination von entsprechenden Maßnahmen uU ein Anwendungsfall des Art. 3 der Charta ergeben, wenn solche Maßnahmen die konkrete Person unmittelbar berühren.

Im Verhältnis Staat zu Rechtsunterworfenen, bei Vollziehung von innerstaatlichem Recht (das dann nicht auf der Umsetzung von EU-Richtlinien beruht) ist ein Eingriff jedenfalls nach Art. 8 EMRK zu beurteilen. In Bezug auf die besprochenen Seuchengesetze ist wesentlich, ob der in Art. 8 Abs. 2 EMRK festgelegte Gesetzesvorbehalt soweit reicht, um ohne ärztliche Aufklärung und einwilligungslos eine grundrechtskonforme Behandlung durchzuführen. Unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Grundrechtseingriffe nur vorgenommen werden⁷⁸, wenn sie notwendig sind und ua dem Schutz der Gesundheit dienen. Das Gemeinwohl im Sinne des Schutzes der Bevölkerung vor Weiterverbreitung einer gefährlichen Infektionskrankheit bleibt auch dann gewahrt, wenn der Kranke abgesondert wird. Die Anhaltung eines Infektionsverdächtigen bis zum Ablauf der zu erwartenden Inkubationszeit in einer Krankenanstalt ist objektiv gesehen als gelinderes Mittel als eine Zwangsbehandlung, im Sinne einer behördlich verfügbaren Untersuchung, zu sehen. Es liegt auf der Hand, dass die Verfügung über den eigenen Körper die ärztliche Aufklärung über die Maßnahme und die Einwilligung zu einer uU schmerzhaften und risikoreichen Behandlung voraussetzt. Natürlich ist es auch Bestandteil der ärztlichen Aufklärung, dem Betroffenen die Konsequenz seiner Behandlungsverweigerung mitzuteilen, nämlich die Anhaltung in einer Krankenanstalt, unbehandelt möglicherweise andauernd bis zu eintretendem Tod, sofern der einer Infektion Verdächtige auch potentiell erkrankt, oder bereits

78) *Berka*, Grundrechte, Rz 266 ff.

erkrankt ist.

Allerdings kann es am Beginn einer Epidemie oder Pandemie notwendig sein, die ersten potentiell erkrankten Personen zu untersuchen, um an Hand dieser Diagnosen zielführende Maßnahmen setzen zu können. Im Lichte dieser Überlegung kann der in Abs 2 leg cit normierte Gesetzesvorbehalt wirksam sein, denn nur dauerhafte Anhaltung infizierter Personen in einer Krankenanstalt ohne Ursachenerforschung würde ohne aus dieser Ursachenerforschung abgeleiteter präventiver Maßnahmen die Gesundheit der Allgemeinheit gefährden.

Die Anhaltung in einer Krankenanstalt, so ist anzunehmen, bleibt den meisten bereits infizierten Personen nicht erspart. Aber es ist Recht des Einzelnen, einer Behandlung zustimmen zu müssen, und so über seinen eigenen Körper verfügen zu können, auch wenn es objektiv als grob unvernünftig erscheint, und absehbar lethal enden wird. Bei bereits bewusstlosen, also einwilligungsunfähigen, Personen greifen die Nothilfe-Regelungen anstatt der Einwilligung, so ferne keine wirksame beachtliche oder verbindliche Patientenverfügung vorliegt, oder ein Vorsorgeberechtigter, ein Sachwalter oder Erziehungsberechtigter nicht erreichbar ist. Die Untersuchung als Teil der Heilbehandlung ist aber bei Kenntnis einer Verweigerung, unter Beachtung der Prämisse des Wohls des Patienten, unmittelbar abzuberechnen.

2.5.2.3. Grundrecht auf Datenschutz

Gemäß § 1 Abs 1 1. Satz Datenschutzgesetz 2000 (DSG) als Verfassungsbestimmung hat jedermann, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht⁷⁹. Es folgt schon aus dem Tatbestand des § 121 StGB (Verletzung von Berufsgeheimnissen iSv Verletzung der Schweigepflicht von Angehörigen der

⁷⁹) Adamovich/Funk/Holzinger, Staatsrecht 3, Rz 42.085.

Gesundheitsberufe), dass an gesundheitsbezogenen Daten ein besonderes schutzwürdiges, persönliches Interesse besteht. Zulässig ist eine Beschränkung des Grundrechtes durch den Eingriff staatlicher Behörden nur auf Basis einer gesetzlichen Grundlage (materieller Gesetzesvorbehalt). Das DSG verweist in diesem Punkt auf den Art 8 Abs 2 EMRK, und lässt Eingriffe ua zum Schutz der Gesundheit zu. Darüber hinaus muss der Eingriff, als spezielle Formulierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in der jeweils gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden⁸⁰. Es liegt auf der Hand, dass gerade an Daten, die über den Gesundheitszustand einer Person Auskunft geben, z.B. seitens Versicherungsunternehmen, Arbeitgebern oder öffentlichen Stellen ein großes Interesse besteht, um individuelle Risikobewertungen für Lebens- oder Krankenversicherungen zu erstellen, oder etwa Prognosen für die Leistungsfähigkeit von Mitarbeitern auf Arbeitgeberseite zu erfassen. Missbrauch von Gesundheitsdaten kann sowohl wirtschaftliche, als auch soziale Nachteile für den in seinen Rechten Verletzten nach sich ziehen.

2.6. Meldepflichten

Im EpG sind umfangreiche Meldepflichten vorgeschrieben. In § 2 EpG ist das Auftreten einer der aufgezählten Krankheiten in innerhalb von 24 Stunden mit Angabe von Namen und Wohnort der örtlich zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu melden. Zur Meldung verpflichtet ist ein umfangreicher Personenkreis, ua auch Ärzte und Pflegepersonal.

Das TbG schreibt in § 5 vor, dass innerhalb von 3 Tagen nach der Diagnose Meldung an die zuständige BVB zu erstatten ist. Bemerkenswert ist, dass sich in § 12 TbG eine explizite Regelung der Verschwiegenheitspflicht von Personen, die in Ausübung ihres Berufes von persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Umständen Betroffener Kenntnis erlangen, findet.

80) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 830.

Das GeschlechtskrankheitenG statuiert in § 4 eine beschränkte Meldepflicht an die zuständige Sanitätsbehörde, wenn eine Weiterverbreitung der Krankheit zu befürchten ist, oder sich der Kranke einer ärztlichen Behandlung oder Beobachtung entzieht. Naturgemäß hat die Meldung ebenfalls mit den persönlichen Daten zu erfolgen, schon alleine, weil der Kranke dann vom Amtsarzt der Gesundheitsbehörde nach § 5 vorgeladen werden wird.

Eine spezielle Regelung der Meldepflicht findet sich im AIDS-G. Zu melden ist jede manifeste Erkrankung, sowie jeder Todesfall bei Feststellung der Krankheit. Die Meldung hat hier allerdings, neben den relevanten medizinischen Daten, bloß die Initialen und das Geschlecht der betroffenen Person zu enthalten. Die Meldung erfolgt an den BMG, und hat innerhalb einer Woche nach Feststehen der Diagnose zu erfolgen.

2.7. Zentrales Informationsregister

In § 4 EpG ist vorgeschrieben, dass der BMG ein zentrales Informationsregister einzurichten und zu betreiben hat. In diesem System wird die gemeinsame Verarbeitung von Daten in einer Datenanwendung durch mehrere Auftraggeber (Dienststellen), mit der Möglichkeit auch die Daten der anderen Auftraggeber zu verarbeiten (§ 4 Z 13 DSG). Gesammelt werden die Daten, die nach § 1 Abs 1,2 EpG und § 2 Abs 2 EpG, sowie der §§ 5 und 11 TbG erfasst werden. Neben den Informationen zur Identität der Erkrankten, der Erkrankung Verdächtigen, Verstorbenen und Ausscheidern sind auch die für die anzeigepflichtige Krankheit relevanten klinischen Daten und Labordaten zu erfassen. Zugriff zu den Datensätzen zur Verwendung in direkt personenbezogener Form haben die BVB und der Landeshauptmann. Für Zwecke der epidemiologischen Überwachung und Statistik dürfen die BVB, der Landeshauptmann, der BMG, die Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit (AGES) und Referenzzentralen für übertragbare Krankheiten die Registerdaten in indirekt personenbezogener Form verwenden. Mit § 4 Abs 9 ff EpG werden umfangreiche Maßnahmen zur Sicherung der Daten gegen Zugriff Unbefugter vorgeschrieben. Jedenfalls ist nach § 4 Abs 5 2. Satz EpG der direkte Personenbezug unverzüglich zu löschen, sobald er für die

Erhebung über das Auftreten, Verhüten und Bekämpfen der Krankheit nicht mehr erforderlich ist.

D. Seuchenrecht und Krankenanstalten

1. Verfassungsrechtliche Kompetenz

1.1. Gesundheitswesen (Art. 10 B-VG)

Nach Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG ist das Gesundheitswesen, mit Ausnahme des Leichen- und Bestattungswesens sowie des Gemeindesaniätätsdienstes und Rettungswesens, hinsichtlich der Heil- und Pflegeanstalten, des Kurortwesens und der natürlichen Heilvorkommen jedoch nur die sanitäre Aufsicht, Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung.

1.2. Krankenanstaltenrecht (Art. 12 B-VG)

Als Ausnahmetatbestand des Art 10 B-VG betreffend das Gesundheitswesen ist die Kompetenz für die Heil- und Pflegeanstalten in Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG geregelt. Der Bund ist nach Art 12 leg cit für die Gesetzgebung der Grundsätze zuständig, das Land für die Ausführungsgesetzgebung und die Vollziehung.

Das Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) regelt als Grundsatzgesetz des Bundes die Aufstellung von Grundsätzen im Sinne von Mindestanforderungen des Inhaltes von Gesetzen der Länder dieses Regelungskreises. Sind für Kranken- oder Kuranstalten relevante Regelungen durch den Grundsatzgesetzgeber unterlassen worden, stehen diese im sog. grundsatzfreien Raum dem Landesgesetzgeber zur Regelung offen. Tatsächlich ist das KAKuG aber sehr detailliert verfasst, sodass die Ausführungsgesetze der Länder (insgesamt also neun Landes-KAG's, auch wenn sie teilweise nicht als KAG bezeichnet sind) dem Text des KAKuG weitestgehend wortgleich folgen. Es enthält beispielsweise auch direkte Anordnungen an die Länder, wie in § 10 a KAKuG, in dem die Landesgesetzgebung die Landesregierung zu verpflichten hat, im Rahmen eines regionalen Strukturplanes Gesundheit für Fondsrankenanstalten einen Landesrankenanstaltenplan zu erlassen, der sich (wiederum) im Rahmen des Österreichischen Strukturplanes Gesundheit befindet.

Man kann daraus erkennen, dass der Bund trotz der Kompetenzverteilung nach Art 12 B-VG eine große Regelungsdichte im Gesundheitswesen an den Tag legt, offensichtlich um das österreichweite Gesundheitswesen trotz der Landeskompetenzen weitestgehend zu harmonisieren.

1.3. Seuchenrecht

Das Seuchenrecht ist Teilmaterie des Gesundheitswesens nach Art 10 B-VG, und in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache. Das Krankenanstaltenrecht ist nach Art 12 B-VG in der Grundsatzgesetzgebung Bundessache, in der Ausführungsgesetzgebung Landessache. Es stellt sich daher die Frage, in wessen verfassungsrechtliche Kompetenz die Vollziehung seuchenrechtlicher Maßnahmen in Krankenanstalten fällt.

Das Seuchenrecht gehört zu den sanitätspolizeilichen Vorschriften, die zur Abwehr von Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung mitunter auch staatlichen Zwang androhen, und fällt nicht unter die in Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG aufgezählten Ausnahmetatbestände, die zumindest vollzugsmäßig in den Verantwortungsbereich der Länder fallen. Die relevanten Seuchengesetze (EpG, TbG, GeschlechtskrankheitenG, AIDS-G) sind Bundesrecht. Der Vollzug erfolgt in mittelbarer Bundesverwaltung nach Art 102 ff B-VG, durch die auch in den einzelnen Gesetzen erwähnten BVB's.

Bereits 1870 wurde in der Generalklausel des § 1 Reichssanitätsgesetz⁸² festgehalten, dass der Staatsverwaltung (damals im Gegensatz zur Gemeindeverwaltung) jene Geschäfte zukommen, welche ihr wegen der besonderen Wichtigkeit für den allgemeinen Gesundheitszustand zur Besorgung vorbehalten werden. Diese Definition ist im Lichte der Kompetenzaufteilung des B-VG als verfassungsrechtliche Zuweisung der sanitätspolizeilichen Maßnahmen

82) *Kopetzki in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 477.

83) RGBl 68/1870.

zur Abwehr von allgemein das Leben oder die Gesundheit der Menschen bedrohenden Gefahren zu Art 10 B-VG zu sehen. Der VfGH stellte bereits 1963 anlässlich der Prüfung des Entwurfes eines Strahlenschutzgesetzes fest⁸³, dass alle Maßnahmen, die zur Abwehr von Gefahren für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung dienen, zur Sanitätspolizei, und damit zum Gesundheitswesen gehören.

Seuchenpolizeiliche Maßnahmen sind unter dem Gesichtspunkt der Abwehr von Bedrohungen der Volksgesundheit dem Kompetenztatbestand Gesundheitswesen nach Art 10 B-VG zuzuordnen. Das Seuchenrecht bedient sich auch Krankenanstalten, um die Weiterverbreitung von Seuchen durch die Absonderung betroffener Personen zu verhindern. In einem Erkenntnis aus 1963 zur Prüfung eines von der damaligen Bundesregierung vorgelegten Entwurfs zu einem Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Tuberkulose stellte der VfGH⁸⁴ fest, dass die Bestellung von Ärzten für die Betreuung der Tuberkulösen unter der Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben der BVB fällt, und als Maßnahme zur Obsorge für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung zu sehen ist. Die Ermächtigung des Leiters einer Krankenanstalt zur Bestimmung, wie lange ein in der Krankenanstalt Angehaltener dort zu verbleiben hat, wird vom VfGH als sanitätsrechtliche Befugnis angesehen, die in keinem Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb einer Heil- und Pflegeanstalt stehen.

Der Einfluss der sanitätspolizeilichen Vorschriften in die Krankenanstaltenorganisation erstreckt sich nach Ansicht des VfGH auf die in den Seuchengesetzen festgehaltenen Maßnahmen, und ist jedenfalls in der Vollziehungskompetenz des Bundes zu sehen. Darüber hinaus gehende

83) VfSlg 3650/1959.

84) VfSlg 4609/1963; Der VfGH differenziert in seinem Erkenntnis nach der Bundeskompetenz für das Gesundheitswesens nach Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG, und der Landeskompetenz für die Ausführungsgesetzgebung des Krankenanstaltenrechts nach Art 12 B-VG. So erkennt er, dass der Bund zur Finanzierung und Errichtung einer damals seuchenrechtlich gebotenen Sonderkrankenanstalt verpflichtet ist, die Krankenanstalt selbst aber dem Krankenanstaltenrecht unterliegt.

pflegerische und therapeutische Aktivitäten, die keine sanitätspolizeilichen Maßnahmen darstellen, sind allerdings nach den Vorschriften des jeweiligen Landes-KAG zu beurteilen. Da das Seuchenrecht mitunter das Ausmaß des hoheitlichen Eingriffs von der Kooperationsbereitschaft der infizierten Person abhängig macht, ist daher die Vollzugskompetenz im Einzelfall zu beurteilen.

2. Die Krankenanstalten als Träger der Daseinsvorsorge im Gesundheitsbereich

2.1. Die Aufgabe der Krankenanstalt im staatlichen Gesundheitssystem

Als Bestandteil der staatlichen Daseinsvorsorge ist die Organisation der flächendeckenden Versorgung des Staates mit entsprechenden Leistungen des Gesundheitswesens zu sehen. Gemeinhin wird als Daseinsvorsorge die „Gewährung sonstiger Leistungen“ im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gesehen⁸⁵. Im Grundlagenpapier am Österreichischen Städtetag 2008 in Innsbruck wird die Bedeutung der Daseinsvorsorge wesentlich tiefer in den staatlichen Pflichtaufgabenbereich gestellt, und als „zentrale Aufgabe des modernen Wohlfahrtsstaates zur sozialen Absicherung für alle gesellschaftlichen Gruppen“ definiert, um Dienstleistungen, die durch marktmäßige Prozesse nicht für alle gleichermaßen zugänglich sind, bereitzustellen⁸⁶. Auch die Europäische Union definiert die Daseinsvorsorge umfassend als „gemeinwohlorientierte markt- oder nicht marktbezogene Leistung wirtschaftlicher oder nicht wirtschafts-, gesellschafts, sozial- oder kulturpolitischer Art, an deren Erbringung die Allgemeinheit und der Staat ein besonderes Interesse haben.

85) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 277.

86) Zentrum für Verwaltungsforschung, Europarechtliche Dimension der Daseinsvorsorge, 14.05.2008.

Der Verfassungsgerichtshof bezieht die Bereitstellung von Gesundheitsleistungen in die Pflichtaufgaben des Staates ein⁸⁷. In einem Erkenntnis über den Kostenersatz einer Behandlung mit einem damals in einer Sonderkrankenanstalt betriebenen Nierensteinzertrümmerer erkannte der VfGH, dass der Staat, in diesem Fall das Land Wien, durch krankenanstaltenrechtliche Vorschriften (damals das Wr KAG 1958) die Kosten einer Pflichtleistung der nichthoheitlichen Verwaltung zu tragen hat⁸⁸.

Es lässt sich daraus erkennen, dass gerade die Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen nicht bloß ein staatliches Interesse an wirtschaftlicher Betätigung darstellt, sondern eben eine Pflichtaufgabe des Staates ist. Dass die wirtschaftliche Komponente des Gesundheitswesens, vor allem im Bereich des Investitionsgüterbereichs der Krankenanstalten, eine eindeutig marktbezogene Stellung einnimmt, zeigt sich auch dadurch, dass Beschaffungen für (öffentliche Landes-) Krankenanstalten auf Grundlage des Bundesvergabegesetzes (BVergG), bzw. der Landesvergabegesetze, zu erfolgen haben⁸⁸. Das BVergG stellt in § 3 Abs 1 darauf ab, ob der öffentliche Auftraggeber Beschaffungen für Einrichtungen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und zumindest teilrechtsfähig sind, beabsichtigt.

87) *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht 2, Rz 27.010.

88) VfSlg 10933/1985.

Exkurs: Der Betrieb von Krankenanstalt in Privatwirtschaftsverwaltung der Gebietskörperschaften

Neben Privaten und Trägergesellschaften von Gebietskörperschaften und Sozialversicherungsträgern in der Rechtsform einer juristischen Person privaten Rechts betreiben auch Gebietskörperschaften Krankenanstalten als Teil der öffentlichen Verwaltung. Der Sicherstellungsauftrag der Versorgung mit Krankenanstalten verpflichtet nach § 18 KAKuG die Länder, unter Bedachtnahme auf den Landeskrankenanstaltenplan, vor allem dann öffentliche Krankenanstalten zu betreiben, wenn der Versorgungsauftrag nicht durch Krankenanstalten anderer (privatrechtlicher) Krankenanstaltenträger gesichert ist. Jede Errichtung einer bettenführenden Krankenanstalt ist, mit Ausnahme geplanter Anstalten bestimmter Sozialversicherungsträger (§ 3 Abs 5 KAKuG), nach § 3 Abs 2 KAKuG einer Bedarfsprüfung zu unterziehen.

Die grundsätzliche Zulässigkeit privatwirtschaftlicher Betätigung von Bund und Ländern ist nach Art 17 B-VG verfassungsgemäß. Die Rechtsgrundlage für Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinden als selbständigen Wirtschaftskörper findet sich in Art 116 Abs 2 B-VG. Schranken können sich unter Anderem allerdings aus dem Effizienzgebot des B-VG ergeben, nach dem vor Aufnahme der Tätigkeit und während der Durchführung die wirtschaftliche Betätigung auf ihre Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu prüfen ist⁸⁹. Entscheidend für die Unterscheidung in hoheitlichem Handeln und Privatwirtschaftsverwaltung ist die Art und Weise, wie der Staat bzw. die Gebietskörperschaft dem Rechtsunterworfenen gegenübertritt. Liegt kein Handeln mit „Imperium“ vor, sondern bedient sich der Staat insbesondere Rechtsformen des Privatrechts⁹⁰, und tritt als Träger subjektiver Rechte auf⁹¹, wird in der Regel privatwirtschaftliche Betätigung vorliegen.

89) Stöger, Krankenanstaltenrecht, 159 f.

90) VfSlg 11492/1987; OGH, 18.03.1992, 1Ob526/92.

91) siehe auch: Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, Rz 560.

Für Krankenanstalten ist festzustellen, dass das Verhältnis zwischen dem Rechtsträger der Krankenanstalt und dem Patienten, außer bei durch Behörden verfügter Zwangseinweisung, durch den Krankenhausaufnahmevertrag auf zivilrechtlicher Ebene geregelt ist. Der OGH erkannte mit Hinweis auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung, dass auch die Führung einer Krankenanstalt der Privatwirtschaftsverwaltung unterliegt⁹². Stöger⁹³ stellt nach umfassenden Ausführungen, unter Einbeziehung von Judikatur und Lehre in seine Überlegungen fest, dass dem privatwirtschaftlichen Betrieb von Krankenanstalten durch die Gebietskörperschaften hinsichtlich der Zulässigkeit ihres Betriebes keine Beschränkungen auferlegt sind, sofern ihr Handeln im Lichte der *Grundrechte* echter Privater gerechtfertigt werden kann.

2.2. Die Versorgungspflicht des Staates

Der Staat hat für die Bereitstellung von Krankenanstalten (§ 18 KAKuG) zu sorgen, und ein mehrstufiges Versorgungssystem mit Standard-, Schwerpunkt- und Zentralkrankenanstalten ein quantitativ und qualitativ abgestimmtes Versorgungsniveau sicherzustellen, eine entsprechende Krankenanstaltenplanung für Fondskrankenanstalten (§ 10a KAKuG) auf dem Verordnungsweg zu erlassen, sowie, und dies ist als stärkstes Indiz für die Pflicht des Staates zur Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen, für die (überwiegende, gemeinsam mit den Sozialversicherungsträgern zu leistende) Finanzierung aus öffentlichen Mitteln auf Grundlage eines Gliedstaatsvertrages nach Art 15a B-VG (Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens) zu sorgen⁹⁴. Die Pflichtaufgabe des Staates in Form der Sicherstellung von Gesundheitsleistungen für die Bevölkerung wird nicht nur durch Krankenanstalten gewährleistet, die in der (mittelbaren oder

92) OGH, 24.02.2000, 6Ob334/99g; zur Unterscheidung der Eintreibung von Pflegegebühren durch Verwaltungsbehörden oder ordentliche Gerichte, je nachdem, ob die Gebührenforderung auf öffentlich-rechtlichem oder privatrechtlichen Anspruch fußt.

93) Stöger, Krankenanstaltenrecht, 159 f.

94) Kopetzki in Holoubek/Potacs, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 473 ff, Stöger, Krankenanstaltenrecht, 115 ff.

unmittelbaren) Trägerschaft des Staates stehen, sondern auch durch Anstalten privater Träger. Auch das System der LKF-Finanzierung, oder die Möglichkeit der Verleihung des Öffentlichkeitsrechts stellt nicht auf die Trägerschaft ab, sondern orientiert sich an objektiven Kriterien, wie der Gemeinnützigkeit. Krankenanstalten der öffentlichen Hand sind darüber hinaus jedenfalls auch als Teil der Privatwirtschaftsverwaltung zu sehen, weil nach herrschender Ansicht das Behandlungsverhältnis als Krankenhausaufnahmevertrag zivilrechtlich zustande kommt, und der Patient wählen kann, welches Krankenhaus er aufsuchen möchte, und ob er sich überhaupt in die Behandlung und Pflege einer Krankenanstalt begeben möchte. Es ist Wesensmerkmal der Privatwirtschaftsverwaltung der öffentlichen Hand, dass der Staat dem Rechtssubjekt formell gleichrangig gegenüber tritt, und die Rechtsbeziehung mittels zivilrechtlichen Vertrag regelt⁹⁵.

Das Gesundheitswesen fällt zum großen Teil in den Kompetenzbereich des Art. 10 Abs 1 Z 12 B-VG, und damit die dem Art 10 leg cit unterstellten Aufgaben in die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz des Bundes. Die Organisation der Krankenanstalten und Kuranstalten ist allerdings als Teilmaterie des Gesundheitswesens in einem eigenen Kompetenztatbestand „Heil- und Pflegeanstalten“ in Art. 12 Abs 1 Z 1 B-VG geregelt. Nach Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG ist der Bund für die Grundsatzgesetzgebung zuständig, die Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung fällt in die Zuständigkeit und Verantwortung der Länder⁹⁶. Die Ausführungsgesetze der Länder dürfen einem Grundsatzgesetz des Bundes nicht widersprechen, in Grundsatzgesetzen nicht Regelmäßiges darf jedoch durch den Ausführungsgesetzgeber frei geregelt werden⁹⁷. Unmittelbar anwendbar ist das jeweilige Landesausführungsgesetz, allerdings ist davon auszugehen, dass grundsatzgesetzliche Regelungen des KAKuG in gleicher Weise im Landes-KAG festgehalten sind. Die Vorschriften des KAKuG sind im Grunde genommen als „Versorgungsauftrag“ an die Länder zu sehen, weil letztendlich die Länder die Verantwortung für die (richtige) Umsetzung tragen.

95) *Bachmann et al*, Besonderes Verwaltungsrecht, 439.

96) *Kopetzki in Holoubek/Potacs*, Handbuch Wirtschaftsrecht, 477.

97) *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 248

Dem Gedanken des Versorgungsauftrags trägt auch die „Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens“ Rechnung⁹⁸, weil bereits in der Präambel festgehalten ist, dass sich die Vertragsparteien, also Bund und Länder, zu einer umfassenden medizinischen Versorgung für alle Menschen unabhängig vom Alter und Einkommen bekennen. Die Vereinbarung dient der Planung, strukturellen Organisation und Umsetzung der Sicherstellung der medizinischen Versorgung der Bevölkerung. Als wesentlicher Inhalt kann in Art 4 die Planung der Versorgungsstruktur mit dem Österreichischen Strukturplan Gesundheit (ÖSG) betrachtet werden, der die Rahmenplanung für die von den Ländern zu erstellenden Regionalen Strukturpläne Gesundheit (RSG) darstellt. § 10a KAKuG schreibt der Landesgesetzgebung vor, die Landesregierung zu verpflichten, im Rahmen des RSG für Fondskrankenanstellen einen Landeskrankenanstellenplan durch Verordnung zu erlassen. Verträge nach Art 15a B-VG sind nicht self-executing, sondern verpflichten die beteiligten Gebietskörperschaften⁹⁹. Die gegenständliche Art 15a B-VG – Vereinbarung wurde vom Nationalrat und den Landtagen ratifiziert, und ist somit verbindlich. Die Verbindlichkeit ergibt sich für die Vertragsparteien in der (rechtzeitigen) Umsetzung der getroffenen Vereinbarungen.

Die Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistung erfolgt im extramuralen Bereich durch die freien Gesundheitsberufe, und darüber hinaus im intramuralen Bereich durch ein flächendeckendes Netz mit entsprechend ausgestatteten Krankenanstalten. Die medizinische Grundversorgung der Bevölkerung wird durch Fondskrankenanstellen, das sind idR öffentliche, aber zumindest gemeinnützige Krankenanstalten, die durch die Landesgesundheitsfonds finanziert werden, erbracht.

98) BGBl. I Nr. 105/2008

99) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 320.

3. Rechtsnatur der Krankenanstalt

3.1. Anstaltsbegriff

Der Begriff „Anstalt“ wird öffentlich-rechtlich als organisatorische Einrichtung verstanden, die vom Anstaltsträger (Gesetzgeber) mit einem Bestand an sachlichen und persönlichen Mitteln einem dauernd bestimmten Zweck der öffentlichen Verwaltung gewidmet ist. Zwischen der Anstalt und dem Einzelnen besteht üblicherweise ein Benutzungsverhältnis¹⁰⁰. Der VwGH nimmt in seiner Definition der Anstalt auf die Krankenanstalt Bezug, und charakterisiert weiter die Anstalt als zweckgebundenes Verwaltungsvermögen, das durch das Vorherrschen nach außen sichtbarer technischer Einrichtungen (im Falle einer Krankenanstalt: medizinischer Mittel) bestimmte Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllt¹⁰¹.

Anders spezifiziert das Krankenanstaltenrecht den Begriff „Anstalt“. Nach § 1 Abs 1 KAKuG ist die Krankenanstalt als Einrichtung zu verstehen, die zur Feststellung und Überwachung des Gesundheitszustandes durch Untersuchung, zur Vornahme operativer Eingriffe, zur Vorbeugung, Besserung und Heilung von Krankheiten durch Behandlung, zur Entbindung oder für Maßnahmen medizinischer Fortpflanzungshilfe bestimmt ist. Um die Krankenanstalt vom extramuralen Bereich abzugrenzen, wird darauf abgestellt, ob eine der Krankenanstalt entsprechende Organisation besteht, vor allem, ob eine Anstaltsordnung vorliegt, und ob der Behandlungsvertrag mit dem unmittelbar verantwortlichen behandelnden Arzt, oder mit dem Träger einer der sanitären Aufsicht unterliegenden Einrichtung zu Stande kommt¹⁰².

100) Mayer, Fachwörterbuch öffentliches Recht, 30.

101) VwSlg 15275 A/1999: „Für den Anstaltsbegriff ist demnach ein Bestand an Mitteln persönlicher und sachlicher Art wesentlich, der für Dauer bestimmt ist, dem durch den Einsatz der Mittel verfolgten Zweck der öffentlichen Verwaltung zu dienen. Die Anstalt ist nach der sachlichen Seite hin ein zweckgebundenes Verwaltungsvermögen, das durch das Vorherrschen nach außen hin sichtbarer "technischer Einrichtungen" (z.B. Krankenhaus mit medizinischen Einrichtungen) charakterisiert wird und das als solches aus sich heraus die Eignung besitzen muss, bestimmte Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zu erfüllen. Die Sachwerte müssen außerdem die Eignung besitzen, der Benützung durch individuell noch nicht erfassbare Personen (Destinatäre) zu dienen“.

102) Kopetzki in Holoubek/Potacs, Handbuch Wirtschaftsrecht, 487 ff.

Der krankenanstaltlichenrechtliche Begriff der Anstalt setzt nicht voraus, dass die öffentliche Hand Rechtsträger ist. Es handelt sich bei Rechtsträgern von Krankenanstalten um juristische Personen privaten oder öffentlichen Rechts. Der Versorgungsauftrag des Staates kann auch durch privatrechtlich organisierte Krankenanstaltenträger ausgeführt werden. Abgesehen davon ist lt. KAKuG der Begriff „Krankenanstalt“ nicht nur für die der Daseinsvorsorge anheim fallenden Einrichtungen anzuwenden, denn genauso sind auch private, entsprechend organisierte Pflege- und Behandlungseinrichtungen nach §§ 1 ff KAKuG als Krankenanstalt zu bezeichnen. Daher ist der verwaltungsrechtliche Begriff der Anstalt nicht unmittelbar als Definitionskriterium, und auch nicht als Abgrenzungskriterium zu Ordinationen niedergelassener Ärzte, geeignet. Der Verfassungsgerichtshof erkennt daher Krankenanstalten in Abgrenzung zu anderen Behandlungseinrichtungen im Wesentlichen nach dem Ausmaß an Organisiertheit der Einrichtung¹⁰³.

In einer neueren Entscheidung des VwGH wird zusätzlich zu den vom VfGH bereits seit 1992 angewandten Definition¹⁰⁴ auch auf das Vorliegen eines Behandlungsvertrages mit dem Rechtsträger der Krankenanstalt, an statt eines konkreten Arztes, abgestellt¹⁰⁵. Er führt weiter aus, dass das „Behandlungsvertragskriterium“ auch als Unterscheidungsmerkmal herangezogen werden kann, ob eine Krankenanstalt in der Form eines Sanatoriums vorliegt, oder ein an die Ordination angegliederter Hotelbetrieb eines niedergelassenen Arztes. Nach der herrschenden Lehre stellt die bloße Verwendung einer Behandlungsmethode oder einer spezifischen Ausstattung kein relevantes Abgrenzungskriterium dar¹⁰⁶.

103) Kopetzki in Holoubek/Potacs, Handbuch Wirtschaftsrecht, 488 f; Windisch-Graetz, RdM 1995, 145.

104) VfSlg 13023/1992.

105) VwGH, 2006/11/0093, 16.12.2008.

106) Windisch-Graetz, RdM 1995, 148 ff; Schneider, Ärztliche Ordinationen, 48.

3.2. Der Träger der Krankenanstalt als juristische Person öffentlichen Rechts, oder privaten Rechts

Krankenanstalten können grundsätzlich durch juristische und natürliche Personen als Rechtsträger betrieben werden. Die Verleihung des Öffentlichkeitsrechts allerdings ist nach § 15 KAKuG ausschließlich auf juristische Personen beschränkt.

Ob der Träger einer öffentlichen (Landes-) Krankenanstalt eine juristische Person privaten Rechts oder eine Gebietskörperschaft ist, kann prima facie nicht ohne weiteres beantwortet werden. Entweder wurden Trägergesellschaften Privaten Rechts errichtet (z.B. in Salzburg: SALK - Salzburger Landeskliniken Betriebsges.m.b.H.), die als Träger der einzelnen Krankenanstalten fungieren, oder es wurde der Betrieb, die Errichtung und die Führung der Krankenanstalten auf einen Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit übertragen, und die Gebietskörperschaft bleibt Rechtsträger der Landeskrankenanstalten (in Niederösterreich: Niederösterreichische Landeskliniken-Holding).

In Wien wurde durch die Wiener Stadt- bzw. Landesverfassung (§ 72a iVm § 106 Wr StVfg) der Wiener Krankenanstaltenverbund (KAV) durch Beschluss des Gemeinderates im Sinne des § 71 der Wiener Stadtverfassung ab 01.01.2002 als Unternehmung der Stadt Wien eingerichtet, bleibt aber dennoch organisatorisch Teil des Magistrats. Rechtsträger der vom KAV verwalteten Krankenanstalten ist die Stadt Wien.

Allen diesen Konstruktionen ist gemeinsam, dass die Krankenanstalt als solche eine unselbständige, im Sinne von nicht rechtsfähige, Einrichtung ihres jeweiligen Trägers ist. Eine Sonderstellung nimmt das Land Kärnten ein, deren Landeskrankenanstalten die Betriebsführung an eine eigene Gesellschaft, der KABEG als Anstalt öffentlichen Rechts, übertragen hatten, während die einzelnen Landeskrankenanstalten hinsichtlich der von ihnen funktionell für das Land wahrzunehmenden Aufgaben ebenfalls Rechtspersönlichkeit besitzen¹⁰⁷. Über die

¹⁰⁷) Kopetzki in Holoubek/Potacs, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 494.

Einrichtung von Landeskrankenanstalten hinaus wird die Versorgung der Bevölkerung im intramuralen Bereich auch durch öffentliche gemeinnützige und gemeinnützige Krankenanstalten durch private Rechtsträger (z.B. Kirchen, Vereine) oder durch Sozialversicherungsträger als Rechtsträger gewährleistet.

4. Arten von Krankenanstalten

4.1. Die allgemeine Krankenanstalt

Im Mittelpunkt der Versorgung steht die **allgemeinen Krankenanstalt**, die ohne Unterschied des Geschlechts, des Alters und der Art der ärztlichen Betreuung, und nach dem vorgesehenen Leistungsspektrum in Standard-, Schwerpunkt- und Zentralkrankenanstalten unterteilt werden. Eine **Standardkrankenanstalt** muss nach § 2a Abs 1 lit a KAKuG jedenfalls über bettenführende Abteilungen der Fachrichtungen Chirurgie und Innere Medizin verfügen, sowie über Einrichtungen für Anästhesie, Röntgendiagnostik und für die Vornahme von Obduktionen verfügen, und durch Fachärzte des betreffenden Sonderfachs betreut werden. **Schwerpunktkrankenhäuser** haben ein wesentlich breiteres Spektrum an bettenführenden Abteilungen als Leistungsangebot aufzuweisen. Neben den bereits für Standardkrankenanstalten vorgeschriebenen Fachabteilungen haben weitere Fachgebiete zur Verfügung zu stehen (§ 2a Abs 1 lit b KAKuG). Letztlich, als Spitze der Versorgung mit Gesundheitsleistungen, haben **Zentralkrankenanstalten** alle dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechenden medizinischen Einrichtungen aufzuweisen (§ 2a Abs 1 lit c KAKuG).

Betrachtet man den § 18 Abs 2 KAKuG, so erkennt man, dass die Abstufung der vorgeschriebenen Mindestausstattung der Krankenanstalten mit der Dichte der Einrichtungen korreliert. Die Basisversorgung erfolgt, neben den niedergelassenen Ärzten, durch Standard- (Bezirks-) Krankenanstalten, wobei die beiden medizinischen Fächer Innere Medizin und Chirurgie, im Verein mit ebenfalls vorgeschriebenen Einrichtungen für Anästhesie und Radiologie bereits jenes

abdeckt, was ein niedergelassener Arzt in seiner Ordination nicht mehr ohne Weiteres anbieten kann. Durch den Bezug auf die Bevölkerungszahl ist eine Nähe der Versorgung zur Bevölkerung gewährleistet. Zentralkrankenanstalten sind Häuser, die hauptsächlich jene Diagnose-, Behandlungs- und Pflegemaßnahmen übernehmen, deren Komplexität die Kapazität und Ausstattung der Standard- und Schwerpunktkrankenanstalt übersteigt. Für das Seuchenrecht bedeutsam ist, dass die Infektiologie als Spezialfach der Inneren Medizin gilt. Eine bettenführende Abteilung für Innere Medizin hat in allen allgemeinen Krankenanstalten vorhanden zu sein.

4.2. Die gemeinnützige Krankenanstalt

Gemeinnützige Krankenanstalten dürfen nach § 16 KAKuG, im begrifflichen Gegensatz zu gewinnorientierten Krankenanstalten, nicht in Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden. Die Betreuung der Patienten hat so lange zu erfolgen, bis es der individuelle Gesundheitszustand gestattet, die Behandlung und Pflege zu beenden. Ein weiteres wesentliches gesetzlich vorgeschriebenes Merkmal ist, dass aufnahmebedürftige Personen, nach Maßgabe der jeweils zur Verfügung stehenden Einrichtungen der aufgesuchten Krankenanstalt, zwingend aufzunehmen sind.

Der Status „Gemeinnützigkeit“ ist einerseits Voraussetzung für die Verleihung des Öffentlichkeitsrechts durch die Landesregierung, aber auch Bedingung für die Leistungsabgeltung aus öffentlichen Mitteln der Landesfonds¹⁰⁸. Weiteres Kriterium für die Gemeinnützigkeit ist das Bestehen von Krankenvetten, d.h., nicht bettenführende Krankenanstalten, sog. selbstständige Ambulatorien, können niemals gemeinnützig sein¹⁰⁹. Die Anzahl der Sonderklassebetten darf ein Viertel der Gesamtbettenzahl nicht überschreiten (§ 16 Abs 1 lit g KAKuG). Eine

108) Kopetzki in Holoubek/Potacs, Handbuch Wirtschaftsrecht, 492.

109) Stöger, Krankenanstaltenrecht, 4.

gemeinnützige Krankenanstalt muss nicht notwendig eine allgemeine Krankenanstalt sein.

4.3. Die öffentliche Krankenanstalt

Einer **öffentlichen Krankenanstalt** wurde von der zuständigen Landesregierung das Öffentlichkeitsrecht verliehen. Voraussetzung für die Verleihung ist die Gemeinnützigkeit der Krankenanstalt. Öffentliche Krankenanstalten haben auch den Vorgaben des jeweiligen Landeskrankenanstaltenplans zu entsprechen¹¹⁰. Wesensmerkmal ist unter Anderem auch, dass sozialversicherte Patienten aufzunehmen sind, ohne ihnen direkt ein Honorar zu verrechnen. Als Träger der Last der staatlich organisierten Versorgung mit Gesundheitsleistungen steht der öffentlichen Krankenanstalt auch die Deckung des Betriebsabgangs zumindest zur Hälfte durch Sozialversicherungsträger und die öffentliche Hand zu¹¹¹. Öffentliche Krankenanstalten haben anstaltsbedürftige Personen nach Maßgabe der Anstaltseinrichtungen aufzunehmen, unabweisbar Kranke sind jedenfalls aufzunehmen. Durch die Behörde auf Grund besonderer Vorschriften eingewiesene Personen gelten als unabweisbar (§ 22 Abs 4 KAKuG).

Der Status „öffentlich“ kann auch von Krankenanstalten in der Trägerschaft von Privaten angestrebt werden. Nach § 14 KAKuG kann allgemeinen Krankenanstalten, Sonderkrankenanstalten, und Pflegeanstalten für chronisch Kranke (§ 2 Abs 1 Z 1-3 KAKuG) das Öffentlichkeitsrecht verliehen werden. Manche Krankenanstalten führen in der eigenen Bezeichnung bereits die jeweilige Erscheinungsform, wie z.B. als „aö Krankenanstalt“.

Mit der Novellierung des KAKuG¹¹² 2009 wurden aus der Krankenanstalten-Definition des § 2 KAKuG gegenüber der bis dahin geltenden Rechtslage Heime

110) Kopetzki in Holoubek/Potacs, Handbuch Wirtschaftsrecht, 492.

111) Stöger, Krankenanstaltenrecht, 5, 290 ff.

112) BGBl I 124/2009

für Genesende und Gebäranstalten und Entbindungsheime ausgenommen. Die in § 2 Abs 1 Z 4 und 5 KAKuG nach wie angeführten Sanatorien als Sonderklasse-Krankenanstalten, und selbständige (nicht-bettenführende) Ambulatorien können, schon alleine wegen der Definition des § 16 KAKuG niemals „Gemeinnützigkeit“ sein.

Lt. § 34 Abs 1 KAKuG hat die Landesregierung anzuordnen, dass der sich der aus der Differenz zwischen Betriebs- und Erhaltungskosten und den Einnahmen ergebende Betriebsabgang in einem bestimmten Verhältnis vom Rechtsträger, vom Beitragsbezirk, vom Krankenanstaltensprengel und vom Bundesland zumindest zur Hälfte zu decken ist.

4.4. Die Fondskrankenanstalt

Eine relativ neue Kategorie an Krankenanstalten bilden die Fondskrankenanstalten. Mit der Einführung der Leistungsorientierten Krankenanstaltenfinanzierung (LKF) wurde diese Unterscheidungsmöglichkeit notwendig, weil nur bestimmte Typen von Krankenanstalten am LKF teilnehmen dürfen, nämlich öffentliche allgemeine und private gemeinnützige allgemeine Krankenanstalten. Fondskrankenanstalten sind gesetzlich verpflichtet, sozialversicherte Patienten aufzunehmen, und erhalten dafür Kostenersatz aus den von Bund, Ländern, Gemeinden und Sozialversicherungsträgern gemeinsam dotierten Landesgesundheitsfonds¹¹³.

¹¹³) Stöger, Krankenanstaltenrecht, 6.

4.5. Die Universitätsklinik

Die österreichischen Universitätskliniken sind nach § 31 Abs 2 UG 2002 Organisationseinheiten der Medizinischen Universitäten, in denen in einer öffentlichen Krankenanstalt neben der Forschungs- und Lehraufgabe auch medizinische Leistungen unmittelbar am Menschen erbracht werden. Die Organe der Universität werden zusätzlich zu den Aufgaben nach dem Universitätsgesetz auch im Rahmen der universitätsfremden medizinischen Behandlung im Anstaltsbetrieb tätig. Das bedeutet, dass der Aufgabenbereich der ärztlichen Behandlung außerhalb der Lehr- und Forschungstätigkeit dem jeweiligen Rechtsträger der Krankenanstalt zurechenbar ist¹¹⁴. Dass dies in der Praxis Probleme bereiten kann, liegt auf der Hand, vor allem dann, wenn der Aspekt der Lehre und Forschung bei bestimmten Patienten im Vordergrund steht, wie z.B. bei Auftreten von „exotischen“ Krankheiten, oder bei der Einbindung von Studenten in Diagnose- und Behandlungsmaßnahmen.

Die österreichischen Universitätskliniken sind zugleich auch nach KAKuG Zentralkrankenanstalten:

- Das Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien der Med. Universität Wien
- Das Landeskrankenhaus-Universitätsklinikum der medizinischen Universität Graz
- Die Universitätskliniken der Medizinischen Universität Innsbruck

Eine Sonderstellung nehmen die Universitätskliniken Salzburg der Paracelsus Medizinischen Privatuniversität ein, die nicht dem Universitätsgesetz unterliegen.

4.6. Heeresspital

Die Heeresspitäler in der Trägerschaft des Bundes (in Wien, Graz und Innsbruck) gelten als Privat-Krankenanstalt, vor allem, weil sie jedenfalls nicht der

¹¹⁴) Kopetzki in Holoubek/Potacs, Handbuch Wirtschaftsrecht, 495 f.

Allgemeinheit zur Verfügung stehen, und daher auch, in Ablehnung der Aufnahmepflicht durch den Rechtsträger, insb. für weite Teile der sozialversicherten Patienten, nicht das Öffentlichkeitsrecht verliehen werden kann. Dennoch kommt den Heeresspitälern und den sonstigen Sanitätseinrichtungen des Bundesheeres in Krisensituationen eine besondere Position zu, da durch Art 79 Abs 2 B-VG dem Bundesheer die Aufgabe zur Hilfeleistung bei Elementarereignissen und Unglücksfällen außergewöhnlichen Umfangs zukommt¹¹⁵. Auch der Influenza-Pandemieplan des BMG nimmt auf die Verfügbarkeit der Heeres-Sanitätseinrichtungen Bezug, und geht davon aus, dass diese im Falle einer Pandemie zur Absonderung betroffener Personen zur Verfügung stehen.

4.7. Private Krankenanstalt

4.7.1. *Auffangtatbestand*

Jede nicht öffentliche Krankenanstalt ist als private Krankenanstalt anzusehen. Ob der Rechtsträger eine natürliche Person ist, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, eine Kapitalgesellschaft oder die öffentliche Hand, spielt keine Rolle. Auch die Eigenschaft als gemeinnützig organisierte Krankenanstalt ist unerheblich. Wesentliches Merkmal ist allerdings, dass privaten Krankenanstalten, die nicht gemeinnützig sind, keine Aufnahmepflicht trifft, also auch keine Verpflichtung, nach § 22 Abs 3 anstaltsbedürftige Personen aufzunehmen, oder nach § 22 Abs 4 letzter Satz KAKuG Personen, die auf Grund besonderer Vorschriften behördlich eingewiesen werden, zwingend aufzunehmen. Allerdings können in Bundesländern, in denen die Versorgung mit öffentlichen Krankenanstalten nicht ausreicht, private Krankenanstalten in der Trägerschaft einer Gebietskörperschaft verpflichtet werden, anstaltsbedürftige und unabweisbar Kranke, sowie Personen auf Grund behördlicher Verfügung, aufzunehmen (§ 40 Abs 1 lit a KAKuG).

¹¹⁵) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 543.

4.7.2. *Aufnahmepflicht für private Krankenanstalten?*

Nach § 40 KAKuG (Einschränkung des Geltungsbereich des KAKuG für private Krankenanstalten), soll die gesetzliche, für öffentliche Krankenanstalten obligate Aufnahmepflicht für private Krankenanstalten nicht verbindlich sein. Jedoch schreibt § 40 Abs 1 lit c KAKuG auch den Trägern privater Krankenanstalten vor, die nach § 23 Abs 1 KAKuG öffentliche Krankenanstalten treffende Pflicht zur Leistung unbedingt notwendiger erster ärztlicher Hilfe, zu beachten, und im Bedarfsfall dieser Pflicht nachzukommen. Der individuelle Arzt unterliegt darüber hinaus auch der Berufspflicht nach § 48 ÄrzteG, die ihm persönlich vorschreibt, im Falle drohender Lebensgefahr die Erste Hilfe nicht zu verweigern. Der Sorgfaltsmaßstab richtet sich nach der fachspezifische Qualifikation, die man von einem Arzt mit dem entsprechenden Ausbildungsgrad (Turnusarzt, Facharzt, Notfallmediziner) allgemein erwarten kann¹¹⁶. Darüber hinaus steht unter Umständen auch § 95 StGB (Unterlassen der Hilfeleistung) dem entgegen, wonach bei Unterlassung der Leistung Erster Hilfe durch Behandlung bzw. Aufnahme in die Krankenanstalt bei drohender Gefahr gegen Leib und Leben eines Menschen, bei einem Unglücksfall oder bei Gemeingefahr, die vorsätzlich unterlassende Person, aber auch der Rechtsträger (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG) mit strafrechtlichen Konsequenzen zu rechnen haben. Unglücksfall ist jeder Anlass, bei dem eine Person erheblich am Körper zu Schaden gekommen ist, sowie eine Situation, bei der die konkrete Gefahr eines erheblichen Schadens am Körper besteht, ohne dass bereits eine Verletzung eingetreten ist¹¹⁷.

Ist eine private Krankenanstalt gemeinnützig, gelten die Vorschriften für gemeinnützige Krankenanstalten.

116) Aigner, RdM 1996, 67 ff.

117) Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht BT I, 51 f.

5. Einfluss des Seuchenrechts auf das Krankenanstaltenrecht

5.1. Gesetzlicher Aufnahmewang

Im KAKuG ist für verschiedene Kategorien von Krankenanstalten ein gesetzlicher Aufnahmewang vorgeschrieben. Nach § 16 KAKuG haben gemeinnützige Krankenanstalten Aufnahmebedürftige nach Maßgabe der Anstaltseinrichtungen aufzunehmen, nach § 22 KAKuG müssen Anstaltsbedürftige, ebenfalls nach Maßgabe der vorhandenen Ressourcen, und unabweisbare Kranke in öffentlichen Krankenanstalten aufgenommen werden. Darüber hinaus besteht in öffentlichen Krankenanstalten nach § 23 KAKuG auch die Pflicht zur Leistung unbedingt notwendiger erster Hilfe. Eine besondere Bestimmung findet sich, wie bereits oben auch beschrieben, in § 22 Abs 4 KAKuG, nach der Personen, die auf Grund besonderer Vorschriften von einer Behörde eingewiesen werden, als unabweisbar gelten. Dem Wortlaut der Bestimmung nach sind diese Personen also jedenfalls in Anstaltspflege aufzunehmen. Die Aufnahmepflicht kann, sei es auf Grund des Gesundheitszustandes des Aufzunehmenden, oder auf Grund behördlicher Verfügung, als Beschränkung des Eigentums des Krankenanstaltenträgers zu sehen sein.

Die Unverletzlichkeit des Eigentums ist ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht (Art 5 StGG, Art 1 1.ZProtEMRK). Gegenstand des Eigentumsschutzes sind alle vermögenswerte Privatrechte, so ist auch nach der Rsp des VfGH die Wahrung der Privatautonomie durch die Eigentumsgarantie des Art 5 StGG gewährleistet¹¹⁸. Daher sind alle Rechtssubjekte erfasst, die sich privatwirtschaftlich betätigen. Eingriffe in das Grundrecht sind nach dem VfGH dann gestattet, wenn sie im öffentlichen Interesse gelegen sind, zur Zielerreichung das geeignete und gelindeste Mittel darstellen und verhältnismäßig sind.

118) Adamovic/Funk/Holzinger, Staatsrecht 3, Rz 42.227.

Die Vorschrift des Aufnahmezwangs liegt wegen des Gedankens der Daseinsvorsorge im Gesundheitsbereich auch ohne die Bedrohung einer Epidemie oder Pandemie, im öffentlichen Interesse. Im Falle der tatsächlichen Bedrohung mit gefährlichen Infektionskrankheiten ist einzig die Krankenanstalt geeignet, zielführende Maßnahmen und Ressourcen zur Absonderung und Heilung infizierter Personen durch geeignete Räumlichkeiten und ärztliche Hilfe zu treffen. Wenn die Krankenanstalt, bzw. der Träger, gezwungen ist, Patienten ohne Ansehen der Vertragspartei zur Behandlung und zur Pflege aufzunehmen, entspricht dies einem Kontrahierungszwang.

Der Fall der Aufnahme von Pfleglingen durch behördliche Verfügung stellt jedoch keinen Zwang zur zivilrechtlichen Kontrahierung dar, sondern folgt unmittelbar aus dem Gesetz als Anordnung des Gesetzgebers.

Die Entlohnung der Behandlung und Pflege ist gesetzlich reguliert, einerlei, ob nun der Patient freiwillig oder zwangsweise von der Krankenanstalt aufgenommen wurde. Selbst im Seuchenfall steht der Krankenanstalt eine Entlohnung, bzw. Kostenübernahme durch Bundesmittel nach dem EpG zu. Darüber hinaus besteht durch das KAKuG nahezu ein Gleichgewicht von Rechten und Pflichten der Krankenanstaltenträger. Öffentliche Krankenanstalten haben, abgesehen von der Finanzierung des Betriebes durch das LKF-System, Anspruch auf zumindest teilweisen Ersatz des Betriebsabganges aus öffentlichen Mitteln.

Eine aufnahmebedürftige bzw. unabweisbare Person ist in öffentlichen Krankenanstalten aufzunehmen. Der Betrieb des Spitals wird durch das LKF-System bzw. durch öffentliche Mittel finanziert, und im Seuchenfall werden die Kosten zumindest teilweise vom Bund beglichen. Wegen dem im KAKuG immanenten Zwang zum Abschluss zivilrechtlicher Krankenhausaufnahmeverträge stellen daher im Seuchenfall zwangsweise Einweisungen keine weitere Einschränkung der Verfügung über das Eigentum dar.

7.2. Beleihung von Organen von Krankenanstalten

Nicht nur staatliche Organe dürfen hoheitliche Rechtsakte setzen. Obwohl die Betrauung Privater (physischer oder juristischer Personen) mit Aufgaben der Hoheitsverwaltung im B-VG nicht explizit geregelt ist, wird sie in gewissen Grenzen als zulässig vorausgesetzt. Diese Personen handeln dann funktionell ebenso als staatliche Organe. Der VfGH hat verfassungsrechtliche Grenzen für die sog. „Beleihung“ mit Hoheitsgewalt markiert¹¹⁹, und zwar:

- Das Sachlichkeitsgebot im Sinne des Gleichheitssatzes
- Das verfassungsrechtliche Effizienzgebot (im Sinne der Prüfungskriterien des Rechnungshofes)
- Die Übertragung lediglich einzelner Aufgaben
- Die Unterstellung unter ein oberstes Organ

Formen der Beleihung entstanden und entstehen durch Ausgliederung staatlicher Verwaltungstätigkeit auf selbständige juristische Personen des Privatrechts¹²⁰. Die hoheitlichen Akte der Beliehenen gelten als Hoheitsakte der Gebietskörperschaft, für die der Beliehene tätig geworden ist. Nach dem AHG haftet für Fehlverhalten jene Gebietskörperschaft, für die der Beliehene die Aufgabe wahrgenommen hatte¹²¹. Ein Beispiel für gesetzlich vorgeschriebene Beleihung eines ausgegliederten Unternehmens ist die Austro Control GmbH¹²² als teilweise mit Imperium ausgestattete Organisation. Es liegt grundsätzlich keine Beleihung vor, wenn juristische Personen öffentlichen Rechts zur Setzung von Hoheitsakten ermächtigt werden¹²³. Die Ermächtigung erfolgt dann auf Grundlage der Gesetze innerhalb der öffentlichen Verwaltung.

Im Seuchenrecht finden sich in den Vorschriften des EpG, TbG und des GeschlechtskrankheitenG Bestimmungen, in denen Anstaltsleiter, behandelnde

119) VfSlg 14473/1996.

120) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 571.

121) Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 112.

122) VfSlg 14473/1996.

123) Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 113.

Ärzte, oder Anstaltsärzte mit hoheitlicher Macht zur Untersuchung (im Sinne einer Behandlung), zur therapeutischen Behandlung, oder zur Bestimmung der Dauer der Anhaltung einer durch die Behörde zwangseingewiesenen Person befugt werden. Oft ist festgehalten, dass der Betroffene in eine Krankenanstalt einzuweisen sei und dort abzusondern und anzuhalten ist. Krankenanstalten sind, bis auf Spitäler des Landes Kärnten, unselbständige Anstalten, die keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. In Wien (KAV) und Niederösterreich (NÖ Landeskliniken Holding) ist der Rechtsträger der Krankenanstalten nach wie vor die öffentliche Hand. In anderen Bundesländern wurden die vorher in öffentlicher Hand stehenden Krankenanstalten in Rechtsträger in Form von Kapitalgesellschaften ausgegliedert. Krankenanstaltenträger, die dem Bund direkt eingegliedert wären, benötigen bei der Vollziehung von Bundesrecht keine Beleihung. Ist ein Rechtsträger eine natürliche Person, oder eine juristische Person des Privatrechts, auch wenn der „Eigentümer“ die öffentliche Hand ist, kann die Übertragung von hoheitlichen Befugnissen nur auf dem Wege der Beleihung erfolgen. Die Stellung von Krankenanstalten in der Trägerschaft des Landes wird gleich unter Pkt. 7.3. behandelt.

Entscheidend ist, ob die Aufnahme in die Krankenanstalt auf Grundlage des Seuchenrechts durch die behördlich verfügte Einweisung, oder durch die autonome Entscheidung der Leitung der Krankenanstalt durch den dazu bestimmten Anstaltsarzt (§ 22 Abs 1 KAKuG) erfolgt. Im ersten Fall liegt Beleihung mit hoheitlichen Befugnissen vor, um den Vollzug der in den Seuchengesetzen durchzuführen, im zweiten Fall handelt es sich um einen zivilrechtlichen Krankenhausaufnahmevertrag, der das Krankenanstalt/Patient-Verhältnis bestimmt.

Auch wenn das Gesetz ausdrücklich den Anstaltsarzt zur Setzung von Hoheitsakten befugt, kann nicht eine konkrete Person gemeint sein. Eine Krankenanstalt ist durch den signifikanten arbeitsteiligen Prozess charakterisiert, der ein Zusammenspiel mehrerer Ärzte untereinander („rund um die Uhr“), aber auch Angehörige anderer Führungsstränge der Organisation der Krankenanstalt, also auch das Pflegepersonal, erfordert. Die Aufrechterhaltung einer

Zwangsanhaltung in einer Krankenanstalt hängt nicht nur von der Aufmerksamkeit des einzelnen Anstaltsarztes ab, sondern auch vom Pflegepersonal, dies insbesondere wegen dessen tatsächlicher Nähe zum angehaltenen Patienten. Wegen der berufsrechtlichen Vorbehalte und der kollegiale Führung einer Krankenanstalt fehlt es auch an Anordnungsbefugnissen der Ärzte gegenüber dem Pflegepersonal in Angelegenheiten pflegerischer Maßnahmen. Entscheidungen über die kollegiale Führung nach § 6a Abs 1 KAKuG hinweg vermögen nur die Organe des Rechtsträgers der Krankenanstalt zu treffen. Da wie oben bereits ausgeführt, die Krankenanstalt (bis auf Kärnten) keine Rechtspersönlichkeit besitzt, werden daher die Organe der unselbständigen Anstalt als Organe des Rechtsträgers tätig¹²⁴.

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine bestimmten, individualisierte Krankenanstalten nennen konnte, die er im Anlassfall mit hoheitlichen Befugnissen ausstatten wollte. Durch organisationsrechtliche Bestimmungen, früher im Bundes-KAG und danach im KAKuG, und in den Landes-KAG's, hat der Gesetzgeber immerhin Rahmenbedingungen geschaffen, die schon alleine wegen § 22 Abs 4 KAKuG (Aufnahmezwang bei behördlicher Verfügung) öffentliche Krankenanstalten als primär zu beleihende Spitäler vorsieht.

Von diesen Überlegungen ausgenommen sind die nach § 27 Abs 1 EpG bestellten Epidemieärzte, die für die Dauer der des Bedarfes zur Bekämpfung der Krankheit berufen werden können. Diese erhalten nach § 44 Abs 1 iVm § 43 Abs 3 EpG durch das Gesetz die Befugnisse von Amtsärzten. Es versteht sich, dass hier nur die konkrete physische Person beliehen sein kann.

124) *Kopetzki, Unterbringungsrecht I*, 164 f.

7.3. Weisungsrecht der Behörden

Der VfGH fordert für eine verfassungskonforme Beleihung mit Hoheitsgewalt die Unterstellung des Beliehenen unter ein oberstes Organ. Es muss sichergestellt sein, dass der zuständige Bundesminister (hier der BMG) seiner Leitungs- und Organisationsverantwortung, in deren Eigenschaft er dem Parlament gegenüber verantwortlich ist, nachkommen kann. Diese Unterstellung unter ein oberstes Organ muss nach Ansicht des VfGH einfachgesetzlich verankert sein¹²⁵. Die Ausübung von Hoheitsgewalt im Rahmen des Seuchenrechts erfolgt auf Grundlage der vom Bund zu übertragenden Hoheitsgewalt. Nach Art 20 Abs 1 B-VG muss in der staatlichen Verwaltung ein Weisungszusammenhang gegenüber dem obersten Bundesorgan bestehen.

Hauptsächlich stehen aber Krankenanstalten nicht in der Trägerschaft des Bundes, sondern sind Ländern oder Gemeinden zuzurechnen, oder stehen in der Trägerschaft Privater. Damit ergibt sich nicht nur bei privaten rechtlichen Trägern, sondern auch bei Krankenanstaltenträgern anderer Gebietskörperschaften als des Bundes ein Problem, denn nach dem der Bundesverfassung immanenten bundesstaatlichen Prinzip ist auf Grund der organisatorischen Trennung der Vollzugsbereiche von Bund und Ländern ein Weisungszusammenhang von Bundesorganen zu Landesorganen ausgeschlossen¹²⁶. Es ist auch zu berücksichtigen, dass der Betrieb und die Führung, sowie die Aufnahme und Behandlung von Personen, in Krankenanstalten in der Trägerschaft von Gebietskörperschaften, wie oben bereits ausgeführt, der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen ist. Die Privatwirtschaftsverwaltung der Länder fällt innerhalb der nach den landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen dafür zuständigen Landesregierung in den Verantwortungsbereich der durch Geschäftsordnung mit dem entsprechenden Ressort betrauten Landesräte. Dem korrespondierend liegt auch

125) VfSlg 16400/2001.

126) *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 205 ff; Anm: Einen verbandsüberschreitenden Weisungszusammenhang stellt die mittelbare Bundesverwaltung nach Art 103 Abs 1 B-VG dar.

die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei den Landesräten. Soweit Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnisse der LReg als Kollegialorgan bleiben, steht in der Regel dem Landeshauptmann als funktionelles Landesorgan die Vertretungsbefugnis zu¹²⁷.

Die Organe handeln funktionell als Landesorgane, und sind organisatorisch in die Verwaltung des Landes eingegliedert. Art 103 Abs 1 sieht vor, dass dem mit der Vollziehung der mittelbaren Bundesverwaltung betrauten Landeshauptmann (dann funktionell ein Bundesorgan) die ihm unterstellten Landesbehörden als Bundesbehörden tätig werden. Das sind die eingerichteten BVB's und die gemäß Art 15 Abs 1 B-VG durch Landesgesetz dem Landeshauptmann unterstellten Landesverwaltungsbehörden. Zur Vollziehung von Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung erfolgt durch die obersten Organe der ausübenden Gebietskörperschaften¹²⁸, also im Bereich der Länder durch die Landesregierung, bzw. den für das Gesundheitswesen zuständigen Landesrat.

Die Führung des Betriebs von Krankenanstalten in der Trägerschaft des Landes steht daher nicht dem Landeshauptmann in seiner Eigenschaft als Träger der mittelbaren Bundesverwaltung zu. Damit ist auch der notwendige Weisungszusammenhang mit dem zur Vollziehung der seuchenrechtlichen Vorschriften berufenen Bundesorgan nicht gegeben. Die Vollziehung von seuchenrechtlichen Maßnahmen in Krankenanstalten der Länder kann daher auch hier nur auf dem Wege der Beleihung, wie bei privaten oder privatrechtlich organisierten Krankenanstaltenträgern erfolgen.

Privatrechtlich organisierte Rechtsträger von Krankenanstalten müssen durch das (Bundes-) Gesetz mit Hoheitsbefugnissen beliehen werden. Private Rechtsträger

127) *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 176.

128) *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, Rz 292 ff.

unterliegen den Vorschriften der Landes-KAG's, und sind nach Verleihung des Öffentlichkeitsrechts gesetzlich zur Aufnahme von behördlich eingewiesenen Personen verpflichtet, fallen aber nicht in den Bereich der öffentlichen Verwaltung der Länder. Die rechtliche Selbständigkeit als „Privater“ entspricht jener von natürlichen Personen, die als Beliehene mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet werden, wie beispielsweise die Epidemieärzte nach § 27 Abs 1 EpG, oder Naturschutzwacheorgane¹²⁸.

Kritisch wird allerdings in der Literatur angemerkt¹²⁹, dass eben Beleihung einen mit Art 20 B-VG vergleichbaren Weisungszusammenhang mit obersten Organen verlangt. Da das Gesundheitswesen durch den Bund, in mittelbarer Bundesverwaltung, vollzogen wird, und die Krankenanstalten selten in der Trägerschaft des Bundes stehen, sondern vielmehr durch andere staatliche Träger (Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände) oder private Rechtsträger betrieben werden, und nach Meinung des VfGH¹³⁰ und der überwiegenden Lehre der Art 20 B-VG nicht unmittelbar anwendbar ist, besteht auch kein unmittelbarer Weisungszusammenhang. Allenfalls kann man in § 7 Abs 3 EpG und §§ 10,11 TbG eine „Mitsprache“ staatlicher Behörden bei zwangsweiser Behandlung erkennen, weil die BVB den Krankenanstaltenträgern konkrete Weisungen hinsichtlich der Zwangsbehandlung einzelner Patienten erteilen kann¹³¹.

Die Ermächtigung der Krankenanstalt folgt aus dem entsprechenden Seuchengesetz, für dessen Vollziehung der BMG zuständig ist. Die Beleihung und der Weisungszusammenhang werden wohl in den betreffenden Seuchengesetzen nicht individualisiert dargestellt, jedoch liegt der Zweck der Beleihung innerhalb der Grenzen, die sich der VfGH selbst gesteckt hatte, weil die Beleihung von privaten oder privat-rechtlich organisierten Krankenanstaltenträgern mit Hoheitsgewalt sachlich und effizient ist, denn es werden vorhandene Ressourcen

128) *Bachmann et al*, Besonderes Verwaltungsrecht, 405.

129) für alle: *Stöger*, Krankenanstaltenrecht, 599 ff.

130) VfSlg 16400/2001.

131) *Stöger*, Krankenanstaltenrecht, 600.

für behördliche Aufgaben genutzt, die auch bereits einfachgesetzlich in den Landes-KAG's mit dem geregelten Aufnahmewang für behördlich eingewiesene Personen verankert sind. Darüber hinaus werden bloß einzelne, abgegrenzte Aufgaben, nämlich die Aufrechterhaltung einer zwangsweisen behördlich verfügten Anhaltung in der Krankenanstalt, oder einzelne Aufgaben von Fachärzten der Krankenanstalt übertragen. Angesichts der in den Seuchengesetzen fehlenden, aber vom VfGH geforderten einfachgesetzlich vorgesehenen Weisungsbefugnis des obersten Organs zum mit hoheitlichen Aufgaben Beliehenen, und der ebenfalls vom VfGH und der Lehre abgelehnten unmittelbaren Geltung des Art 20 B-VG muss allerdings festgestellt werden, dass die Übertragung von hoheitlichen Befugnissen an Träger von Krankenanstalten in der im EpG, TbG und GeschlechtskrankheitenG festgelegten Form verfassungswidrig ist.

Stöger stellt jedoch, in seiner die Beleihung von Krankenanstalten mit Hoheitsbefugnissen betreffenden, Beurteilung zutreffend fest, dass die konkrete Ausgestaltung der Bestimmungen wohl bis zu einem verfassungsgerichtlichen Erkenntnis Bestand hat, und es auf Grund der derzeit geringen praktischen Bedeutung des Seuchenrechts es auch durchaus möglich sei, dass es wie bisher zu keiner verfassungsgerichtlichen Überprüfung kommen wird¹³².

132) Stöger, Krankenanstaltenrecht, 603 f.

6. Sonderbestimmungen des Arzneimittelgesetzes

Eine Epidemie oder Pandemie kann erforderlich machen, dass, vor allem bei Auftreten „exotischer“ Krankheiten, die Versorgung der Krankenanstalten und der Bevölkerung mit Arzneyspezialitäten sichergestellt werden muss. Das Arzneimittelgesetz (AMG) sieht bereits als Ausnahmetatbestand für die Notwendigkeit der Zulassung von Arzneyspezialitäten in § 8 Abs 1 Z 4 vor, dass im Falle der Vorbeugung oder im Zusammenhang mit einer von einer Katastrophe (z.B. Epidemie oder Pandemie) ausgehenden Gefahrensituation von der Zulassungsnotwendigkeit abgesehen wird, wenn der Erfolg mit einer zugelassenen und verfügbaren Arzneyspezialität nach dem Stand der Wissenschaft nicht erreicht werden kann.

Darüber hinaus ist nach § 8 Abs 1 Z 2 AMG jeder zur selbständigen Berufsausübung berechnigte Arzt befugt, Arzneyspezialitäten ohne Zulassung zur Behandlung zu verwenden, wenn diese Arzneien zur Abwehr einer Lebensbedrohung oder schweren gesundheitlichen Schädigung dringend benötigt wird, und der Erfolg mit einer zugelassenen und verfügbaren Arzneyspezialität nach dem Stand der Wissenschaft nicht erreicht werden kann (off label use).

Eine besondere Bestimmung findet sich in § 94d AMG, die als Sonderbestimmung im Zusammenhang mit Krisensituationen eine umfassende Verordnungsermächtigung des BMG bietet, die ihm ermöglicht, Ausnahmen über weite Teile des AMG per Verordnung festzusetzen, soweit und solange dies auf Grund der besonderen Situation erforderlich ist. Der Umfang der Ermächtigung zur Formulierung von Ausnahmen umfasst:

- § 4 AMG: Regelungen zum in Verkehr bringen von Arzneyspezialitäten, z.B. die Haltbarkeit betreffend
- den gesamten II. Abschnitt des AMG: Zulassung, Registrierung, Kennzeichnung, Vertrieb von Arzneimitteln
- den gesamten VI. Abschnitt des AMG: Abgabe von Arzneimitteln
- den gesamten VII. Abschnitt des AMG: Betriebsvorschriften für produzierende, kontrollierende, oder in Verkehr bringende Betriebe

Die Geltungsdauer der Ausnahmen, die per Verordnung getroffen werde, ist mit sechs Monaten begrenzt.

Eine vergleichbare Verordnungsermächtigung des BMG findet sich in § 9a Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002 ebenfalls mit einer Verfallsfrist von 6 Monaten ab Erlassung der Verordnung.

Nach Art 18 Abs 2 B-VG kann jede Verwaltungsbehörde auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungskreises Verordnungen erlassen. Das bedeutet, dass die befugte Behörde auf Grundlage des Art 18 Abs 2 B-VG bloße Durchführungsverordnungen, im Sinne der Konkretisierung bestehender gesetzlicher Regelungen, erlassen darf¹³³. Die Verordnungsermächtigung des § 94d AMG stellt aber die Möglichkeit zur Änderung des Gesetzes dar, in dem es zusätzliche, im Wortlaut des § 94d nicht ausreichend determinierte Ausnahmen zur bestehenden Rechtslage zulässt, denn die Eingriffsmöglichkeit des BMG erstreckt sich auf wesentliche Vorschriften und Abschnitte des Gesetzes. Darüber hinaus dürfen keine neuen Lasten für die Rechtsunterworfenen geschaffen werden. Der § 94d geht weit über die Grenze des Art 18 Abs 2 B-VG hinaus, weil die Ermächtigung nicht nur bloße Konkretisierung bedeutet, sondern auch eine Ermächtigung zur Gesetzgebung beinhaltet, und somit im Widerspruch zum gewaltenteilenden Prinzip der Bundesverfassung steht. Die Bestimmung ist daher als verfassungswidrig zu sehen.

Besondere Brisanz erhalten die beiden Verordnungsermächtigungen auch durch die Überlegung, dass der BMG nach der 6-Monatsfrist, die ein automatisches Außer-Kraft-Treten der Verordnung bewirkt, bereits am nächsten Tag wieder eine Verordnung mit sechsmonatiger Gültigkeit erlassen kann.

133) *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 815.

7. Kostentragung von Behandlungsmaßnahmen in der KA

7.1. Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung

Von den insgesamt 266 Krankenanstalten in Österreich werden 132 (Stand per 01.01.2010) öffentliche allgemeine und Sonderkrankenanstalten (nach § 2 Abs 1 Z 1 und 2 KAKuG)¹³⁴, und private gemeinnützige allgemeine Krankenanstalten (nach § 2 Abs 1 Z 1 KAKuG) als Fondskrankenanstalten aus öffentlichen Mitteln finanziert¹³⁵. Auf Basis eines Gliedstaatsvertrags nach Art 15a B-VG wird die Spitalsfinanzierung zwischen Bund und Ländern geregelt. Wie bereits oben beschrieben, ist der Einfluss des Bundes auf das Spitalswesen weitestgehend auf die Grundsatzgesetzgebung nach Art 12 B-VG beschränkt. Die Finanzierung der Fondskrankenanstalten erfolgt über die neun Landesgesundheitsfonds, die über die Bundesgesundheitsagentur mit Mitteln des Bundes, mit Zahlungen der Sozialversicherungsträger, und aus Beiträgen der Länder und Gemeinden gespeist werden.

Das System der leistungsorientierten Krankenanstaltenfinanzierung (LKF-System) erlaubt, auf Basis von Diagnosefallgruppen, eine auf dem tatsächlichen Leistungsgeschehen in den Krankenanstalten basierende Abrechnung¹³⁶. Ziel des LKF-Systems gegenüber dem früher angewandten System der Abrechnung nach Tagessätzen, ist u.a. eine höhere Kosten- und Leistungseffizienz durch Optimierung des Ressourceneinsatzes und der Krankenhausaufenthaltsdauer und der Aufenthaltshäufigkeit, sowie durch die einheitliche Dokumentation der Diagnosen und Leistungen auch die Erfassung von Daten für die weitere Planung und Steuerung der künftigen gesundheitspolitischen Maßnahmen¹³⁷.

Nachdem das LKF-System im März 1996 für die Dauer von 1997 bis 2000 erstmals verpflichtend eingeführt wurde, beschloss man die Fortführung des Systems von

134) Stöger, Krankenanstaltenrecht, 57.

135) BMG, Leistungsorientierte Krankenanstalten-Finanzierung – Systembeschreibung, 5.

136) BMG, Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung – Systembeschreibung, 7.

137) BMG, Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung – Systembeschreibung, 8.

2001 bis 2004, prolongiert für die Jahre 2005 bis 2008. Die derzeitige rechtliche Basis schafft die Art 15a-Vereinbarung mit einer Geltungsdauer von 2008 bis 2013¹³⁸.

Der Titel lautet wörtlich „Vereinbarung gemäß Art. 15 a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens“, in der derzeit gültigen Fassung vom 28.03.2008. Diese Vereinbarung beinhaltet nicht nur die Regelungen für die Finanzierung der Leistungen der Fondkrankenanstalten, sondern auch die gesamte Planung der österreichischen Gesundheitsversorgung über den Österreichischen Strukturplan Gesundheit (ÖSG 2008). Der derzeit geltende ÖSG 2008 wurde von der Bundesgesundheitskommission (per Beschluss vom 06.03.2009) im Auftrag der Bundesgesundheitsagentur erarbeitet. Neben der fachbereichsspezifischen Versorgung und der bundesweit flächendeckenden Planung von Spitalsbetten ist auch die Planung der Verfügbarkeit von Großgeräten mit dem Großgeräteplan enthalten. Bemerkenswert ist auch, dass die geltende 15a-Vereinbarung in Art. 7 (Gesundheitstelematik und elektronische Gesundheitsakte) auch zukunftsorientiert eine Automatisierung der Daten von Krankenanstalten und Patienten als Zielsetzung vorsieht.

7.2. Abgangsdeckung

Trotz des LKF-Systems kann eine Krankenanstalt ein negatives Betriebsergebnis aufweisen, vor allem dann, wenn der tatsächliche Aufwand für die Behandlung und Pflege der Patienten mittels der durch die verrechneten Punkte des LKF-Systems erfolgten Zahlung nicht gedeckt werden kann. In § 18 KAKuG wird die Sicherstellung der öffentlichen Krankenanstaltspflege normiert, in § 35 Abs 1 KAKuG ist darüber hinaus eine Betriebspflicht, im Sinne einer ununterbrochenen Aufrechterhaltung des Betriebes, einer jeden öffentlichen Krankenanstalt vorgeschrieben. Die Verpflichtung zum dauernden Betrieb trifft den Rechtsträger der Krankenanstalt.

138) BMG, Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung – Systembeschreibung, 19.

Es liegt auf der Hand, dass bei Ausgaben, die die Einnahmen übersteigen, irgendwann Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens vorliegt. Da es im allgemeinen (gesundheitpolitischen) Interesse liegt, dass die Bevölkerung ausreichend mit medizinischen Leistungen in Krankenanstalten versorgt wird, und die Schließung von Spitälern diesbezüglich kontraproduktiv wäre, sieht das KAKuG in § 34 vor, dass die Differenz zwischen Betriebs- und Erhaltungskosten, und den Einnahmen zumindest zur Hälfte des Fehlbetrages vom Rechtsträger der Krankenanstalt, vom Beitragsbezirk (lt. § 33 KAKuG jenes Gebiet, für dessen Bevölkerung das Spital vorgesehen ist) und vom jeweiligen Bundesland zu tragen ist. In den Genuss der gesetzlichen Abgangsdeckung kommen allerdings nur jene Krankenanstalten, denen das Öffentlichkeitsrecht verliehen wurde. Die grundlegende Frage ist allerdings, ob öffentliche Krankenanstalten durch die Abgangsdeckung, gegenüber von Krankenanstalten, die nicht in den Genuss von Ausgleichszahlungen, zumindest teilweise durch die öffentliche Hand, kommen, ein nach EU-Recht verpönter Wettbewerbsvorteil erwächst. Zieht man die Betriebspflicht, den Aufnahmewang, die Preisregelung (gesetzlich festgelegte Behandlungstarife) und das öffentliche Interesse mit in die Überlegungen ein, so kommt man zum Schluss, dass die Deckung des Abgangs von Krankenanstalten konform mit EU-Recht und -Judikatur zu sehen ist¹³⁹.

Im Kontext mit dem Österreichischen Strukturplan Gesundheit und dem Großgeräteplan trägt dieses Konzept, dazu bei, einen hohen Standard in der heimischen Medizin aufrecht zu erhalten. Ungeachtet eventueller betriebswirtschaftlich zwingender Gründe, Anschaffungen einer Prüfung unterziehen zu müssen, soll die Versorgung mit medizinischen Leistungen nach der Notwendigkeit und nicht nach der Rentabilität erfolgen.

139) Stöger, Krankenanstaltenrecht S 290 ff.

7.3. Regelungen des Seuchenrechts

7.3.1. *Epidemiegesetz*

Das Epidemiegesetz regelt auch den Kostenersatz für die durch behördliche Anordnung zu treffenden Maßnahmen. In § 36 Abs 1 EpG ist ua die Beschreitung der Kosten aus dem Bundesschatz für die Untersuchung in staatlichen Untersuchungsanstalten (lit b leg cit), und die Überwachung und Absonderung ansteckungsverdächtiger Personen (lit d leg cit) festgehalten. Die Übernahme von Kosten der zwangsweisen Anhaltung von Personen in Krankenanstalten durch den Bund erfolgt nur dann, wenn nach § 17 Abs 1 EpG iVm § 3 AbsonderungsV die Absonderung in einer Krankenanstalt als zweckmäßig anzusehen ist. Begeben sich Personen, die mit einer nach dem EpG meldepflichtigen Krankheit infiziert sind, freiwillig in Behandlung und Anstaltspflege und weisen wegen der Infektion eine Gesundheitsstörung von Krankheitwert auf, die Anstaltspflege erforderlich macht, erfolgt die Aufnahme nicht auf Grund behördlicher Verfügung. Daher unterliegt die Aufnahme und Behandlung, ungeachtet der trotzdem evidenten Meldepflicht des Anstaltsträgers an die BVB, mangels behördlicher Inanspruchnahme der Krankenanstalt, keinesfalls den Kostentragungsregeln des EpG.

7.3.2. *Tuberkulosegesetz*

Das Tuberkulosegesetz hält in § 37 Abs 1 TbG fest, dass der Bund die Kosten für die Behandlung trägt, solange beim Erkrankten ein sicheres Aktivitätszeichen vorliegt. Aber im § 38 Abs 2 TbG wird bereits relativiert, dass im Falle einer nachträglich bekannt gewordenen Sozialversicherung, dem Bund ein Regress gegen den Sozialversicherungsträger im Ausmaß der Sozialversicherungsleistung zusteht. In Abs 3 leg cit ist überhaupt eine Subsidiaritätsklausel normiert, für den Fall, dass dem Patienten a priori eine Leistung eines Sozialversicherungsträgers, einer Krankenanstalt oder einer privaten Krankenversicherung zusteht. Abgesehen davon würde der Bund nach § 39 Abs 2 TbG sowieso nur die Kosten für einen Aufenthalt von höchstens 21 Tagen in einer Krankenanstalt übernehmen,

und auch nur dann, wenn dieser Aufenthalt von einer Bezirksverwaltungsbehörde angeordnet wurde. § 45 Abs 1 und 3 TbG halten fest, dass auf Antrag des Erkrankten oder eines seiner Familienangehörigen oder von Amts wegen eine Kostenübernahme (durch den Bund) zu gewähren ist. In einem frühen Erkenntnis des VfGH zum damaligen Entwurf des TbG¹⁴⁰ wird festgestellt, dass „nicht nur ein allgemeines menschliches Interesse besteht, die erkrankte Person von Ihrer Krankheit zu befreien und ihnen zu diesem Zweck Hilfe zu gewähren, sondern es sei auch ein allgemeines sanitäres Interesse, den Infektionsherd, den jede erkrankte Person darstellt, zum Schutze der Gesundheit aller Bevölkerungskreise als Gefahrenquelle zu beseitigen und daher auch die finanziellen Mittel hierfür bereitzustellen, wenn der Erkrankte nicht in der Lage sei, hierfür selbst zu sorgen“.

7.3.31. Geschlechtskrankheitengesetz

Eine besondere Regelung trifft das **Geschlechtskrankheitengesetz**, weil es von vornherein die Kostenbestreitung an Statt durch den Bund, dem Sozialversicherungsträger, und falls nicht versichert, dem örtlichen Fürsorgeverband auferlegt (§ 10 GeschlechtskrankheitenG).

Völlig gesondert zu betrachten ist das AIDS-G. Im AIDS-G selbst sind keine Vorschriften vorhanden, die, außer Zuschüsse für bestimmte Einrichtung, eine Kostentragungspflicht des Bundes für die Behandlung AIDS-Infizierter vorschreibt. Es ist daher davon auszugehen, dass diesbezügliche Behandlungs- und Pflegekosten den üblichen Kostentragungsregeln anheim fallen.

7.3.4. Konklusion

Angesichts der Regelungen zur Kostenbestreitung im Seuchenrecht ist zu erkennen, dass Tuberkulose, Geschlechtskrankheiten und AIDS vom Gesetzgeber als Krankheiten eingestuft werden, die, so wie Herz-Kreislaufkrankungen, jedermann treffen können, und daher im Normalfall unter das Regime der

140) VfSlg 4609/1963 in VfSlg 9520, 30.09.1982.

üblichen Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen fallen. Schon § 22 Abs 4 KAKuG (Aufnahmepflicht öffentlicher Krankenanstalten für behördlich eingewiesene Personen) ist zu unterstellen, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, die Kosten für den Aufenthalt von zwangseingewiesenen Personen den auch sonst anzuwendenden Kostentragungsregeln (LKF, Abgangsdeckung) zu unterwerfen. Hingegen regelt das Epidemiegesetz die alleinige Kostentragung hoheitlich verfügter Maßnahmen durch den Bund. Es ist also eine Abgrenzung von Krankheiten zu erkennen, die unbeeinflussbar und unmittelbar große Teile der Bevölkerung treffen können, und deren Gefährlichkeit sich in der spontanen Übertragbarkeit und der Anzahl der Infizierten zeigen kann. Falls sich Personen, die befürchten infiziert zu sein, und tatsächlich erkrankt sind, freiwillig in Anstaltsbehandlung und -pflege begeben, wird wie bei allen anderen Erkrankungen das übliche System der Finanzierung von Gesundheitsleistungen zur Bestreitung der Kosten angehalten sein.

8. Krankenhaushygiene und Quarantäne

8.1. Krankenhaushygiene

Für jede Krankenanstalt ist nach § 8a KAKuG für die Wahrung der Belange der Hygiene ein Facharzt für Hygiene und Mikrobiologie, oder ein sonst fachlich geeigneter, zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Arzt zu bestellen. Darüber hinaus ist in bettenführenden Anstalten auch ein Hygieneteam zu bilden, in dem weitere ärztliche und nicht-ärztliche Fachkräfte neben der Erkennung, Überwachung Verhütung und Bekämpfung von Infektionen und der Gesunderhaltung ua einen Hygieneplan zu erstellen haben.

Primär hat die Vorschrift die Vermeidung von nosokomialen Infektionen zum Ziel. Nosokomiale Infektionen sind Infektionen, an denen ein Patient durch Ansteckung mit meist banalen Erregern, übertragen meist durch mangelnde Hygiene, bautechnische Mängel oder durch Klimaanlage, in der Krankenanstalt erkrankt. Immerhin tragen diese Infektionen in 3-4% der Todesfälle in Krankenanstalten zum lethalen Ausgang bei, 1% der Todesfälle ist überhaupt direkt auf nosokomiale

Infektionen zurückzuführen. Deshalb ist auch wesentlicher Inhalt des § 8a KAKuG die entsprechende Überwachung von Fällen dieser Infektionen. Zum Zwecke der Überwachung darf die Krankenanstalt nach § 8a Abs 4a KAKuG auch indirekt personenbezogene Daten verarbeiten und weiterleiten.

Besondere Bedeutung erlangt die Krankenhaushygiene beim Auftreten von gefährlichen Infektionskrankheiten deren Weiterverbreitung durch die seuchenrechtlichen Vorschriften verhindert werden soll. Zu diesen seuchenrechtlichen Vorschriften ist auch, wie bereits oben beschrieben, die AbsonderungsV 1915 als Durchführungsverordnung des EpG 1913, wiederverlautbart als EpG 1950 zu zählen. Bei angeordneter Absonderung in einer Krankenanstalt sind jedenfalls jene Maßnahmen beachtlich, die in den §§ 3, 5, 6, 7 und 9 AbsonderungsV festgelegt sind. Dazu gehört ua die Unterbringung in einer Isoliereinrichtung oder einem geeigneten Isolierraum, und die Regelung des Zutritts des ärztlichen Personals und des Pflegepersonals zum Kranken.

Der Krankenhaushygiene kommt deshalb auch schon besondere Bedeutung zu, weil uU eine Missachtung gebotener Regeln, auch in Verbindung mit den gleich unten erwähnten Quarantänemaßnahmen, zur gerichtlichen Strafbarkeit des einzelnen Arztes, oder des Krankenanstaltenträgers nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), auf Grundlage des Fahrlässigkeitstatbestandes des § 179 StGB (Gefährdung durch übertragbare Krankheiten) führen kann.

8.2. Quarantänemaßnahmen (Absonderung)

In einem Informationsblatt des BMG vom August 2003 werden Hygienemaßnahmen bei schwerem akuten respiratorischen Syndrom (SARS), welches ebenso der Anzeigepflicht nach § 1 Abs 1 Z 1 EpG unterliegt, beschrieben¹⁴¹. Demnach müssen alle verdächtigen Patienten unverzüglich isoliert

141) BMG, Hygienemaßnahmen bei schwerem akutem respiratorischen Syndrom,
<http://www.bmgfj.gv.at/cms/site/attachments/2/6/9/CH0742/CMS1065170991715/sars-richtlinie.pdf>.

werden, entweder in Einzelzimmern mit negativem Innendruck (damit keine Erreger nach außen in den allgemeinen Bereich gelangen können), oder zumindest in Einzelzimmern mit eigener Nasszelle und WC, oder in Zimmern in einem eigenen Trakt mit gemeinschaftlichen Sanitäreinrichtungen. Eine wichtige Position nimmt auch der Personalschutz ein. So ist abgesehen von Schutzmaßnahmen hinsichtlich Mundschutz, Augenschutz, Schutzbekleidung, bis hin zur Handdesinfektion, auch beschrieben, dass Krankenanstaltenpersonal, das einen SARS-Verdachtsfall pflegt, im selben Dienst keine anderen Patienten pflegen darf. Allerdings kommt den Standard-Prozeduren der Krankenhaushygiene bis zum Erkennen von gefährlichen Infektionskrankheiten deshalb schon große Bedeutung zu, um das Risiko einer ungewollten Weiterverbreitung der Krankheit zu minimieren. Ähnliche Maßnahmen finden sich auch im bereits oben erwähnten Influenza-Pandemieplan des BMG, und beispielsweise auch im Influenza-Pandemieplan der Stadt Wien.

Durch § 7 Abs 1 EpG wird der BMG ermächtigt, jene anzeigepflichtigen Krankheiten zu bezeichnen, die eine Absonderung der betroffenen Personen erfordert. Die AbsonderungsV trägt dieser Verordnungsermächtigung Rechnung, und wurde auch durch manche Änderung, vor allem in der zweiten Republik, den Anpassungsnotwendigkeiten gerecht. Zuletzt wurde die Verordnung wegen der Gefahr des Vogelgrippevirus (A/H5N1) geändert¹⁴². Es versteht sich, schon alleine wegen § 179 StGB (fahrlässige Gefährdung durch übertragbare Krankheiten) von selbst, dass je nach Gefährlichkeit der Infektionskrankheit geeignete Maßnahmen innerhalb der Krankenanstalt zu ergreifen sind, auch wenn die entsprechenden Maßnahmen nicht detailliert in der Absonderungsverordnung festgehalten wären.

142) BGBl. II Nr. 10/2006.

E. Zwangsmaßnahmen in der Krankenanstalt

1. Zwangsweise Einweisung in die Krankenanstalt

Begibt sich ein anstaltsbedürftiger Mensch, oder ein unabweisbarer Kranker, freiwillig in eine Krankenanstalt, ist die Rechtsbeziehung zivilrechtlich durch den Krankenhausaufnahmevertrag determiniert. Das EpG, das TbG und das GeschlechtskrankheitenG sehen die zwangsweise Anhaltung von Kranken und der Krankheit verdächtiger Personen in Krankenanstalten¹⁴² vor. Es kommt dann nicht mehr auf einen zivilvertragsrechtlichen Konsens zwischen Krankenanstaltenträger und Patienten an. Wird eine Person auf Grundlage der sanitätspolizeilichen Vorschriften durch hoheitlichen Befehl in die Krankenanstalt eingewiesen und dort zwangsweise angehalten, besteht nur mehr ein öffentlich-rechtliches Verhältnis¹⁴³ zwischen Patient und Krankenanstalt, und der Krankenanstaltenträger ist als mit hoheitlicher Gewalt Beliehener anzusehen¹⁴⁴. In der Literatur ist bereits der Aspekt der zwangsweisen Unterbringung psychisch Kranker nach dem Unterbringungsgesetz (UbG 1990)¹⁴⁵ in psychiatrischen Krankenanstalten oder psychiatrischen Abteilungen und Krankenanstalten durch *Kopetzki*¹⁴⁶ behandelt worden (siehe auch weiter unten).

Das Seuchenrecht regelt die Absonderung und Zwangsbehandlung von Personen, bei denen der Verdacht oder bereits der Manifestation einer gefährlichen Infektionskrankheit besteht. Wird der Mensch gegen seinen Willen in einer Krankenanstalt angehalten und dort zwangsweise behandelt, wird in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte eingegriffen,

- in das Recht auf persönliche Freiheit (PersFrG, EMRK, EU-Grundrechtecharta), und

142) § 7 EpG und § 14 TbG unterscheiden nicht nach privaten oder öffentlichen Krankenanstalten, hingegen soll die zwangsweise Behandlung nach § 6 GeschlechtskrankheitenG nur in öffentlichen Krankenanstalten erfolgen.

143) *Stöger*, Krankenanstaltenrecht, 594 ff; Der OGH bejaht in mehreren Entscheidungen Amtshaftung bei Schädigung von zwangseingewiesenen und zwangsbehandelten Personen auf Grund hoheitlicher Vollziehung der Gesetze (vgl OGH 22.06.1994, 1Ob4/94).

144) VfSlg 16929/2003 – sinngemäß: Zwangsmaßnahmen nach dem EpG und dem TbG sind hoheitlich zu sehen und gehören zum Kernbereich sanitätspolizeilicher Maßnahmen.

145) BGBl 155/1990 idF BGBl I 18/2010.

146) *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I, 173 ff.

- in das Recht auf Schutz der Privatsphäre, im Sinne des Rechtes der Verfügung über den eigenen Körper (EMRK, EU-Grundrechtecharta).

Im Gegensatz zum UbG wurden in jenen Gesetzen und Verordnungen, welche die Verhinderung der Verbreitung von gefährlichen Infektionskrankheiten zum Ziel haben, die Kriterien der Einweisung eines mutmaßlich oder tatsächlich Infizierten in eine Krankenanstalt vorgeschrieben, aber keine Regelungen über einen im Einklang mit Verfassungsrecht stehenden wirksamen und unmittelbaren Rechtsschutz getroffen.

In der Annahme, dass der Rechtsunterworfene eine urteilsfähige, vernünftige und einsichtsfähige Person ist, muss es bei an einer gefährlichen übertragbaren Krankheit möglicherweise infizierten Person genügen, ihr dringend nahe zu legen, sich in anstaltliche Pflege zu begeben. Diese, als gelindestes Mittel anzusehende Aufforderung, sich in stationäre, ärztliche Behandlung zu begeben, kann als schlicht hoheitliches Handeln angesehen werden. Schlicht hoheitliches Handeln ist ein nicht normatives Verwaltungshandeln, und somit nicht als Rechtsakt zu qualifizieren, obwohl es bereits im Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung erfolgt. Belehren, beraten oder sogar mahnen sind nicht als hoheitlicher Akt zu sehen. Erst wenn dieses „unterschwellige“ Handeln nicht zum Ziel führt, kommt es zur Setzung von Hoheitsakten¹⁴⁷. Daraus folgt, dass der bloße Rat oder das Nahelegen, sich in anstaltliche Pflege zu begeben, nicht schon die Rechtsfolgen der Seuchengesetze auslöst, z.B. auch die Folge der Kostenübernahme von Behandlungs- oder Anhaltungsmaßnahmen durch den Bund auf Grund behördlicher Anordnung. Wenn kein (normativer) hoheitlicher Akt die Einweisung der Person in die Krankenanstalt bewirkt, liegt auch keine Beleihe der Krankenanstalt vor. An sich braucht es auch keines weiteren behördlichen Rechtsakts gegenüber einer öffentlichen gemeinnützigen Krankenanstalt, um den Ansteckungsverdächtigen dort aufzunehmen, denn ein potentiell an einer gefährlichen Infektion Erkrankter muss schon grundsätzlich als zumindest anstaltsbedürftig gelten. Sollten die

¹⁴⁷) *Raschauer*, Verwaltungsrecht, Rz 729.

Betten der allgemeinen Klasse belegt sein, und/oder keine geeigneten Sicherheitszonen existieren, kann die BVB per Bescheid verfügen, dass der Verdächtige aufgenommen werden muss, und eine geeignete Absonderung vorgenommen wird (§ 3 AbsonderungsV). Als unabweisbar gilt der Kranke dann, wenn die Infektion nachweisbar ist, und lebensbedrohliche oder gesundheitsschädliche Ausmaße angenommen hat. Dann hat die Krankenanstalt den Patienten jedenfalls aufzunehmen, nach § 22 Abs 2 und 4 KAKuG sogar, wenn entsprechende Einrichtungen (noch) nicht vorhanden sind. Wenn also ein unabweisbar Infizierter die Krankenanstalt aufsucht, muss also eine entsprechende räumliche Separation vorgenommen werden, bis, Transportfähigkeit des Kranken vorausgesetzt, andernorts entsprechende Einrichtungen verfügbar sind. Begibt sich die betreffende Person freiwillig in die Krankenanstalt, so ist davon auszugehen, dass zumindest bei Einhaltung der behördlichen Empfehlungen hinsichtlich der Behandlung der Krankheit, ein zivilrechtlicher Krankenhausaufnahmevertrag vorliegt. Alternativ zu dem auf Freiwilligkeit des einzelnen Betroffenen basierenden schlichten hoheitlichen Handeln kann die Behörde nach § 7 Abs 2 EpG mit Bescheid verfügen, dass der Kranke in eine vorderhand öffentliche gemeinnützige Krankenanstalt aufgenommen wird. Aus den bereits oben genannten Gründen (Aufnahmezwang) sind öffentliche gemeinnützige Krankenanstalten primär für behördliche Zwangseinweisungen heranzuziehen, weil schon aus § 22 Abs 4 letzter Satz KAKuG folgt, dass auf Grund von besonderen Vorschriften durch eine Behörde eingewiesene Patienten grundsätzlich als unabweisbar gelten.

1.1. Verfügung der Einweisung und Anhaltung per Bescheid

Die Verwaltungsbehörde äußert sich gegenüber dem Rechtsunterworfenen durch Erlassung eines Bescheids. Der Bescheid ist ein individueller und hoheitlicher Verwaltungsakt. Der Bescheid wird erlassen, weil zumindest der begründete Verdacht besteht, dass die Person an einer durch die Seuchengesetze beachtlichen Krankheit leidet, oder sich infiziert haben könnte. Für den Bescheid ist die durch die zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides bestehende Sach- und Rechtslage

wesentlich (§ 56 AVG). In concreto bedeutet dies, dass der Verdacht der Verbreitung, der Verdacht der Erkrankung, oder eine bereits manifestierte Erkrankung vorliegen muss.

Im Gegensatz zu Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt hat der Erlassung eines Bescheides ein Ermittlungsverfahren voranzugehen (§ 56 AVG¹⁴⁸), oder ist zumindest nachträglich durchzuführen (§ 57 Abs 2 und 3 AVG). Darüber hinaus sind der Inhalt und die Form des Bescheides in §§ 58 ff AVG vorgeschrieben. Grundsätzlich dürfen Bescheide, solange diese den Bescheid-Erfordernissen genügen, auch mündlich verkündet werden (§ 62 Abs 1-4 AVG). Notwendig ist dann jedenfalls die Beurkundung des mündlichen Bescheides in einer besonderen Niederschrift.

1.1.1. Mandatsbescheid

Im Zuge einer Epidemie oder Pandemie ist damit zu rechnen, dass eine große Anzahl von Infizierten in Krankenanstalten untergebracht werden müssen. Nach § 57 Abs 1 AVG kann die Behörde bei Gefahr im Verzug auch Bescheide ohne vorangehendem Ermittlungsverfahren erlassen, das sind sogenannte Mandatsbescheide. Gegen diese Bescheide kann nach § 57 Abs 2 AVG innerhalb von 2 Wochen Vorstellung als remonstratives Rechtsmittel erhoben werden. Das dann nachträglich durchzuführende Ermittlungsverfahren (§ 57 Abs 3 AVG) ist durch die zuständigen Amtsärzte durchzuführen, wobei die von Anstaltsärzten geführten Krankenakten und Befunde der Pfleglinge als Beweismittel im Ermittlungsverfahren gelten können.

1.1.2. Leistungsbescheid

Der Normalfall muss aber der Leistungsbescheid sein, der nach einem vorangegangenen Ermittlungsverfahren dem Rechtsunterworfenen, in unserem

¹⁴⁸) BGBl 51/1991 idF BGBl I 135/2009

Kontext dem zumindest mutmaßlich Infizierten, die Entscheidung der BVB mitteilt. Das Ermittlungsverfahren wird von der örtlich zuständigen BVB durch Amtsärzte (§ 5 Abs 1 EpG, § 5 Abs 1 GeschlechtskrankheitenG) durchgeführt¹⁴⁹. Der Bescheid, mit dem die zwangsweise Einweisung und Anhaltung einer Person in einer Krankenanstalt verfügt wird, darf nach dem Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG nur auf Basis der (Seuchen-) Gesetze erlassen werden. Grundlage für die Einweisung einer Person per Bescheid sind § 7 Abs 2 EpG und § 5 Abs 2 iVm § 6 Abs 1 GeschlechtskrankheitenG. Wird durch die Behörde ein Bescheid erlassen, stehen dem Rechtsunterworfenen Rechtsmittel zur Verfügung, um innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fristen den Bescheid zu bekämpfen.

1.1.3. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Berufung

Nach § 64 Abs 2 AVG kann allerdings die Behörde die an sich vorgesehene aufschiebende Wirkung einer Berufung gegen den Bescheid ausschließen, wenn die vorzeitige Vollstreckung vor allem im öffentlichen Wohl wegen Gefahr im Verzug geboten ist. Der Ausspruch des Ausschließens der aufschiebenden Wirkung ist bereits im Bescheidspruch aufzunehmen. In § 13 GeschlechtskrankheitenG ist festgehalten, dass der Berufung gegen Bescheide der BVB keine aufschiebende Wirkung zu kommt.

1.1.4. Rechtskraft des Bescheides

Einige der Krankheiten, die im EpG aufgezählt sind, bergen ungeheures Gefahrenpotential. Im TbG wird die Entscheidung der Behörde, den Kranken in eine Krankenanstalt einzuweisen, einer Zulässigkeitsprüfung im Außerstreitverfahren (Personensorge) durch das örtlich zuständige Bezirksgericht unterzogen (§§ 14 und 21 TbG). Ist ein Bescheid erlassen worden, und ist dieser Bescheid innerhalb der gesetzlichen Frist nicht bekämpft oder aufgehoben worden, so ist der Bescheid rechtskräftig geworden (formelle Rechtskraft), und

¹⁴⁹ Im Wirkungsbereich des TbG wird ebenfalls in § 6 TbG ein Ermittlungsverfahren angeordnet, im Gegensatz zum EpG und zum GeschlechtskrankheitenG erfolgt die Einweisung in eine Krankenanstalt jedoch auf Grundlage eines Beschlusses des örtlich zuständigen ordentlichen Gerichts (dazu jedoch weiter unten).

entfaltet Bindungswirkung für die Partei, also für die von der Zwangsmaßnahme betroffene Person, aber auch für die Behörde¹⁵⁰. Die Rechtskraft des Bescheides ist allerdings dennoch begrenzt. Der Bescheid gilt, im Sinne einer individuell konkreten Anordnung, nur für die Person(en), für die er erlassen wurde. Also endet die Bescheidwirkung jedenfalls mit dem Tod des/der Bescheidadressaten.

Eine wesentliche Änderung der Sachlage allerdings bewirkt eine Aufhebung der Bindungswirkung des erlassenen Bescheides. Die im Bescheid getroffene Erledigung bindet insofern nicht (mehr) und steht einer Entscheidung in dieser neuen Sache nicht entgegen¹⁵¹. Zu beachten ist, dass Vorstellungsbehörde und VwGH bloß zu kassatorischen Entscheidungen berufen sind, und daher auf Basis der Umstände, die zur Erlassung des Bescheides geführt hatten, entscheiden¹⁵². Der Einweisungsbescheid kann allerdings bereits selbst bestimmen, dass die Anhaltung zu beenden ist, wenn der Zweck der Maßnahme wegfällt.

In der Beilage zu § 9 der Absonderungsverordnung wird zweckmäßig angeordnet, dass die Absonderung mit der Genesung oder mit dem Ableben des Kranken, oder bei Krankheitsverdächtigen mit dem Schwinden des Verdachtes zu beenden ist, und durch den im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden Arzt aufzuheben ist. Nach § 24 Abs 1 KAKuG sind Pfleglinge, die der Anstaltspflege nicht mehr bedürfen, nach Untersuchung durch die Anstaltsärzte zu entlassen. In § 24 Abs 4 KAKuG erster Satz wird angeordnet, dass eine vorzeitige Entlassung des Pfleglings aus der Anstaltspflege Aufklärungs- und Dokumentationspflichten durch den behandelnden Arzt erfordert. Im zweiten Satz *leg cit* wird Bezug auf behördlich eingewiesene Pfleglinge genommen, nämlich dass die vorzeitige Entlassung (auf Wunsch des Pfleglings, der Angehörigen oder des gesetzlichen Vertreters) nicht zulässig ist. Man kann davon ausgehen, dass eine vorzeitige Entlassung nach

150) *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*, 217 f.

151) *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*, 221.

152) *Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Rz 945.

behördlicher Einweisung auch dann nicht gestattet wäre, wenn der Betroffene zwar schon gesund, aber der Bescheid noch in Kraft ist. Daraus folgt, dass eine Entlassung einer in einer Krankenanstalt auf Grund behördlicher Verfügung zwangsweise angehaltenen Person nur nach Anordnung durch die BVB erfolgen kann. Verlangt ein Pflegling, der sich freiwillig wegen einer dem Seuchenrecht unterstellten Infektionskrankheit in Anstaltspflege begeben hatte, die vorzeitige Entlassung, und besteht dadurch die Gefahr der Weiterverbreitung der Krankheit, so hat die BVB nachträglich die entsprechenden Zwangsmaßnahmen zu verfügen. Aufgrund der gesetzlichen Meldepflichten sollen ja auch Personen, die sich zwanglos in Behandlung begeben hatten, der BVB kenntlich sein.

Die Entscheidung, wann die Maßnahme zu beenden ist, oder eine alternative Maßnahme durchgeführt werden kann, wird im **GeschlechtskrankheitenG** vom hoheitlich beliehenen Anstaltsarzt als Organ des Rechtsträgers der Krankenanstalt getroffen. Das Gesetz ermächtigt hier also den Anstaltsarzt, den entsprechenden rechtssetzenden Hoheitsakt auszuführen.

Im **EpG** allerdings ist nicht geregelt, ob und wie ein Anstaltsarzt die Anhaltung beenden darf. Es ist aber davon auszugehen, dass die Behörde, die die Einweisung verfügt hatte, zumindest die Untersuchung der Unbedenklichkeit der Beendigung der Anhaltung dem Anstaltsarzt überlässt. Obwohl aber die Aufrechterhaltung der Zwangsanhaltung des Patienten durch die beliehenen Organe des Rechtsträgers der Krankenanstalt (= Anstaltsärzte) erfolgt, ist davon auszugehen, dass die Entscheidung, ob eine Person nicht mehr unter das Regime des EpG fällt, den Bezirksverwaltungsbehörden vorbehalten bleibt. Der Regelungskreis des EpG lässt, vor allem bei Auftreten gefährlicher Infektionskrankheiten, die Kompetenz zur Durchsetzung der Zwangsuntersuchung durchwegs im Bereich der Amtsärzte (§ 43 Abs 3, 4 EpG). In der Beilage zu § 9 AbsonderungsV ist ausdrücklich festgehalten, dass die Absonderung mit der Genesung oder mit dem Ableben des Kranken, oder bei Krankheitsverdächtigen mit dem Schwinden des Verdachtes zu beenden, und durch den im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden Arzt aufzuheben ist.

1.1.4. Sonderfall: Zulässigkeitsprüfung durch ein Gericht

Im **TbG** ist die Situation schon alleine deshalb differenzierter, weil hier, neben der ex ante - Zulässigkeitsprüfung nach den §§ 14 f TbG durch ein ordentliches Gericht, aber auch nach behördlicher Zwangseinweisung eines Kranken in eine Krankenanstalt bei Gefahr in Verzug eine Zulässigkeitsüberprüfung (ex post) durch ein ordentliches Gericht im außerstreitigen Verfahren (§ 21 Abs 2 TbG) gesetzlich vorgeschrieben ist. Ähnliche Regelungen finden sich im UbG, in dem selbst eine positive (ex post -) Zulässigkeitsentscheidung des Gerichts keine Bindung der über die Zwangsaufnahme eines psychisch Kranken in eine Anstalt entscheidenden mit Hoheitsgewalt beliehenen Ärzte erzeugt. Das Gericht ordnet, weder im TbG noch im UbG¹⁵³, die Unterbringung nicht an, sondern entscheidet über ihre Zulässigkeit. Nach § 17 TbG ist die Anhaltung unter den bereits oben beschriebenen Voraussetzungen unter bestimmten Fristen auf Antrag des Angehaltenen nach Gerichtsbeschluss zu beenden. Aus § 11 Abs 2 TbG kann man erkennen, dass der Leiter einer Krankenanstalt der BVB einen Bericht über Verlauf und Behandlung der Tuberkulose, bei Entlassung oder Tod des Kranken der im Sinne des TbG in Pflege stand, zu übermitteln hat. Ist der Kranke genesen, ändert sich auch hier die bescheidmäßige Sachlage. In § 52 TbG wird festgehalten, dass für Maßnahmen und Verfügungen, die Personen betreffen, die sich in Krankenanstalten befinden, die BVB zuständig ist, in deren Verwaltungsbereich sich die Anstalt befindet.

1.2. Einweisung in eine Krankenanstalt durch Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt?

Zuständig für die Anwendung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt sind im Allgemeinen die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes. Diese Befehls- und Zwangsgewalt darf nur ausgeübt werden,

153) Kopetzki, Unterbringungsrecht I, 170, 173.

wenn sie gesetzlich vorgesehen ist¹⁵⁴. Das Gesetz ordnet aber in manchen Fällen auch an, dass die Akte unmittelbarer verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) der Bestätigung durch einen nachfolgenden Bescheid bedürfen, widrigenfalls der noch fortwirkende AuvBZ rechtswidrig wird¹⁵⁵.

1.2.1. Verwaltungspolizei/Sicherheitspolizei

Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes schreiten nach der örtlichen Zurechnung als örtliche oder überörtliche Polizei ein, und nach der dem Akt zu Grunde liegenden Materie als Verwaltungs- oder Sicherheitspolizei. Die Polizeiorgane werden dann als Verwaltungspolizei tätig, wenn die Bekämpfung einer besonderen Gefahr das Ziel ist, die nur in einer bestimmten Verwaltungsmaterie auftritt, oder wenn sie zwar nicht auf eine einzelne Materie beschränkt ist, innerhalb der einzelnen Materien in für diese typischen Abarten auftritt. Maßnahmen der Staatsgewalt, die der Abwehr von Gefahren für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung dienen, gehören zur Sanitätspolizei¹⁵⁶ als Verwaltungspolizei. Überörtlich sind Angelegenheiten der Verwaltungs- oder Sicherheitspolizei dann, wenn sie nicht nur im zumindest überwiegenden Interesse der Gemeinde liegen, und auch geeignet sind, durch die Gemeinde in den örtlichen Grenzen besorgt zu werden. Es ist bei Anwendung seuchenrechtlicher Vorschriften durch die Gesundheitspolizei regelmäßig davon auszugehen, dass die berufenen Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes überörtlich einschreiten. Die Unterscheidung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes hinsichtlich ihres Einschreitens als Verwaltungs- oder Sicherheitspolizei ist deshalb beachtlich, weil insbesondere nach den §§ 33, 34 und 50 SPG¹⁵⁷ die Sicherheitspolizei bei der Abwehr allgemeiner Gefahren generell mit Befugnissen zur Anwendung von AuvBZ befugt ist.

154) *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 1044 f: vereinzelt finden sich in Materiengesetzen Ermächtigung der Zuständigen behörden (GewO, wr. BauO), uU auch durch „Verwaltungshelfer“ (WRG, StVO).

155) *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 1049: wird nach der AuvBZ ein entprechender Bescheid erlassen, ist der Akt kein AuvBZ mehr, und auch nicht mehr vor dem UVS anfechtbar.

156) VfSlg 3650/1959; ergänzend: Die Bekämpfung von allgemeinen Gefahren ist dagegen Sicherheitspolizei ... Alle Polizei die nicht Verwaltungspolizei ist, ist daher Sicherheitspolizei – mit Verweis auf VfSlg 3201/1957).

157) BGBl 1991/566 idF BGBl I 2008/4.

1.2.2. Sicherheitspolizeigesetz

Nach § 16 Abs 1 Z 1 SPG sind Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, Personen unmittelbar festzunehmen und anzuhalten, die durch einen geplanten oder gegenwärtigen Angriff ein geschütztes Rechtsgut bedrohen. Ein tatbestandsmäßiger gefährlicher Angriff liegt dann vor, wenn durch die Verwirklichung einer gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen wird, ein Rechtsgut bedroht wird. Ein tatbestandsmäßiger Angriff ergibt sich auch aus § 178 StGB¹⁵⁸ (vorsätzliche Gefährdung durch übertragbare, zumindest beschränkt meldepflichtige, Krankheiten unter Menschen), was allerdings zumindest voraussetzt, dass dem Betroffenen sein Zustand bewusst ist. Nach § 28a Abs 1 EpG sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes verpflichtet, die insbesondere zur Erhebung über das Auftreten (§ 5 EpG) und zur Verhütung und Bekämpfung (§ 6 EpG) der im Gesetz genannten Krankheiten, sowie zur Absonderung Kranker (§ 7 EpG) zuständigen Behörden und Organe, neben weiteren in der Bestimmung angeführten Maßnahmen, erforderlichenfalls unter Anwendung von Zwangsmitteln zu unterstützen. Die Androhung, dass die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erforderlichenfalls Zwangsmittel anwenden dürfen, erhellt noch nicht, ob ein AuvBZ gesetzt werden darf, denn die bloße zwangsweise Durchsetzung einer schon ergangenen behördlichen Entscheidung per Bescheid stellt keinen verfahrensfreien Akt dar. Zu unterscheiden ist daher, ob bereits zumindest ein Mandatsbescheid vorliegt, oder ob die Maßnahme vor einem seuchenrechtlichen Verfahren gesetzt wird, und daher ein AuvBZ vorliegt. Im gesamten EpG findet sich allerdings keine Ermächtigung der Behörden, unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Zwang ausüben zu dürfen. Nach § 51 EpG ist für die Vollziehung der BMG zuständig, für die Vollziehung des § 28a EpG ist das (organisatorische) Einvernehmen mit dem BM für Inneres herzustellen. Das heißt, dass auch die angeordnete Hilfestellung der Polizei ausschließlich auf Grundlage des EpG erfolgt, und daher das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes als Verwaltungspolizei erfolgt, und subsidiäre Tatbestände des SPG keine

158) BGBl. Nr. 60 /1974 idF BGBl. I Nr. 58/2010.

Anwendung finden. Denkbar ist jedoch, dass Maßnahmen der Organe der des öffentlichen Sicherheitsdienstes als Sicherheitspolizei im Rahmen der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht nach § 19 Abs 1 Z 1 SPG als AuvBZ zu qualifizieren sind, bevor die zuständige Verwaltungsbehörde noch Kenntnis von der konkreten Bedrohung erlangt, bzw. selbst tätig wird.

1.2.3. Amtshilfe

Im GeschlechtskrankheitenG und im TbG finden sich keine Bestimmungen zur Mitwirkung der Sicherheitsbehörden zur Unterstützung der Gesundheitsbehörde. Neben der bereits oben beschriebenen ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht ist denkbar, dass zur Durchsetzung von Entscheidungen die Sicherheitsbehörden auf dem Wege der Amtshilfe beigezogen werden können. Art 22 B-VG verpflichtet alle Organe des Bundes zur wechselseitigen Hilfeleistung (Amtshilfe) im Rahmen ihres gesetzlichen Wirkungsbereiches. Der Art 22 B-VG ist unmittelbar anwendbar, und bedarf keiner einfachgesetzlichen Ausführung¹⁵⁹. Im GeschlechtskrankheitenG ist in § 11 Abs 2 lediglich festgehalten, dass der BMG im Einvernehmen mit dem BMI Vorschriften für das Verhalten von Personen erlassen kann, die gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper oder an Anderen vornehmen.

2. Zwangseinweisung nach dem Seuchenrecht

Die Seuchengesetze (EpG, TbG, GeschlechtskrankheitenG) sehen, bis auf das AIDS-G, Zwangsmaßnahmen wie zwangsweiser Untersuchung (bzw. Behandlung), und auch Zwangseinweisung und -anhaltung vor. Die Absonderung bzw. Anhaltung von betroffenen Personen in Krankenanstalten ist als freiheitsentziehende Maßnahme im Sinne des Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG zu betrachten. Dem Betroffenen steht nach Art 6 PersFrG die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme vor einem Gericht oder einer unabhängigen Behörde zu.

159) Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, Rz 581

2.1. Absonderung nach dem Epidemiegesetz

2.1.1. Einweisung

In § 5 Abs 1 EpG ist die Verpflichtung festgehalten, dass sich Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige neben der Erteilung von Auskünften zur Erhebung und Feststellung der Krankheit, auch Untersuchungen zu unterziehen haben. Diese Untersuchungen, die jedenfalls bereits als Behandlung anzusehen sind, und zum Teil auch massive Eingriffe in die körperliche Integrität darstellen können, werden in der Regel durch Ärzte des öffentlichen Sanitäts- oder Sicherheitsdienstes durchgeführt, erforderlichenfalls unterstützt durch beigezogene (Epidemie-) Ärzte. Wird durch die Amtsärzte entschieden, dass die betreffende Person in einer Krankenanstalt abgesondert werden soll (§ 7 Abs 1 und 2 EpG), wird dort die Anhaltung des Patienten durch die Anstaltsärzte und das Pflegepersonal (durch diplomierte Gesundheits- und KrankenpflegerInnen) aufrecht erhalten. Im Gegensatz zum UbG¹⁶⁰, wo die Voraussetzungen der Unterbringung in der Anstalt bei Gefahr in Verzug erst durch (beliebige) Anstaltsärzte festgestellt wird (§ 8 Abs 2 UbG iVm § 10 Abs 1 UbG), erfolgt im EpG die zwangsweise Einweisung in ein Spital ausschließlich durch behördliche Verfügung. Eine Ermächtigung zur Zwangsbehandlung der betroffenen Person durch Anstaltsärzte ist aus dem Gesetz jedoch nicht erkennbar. Jedoch erhellt sich, obwohl nicht so explizit wie im UbG, aus dem Wortlaut des EpG, dass der Gesetzgeber will, dass die Krankenanstalt bzw. der Rechtsträger derselben die Absonderung zur Verhinderung der Weiterverbreitung der Infektionskrankheit durchführt. Als Rechtsgrundlage ist § 7 Abs 1 und 2 EpG anzusehen, der dann zur Absonderung in einer Krankenanstalt ermächtigt, wenn vor allem auf Grund der Gefährlichkeit der Krankheit („zweckentsprechende Absonderung“) oder bei Unterlassen eine behördlich empfohlenen „freiwilligen“ Absonderung, diese Maßnahme durch die Behörde als notwendig erachtet wird.

160) BGBl Nr. 155/1990 idF BGBl I Nr. 18/2010.

Neben der im EpG vorgeschriebenen Absonderung enthält die auf Grundlage des EpG erlassene Absonderungsverordnung in § 3 Abs 2 eine Anordnung zur Unterbringung in einer Isoliereinrichtung oder einem zur geeigneten Isoliererraum einer Krankenanstalt.

Die Absonderung darf aufrecht erhalten werden, bis die Ansteckungsgefahr gebannt ist (§ 2 Abs 1 AbsonderungsV), bzw. falls in Ausscheidungen noch Krankheitserreger nachweisbar sind, bis zu 10 Wochen nach Abklingen der Erkrankung (§ 5 Abs 3 AbsonderungsV).

Bis auf Fälle von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (bei Gefahr in Verzug durch Organe der Sicherheitsbehörde, siehe auch § 16 Abs 1 Z 1 SPG) hat die Einweisung bescheidmäßig zu erfolgen. Das ergibt sich schon aus dem vorgeschriebenen Ermittlungsverfahren nach § 5 Abs 1 EpG, bzw. aus gegebenenfalls vorzuschreibenden Verhaltensregeln nach § 7 Abs 4 EpG. Dem der Zwangsmaßnahme Unterworfenen steht nach § 43 Abs 5 Berufung an den örtlich zuständigen unabhängigen Verwaltungssenat des Landes zu.

2.1.2. Rechtsschutz

Im **EpG** ist für die Berufung (im Einzelfall nach § 64 Abs 2 AVG uU ohne aufschiebender Wirkung) nach bescheidmäßiger Einweisung in eine Krankenanstalt nach § 43 Abs 5 EpG der örtlich zuständige UVS berufen. Die Aufrechterhaltung der Anhaltung in der Krankenanstalt erfolgt durch die andauernde Wirkung des der Einweisung zu Grunde liegenden Bescheides.

Im Falle verfahrensloser Verbringung in eine Krankenanstalt durch ein Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes ist für Maßnahmenbeschwerden nach Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ebenso nach § 67a Abs 1 Z 2 AVG und § 88 Abs 1 SPG der örtlich zuständige UVS zur Entscheidung berufen. Die Maßnahmenbeschwerde, wie auch überhaupt der UVS an sich, wurden ja seinerzeit deshalb eingeführt, um Konformität mit dem Art. 6

der EMRK zu schaffen. Der UVS gilt nach der Judikatur des EGMR als unabhängiges Tribunal im Sinne der EMRK¹⁶¹. Weiterer Rechtsschutz kann durch die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts in Anspruch genommen werden, wobei der VwGH¹⁶² unter bestimmten Voraussetzungen die Behandlung einer Beschwerde wegen eines Bescheides eines UVS ablehnen kann¹⁶³.

Problematisch erscheint auch, dass im Falle eines erlassenen Mandatsbescheides vor Beschreiten des Instanzenzuges erst Vorstellung bei der den Mandatsbescheid erlassenden Behörde erhoben werden muss. Dadurch verzögert sich die Anrufung des UVS, was im Sinne des PersFrG als unzulässig und verfassungswidrig erachtet werden muss. Es fehlt an der durch das PersFrG beabsichtigten Zeitnähe, und der betroffene Rechtsunterworfenen ist umso länger der uU ausgeübten staatlichen Willkür ausgeliefert. Die Regelung des EpG widerspricht daher Verfassungsrecht.

2.2. Anhaltung nach dem Tuberkulosegesetz

2.2.1. Einweisung

Das TbG sieht in § 6 Abs 5 vor sich bereits bei Verdacht auf Infektion den erforderlichen und zumutbaren ärztlichen Untersuchungen zu unterziehen. Weiters ist bereits in § 2 TbG eine umfassende Pflicht des Betroffenen festgelegt, sich ärztlicher Behandlung zu unterziehen.

Anders als im EpG ist jedoch die gebotene Anhaltung von Tuberkulosekranken im TbG geregelt. Zwangseinweisung in eine Krankenanstalt ist im TbG als Sanktion für nicht konformes Verhalten erkrankter Personen vorgesehen. Die BVB kann nicht aus eigenem Ermessen die Anhaltung des Erkrankten in einer Krankenanstalt verfügen. Nach § 13 Abs 1 TbG ist jedenfalls der Erkrankte, der dem ihm durch die

161) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 653.

162) Ablehnung der Behandlung einer Beschwerde gegen einen Bescheid eines UVS, wenn die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt (Art 131a Abs 3 B-VG).

163) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 660.

BVB nach § 7 Abs 3 TbG auferlegten Verhalten, oder der in § 2 TbG vorgeschrieben Behandlungspflicht nicht nachkommt, neuerlich anzuweisen, sich den Anweisungen entsprechend zu verhalten, andernfalls er in einer Krankenanstalt angehalten werden wird. Diese Belehrung ist zu dokumentieren und in Kopie dem Kranken auszuhändigen. Befindet sich der Kranke bereits in Anstaltspflege, ist im die Belehrung zu eigenen Händen¹⁶⁴ zuzustellen.

2.2.2. Gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung vor der Anhaltung

Verweigert der Tuberkulosekranke die Befolgung der ihm auferlegten Pflichten, hat die BVB beim örtlich zuständigen Bezirksgericht die Anhaltung in einer Krankenanstalt zu beantragen. Erst auf Grund des Beschlusses (§ 16 Abs 1 TbG) des örtlich zuständigen Bezirksgerichts im Außerstreitverfahren, und der Bestimmung der Dauer der Anhaltung (mindestens 6 Monate und höchstens 12 Monate), darf die Behörde (die örtlich zuständige Bezirksverwaltungsbehörde) den Anzuhaltenden in eine Krankenanstalt einweisen. Den Parteien des Verfahrens ist rechtliches Gehör zu schenken, im Falle der Ablehnung des Antrags der BVB dem Amtsarzt, und der Kranke ist vom Richter vor der Beschlussfassung anzuhören, sofern es der Gesundheitszustand des Betroffenen erlaubt (§ 15 Abs 3 TbG).

Die Zwangsanhaltung in der Krankenanstalt ist so lange aufrecht zu erhalten, bis der Angehaltene seiner gesetzlichen Behandlungspflicht nachkommt, und das ihm auferlegte Verhalten befolgt. Ein Antrag des Angehaltenen auf vorzeitige Beendigung der Anhaltung kann allerdings erst frühestens 3 Monate nach Beginn der Anhaltung bei Gericht gestellt werden. Nach § 16 Abs 2 TbG kann der Kranke die Einweisung noch abwenden, wenn er sich nach Zustellung des Beschlusses den ihm obliegenden Verpflichtungen gemäß verhält.

Die Befassung des Gerichts mit der Beurteilung der Zulässigkeit der Anhaltung nach den §§ 14 und 15 TbG erfolgt, noch bevor der Kranke zwangsweise

164) nach § 21 ZustellG, BGBl Nr. 200/1982 idF BGBl I Nr. 10/2004

angehalten wird. Es liegt in diesem Moment auch noch kein über die Zwangsanhaltung absprechender Bescheid vor, daher ist die Befassung des Bezirksgerichts unproblematisch, und verstößt nicht gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz nach Art 94 B-VG, dass Justiz und Verwaltung in allen Instanzen getrennt sein sollen. Erst mit dem stattgebenden Beschluss des Bezirksgerichts darf der Tuberkulosekranke in eine Krankenanstalt eingewiesen werden.

2.2.3. Gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung nach begonnener Anhaltung

Das TbG enthält jedoch auch einen zweiten Tatbestand der Zwangsanhaltung. Wenn durch die Nichteinhaltung der ihm auferlegten Pflichten unmittelbare Gefahr (für Andere) entsteht, hat nach § 21 Abs 1 TbG die BVB die Anhaltung zu verfügen, und den Erkrankten sofort in eine Krankenanstalt einzuweisen. Das örtlich zuständige Gericht muss von der BVB unverzüglich, längstens jedoch binnen drei Tagen nach Beginn der Anhaltung, verständigt werden (§ 21 Abs 2 TbG). Dann liegt bereits ein hoheitlicher Befehl der BVB vor, und das Bezirksgericht stellt die Zulässigkeit der Anhaltung, nach den in § 14 leg cit Vorschriften, erst nach der Zwangseinweisung fest. Die Frage stellt sich daher, ob die gerichtliche Zulässigkeitskontrolle verfassungswidrig ist, oder den Ansprüchen der zulässigen sukzessiven Kompetenz genügt.

Sukzessive Kompetenz bedeutet, dass verwaltungsbehördliche Entscheidungen einer materiellen gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Da der Bescheid mit der Anrufung des Gerichts außer Kraft tritt, wird die gerichtliche Entscheidung als nicht nachprüfend angesehen und vom VfGH für verfassungskonform erklärt. Sukzessive Kompetenz ist gesetzlich in Sozialrechtssachen, in Mietrechtssachen, und im Enteignungsverfahren vorgesehen¹⁶⁵. In § 71 Abs 1 ASGG¹⁶⁶ und § 40 Abs 1 MRG wird einfachgesetzlich ausdrücklich angeordnet, dass der entsprechende

¹⁶⁵) Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, Rz 35.

¹⁶⁶) BGBl Nr. 104/1985 idF BGBl Nr. 624/1994.

Bescheid mit der Anrufung des Gerichts außer Kraft tritt¹⁶⁷.

Es kann aus dem Gesetzestext des TbG nicht entnommen werden, dass der die Einweisung verfügende Bescheid der BVB durch die Befassung des Gerichts außer Kraft tritt. *Kopetzki*¹⁶⁸ meint für das UbG, in dem ebenfalls eine gewaltenüberschreitende Kontrolle vorgesehen ist, dass es vertretbar ist, die Regelung des Art 6 PersFrG¹⁶⁹, als eine den Art 84 B-VG einschränkende oder zumindest authentisch interpretierbare, verfassungsrechtliche Grundlage für die gerichtliche Überprüfung freiheitsentziehender Maßnahmen von Verwaltungsbehörden anzusehen. Eine allfällige Kontrolle des Verwaltungsaktes vor dem VwGH oder VfGH entspricht, auch nach Ansicht des VfGH¹⁷⁰, nicht dem Erfordernissen des Art 6 EMRK.

In § 47 Abs 2 TbG wird der unabhängige Verwaltungssenat des Landes als Berufungsinstanz gegen Bescheide der BVB vorgeschrieben. Der UVS gilt, wie bereits erwähnt, als unabhängiges Tribunal im Sinne der EMRK, und erfüllt auch das Erfordernis des Art 6 PersFrG nach der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer freiheitsentziehenden Maßnahme vor einer unabhängigen Behörde.

Im Ergebnis ist also die gerichtliche Kontrolle im UbG als verfassungskonform zu betrachten, weil der nach dem Art 6 PersFrG notwendige Rechtsschutz sonst nicht gewährleistet wäre. Im TbG jedoch wird der verfassungsmäßig vorgeschriebene Rechtsschutz bereits durch den UVS wahrgenommen. Da nach erlassenem behördlichen Einweisungsbescheid der BVB die gerichtliche Zulässigkeitskontrolle de facto die Überprüfung eines Verwaltungsaktes darstellt, ohne dass ex lege der Bescheid außer Kraft tritt, und der in Art 6 PersFrG und Art 5 EMRK geforderte Rechtsschutz durch die Zuständigkeit des UVS gewahrt ist,

167) BGBl 520/1981 idF BGBl I 19/1999.

168) *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I, 218 ff.

169) Art 6 PersFrG: Recht auf ein Verfahren vor einem Gericht oder einer anderen unabhängigen Behörde. Aus dem Text der Bestimmung ist interpretativ nicht entnehmbar, ob die Kontrolle durch ein ordentliches Gericht gegenüber einer unabhängigen Behörde vorzuziehen ist. Vielmehr sollen die beiden Tribunale alternativ vorsehbar sein.

170) VfSlg 11762/1988.

kann dem TbG auch nicht die verfassungskonforme Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts zur Kontrolle der Zulässigkeit einer freiheitsentziehendem Maßnahme unterstellt werden.

2.2.4. Rechtsschutz

Gegen den Beschluss des Bezirksgericht kann der Belastete innerhalb einer nicht erstreckbaren Frist von 14 Tagen Rekurs erheben (§V 20 Abs 1 TbG, § 23 Abs 1 AußStrG). Falls die BVB durch den Beschluss belastet wird, d.h. die Anhaltung für nicht zulässig erklärt wird, oder die vorzeitige Entlassung beschlossen wird.

Gegen Bescheide der BVB können nach § 47 Abs 2 TbG Berufung an den an den örtlich zuständigen UVS erhoben werden.

2.3. Anhaltung nach dem Geschlechtskrankheitengesetz

2.3.1. Einweisung

Das GeschlechtskrankheitenG statuiert, dass ein Geschlechtskranker erforderlichenfalls in eine Krankenanstalt einzuweisen ist. Dem Leiter des Krankenhauses (gemeint ist wohl: der ärztliche Leiter der Krankenanstalt) obliegt es zu entscheiden, ob der Kranke stationär aufgenommen werden soll, oder verbleiben muss, oder ob ambulatorische Behandlung ausreicht. Der staatliche Zwang zur Anhaltung in einer Krankenanstalt ergibt sich aus § 4 Abs 1 iVm § 5 Abs 1 und 2 GeschlechtskrankheitenG, weil erstens nur dann Meldung an die Gesundheitsbehörde erstattet werden muss, wenn der behandelnde (z.B. niedergelassene) Arzt befürchten muss, dass der Kranke u.a. die Krankheit weiterverbreiten wird, und zweitens es der Amtsarzt als Organ des öffentlichen Sanitätsdienstes für notwendig hält, eben die Zwangsanhaltung in einer Krankenanstalt zu verfügen. Da der ärztliche Leiter der Krankenanstalt vom Gesetz ermächtigt ist, über Verbleib des Patienten in der Krankenanstalt, oder einer alternativen ambulanten Behandlung rechtswirksam zu entscheiden und die

behördliche Anordnung der Anhaltung abzuändern, liegt hier jedenfalls Beileiung mit hoheitlichen Befugnissen des Rechtsträgers vor. Der § 6 GeschlechtskrankheitenG hält fest, dass die Aufnahme im Krankenhaus für die Dauer der Übertragbarkeit, sofern nicht medizinische Gründe für ambulante Behandlung vorliegen, erfolgen darf.

Auch das GeschlechtskrankheitenG wird in mittelbarer Bundesverwaltung durch die örtlich zuständige BVB vollzogen. Es ist darüber hinaus davon auszugehen, dass der Landeshauptmann in zweiter Instanz über Berufungen entscheiden soll. Im Gesetz ist keine Kontrolle der durch Bescheid verfügten Anhaltung eines Erkrankten durch ein ordentliches Gericht oder eine unabhängige Behörde vorgesehen, und entspricht daher nicht der verfassungsgesetzlichen Vorgabe des Art 6 PersFrG.

2.3.2. *Rechtsschutz*

Das **GeschlechtskrankheitenG** hingegen stellt nur lapidar fest, dass der Amtsarzt nach vorgenommener Untersuchung entscheidet, ob der Kranke in ein Krankenhaus aufzunehmen ist. Daraus folgt, dass das Gesundheitsamt bei der örtlich zuständigen BVB per Bescheid die Zwangseinweisung in eine Krankenanstalt verfügt. Mangels anderer Vorschrift im Gesetz stellt in mittelbarer Bundesverwaltung der Landeshauptmann die zweite Instanz¹⁷¹ dar, danach sind die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts anrufbar. Eine Entscheidung über die Anhaltung durch ein ordentliches Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsbehörde nach Art 6 PersFrG ist im GeschlechtskrankheitenG nicht vorgesehen. Der Rechtsschutz ist hier nur mangelhaft und verfassungswidrig ausgebildet, weil die Wahrung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte erst nach zeitaufwendiger Erschöpfung des verwaltungsbehördlichen Instanzenzuges möglich ist.

171) nach §13 GeschlechtskrankheitenG; Berufung ohne aufschiebender Wirkung.

3. Rechte und Pflichten der Beschäftigten einer Krankenanstalt

3.1. Dienstverhältnisse des Krankenhauspersonals

Zur Behandlung von Kranken in der Krankenanstalt ist der zuständige Facharzt berufen, zur stationären Pflege des Patienten die diplomierten Gesundheits- und KrankenpflegerInnen und die Pflegehelfer. Die gesetzliche Ermächtigung nach § 6a KAKuG, die fachspezifischen Leitungsfunktionen (ärztlicher Dienst, Pflegedienst, Verwaltungsleitung) in Form einer kollegialen Führung durch die Landesgesetzgeber zu erlassen, sieht ein Nebeneinander von drei gleichrangigen Führungsebenen innerhalb einer Krankenanstalt¹⁷². Dieser arbeitsteilige Prozess bildet auch ein Abgrenzungskriterium zwischen der Eigenschaft einer Krankenanstalt und einer Ordination, wo ein einzelner Arzt gegenüber seinen Patienten verantwortlich ist, und keinerlei ärztespezifischer Weisungsunterworfenheit unterliegt. In einer Krankenanstalt trägt der Träger der Anstalt gegenüber Pfléglingen die Verantwortung für das Verhalten der Beschäftigten der Anstalt.

Der ärztliche Dienst wird durch einen geeigneten Arzt geleitet (§ 3 Abs 4 lit b KAKuG). Die angestellten Ärzte der Krankenanstalt unterstehen dem ärztlichen Leiter, trotz der in § 3 Abs 2 ÄrzteG festgehaltenen Befugnis zur eigenverantwortlichen Ausübung des ärztlichen Berufes, jedenfalls hinsichtlich der Dienstenteilung, der Wahrung der Grundsätze und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft, der Koordination der ärztlichen Tätigkeit und deren fachlichen Überwachung¹⁷³.

Der Pflegedienst wird durch einen geeigneten Vertreter des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege geleitet. Neben der dienstrechtlichen Weisungsunterworfenheit der Diplomierten Gesundheits- und Krankenpfleger (DGKP) handelt das Pflegepersonal eigenverantwortlich im Bereich des gesamten

172) Kopetzki in Holoubek/Potacs, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 508 f.

173) Kopetzki in Holoubek/Potacs, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 510 f.

Pflegeprozesses, der Pflegeanamnese, bis hin zur Pflegeevaluation. Daneben dürfen Angehörige des Pflegedienstes im diagnostischen und therapeutischen Bereich nur nach ärztlicher Anordnung im mitverantwortlichen Tätigkeitsbereich tätig werden. Die Ärzte trifft die Anordnungsverantwortung, das Pflegepersonal die Durchführungsverantwortung¹⁷⁴.

Es liegt in der Natur der Sache, dass mit der Behandlung und Pflege von durch eine gefährliche Infektionskrankheit betroffenen Personen idR Ärzte und Pflegedienst betraut sind, und durch restriktive Einschränkungen des Seuchenrechts betroffen werden. Daher wird auf die Besprechung der Auswirkungen auf Beschäftigte der Verwaltung und der weiteren Gesundheitsberufe verzichtet.

3.2. Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Quarantänefall)

Das EpG trägt dem Zweck der Verhütung der Weiterverbreitung von Krankheiten auch dadurch Rechnung, dass nicht nur Krankheitsverdächtigen, Infizierten und manifest Kranken Beschränkungen und Zwangsmaßnahmen auferlegt werden, sondern auch den durch behördliche Verfügung der Zwangseinweisung mit der Pflege und ggf. Behandlung betrauten Personen der Krankenanstalt. Personen, die sich berufsmäßig mit der Krankenbehandlung und Krankenpflege beschäftigen, können nach § 17 Abs 3 EpG besonderen Verkehrs- und Berufsbeschränkungen unterliegen.

Die das EpG konkretisierende AbsonderungsV regelt in § 6, wer Zutritt zu den Abgesonderten haben soll (die zugezogenen Ärzte, die Ärzte des öffentlichen Sanitätsdienstes, Pflegepersonal, Seelsorger), und delegiert die Entscheidung der Erteilung der Zutrittsbewilligung zu in Krankenanstalten abgesonderte Personen dem Leiter der Anstalt. Die Beschränkung des Verkehrs bedeutet, dass die

174) Füssl in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer, Medizinrecht, IV/98.

betroffenen Personen, also vorderhand die Ärzte und das Pflegepersonal, ihren Aufenthaltsort nicht frei wählen dürfen, weil ihnen beispielsweise das Verlassen des Spitalsgeländes untersagt wird. Diese Einschränkung der freien Wahl des Aufenthaltsortes steht im Spannungsverhältnis mit dem Grundrecht der Freizügigkeit der Person, im Sinne der freien Wahl des Aufenthaltsortes. Nach Art 4 StGG unterliegt die Freizügigkeit der Person innerhalb des Staatsgebietes keinen Beschränkungen, nach Art 6 StGG kann jeder Staatsbürger an jedem Ort des Bundesgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz nehmen. Das StGG sieht keinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt vor, dennoch sind nach der Rechtsprechung des VfGH diese Rechte nur im Rahmen der Rechtsordnung garantiert. Es ist jedoch im Einklang mit dem 4. ZProtEMRK davon auszugehen, dass nur jene Rechtsvorschriften die persönliche Freizügigkeit und die freie Wohnsitzwahl einschränken können, die im Einklang mit Art 2 Abs 3 4. ZProtEMRK stehen¹⁷⁵. Unter anderem ist in dieser Bestimmung eine Einschränkung der Rechte dann zulässig, wenn die Beschränkung in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse des Schutzes der Gesundheit gesetzlich vorgesehen ist. Natürlich ist auch davon auszugehen, dass die Beschränkung der Freizügigkeit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegt. Gilt ein Arzt, oder ein Angehöriger des Pflegepersonals als der Ansteckung mit der gefährlichen Krankheit verdächtig, so unterliegt er den gleichen Maßstäben wie die Bevölkerung, da oberste Prämisse die Verhütung der Weiterverbreitung der Krankheit ist.

¹⁷⁵) *Berka*, Grundrechte, Rz 443 f.

3.3. Einschränkung der eigenverantwortlichen Tätigkeit durch behördliche Vorschriften

Der Rechtsträger kann eine Organisation privaten, aber auch öffentlichen Rechts sein. Unproblematisch ist, wenn der Rechtsträger der Krankenanstalt eine Körperschaft öffentlichen Rechts ist. Das Rechtsverhältnis der in der Krankenanstalt beschäftigten Personen zum Anstaltsträger richtet sich dann nach Beamten- oder Vertragsbedienstetenrecht, nach Dienstordnungen, oder nach Zuordnungsregelungen. Beamte und Vertragsbedienstete sind an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe gebunden und ihnen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich.

Die in den medizinischen Berufen tätigen Personen sind daher ebenfalls an Weisungen der ihnen vorgesetzten (Landes-) Dienststellen gebunden.

Personen die in Krankenanstalten im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung beschäftigt sind, sind mitunter Bedienstete der Gebietskörperschaft, und als solche in der Verwaltung tätig. Die Ausgliederung von Krankenanstalten in privatwirtschaftliche Betriebsgesellschaften bürgerlichen Rechts würde den Weisungszusammenhang unterbrechen. Daher wird dem Personal in Wahrung der dem öffentlichen Dienstverhältnis entspringenden Pflichten die Krankenanstalt als Dienstort zugewiesen. Oft wird auch durch Landesgesetz das zuständige Vorstandsmitglied oder Mitglied der Geschäftsführung des Trägers mit den Aufgaben eines Dienststellenleiters betraut, um die Weisungshierarchie zu wahren¹⁷⁶.

Anders liegt der Fall, wenn die Krankenanstalt in der Trägerschaft einer privaten natürlichen oder juristischen Person steht. Die Wahrnehmung hoheitlicher Macht in Ausführung gesetzlicher Bestimmungen kann grundsätzlich nur im Wege der Beleihung erfolgen. Der angestellte Arzt eines beliebigen privaten Rechtsträgers

176) Füzsl in Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer, Medizinrecht, IV/90.

wird als Organwalter hoheitlich tätig. Das funktionell hierarchisch vom zuständigen Verwaltungsorgan ausgehende Weisungsrecht schlägt über den beliebigen Krankenanstaltenträger bis zu ihm durch.

Nach § 3 Abs 2 ÄrzteG ist die Tätigkeit des Arztes fachlich weisungsungebunden, er übt seine Tätigkeit Eigenverantwortlich aus. Auch der angestellte Arzt in der Organisation einer Krankenanstalt ist arbeitsvertraglich dem Weisungsrecht seiner Vorgesetzten unterworfen. Jedenfalls hat sich der angestellte Arzt hinsichtlich der Arbeitszeit, den organisatorischen Notwendigkeiten und nach disziplinären Gesichtspunkten nach den Weisungen seiner vorgesetzten zu richten. Das Problem stellt sich aber im auch unter Ärzten arbeitsteiligen Prozess innerhalb einer Krankenanstalt, weil die ärztliche Versorgung der Pfleglinge auch während der Dienstabwesenheit des konkreten Arztes gewährleistet sein muss; und auch Kontinuität in der Behandlung notwendig ist. Dies erfordert zum Einen die Vorgabe von Rahmenbedingungen und zum Anderen die Bestimmung von Methoden und Vorgehensweisen. *Mazal* und *Grimm* gehen davon aus, dass der Arzt aus den organisationsrechtlichen Bestimmungen des KAKuG, unter dem Gesichtspunkt des Art 20 B-VG, und auch aus haftungsrechtlichen Erwägungen durchaus, trotz der gesetzlich verankerten Eigenverantwortlichkeit, als Dienstnehmer weisungsgebunden ist¹⁷⁷.

Es ist also vernünftig davon auszugehen, dass ebenso Ärzte aus der Verwaltungshierarchie, oder jene, die hoheitlich beliehen worden sind, Weisungen von dazu befugten Organen zu befolgen haben.

177) *Füszl* in *Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht, IV/93: Trotz der Weisungsbindung trifft den Arzt aber die Pflicht, die Weisungen seiner Vorgesetzten nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu prüfen. *Mazal* und *Grimm* schlagen dazu das „Diskursmodell“ vor, d.h. in der Diskussion zwischen den beiden Ärzten soll, sofern es die Zeit erlaubt, ein Ergebnis herbeigeführt werden, das den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht.

4. Kontrolle von behördlichen Maßnahmen

4.1. Öffentlich-rechtlich: UVS und Gerichtshöfe öffentlichen Rechts

Seit 1988 bestehen die Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern. Die Einrichtung dieser Behörde erfolgte auf Grund des Art 6 EMRK, der für die Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche und strafrechtliche Anklagen eine Einrichtung eines, im Sinne einer materiellen Gewaltentrennung, unabhängigen, unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Organs verlangt¹⁷⁸. Im Kontext mit dem Seuchenrecht ist die Kompetenz der UVS, über Beschwerden wegen unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu entscheiden, bedeutsam. Darüber hinaus ist der örtlich zuständige UVS auch als Berufungsinstanz gegen Bescheide der BVB in Vollziehung des EpG (§ 43 Abs 5 EpG).

Der Verwaltungsgerichtshof ist nach Art 129 B-VG zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung berufen, allerdings unterliegen der Kontrollkompetenz des VwGH nur Bescheide, und in Einzelfällen auch Weisungen. Der Zuständigkeit des VwGH entzogen sind Bescheide von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, sofern die Zulässigkeit gesetzlich nicht ausdrücklich für zulässig erklärt wurde. Die Entscheidungsbefugnis des VwGH beschränkt sich weiters auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, und auf bloß kassatorische Entscheidungen (außer bei Säumisbeschwerden).

Dem gegenüber sind die Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofes umfassender, die sich ua auch auf die Überprüfung von Gesetzen und Verordnungen erstrecken (z.B. per Individualantrag). Darüber hinaus ist der VfGH nach Art 144 B-VG auch berufen, die individuell normativen Entscheidungen der Behörden auf Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen (Bescheidbeschwerde). Zur Kontrolle auf Grundrechtskonformität von Akten der staatlichen Verwaltung ist nach Art. 144 B-VG der VfGH berufen.

¹⁷⁸) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 608.

4.1.1. Maßnahmenbeschwerde (UVS)

Als Rechtsschutz wegen der Ausübung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt steht dem mutmaßlich Verletzten nach Art. 129a Abs 1 Z 2 B-VG und § 67a Abs 1 Z 2 AVG die Maßnahmenbeschwerde vor dem örtlich zuständigen (d.h. in jenem Sprengel, in dem die AuvBZ gesetzt wurde) Unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) zu. Es reicht als Beschwerdelegitimation die Behauptung, in seinen Rechten verletzt zu sein¹⁷⁹. Es kann vor dem UVS nicht nur die Verletzung eines einfachgesetzlich gewährleisteten Rechts geltend gemacht werden, sondern auch die Missachtung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte¹⁸⁰. Nach § 67c Abs 1 AVG ist die Maßnahmenbeschwerde innerhalb von 6 Wochen ab Kenntnis der AuvBZ, bzw. ab Wegfall einer eventuellen Behinderung seines Beschwerderechts, schriftlich zu erheben.

4.1.2. Parteibeschwerde (VwGH)

Gegen die vermeintliche Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte bei Erlassung eines Bescheides kann der Rechtsunterworfenen nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG die Parteibeschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof erheben. Die Beschwerde steht bei Verletzung eines einfachgesetzlich gewährleisteten Rechts zu¹⁸¹. Da es bei der Parteibeschwerde um die Verletzung eines einfachgesetzlich gewährleisteten Rechts geht, ergibt sich somit auch die Abgrenzung zur Bescheidbeschwerde vor dem VfGH, nach der die Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes, oder die Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm überprüft wird¹⁸².

179) Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht, 267.

180) Mayer, Verwaltungssenate, 99.

181) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 640.

182) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 645.

4.1.3. Individualantrag und Bescheidbeschwerde (VfGH)

Der Individualantrag ermöglicht einem unmittelbar in seinen Rechten Verletzten die Anrufung des VfGH, wenn diese Verletzung ohne gerichtliche Entscheidung oder bescheidlos gegen ihn wirksam geworden ist, und die letztendliche Erlangung eines Urteils oder Bescheides unzumutbar ist¹⁸³.

Im Gegensatz zu dem im Seuchenrecht eher begrenzt anwendbaren Individualantrag kommt jedoch der Bescheidbeschwerde vor dem VfGH, schon alleine wegen der Relevanz von Verletzungen verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte, große Bedeutung zu. Als „Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit“ entscheidet der VfGH über Akte von Verwaltungsbehörden, mit denen ein individuelles Rechtsverhältnis in einer der Rechtskraft fähigen Weise, nicht notwendig mittels Bescheid nach dem AVG, normativ gestaltet oder festgestellt wird. Der Prüfungsmaßstab des VfGH richtet sich nach der Behauptung des Beschwerdeführers, entweder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen eines verfassungswidrigen Gesetzes, einer gesetzwidrigen Verordnung, oder einer gesetzwidrigen Wiederverlautbarung, oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Beschwerde kann innerhalb von 6 Wochen nach Zustellung des letztinstanzlichen Bescheides erhoben werden¹⁸⁴.

Nachdem Zwangsbehandlung und Zwangseinweisung, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, hauptsächlich per Bescheid (mündlicher Bescheid, Mandatsbescheid, Leistungsbescheid) erfolgen sollen, kommt in Bezug auf die Verletzung von Grundrechten der Bescheidbeschwerde im Seuchenrecht, und besonders im EpG große Bedeutung zu. Das Problem für den in seinen Rechten Verletzten ist allerdings, dass ein bejahendes Erkenntnis des VfGH in der Regel erst lange nach der verfügten Zwangsmaßnahme erlassen werden wird.

183) Öhlinger, Verfassungsrecht, 1019.

184) Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 1050 ff.

5. Amtshaftungsgesetz

Nach § 1 AHG¹⁸⁵ haften der Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung - im folgenden Rechtsträger genannt - nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben; dem Geschädigten haftet das Organ nicht (§ 1 Abs 1 AHG, vorletzter Satz). Der Schaden ist in Geld zu ersetzen. Der Haftungsausschluss des Organwalters ist darüber hinaus in § 9 Abs 5 AHG als verfahrensrechtliche Bestimmung verankert, der festlegt, dass der Geschädigte den Anspruch im ordentlichen Rechtsweg gegen das verursachende Organ nicht geltend machen kann. Für die Zurechnung des Organhandelns an den Rechtsträger reicht nach § 2 Abs 1 AHG der Beweis, dass der Schaden durch die Rechtsverletzung des zurechenbaren Organs entstanden sein konnte. Hat der Rechtsträger dem Geschädigten den Schaden ersetzt, kann er vom Organ Rückersatz fordern (Regress), sofern das Organ den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hatte (§ 3 Abs 1 AHG). Wie auch im Dienstnehmerhaftpflichtgesetz unterliegt, bei bloß grober Fahrlässigkeit, auch die Höhe des Rückersatzes dem richterlichen Mäßigungsrecht (§ 3 Abs 2 AHG - „... nach Billigkeit ...“). Es kommt jedoch, abweichend dem allgemeinen Zivilrecht¹⁸⁶, bloß darauf an, ob das schadenbegründende Fehlverhalten des Organs objektiv vorwerfbar ist, weil das Verschulden nicht als Haftungsvoraussetzung dient, und auch die Person des Organwalters nicht genannt werden muss¹⁸⁷.

Bei Schadenszufügung durch Handlungen, die in keinem Zusammenhang mit dem hoheitlichen Handeln stehen, kommt es nicht darauf an, ob das Organ tatsächlich hoheitlich aufgetreten ist, oder als solches angesehen werden musste.

185) BGBl Nr. 20/1949 idF BGBl I Nr. 194/1999

186) *Harrer in Schwimann*, ABGB, zu § 1294, Rz 11: Verschulden setzt üblicherweise voraus, dass die objektive Sorgfalt nicht eingehalten wurde, und dass die objektiv gebotene Sorgfalt auch subjektiv vorgeworfen werden kann.

187) *Schragel*, Amtshaftung, 218.

Eine Zurechnung an den Rechtsträger kommt dann nicht in Betracht. Bei Überschreiten der Zuständigkeit stellt der OGH darauf ab, ob das Organ seine Zuständigkeit eindeutig überschreitet oder nicht wahrnehmen will. Erst dann unterbleibt die Zurechnung des Organhandelns an den Rechtsträger¹⁸⁸.

Beachtlich ist jedenfalls, dass den Geschädigten eine Rettungspflicht trifft, denn er muss, wenn zumutbar und möglich, erst versuchen, Abhilfe über Rechtsmittel zu schaffen. Eine Schädigung durch einen erstinstanzlichen Bescheid begründet daher ohne Ergreifen von Rechtsmitteln keine Haftung nach dem AHG¹⁸⁹. Eine durchsetzbare Haftung des Rechtsträgers erfordert darüber hinaus auch nach den Regeln des bürgerlichen Rechts einen Rechtswidrigkeitszusammenhang, d.h. der eingetretene Erfolg muss innerhalb des Schutzzwecks der Norm liegen.

Passivlegitimiert sind ausschließlich die oben genannten Rechtsträger. Andere Anstalten, Fonds, Ausgegliederte und Beliehene sind selbst nicht passivlegitimiert, allerdings haftet für Ihnen zurechenbare Schäden die entsprechende Gebietskörperschaft.

Der öffentliche Rechtsträger haftet nach dem AHG auch für das Verhalten des Privaten, der von ihm mit hoheitlichen Befugnissen auf dem Wege der Beleihung ausgestattet wurden. Fügt der beliehene Krankenanstaltenträger einem Rechtsunterworfenen in Vollziehung der Gesetze, beispielsweise in Ausführung des EpG als Bundesgesetz, einen Schaden an der Person oder am Vermögen zu, haftet der Bund.

Im Falle einer kausalen Schädigung durch schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten eines Unternehmens der öffentlichen Privatwirtschaftsverwaltung ist das AHG nicht anwendbar. Der Staat betätigt sich dann als gleichberechtigter Partner im Wirtschaftsleben, und haftet daher einem Geschädigten gegenüber nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen.

188) OGH, 18.11.1991, 1Ob41/81; OGH, 07.10.1992, 1Ob46/91.

189) *Welser*, Fachwörterbuch zum Bürgerlichen Recht, 18.

Durchgesetzt wird ein Anspruch aus der Amtshaftung vor den ordentlichen (Landes-) Gerichten. Allerdings ist eine Klage gegen höchstgerichtliche Entscheidungen nach § 2 Abs 3 AHG nicht möglich. Im Falle der Vermutung, dass der die Amtshaftung auslösende Bescheid rechtswidrig ist, und noch kein Erkenntnis des VfGH oder VwGH vorliegt, ist das zuständige Landesgericht nach § 11 Abs 1 AHG zur Unterbrechung des Verfahrens verpflichtet, und stellt an den VwGH einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides.

Beachtlich ist auch, dass nach § 13 AHG weder das Organ, noch die Zeugen zur Wahrung des Amtsgeheimnisses verpflichtet sind. Allerdings darf die Öffentlichkeit ggf. vom Verfahren ausgeschlossen werden.

6. Haftpflichtversicherung für den Betrieb von Krankenanstalten

Der Träger einer Krankenanstalt kann aus vielen Gründen schadenersatzpflichtig werden. Eine Krankenanstalt ist ein komplexer Betrieb, in dem es unmöglich ist, von vornherein alle möglichen Gefahren ausschließen zu können. Aufklärungspflichtverletzungen, Behandlungsfehler, Beschädigung oder Abhandenkommen von Sachen von Patienten oder Besuchern, Beeinträchtigung der körperlichen Integrität von Patienten oder Besuchern sind potentielle Haftungsgründe, für die der Träger der Krankenanstalt zivilrechtlich einzustehen hat.

6.1. Betriebshaftpflichtversicherung

Auf Grund möglicher Haftungsszenarien schließen die Krankenanstaltenträger üblicherweise Betriebshaftpflichtversicherungen für die einzelnen Standorte der Krankenanstalten ab. Versicherungsnehmer, und damit Inhaber der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag, ist der Krankenanstaltenträger, vom Schutzbereich der Versicherung mit umfasst sind dann die einzelnen Krankenanstalten als Versicherte. Der Versicherer leistet nach § 152 Versicherungsvertragsgesetz (VersVG) für Ansprüche Dritter wegen Personen-, Sach- oder Vermögensschäden, die auf einem gesetzlichen zivilrechtlichen Haftungstatbestand beruhen, und die rechtswidrig und nicht vorsätzlich herbeigeführt wurden. Der Herbeiführung eines Schadens wird auch das schuldhafte Unterlassen von gebotenen Maßnahmen gleichgestellt.

Die Höchstleistung des Versicherers pro Schadenfall ist durch die vertraglich vereinbarte Versicherungssumme begrenzt. Möglich ist auch zu vereinbaren, wie oft die Versicherungssumme pro versicherter Periode (also pro Jahr) ausgeschöpft werden darf (sog. aggregate limits-Vereinbarung).

Die üblicherweise abgeschlossenen Versicherungsverträge basieren meist auf den als Allgemeine Geschäftsbedingungen vorformulierten Allgemeinen und Ergänzenden Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHVB 2005 und

EHVB 2005) des Verbandes der Versicherungsunternehmen Österreichs (VVO), die, bis auf geringe und meist unbedeutende Abweichungen, von allen ansässigen Versicherern verwendet werden. Die AHVB/EHVB sind in der Versicherung von Krankenanstalten üblicherweise jedoch nur als subsidiäre Grundlage und als Auslegungshilfe zu betrachten, weil in der Regel gerade in diesem Bereich, vor allem bei großen Rechtsträgern der Länder, individuelle Vereinbarungen über Rahmen- und Standortverträge geschlossen werden. Diese komplexen Vertragswerke versuchen grundsätzlich alle relevanten Haftungstatbestände zu erfassen. Im Normalfall sind Schäden, die Dienstnehmer in Ausübung ihrer Tätigkeit verursachen, aus der Betriebshaftpflichtversicherung des Arbeitgebers entschädigungsfähig. In Art 10 der Erläuterungen zu den AHVB 2005 ist festgehalten, dass der Versicherungsvertrag auch für Personen gilt, deren Schutz dem Versicherungsnehmer gesetzlich auferlegt wurde. Ausdrücklich angeführt sind hier Arbeitnehmer des versicherten Unternehmens im Sinne einer Versicherung für fremde Rechnung. Angestellte Ärzte sind Arbeitnehmer des Rechtsträgers einer Krankenanstalt.

6.2. Berufshaftpflichtversicherung für niedergelassene Ärzte, Gruppenpraxen und Krankenanstalten

Im Lichte der „Hartlauer“-Entscheidung des EuGH¹⁹⁰ und zur Stärkung des niedergelassenen Bereichs sowie zur Entlastung des Spitalssektors¹⁹¹ wurde 2010 das ÄrzteG ua hinsichtlich der Gesellschaftsform von Gruppenpraxen geändert (BGBl I 61/2010). War bisher nur die offene Gesellschaft mit persönlich haftenden Ärzten als Gesellschafter zulässig (§ 52a Abs 4 ÄrzteG aF), ist nun auch die Bildung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zulässig. Damit ist die Haftung der Gesellschaft nach Außen beschränkt. Allfällige Gläubiger müssen sich nach § 61 Abs 2 GmbH-Gesetz (GmbHG)¹⁹² mit dem vorhandenen Gesellschaftsvermögen begnügen.

190) EuGH, C-169-07, 10.03.2009.

191) ErlRV 779 BlgNR 24. GP.

192) RGBI 58/1906 idF BGBl I 120/2005

Die beschränkte Haftung mit dem Mindesterlag des Stammkapitals iHv € 35.000,00 nach § 6 GmbHG würde oftmals nicht die Ansprüche geschädigter Patienten decken. Mit gleicher Verlautbarung wurde daher auch eine Pflichthaftpflichtversicherung für niedergelassene Ärzte eingeführt. § 52d Abs 1 ÄrzteG schreibt nun vor, dass eine freiberufliche Tätigkeit erst nach Abschluss und Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung aufgenommen werden darf. In Abs 2 leg cit wird als Mindestversicherungssumme der Betrag von € 2.000.000,00 festgelegt, darüber hinaus für Gruppenpraxen in der Rechtsform einer GmbH eine Haftungsobergrenze pro einjähriger Versicherungsperiode von mindestens dem fünffachen der Mindestversicherungssumme (sog. 5-faches aggregate limit). Bei sonstiger freiberuflicher ärztlicher Tätigkeit wird mindestens 3-faches aggregate limit verlangt. Bereits niedergelassene Ärzte oder bestehende Gruppenpraxen haben nach § 230 Abs 4 ÄrzteG innerhalb eines Jahres nach In-Kraft-Treten der Novellierung den Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung gegenüber der Österreichischen Ärztekammer zu erbringen.

Dem Geschädigten wird mit § 52d Abs 6 ÄrzteG auch ein direktes Klagerecht gegen den Versicherer der Gruppenpraxis oder des niedergelassenen Arztes eingeräumt.

In § 52d Abs 3 ÄrzteG wird auch eine Form des Haftungsdurchgriffs bei Gruppenpraxen in der Rechtsform einer GmbH normiert. Falls eine Berufshaftpflichtversicherung nicht oder nicht in vorgeschriebenen Umfang besteht, haften neben der (beschränkt haftenden) juristischen Person auch die Gesellschafter verschuldensunabhängig und persönlich bis zur Höhe des fehlenden Versicherungsschutzes.

Im KAKuG wurde mit gleicher Verlautbarung eine weitere Deckungslücke geschlossen. In § 5c Abs 1 KAKuG werden die Landesgesetzgeber verpflichtet, für Krankenanstalten, die weder direkt oder indirekt einer Gebietskörperschaft oder einer sonstigen Körperschaft öffentlichen Rechts zurechenbar sind (also weder in direkter Trägerschaft stehen, noch in der Rechtsform einer juristischen Person privaten Rechts betrieben werden), sondern in Eigentum und

Trägerschaft Privater stehen, für die Dauer ihrer Betriebsbewilligung den Abschluss einer Haftpflichtversicherung vorzuschreiben. Wie auch für Gruppenpraxen im ÄrzteG vorgesehen, muss lt. § 5c Abs 2 KAKuG eine Mindestversicherungssumme iHv € 2.000.000,00 vorgesehen werden, und ein mindestens 5-faches aggregate limit vereinbart sein. Auch hier besteht ein direktes Klagerecht des Geschädigten gegen den Versicherer der Krankenanstalt (§ 5 Abs 3 KAKuG).

6.3. Obliegenheiten

Jedenfalls zu beachten sind Obliegenheiten. Man unterscheidet nach gesetzlichen Obliegenheiten, die sich aus dem VersVG ergeben, oder vertraglichen Obliegenheiten, die sich aus anderen Normen ergeben und Vertragsinhalt werden, oder individuell vertraglich vereinbarten Obliegenheiten. Im Gegensatz zu Rechtspflichten (z. B. Pflicht zur Zahlung der Prämie) sind Obliegenheiten nicht einklagbar, entfalten aber bei Verletzung nachteilige Folgen für den Versicherungsnehmer, nämlich dass der Versicherer im Falle eines Versicherungsfalles gänzlich oder zumindest teilweise, nach der kausalitätsbezogenen Verhältnismäßigkeit, leistungsfrei bleibt. Eine wesentliche gesetzliche Obliegenheit schreibt §§ 62 f VersVG vor, dass nämlich der Versicherungsnehmer bei Eintritt eines Schadens das Zumutbare zur Verhinderung des Schadeneintritts, oder zur Verminderung des Schadens zu unternehmen hat, widrigenfalls zumindest die Leistung des Versicherers gekürzt wird.

6.4. Aufklärungs- und Behandlungsfehler

Die am meisten die Statistiken belastenden Schäden sind jedoch zunehmend Aufklärungs- und Behandlungsfehler, welche auch im Zusammenhang mit der mutmaßlichen Anwendung von Seuchenrecht vorkommen können. Führt also der Arzt, in der Annahme dass ihm Zwangsbefugnisse zustehen, konsenslos eine Behandlung am Patienten durch (siehe auch unten Pkt. 6.5.), und erleidet der Patient Schaden, im Sinne einer Verletzung der körperlichen Integrität oder in

Form von Schmerzen, dann haftet der Arzt schadenersatzrechtlich nach allgemeinen Grundsätzen. Wurde die Behandlung ohne wirksame Einwilligung „aus Versehen“, also fahrlässig, durchgeführt, und besteht kein wirksamer vertraglicher Ausschluss der Schadenersatzpflicht für angestellte Ärzte, so entsteht ein indirekter Entschädigungsanspruch gegenüber dem Versicherer. Den Anspruch kann der Geschädigte (im Gegensatz zur Kfz-Pflichthaftpflichtversicherung) nicht direkt an den Versicherer richten, sondern Anspruchsgegner bleibt der behandelnde Arzt, bzw. der Rechtsträger der Krankenanstalt.

6.5. Anerkennungsverbot

Beachtlich, und wenig bekannt, ist gerade im Zusammenhang mit der Versicherung von Krankenanstalten, dass grundsätzlich in der Haftpflichtversicherung in der Regel ein Anerkennungsverbot vereinbart ist, d.h. der Versicherungsnehmer darf, ohne vorheriger Zustimmung des Versicherers, keine Schadenersatzverpflichtung ganz oder teilweise dem Grunde oder der Höhe nach anerkennen, oder vergleichen, es sei denn, dass eine Verweigerung der Anerkennung unbillig wäre (d.h. den guten Sitten widersprechend). Diese Bestimmung rührt daher, dass der Versicherer, im Gegensatz zu den Versicherungsnehmern, die Mittel und Wege hat, um Sachverhalte rechtlich zu prüfen, und auch dem Versicherungsnehmer aus dem Vertrag Ansprüche zur Abwehr unberechtigter Forderungen zu stehen. Die Schadensabwicklung und -regulierung soll alleinige Sache des Versicherers sein. Würde der Versicherungsnehmer einen Anspruch Dritter bejahen, der nicht auf einem gesetzlichen Haftungstatbestand beruht, wäre eine Entschädigung des Versicherers mangels Deckung dem Grunde nach jedenfalls von vornherein ausgeschlossen. Die Ausnahme der unschädlichen Anerkennung von Ansprüchen wegen der guten Sitten geht allerdings auch in die Richtung der raschen Abwicklung von Personenschäden aus Behandlungsfehlern, weil da oft der Geschädigte auch mit persönlichen wirtschaftlichen Problemen (Verdienstentgang etc.) konfrontiert ist.

Es findet sich auch im ÄrzteG eine versicherungsrechtlich relevante Bestimmung. Für den Fall, dass der Arzt als Versicherungsnehmer an der objektiven Sachverhaltsfeststellung mitwirkt, bewirkt diese Mitwirkung keine Obliegenheitsverletzung, die zur gänzlichen oder teilweisen Leistungsfreiheit des Versicherers führt (§ 58a Abs 2 ÄrzteG).

6.6. Amtshaftung

Ist der Träger der Krankenanstalt in Anwendung des Seuchenrechts von der Behörde mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet, wird der in der Krankenanstalt beschäftigte Arzt für die beleihende Behörde tätig. Entsteht einem Patienten oder einem Dritten aus der Tätigkeit des Arztes „in Vollziehung der Gesetze durch rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft ein Schaden“, so haftet der beleihende Rechtsträger nach dem Amtshaftungsgesetz (AHG)¹⁹³ nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Wurde der haftpflichtige Schaden grob fahrlässig oder vorsätzlich durch die Organe der Behörde, oder durch den von der Gebietskörperschaft mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Beliehenen verursacht, kann der vom Geschädigten in Anspruch genommene Rechtsträger beim Verursacher nach § 3 Abs 1 AHG (Verfassungsbestimmung) regressieren. Denkbar ist beispielsweise, dass ein Anspruch gegen die Republik entsteht, weil eine nach EpG eingewiesene und angehaltene Person mangels zielführender Absonderung die Krankenanstalt verlassen konnte, und so kausal einen Dritten durch eine gefährliche ansteckende Krankheit geschädigt hat. Das Verhalten der mit hoheitlichen Befugnissen beliehenen Ärzte, die in Vollziehung der Gesetze handeln (sollten), ist als grob fahrlässig und rechtswidrig zu beurteilen, daher entsteht (Amts-) Haftung für den Schaden, den der Kranke an einem Dritten verursacht hat¹⁹⁴. Als rechtswidrig ist das Verhalten des Arztes deshalb zu beurteilen, weil er es unterlassen hatte, die gebotenen Maßnahmen zu

193) BGBl. Nr. 20/1949 idF BGBl. I Nr. 194/1999.

194) siehe auch: OGH, 24.11.1998, 1Ob247/98z; analog zum oben konstruierten Sachverhalt entschied der OGH zu einer tatsächlichen Begebenheit zu Gunsten der Klägerin auf Grundlage des AHG, weil ihr wegen der rechtswidrig und schuldhaft unterlassenen Fortsetzung der Anhaltung eines nach dem UbG in ein psychiatrisches Krankenhaus ohne Verlangen Eingelieferten durch Brandstiftung ein Schaden entstand. Der Bund haftete für das Verhalten des mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Organs des Krankenanstaltenträgers.

setzen, damit sich die infizierte Person nicht der Anhaltung entziehen kann, und dadurch eine Schädigung herbeizuführen. Grobe Fahrlässigkeit kann vorliegen, wenn die Unterlassung der Absonderung einem sorgfältigen Arzt keinesfalls passieren würde, oder wenn eine Verkettung mehrerer Verstöße leichter Fahrlässigkeit insgesamt bereits als grob fahrlässig zu beurteilen ist. Wenn das Verhalten des Anstaltsarztes tatsächlich eine grob fahrlässige Sorgfaltswidrigkeit darstellt, steht dem hoheitlichen Rechtsträger, der vom Geschädigten in Anspruch genommen wurde, der Regress nach § 3 Abs 1 AHG zu.

Obwohl nach den AHVB 2005 und den EHVB 2005 (Regress-) Ansprüche nach dem AHG nicht versichert sind, werden in Versicherungsverträgen mit Krankenanstaltenträgern oft Leistungen auf Grund von Amtshaftungsansprüche eingeschlossen. Der Versicherer leistet dann vertragsgemäß Entschädigung für Regressansprüche nach § 3 Abs 1 AHG. Jedenfalls steht dem Versicherungsnehmer auch ein Abwehranspruch (mit Kostenübernahme von Verfahren vor ordentlichen Gerichten) unberechtigter Ansprüche zu.

6.7. D&O - Versicherung

Eine neue Versicherungssparte, die für Kapitalgesellschaften immer interessanter wird, ist die sog. D&O-Versicherung. Diese (Quasi-) Haftpflichtversicherung entschädigt Schäden die die juristische Person (GmbH oder AG) durch das Fehlverhalten vor allem der zur Vertretung nach außen befugten Organe („Directors & Officers“) erlitten hat. Versicherungsnehmer ist die juristische Person, Versicherte aus dem Vertrag (Versicherung für fremde Rechnung) sind die Organe.

Einige Krankenanstalten bzw. deren Rechtsträger verlangen von Versicherern zunehmend auch Unterstützung bei Schadenfällen hinsichtlich einer notwendigen Öffentlichkeitsarbeit. Diese PR-Aktivitäten sollen dazu beitragen, weiteren Schaden durch ein schlechtes Bild in der Öffentlichkeit abzuwenden. Es kommt den Krankenanstalten zunehmend darauf an, auch gegenüber der Öffentlichkeit, also dem relevanten Markt, einerseits kompetent und zuverlässig

zu sein, und andererseits im Falle von Schäden Transparenz und Entgegenkommen zu signalisieren.

F. Anhang

1. Zusammenfassung

Durch die Globalisierung des Reiseverkehrs können lokal auftretende Infektionskrankheiten rasch zu einer Pandemie führen. Der moderne Rechtsstaat hat die Pflicht und die Aufgabe, seine Bevölkerung vor der Weiterverbreitung gefährlicher Krankheiten zu schützen. Staatenübergreifend, auf internationaler Ebene, koordiniert die WHO allfällige Maßnahmen zur Bekämpfung solcher Krankheiten, und hat mit den IHR ein Regelwerk verfasst, das die erforderlichen Schritte beschreibt, die zur Eindämmung von Seuchengefahren führen sollen. Als Unterzeichnerstaat hat Österreich diese IHR für verbindlich erklärt. Auf europäischer Ebene innerhalb der Europäischen Union sind Mechanismen vorgesehen, um die innereuropäischen Maßnahmen im Seuchenfall zu koordinieren. Allerdings belassen sowohl die WHO als auch die EU die Kompetenz zur Gestaltung der nationalen Gesundheitspolitik bei den Unterzeichner-, bzw. Mitgliedstaaten.

Nach europäischem Rechtsverständnis ist die Bereitstellung von Gesundheitsleistungen durch den Staat eine Pflichtaufgabe im Sinne der Daseinsvorsorge. Der österreichische Staat nimmt seine Pflicht zur Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen wahr, in dem er, Bund und Länder, mit einem detailliert ausformulierten Krankenanstaltenrecht (KAKuG nach Art 12 B-VG, sowie den im Sinne als Ausführungsgesetze erlassenen Landes-KAG's) einfachgesetzlich die Pflichtaufgabe erfüllt, um ein mehrstufigen Versorgungsniveau sicherzustellen. Je nach Bevölkerungsdichte und Versorgungsstufe sind Krankenanstalten vorgesehen, die durch öffentliche Mittel, zum Teil über Sozialversicherungsträger finanziert werden.

Der Staat sorgt jedoch auch für den Fall der Bedrohung der Bevölkerung mit gefährlichen Infektionskrankheiten vor. Das sog. Seuchenrecht besteht im Kern aus vier Gesetzen, die im Falle des Verdachtes der Infektion, oder auch bei bereits erkannter Infektion, umfangreiche Maßnahmen, gegebenenfalls auch durch

Zwangsmaßnahmen, und auch in Krankenanstalten, gesetzlich vorschreibt. Die Gesetze mit den bedeutsamsten Regelungen sind das EpG, das TbG, das GeschlechtskrankheitenG, und das AIDS-G, und auf Grundlage des EpG erlassener Durchführungsverordnungen. Gemeinsam ist diesen Gesetzen, dass das Auftreten einer in den Gesetzen oder zugehörigen Verordnungen genannte Krankheit Meldepflichten auslöst. Weitere seuchenrechtliche Bestimmungen finden sich in Form einzelner Bestimmungen oder Verordnungen im Bundes- oder Landesrecht, primär, um Ansteckung durch Produktionsprozesse, Arzneimittel, Tiere, mangelnde Hygiene, oder über Lebensmittel zu verhindern.

Das **EpG 1950** weist den umfassendsten Regelungsbereich auf. Im Gesetz ist eine Reihe gefährlicher Infektionskrankheiten aufgezählt, die die im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen auslösen. Besteht bei bestimmten Krankheiten bloß schon der Verdacht der Infektion, muss Anzeige an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde erstattet werden. Vorgesehen ist, neben der Beschränkung der Bewegungsfreiheit der Bevölkerung, jedenfalls die zwangsweise Untersuchung durch Ärzte der Gesundheitsbehörde oder bestellte Epidemieärzte, und unter Umständen auch die zwangsweise Einweisung der betroffenen Personen in eine Krankenanstalt. Darüber hinaus werden auch die Daten der möglicherweise oder tatsächlich erkrankten Personen in einem zentralen Melderegister gesammelt. Der mit dem Vollzug des EpG beauftragte BMG wird auch ermächtigt, auf dem Verordnungsweg weitere, noch nicht genannte Infektionskrankheiten dem EpG zu unterstellen, und ebenfalls im Verordnungsweg, für bestimmte Krankheiten die jedenfalls Unterbringung in einer Krankenanstalt anzuordnen, sowie die Art und Weise der zwangsweisen Anhaltung zu regeln. Bereits auf Grundlage des EpG 1913 wurde die AbsonderungsV 1915 erlassen, die trotz der Novellierungen und Wiederverlautbarungen des EpG im letzten Jahrhundert nach wie vor in Geltung steht, und bei entsprechendem Anlass und Notwendigkeit ergänzt wird.

Im **TbG 1968** ist jede Erkrankung und jeder Todesfall mit dem ansteckenden Tuberkelbakterium „*Mycobacterium tuberculosis*“ meldepflichtig. Entzieht sich der Kranke der behördlich vorgeschriebenen Behandlung, oder verhält sich dieser

nicht konsensmäßig, kann die Behörde die Zulässigkeitsprüfung durch das zuständige Bezirksgericht begehren, und mit stattgebenden Beschluss die zwangsweise Einweisung in eine Krankenanstalt veranlassen. Eine zwangsweise Behandlung in der Krankenanstalt ist nicht vorgesehen.

Moderater geregelt ist das **GeschlechtskrankheitenG 1945**, das erst dann Zwangsmaßnahmen vorsieht, wenn sich der Kranke nicht freiwillig einer Behandlung unterzieht, und die Weiterverbreitung der Krankheit zu befürchten ist. Der Meldepflicht unterliegen die Krankheiten Tripper, Syphilis, Weicher Schanker, und Lymphogranuloma inguinale.

Besondere Regelungen trifft das **AIDS-Gesetz 1993 (AIDS-G)**, das im Gegensatz zu den oben genannten Gesetzen weder Behandlungspflicht noch Zwangsanhaltung kennt. Der Staat setzt bei dieser pandemisch auftretenden Krankheit auf Vernunft und Freiwilligkeit. Die manifestierte Erkrankung mit AIDS, im Gegensatz zur AIDS-auslösenden HIV-Infektion löst eine beschränkte Meldepflicht aus, die neben medizinischen Daten und dem Geschlecht der Person nur die Initialen umfasst.

Eine Krankenanstalt ist eine Einrichtung zur Feststellung und Überwachung des Gesundheitszustandes durch Untersuchung, zur Vornahme operativer Eingriffe, zur Vorbeugung, Besserung und Heilung von Krankheiten durch Behandlung, zur Entbindung oder auch zur Vornahme von Maßnahmen medizinischer Fortpflanzungshilfe. Krankenanstalten können sowohl durch eine Gebietskörperschaft in Privatwirtschaftsverwaltung, oder durch Sozialversicherungsträger, oder durch Gesellschaften privaten Rechts durch die öffentliche Hand als Rechtsträger betrieben werden. Genauso können auch private natürliche Personen, Vereine, Kirchengemeinschaften oder Gesellschaften als Rechtsträger Krankenhäuser betreiben.

Im Seuchenrecht nimmt die Krankenanstalt eine zentrale Position ein, wenn beispielsweise die Behörde auf Grundlage der Seuchengesetze die Zwangseinweisung einer betroffenen Person in eine Krankenanstalt verfügt. Diese

Verfügung kann durch hoheitlichen Befehl eines Organs der Bezirksverwaltungsbehörde erfolgen, oder durch Verordnung des BMG auf Grundlage des EpG.

Gemeinnützige Krankenanstalten, also Krankenanstalten, die nicht zur Gewinnerzielung betrieben werden, unterliegen einer Verpflichtung zur Aufnahme von aufnahmebedürftigen Menschen, sofern es die Anstaltseinrichtungen zulassen. Aufnahmebedürftig im Sinne von anstaltsbedürftig ist eine Person dann, wenn der auf Grund ärztlicher Untersuchung festgestellte geistige oder körperliche Zustand eine Aufnahme in die Krankenanstalt erfordert. Öffentliche Krankenanstalten, das sind gemeinnützige Krankenanstalten, denen von der Landesregierung das Öffentlichkeitsrecht verliehen wurde, unterliegen auch dem Zwang zur Aufnahme unabweisbar Kranker. Unabweisbar ist eine Person dann, wenn der geistige oder körperliche Zustand wegen Lebensgefahr oder der Gefahr einer sonst nicht vermeidbaren Gesundheitsschädigung eine sofortige Behandlung erfordert. Die Behandlung und Pflege hat ungeachtet vorhandener Kapazitäten solange zu erfolgen, bis der Kranke transportfähig ist, und andernorts ein geeignetes Bett vorhanden ist. Darüber hinaus ist durch öffentliche Krankenanstalten im Notfall jedenfalls unbedingt notwendige ärztliche Hilfe zu leisten.

Darüber hinaus trifft öffentliche Krankenanstalten eine besondere Vorschrift, denn diese sind auch gesetzlich verpflichtet, Personen aufzunehmen, die auf Grund besonderer Vorschriften (z.B. durch das Seuchenrecht) von einer Behörde eingewiesen wurden.

Einige Krankenanstaltengesetze der Länder ermöglichen auch die Requirierung von geeigneten Gebäuden als Notspitäler. Auch Sanitätseinrichtungen, z.B. die Heeresspitäler, können für die Versorgung der Bevölkerung im Katastrophenfall in Anspruch genommen werden.

Die Einweisung auf Grund hoheitlichen Befehls erfolgt zwangsweise, und setzt den bei freiwilligem Aufsuchen einer Krankenanstalt vorausgesetzten

zivilrechtlichen Behandlungs- bzw. Krankenhausaufnahmevertrag außer Kraft. Die Aufnahme und der Aufenthalt in der Krankenanstalt erfolgt dann ausschließlich auf Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften, und kann nicht auf eigenen Wunsch des Angehaltenen beendet werden. Die Krankenanstalt hat in der direkten Trägerschaft der öffentlichen Hand ex lege hoheitliche Befugnisse übertragen bekommen, und als privatrechtlich organisierter Rechtsträger erfolgt die Ausübung hoheitlicher Befugnisse auf dem Wege der Beleihung. Zwangsweise Behandlung, im Sinne von Feststellung der Infektion durch Untersuchung, erfolgt hauptsächlich durch Amtsärzte der Gesundheitsämter bei den Bezirksverwaltungsbehörden. Die Krankenanstalt ist dazu bestimmt, den Zwangseingewiesenen aufzunehmen, und die zeitmäßig durch Gesetz oder behördliche Verfügung bestimmte Dauer der Anhaltung aufrecht zu erhalten. Sowohl die Zwangsuntersuchung (= Zwangsbehandlung) durch Organe der BVB's, als auch die zwangsweise Einweisung in eine Krankenanstalt und die Anhaltung stehen in einem Spannungsverhältnis zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, wie im ersten Fall dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, im Sinne des Rechtes auf die Verfügung über den eigenen Körper, und im zweiten Fall dem Recht auf persönliche Freiheit. Beide Grundrechte sehen allerdings einen Gesetzesvorbehalt vor, der dem Staat ermöglichen, im Falle besonderer Umstände und unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit entsprechende, an sich grundrechtsverletzenden, Maßnahmen zu ergreifen.

Im Falle des Freiheitsentzuges durch Zwangsanhaltung in einer Krankenanstalt besteht ein Gesetzesvorbehalt, der direkt auf die Bedrohung der Bevölkerung durch die Ansteckung von ansteckenden Krankheiten Bezug nimmt, und somit Zwangsanhaltungen nach den Seuchengesetzen als grundrechts- und verfassungskonform erklärt. Allerdings sind bis im TbG, in dem eine Zulässigkeitskontrolle durch ein ordentliches Gericht verankert ist, die verfassungsgesetzlichen Vorschriften für unmittelbaren Rechtsschutz nicht gewahrt, weil zur Wahrung der Rechte des Einzelnen erst der Instanzenweg beschritten werden muss, und es dadurch an Zeitnähe mangelt.

Für Zwangsbehandlungen, als Eingriff in die Verfügung über den eigenen Körper, ist eine Einschränkung des Grundrechtes dann statthaft, wenn als Ziel der Schutz der Gesundheit der Allgemeinheit im Vordergrund steht. Mangels Regelung über unmittelbaren Rechtsschutz kann die zwangsweise Behandlung erst nach der Durchführung, der uU invasiven Eingriffe, beeinsprucht werden. Abgesehen davon erscheint auch die Zulässigkeit eines derartigen Eingriffs in die körperliche Integrität fraglich, wenn anhand geklärter klinischer Symptome und hinreichender Verteilung der Krankheit in der Bevölkerung eine behördlich zwingende Feststellung der Krankheit nicht mehr erforderlich ist, und die bloße Anhaltung in einem Krankenhaus ohne konsenslosen Eingriff in die körperliche Integrität zum Schutz der Gesundheit der Allgemeinheit bereits ausreichend ist.

Auch strafrechtliche Normen nehmen auf das Seuchenrecht Bezug, in dem die Gefährdung von Menschen durch (zumindest beschränkt meldepflichtige) ansteckende Krankheiten pönalisiert wird. Strafbar ist nach dem StGB jede Handlung, die geeignet ist, eine gefährliche ansteckende Krankheit vorsätzlich oder fahrlässig zu verbreiten, wobei Normadressat nicht nur der Infizierte ist, sondern auch jene Stellen, die angehalten sind, durch entsprechende Maßnahmen die Ansteckung durch Keime zu verhindern, also auch Krankenanstalten, die entsprechende Hygienemaßnahmen auch schon durch das Krankenanstaltenrecht vorgeschrieben haben.

Aber auch die Bewegungsfreiheit der Beschäftigten einer Krankenanstalt kann im Bedarfsfall durch behördlichen Befehl eingeschränkt werden, und auch Zwangsimpfungen können für die Beschäftigten vorgeschrieben werden.

Das Krankenhaus, oder der Arzt als Dienstnehmer des Krankenhauses oder des Trägers können auch zivilrechtlich haften, falls Dritten schuldhaft und rechtswidrig Schaden durch die Ausbreitung einer Seuche entsteht. Ist der Krankenanstaltenträger der öffentlichen Verwaltung zurechenbar, oder ist er hoheitlich beliehen, und der Schaden entsteht im Zuge der Vollziehung der Gesetze, entsteht Haftung nach dem Amtshaftungsgesetz. Um das Risiko der zivilrechtlichen Haftung nach ABGB oder AHG (Regress) zu reduzieren, kann der

Rechtsträger für die Standorte seiner Krankenanstalten individuelle Betriebshaftpflichtversicherungen abschließen.

2. Abstract

Nach einleitenden Worten zur Bedeutung der Seuchen auf die Gesundheit der Bevölkerung, und der Definition des Begriffs der Seuche wird im zweiten Abschnitt auf die nationalen Rechtsgrundlagen und internationale Bezüge des Seuchenrechts eingegangen. Ziel des dritten Teils der Arbeit ist, die Einschränkung von betroffenen Personen durch sanitätspolizeiliche Vorschriften darzustellen, mit der besonderen Darstellung der Einschränkung von Grundrechten. Der vierte Abschnitt beschäftigt sich mit der Frage der Aufgabe von Krankenanstalten im öffentlichen Gesundheitssystem, und bereitet den Leser auf den zentralen fünften Teil der Arbeit vor, in dem die gesetzlich vorgesehenen Zwangsmaßnahmen zur Verhinderung der Weiterverbreitung von Epidemien und Pandemien, und der Auswirkungen auf den Betrieb von Krankenanstalten dargestellt werden.

Following the introduction describing the significance towards the population's health, and a definition of the term epidemic, the second chapter goes into the national legal basis and international references of the epidemic law. The aim of the third chapter of this paper is to depict the constriction of affected persons by the sanitary police regulations with a particular focus on the constriction of fundamental rights. Chapter four deals with the question regarding the duty of hospitals in the public health system and prepares the reader for the fifth and central chapter of this paper, which discusses the intended legal sanctions for the prevention and further spreading of epidemics and pandemics and the consequences for the operation of hospitals.

3. Gesetzestexte (Auszüge)

3.1 Epidemiegesetz 1950

BGBI. Nr. 186/1950 idF BGBI. I Nr. 76/2008

Erhebungen über das Auftreten einer Krankheit

§ 5. (1) Über jede Anzeige sowie über jeden Verdacht des Auftretens einer anzeigepflichtigen Krankheit haben die zuständigen Behörden durch die ihnen zur Verfügung stehenden Ärzte unverzüglich die zur Feststellung der Krankheit und der Infektionsquelle erforderlichen Erhebungen und Untersuchungen einzuleiten. Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige sind verpflichtet, den zuständigen Behörden die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und sich den notwendigen ärztlichen Untersuchungen sowie der Entnahme von Untersuchungsmaterial zu unterziehen. Zum Zwecke der Feststellung von Krankheitskeimen sind hiebei nach Möglichkeit fachliche Untersuchungsanstalten in Anspruch zu nehmen.

(2) Unter welchen Voraussetzungen und von welchen Organen bei diesen Erhebungen die Öffnung von Leichen und die Untersuchung von Leichenteilen vorgenommen werden kann, wird durch Verordnung bestimmt.

Absonderung Kranker

§ 7. (1) Durch Verordnung werden jene anzeigepflichtigen Krankheiten bezeichnet, bei deren Auftreten die hievon befallenen oder krankheitsverdächtigen Personen abzusondern sind. Hiebei sind auch die Art und Weise zu bestimmen, in der die Absonderung bei jeder einzelnen Krankheit durchzuführen ist.

(2) Kann eine zweckentsprechende Absonderung im Sinne der getroffenen Anordnungen in der Wohnung des Kranken nicht erfolgen oder wird die Absonderung unterlassen, so ist die Unterbringung des Kranken in einer

Krankenanstalt oder einem anderen geeigneten Raume durchzuführen, falls die Überführung ohne Gefährdung des Kranken erfolgen kann.

(3) Zum Zwecke der Absonderung sind, wo es mit Rücksicht auf die örtlichen Verhältnisse geboten erscheint, geeignete Räume und zulässig erkannte Transportmittel rechtzeitig bereitzustellen, beziehungsweise transportable, mit den nötigen Einrichtungen und Personal ausgestattete Barackenspitäler einzurichten.

(4) Abgesehen von den Fällen der Absonderung eines Kranken im Sinne des Abs. 2 kann die Überführung aus der Wohnung, in der er sich befindet, nur mit behördlicher Genehmigung und unter genauer Beobachtung der hiebei von der Behörde anzuordnenden Vorsichtsmaßregeln erfolgen.

(5) Diese Genehmigung ist nur dann zu erteilen, wenn eine Gefährdung öffentlicher Rücksichten hiedurch nicht zu besorgen steht und der Kranke entweder in eine zur Aufnahme solcher Kranker bestimmte Anstalt gebracht werden soll oder die Überführung nach der Sachlage unbedingt geboten erscheint.

Mitwirkung von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes

§ 28a. (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben die nach diesem Bundesgesetz zuständigen Behörden und Organe über deren Ersuchen bei der Ausübung ihrer gemäß den §§ 5, 6, 7, 15, 17, 22 und 24 beschriebenen Aufgaben bzw. zur Durchsetzung der vorgesehenen Maßnahmen erforderlichenfalls unter Anwendung von Zwangsmitteln zu unterstützen.

(2) Sofern nach der fachlichen Beurteilung der nach diesem Bundesgesetz zuständigen Behörden im Rahmen der nach Abs. 1 vorgesehenen Unterstützung für die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach der Art der übertragbaren Krankheit und deren Übertragungsmöglichkeiten eine Gefährdung verbunden ist, der nur durch besondere Schutzmaßnahmen begegnet werden kann, so sind die nach diesem Bundesgesetz zuständigen Behörden verpflichtet, adäquate Schutzmaßnahmen zu treffen.

3.2 Tuberkulosegesetz

BGBI. Nr. 127/1968 idF BGBI. I Nr. 65/2002

Erhebungen und Untersuchungen über das Auftreten der Tuberkulose

§ 6. (1) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat alle erforderlichen Erhebungen und Untersuchungen zur Feststellung der Krankheit oder einer Infektionsquelle sowie die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlichen Untersuchungen des durch die Krankheit gefährdeten Personenkreises zu veranlassen. Bei den Erhebungen ist mit der durch die Umstände gebotenen Rücksichtnahme vorzugehen.

(2) Den von der Bezirksverwaltungsbehörde entsendeten Organen ist der Zutritt zum Kranken, Krankheitsverdächtigen oder zur Leiche und die Vornahme der für die Ermittlung über die Krankheit, den Krankheitsverdacht oder die Bazillenausscheidung erforderlichen Untersuchungen zu gestatten.

(3) Um das Vorliegen einer Tuberkulose bei Verstorbenen festzustellen, kann die Bezirksverwaltungsbehörde die Öffnung von Leichen und die Untersuchung von Leichenteilen (sanitätsbehördliche Obduktion) anordnen, wenn der begründete Verdacht einer solchen Erkrankung besteht.

(4) Die zur Meldung verpflichteten Personen, die Kranken, krankheitsverdächtigen und krankheitsgefährdeten Personen haben auf Befragen über alle mit der Erkrankung im Zusammenhang stehenden Umstände Auskünfte zu erteilen.

(5) Personen, auf die sich die Erhebungen und Untersuchungen im Sinne des Abs. 1 erstrecken, sind verpflichtet, sich den erforderlichen zumutbaren ärztlichen Untersuchungen, insbesondere auch Prüfungen der Tuberkulinallergie, Röntgenuntersuchungen, Blutabnahmen und Sputumuntersuchungen, zu unterziehen und das notwendige Untersuchungsmaterial unter allfälligen Kontrollen zu liefern.

Maßnahmen gegen uneinsichtige Tuberkulosekranke, Belehrung

§ 13. (1) Ergeben die Erhebungen der Bezirksverwaltungsbehörde, daß ein an ansteckender Tuberkulose Erkrankter das ihm aufgetragene Verhalten (§ 7 Abs. 3) nicht befolgt oder der Behandlungspflicht gemäß § 2 nicht nachkommt, ist er vorzuladen. Er ist erneut anzuweisen, sich in gesundheitlicher Hinsicht einwandfrei zu verhalten. Außerdem ist er darüber zu belehren, daß er in einer Krankenanstalt angehalten werden wird, wenn er seine Pflichten weiterhin nicht erfüllen sollte. Über die Belehrung ist eine Niederschrift aufzunehmen und eine Durchschrift dem Tuberkulosekranken nachweislich auszufolgen.

(2) Befindet sich der Tuberkulosekranke in Anstaltspflege oder ist er aus anderen Gründen gehindert, der Ladung Folge zu leisten, so ist er schriftlich im Sinne des Abs. 1 zu belehren; diese Belehrung ist ihm zu eigenen Händen (§ 21 Zustellgesetz, BGBl. Nr. 200/1982) zuzustellen.

Anhaltung, Antrag

§ 14. (1) Verstößt ein Tuberkulosekranker auch nach der Belehrung im Sinne des § 13 gegen die ihm obliegenden Pflichten und entsteht dadurch eine Gefahr für die Gesundheit anderer Menschen, so hat die Bezirksverwaltungsbehörde beim Bezirksgericht des gewöhnlichen Aufenthaltes, in Ermangelung eines solchen des Aufenthaltes des Kranken die Feststellung der Zulässigkeit seiner Anhaltung in einer Krankenanstalt zu beantragen.

(2) Ist der Tuberkulosekranke alkoholkrank und würde sonst der Zweck der Anhaltung voraussichtlich gefährdet werden, so hat die Bezirksverwaltungsbehörde auch die Feststellung zu beantragen, daß die Öffnung der während der Anhaltung an den Kranken gerichteten Postsendungen, in denen nach ihrem Umfang und Gewicht Getränke enthalten sein können, und die Beschlagnahme der in diesen befindlichen alkoholischen Getränke zulässig ist.

Gerichtsbeschuß

§ 15. (1) Das Gericht hat auf Grund des Antrages möglichst binnen drei Wochen im außerstreitigen Verfahren zu entscheiden, ob die Anhaltung des Tuberkulosekranken in einer Krankenanstalt und gegebenenfalls auch die Öffnung der im § 14 Abs. 2 bezeichneten Postsendungen und die Beschlagnahme der darin befindlichen alkoholischen Getränke zulässig ist. Die Zulässigkeit der Anhaltung sowie der Öffnung und Beschlagnahme der Postsendungen ist auszusprechen, wenn die im § 14 angeführten Voraussetzungen zutreffen.

(2) Die Anhaltung eines Erkrankten und gegebenenfalls die Öffnung und Beschlagnahme der Postsendungen darf für die Dauer von mindestens sechs, höchstens jedoch von zwölf Monaten für zulässig erklärt werden.

(3) Der Richter hat den Anzuhaltenden persönlich anzuhören, sofern diesem ein persönliches Erscheinen zugemutet werden kann. Vor einem Beschluß auf Ablehnung des Antrages ist auch der Arzt der Bezirksverwaltungsbehörde (§ 8 Abs. 2) zu hören.

(4) Leistet der Anzuhaltende der Vorladung nicht Folge, so kann er vorgeführt werden.

(5) Der Gerichtsbeschuß verliert drei Jahre nach Eintritt seiner Rechtskraft seine Wirksamkeit.

Einweisung

§ 16. (1) Auf Grund des Gerichtsbeschlusses hat die Bezirksverwaltungsbehörde den Anzuhaltenden in eine Krankenanstalt einzuweisen.

(2) Wenn und solange sich der Anzuhaltende nach Zustellung des Gerichtsbeschlusses entsprechend den ihm obliegenden Verpflichtungen verhält, darf der Kranke auf Grund des Gerichtsbeschlusses nicht in eine Krankenanstalt eingewiesen werden.

(3) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat das Gericht von der Einweisung zu verständigen.

(4) Die Zeit, während der die Bezirksverwaltungsbehörde von der Einweisung des Anzuhaltenden absieht, ist in die durch den Gerichtsbeschluß für zulässig erklärte Dauer der Anhaltung nicht einzurechnen.

Vorzeitiges Beenden der Anhaltung

§ 17. (1) Ist auf Grund des Verhaltens des Angehaltenen zu erwarten, daß er der Behandlungspflicht (§ 2) nachkommen bzw. das ihm auferlegte Verhalten (§ 7 Abs. 3) befolgen wird, hat die Bezirksverwaltungsbehörde die Anhaltung vorzeitig zu beenden.

(2) Von dem Beenden der Anhaltung hat die Bezirksverwaltungsbehörde das Gericht zu verständigen.

(3) Das Gericht kann auf Antrag des Angehaltenen beschließen, daß die Anhaltung vor der Zeit, für die sie für zulässig erklärt worden ist, beendet wird, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 gegeben sind. Der Antrag kann frühestens drei Monate nach dem Beginn der Anhaltung gestellt werden. Im Fall der Ablehnung des Antrages kann das Gericht zugleich beschließen, daß der Angehaltene während der restlichen Dauer der für zulässig erklärten Anhaltungszeit keinen neuen Antrag auf vorzeitige Beendigung der Anhaltung stellen darf. Auf Grund des gerichtlichen Beschlusses über die vorzeitige Beendigung der Anhaltung ist der Angehaltene sofort zu entlassen.

Aussetzen der Anhaltung

§ 18. (1) Erklärt der Angehaltene, sich freiwillig in einer Krankenanstalt behandeln zu lassen, und ist auf Grund seines Verhaltens zu erwarten, daß er dieses Vorhaben ausführen und sich der Anstaltsordnung der Krankenanstalt entsprechend verhalten wird, so hat die Bezirksverwaltungsbehörde die

Anhaltung für die voraussichtliche Dauer eines solchen freiwilligen Aufenthaltes in einer Krankenanstalt auszusetzen.

(2) Der ärztliche Leiter der Krankenanstalt (Abs. 1) hat die Bezirksverwaltungsbehörde unverzüglich zu verständigen, wenn der Angehaltene sich in der Krankenanstalt eingefunden hat, wenn er entlassen wird oder die Krankenanstalt verläßt.

(3) Die Zeit, während der die Bezirksverwaltungsbehörde die Anhaltung aussetzt, ist in die durch den Gerichtsbeschluß für zulässig erklärte Dauer der Anhaltung nicht einzurechnen.

3.3. Geschlechtskrankheitengesetz StGBI. Nr. 152/1945 idF BGBl. I Nr. 98/2001

Allgemeine Behandlungspflicht.

§ 2. (1) Jeder Geschlechtskranke ist verpflichtet, sich während der Dauer der Übertragbarkeit der Krankheit einer Behandlung durch einen in Österreich zur Berufsausübung berechtigten Arzt zu unterziehen. Bei Pflegebefohlenen hat jene Person für die ärztliche Behandlung des Kranken zu sorgen, welche die Aufsicht über den Pflegebefohlenen führt.

(2) Der Kranke (die über denselben aufsichtführende Person) hat der Sanitätsbehörde auf Verlangen den Nachweis der ärztlichen Behandlung zu erbringen.

Untersuchung Krankheitsverdächtiger

§ 3. (1) Personen, von denen mit Grund angenommen werden kann, daß sie geschlechtskrank sind und nicht in ärztlicher Behandlung stehen, können von der Sanitätsbehörde verhalten werden, ein ärztliches Zeugnis zu erbringen und sich erforderlichenfalls einer Untersuchung zu unterziehen.

(2) Anzeigen, deren Urheber nicht feststellbar ist, sind durch die Sanitätsbehörde nicht weiter zu verfolgen.

Beschränkte Meldepflicht

§ 4. (1) Jeder Arzt, der in Ausübung seines Berufes von einer Geschlechtskrankheit Kenntnis erhält, ist zur Meldung des Falles verpflichtet, wenn eine Weiterverbreitung der Krankheit zu befürchten ist oder sich der Kranke der ärztlichen Behandlung, beziehungsweise Beobachtung entzieht.

(2) Die Meldung ist an die für den Wohnort des Erkrankten zuständige Sanitätsbehörde nach dem als Anlage A *1) (Anm.: Anlage nicht darstellbar) abgedruckten Muster zu erstatten.

Behandlung und Überwachung

§ 5. (1) Der Amtsarzt hat auf Grund der ihm zugekommenen Anzeige den Kranken zum Gesundheitsamt vorzuladen.

(2) Der Amtsarzt entscheidet nach vorgenommener Untersuchung, ob der Kranke in der Behandlung eines zur Ausübung der Praxis in Österreich berechtigten Arztes verbleiben kann, in ambulatorische Behandlung eines Krankenhauses einzuweisen oder in ein Krankenhaus (Abteilung für die Behandlung von Geschlechtskrankheiten) aufzunehmen ist.

(3) Nach Abschluß der Behandlung (Abs. (2)) kann die Sanitätsbehörde die gesundheitliche Überwachung des aus der Behandlung Entlassenen anordnen. Der Amtsarzt hat in diesem Falle auszusprechen, ob die Überwachung durch einen zur Ausübung der Praxis in Österreich berechtigten Arzt, durch eine Beratungsstelle oder durch ein Krankenhaus zu erfolgen hat.

(4) Der aus der Behandlung Entlassene ist verpflichtet, der amtsärztlich angeordneten Überwachung gewissenhaft zu entsprechen.

3.4. Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz

BGBI.Nr. 1/1957 idF BGBI. I Nr. 65/2002

Gemeinnützigkeit

§ 16. (1) Als gemeinnützig ist eine Krankenanstalt zu betrachten, wenn

- a) ihr Betrieb nicht die Erzielung eines Gewinnes bezweckt;
- b) jeder Aufnahmebedürftige nach Maßgabe der Anstaltseinrichtungen aufgenommen wird (§ 22 Abs. 2);
- c) die Pfleglinge so lange in der Krankenanstalt untergebracht, ärztlich behandelt, gepflegt und verköstigt werden, als es ihr Gesundheitszustand nach dem Ermessen des behandelnden Arztes erfordert;
- d) für die ärztliche Behandlung einschließlich der Pflege sowie, unbeschadet einer Aufnahme in die Sonderklasse, für Verpflegung und Unterbringung ausschließlich der Gesundheitszustand der Pfleglinge maßgeblich ist;
- e) LKF-Gebühren gemäß § 27 Abs. 1 für gleiche Leistungen der Krankenanstalt oder die Pflegegebühren für alle Pfleglinge derselben Gebührenklasse, allenfalls unter Bedachtnahme auf eine Gliederung in Abteilungen und sonstige bettenführende Organisationseinheiten oder Pflegegruppen für Akutkranke und für Langzeitbehandlung (§ 6 Abs. 1 lit. a) und auf Tag- oder Nachtbetrieb sowie den halbstationären Bereich (§ 6 Abs. 1 lit. b) in gleicher Höhe (§ 28) festgesetzt sind;
- f) die Bediensteten der Krankenanstalt unbeschadet der §§ 27 Abs. 4 und 46 Abs. 1 von den Pfleglingen oder deren Angehörigen auf keinerlei Art entlohnt werden dürfen und
- g) die Zahl der für die Sonderklasse bestimmten Betten ein Viertel der für die Anstaltspflege bereitstehenden Bettenzahl nicht übersteigt.

(2) Durch die Landesgesetzgebung wird bestimmt, unter welchen Voraussetzungen neben der allgemeinen Gebührenklasse eine Sonderklasse eingerichtet werden darf und unter welchen Bedingungen ein Pflegling in die Sonderklasse aufzunehmen ist. Die Sonderklasse hat durch ihre besondere

Ausstattung höheren Ansprüchen hinsichtlich Verpflegung und Unterbringung zu entsprechen.

Aufnahme der Pfleglinge

§ 22. (1) Pfleglinge können nur durch die Anstaltsleitung auf Grund der Untersuchung durch den hiezu bestimmten Anstaltsarzt aufgenommen werden. Soll die Aufnahme des Pfleglings nur bis zur Dauer eines Tages (tagesklinisch) auf dem Gebiet eines Sonderfaches erfolgen, für das eine Abteilung, ein Department oder ein Fachschwerpunkt nicht vorhanden sind, so dürfen nur solche Pfleglinge aufgenommen werden, bei denen nach den Umständen des Einzelfalles das Vorhandensein einer derartigen Organisationseinheit für allfällige Zwischenfälle voraussichtlich nicht erforderlich sein wird.

(2) Die Aufnahme von Pfleglingen ist auf anstaltsbedürftige Personen und auf Personen, die sich einem operativen Eingriff unterziehen, beschränkt. Bei der Aufnahme ist auf den Zweck der Krankenanstalt und auf den Umfang der Anstaltseinrichtungen Bedacht zu nehmen. Unabweisbare Kranke müssen in Anstaltspflege genommen werden. Öffentliche Krankenanstalten sind weiters verpflichtet, Personen, für die Leistungsansprüche aus der sozialen Krankenversicherung bestehen, als Pfleglinge aufzunehmen.

(3) Anstaltsbedürftig im Sinne des Abs. 2 sind Personen, deren auf Grund ärztlicher Untersuchung festgestellter geistiger oder körperlicher Zustand die Aufnahme in Krankenanstaltspflege erfordert, Personen, die ein Sozialversicherungsträger oder ein Gericht im Zusammenhang mit einem Verfahren über Leistungssachen zum Zweck einer Befundung oder einer Begutachtung in die Krankenanstalt einweist, gesunde Personen zur Vornahme einer klinischen Prüfung eines Arzneimittels oder eines Medizinproduktes sowie Personen, die der Aufnahme in die Krankenanstalt zur Vornahme von Maßnahmen der Fortpflanzungsmedizin bedürfen.

(4) Als unabweisbar im Sinne des Abs. 2 sind Personen zu betrachten, deren geistiger oder körperlicher Zustand wegen Lebensgefahr oder wegen Gefahr einer

sonst nicht vermeidbaren schweren Gesundheitsschädigung sofortige Anstaltsbehandlung erfordert, sowie jedenfalls Frauen, wenn die Entbindung unmittelbar bevorsteht. Ferner sind Personen, die auf Grund besonderer Vorschriften von einer Behörde eingewiesen werden, als unabweisbar anzusehen.

(5) Ist die Aufnahme eines unabweisbaren Kranken (Abs. 4) in die allgemeine Gebührenklasse wegen Platzmangels nicht möglich, hat ihn die Krankenanstalt ohne Verrechnung von Mehrkosten so lange in die Sonderklasse aufzunehmen, bis der Platzmangel in der allgemeinen Gebührenklasse behoben ist und der Zustand des Kranken die Verlegung zulässt.

§ 23. (1) Unbedingt notwendige erste ärztliche Hilfe darf in öffentlichen Krankenanstalten niemandem verweigert werden.

(2) Kann ein Säugling nur gemeinsam mit der nicht anstaltsbedürftigen Mutter oder einer anderen Begleitperson oder eine anstaltsbedürftige Mutter nur gemeinsam mit ihrem Säugling aufgenommen werden, so sind Mutter (Begleitperson) und Säugling gemeinsam in Krankenanstaltspflege zu nehmen. Durch die Landesgesetzgebung ist unter Berücksichtigung der in der jeweiligen Krankenanstalt gegebenen räumlichen Verhältnisse die Zulässigkeit der Aufnahme sonstiger nicht anstaltsbedürftiger Begleitpersonen vorzusehen.

Entlassung von Pfleglingen

§ 24. (1) Pfleglinge, die auf Grund des durch anstaltsärztliche Untersuchung festgestellten Behandlungserfolges der Anstaltspflege nicht mehr bedürfen, sind aus der Anstaltspflege zu entlassen. Anstaltsbedürftige Pfleglinge sind zu entlassen, wenn ihre Überstellung in eine andere Krankenanstalt notwendig wird und sichergestellt ist. Die von der Anstaltsleitung bestimmten Anstaltsärzte haben vor jeder Entlassung durch Untersuchung festzustellen, ob der Pflegling geheilt, gebessert oder ungeheilt entlassen wird.

(2) Bei der Entlassung eines Pfleglings ist neben dem Entlassungsschein unverzüglich ein Entlassungsbrief anzufertigen, der die für eine allfällige weitere

ärztliche, psychologische, psychotherapeutische und pflegerische Betreuung oder Betreuung durch Hebammen notwendigen Angaben und Empfehlungen sowie allfällige notwendige Anordnungen für die Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, Angehörige der gehobenen medizinisch-technischen Dienste oder Heilmasseure zur unerlässlich gebotenen Betreuungskontinuität zu enthalten hat. In diesem sind die Angaben und Empfehlungen bzw. Anordnungen übersichtlich und zusammengefasst darzustellen. Empfehlungen hinsichtlich der weiteren Medikation haben den vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger herausgegebenen Erstattungskodex und die Richtlinien über die ökonomische Verschreibweise von Heilmitteln und Heilbehelfen zu berücksichtigen. Ausnahmen sind ausschließlich aus medizinischer Notwendigkeit zulässig, erforderlichenfalls ist eine Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes der Krankenversicherungsträger einzuholen. Dieser Entlassungsbrief ist nach Entscheidung des Pfleglings diesem oder

1. dem einweisenden oder weiterbehandelnden Arzt bzw. Zahnarzt und
2. bei Bedarf den für die weitere Betreuung in Aussicht genommenen Angehörigen eines Gesundheitsberufes und
3. bei Bedarf der für die weitere Pflege und Betreuung in Aussicht genommenen Einrichtung

zu übermitteln.

(3) Kann der Pflegling nicht sich selbst überlassen werden, so ist der Träger der öffentlichen Fürsorge vor der Entlassung rechtzeitig zu verständigen.

(4) Wünschen der Pflegling, seine Angehörigen oder sein gesetzlicher Vertreter die vorzeitige Entlassung, so hat der behandelnde Arzt bzw. Zahnarzt auf allfällige für die Gesundheit nachteilige Folgen aufmerksam zu machen und darüber eine Niederschrift aufzunehmen. Eine vorzeitige Entlassung ist nicht zulässig, wenn der Pflegling auf Grund besonderer Vorschriften von einer Behörde in Krankenanstaltspflege eingewiesen worden ist.

§ 40. (1) Für die Errichtung und den Betrieb privater Krankenanstalten gelten die Bestimmungen der Hauptstücke A und B zur Gänze und die des Hauptstückes C wie folgt:

- a) In Bundesländern, in denen öffentliche Krankenanstalten in einem ihrer Größe und der Zahl der Bevölkerung entsprechenden Ausmaße nicht bestehen, sind die von einer Gebietskörperschaft betriebenen Krankenanstalten zu verpflichten, Personen im Sinne des § 22 Abs. 2, 3 und 4 in Krankenanstaltspflege zu nehmen.
- b) Leichenöffnungen (§ 25) dürfen nur mit Zustimmung der nächsten Angehörigen des Verstorbenen und nur dann, wenn ein geeigneter Raum vorhanden ist, vorgenommen werden. Über jede Leichenöffnung ist eine Niederschrift aufzunehmen.
- c) Die §§ 16, 19a, ausgenommen Abs. 4, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 zweiter und dritter Satz, 24 Abs. 2 mit der Maßgabe, dass der Erstattungskodex und die Richtlinie über die ökonomische Verschreibweise bei Empfehlungen über die weitere Medikation nur dann zu berücksichtigen sind, wenn der Pflegling die Heilmittel auf Kosten eines Trägers der Krankenversicherung beziehen wird, 24 Abs. 4, 26, 27, 32 und 35 Abs. 3.
- d) Für gemeinnützige Krankenanstalten (§ 16) finden darüber hinaus auch die §§ 19a Abs. 4, 27a und 28 Abs. 3 Anwendung.
- e) Der § 20 mit der Maßgabe, dass Krankenanstalten, deren Betrieb die Erzielung eines Gewinns bezweckt, die Arzneimittel aus einer Apotheke im Europäischen Wirtschaftsraum zu beziehen haben.

(2) Durch die Landesgesetzgebung können nähere Vorschriften darüber erlassen werden, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang bei den von physischen Personen betriebenen Krankenanstalten Fortbetriebsrechte zulässig sind.

4. Literaturverzeichnis

4.1. Literatur

- Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht 2 – Staatliche Organisation (1998)
Adamovich/Funk/Holzinger, Staatsrecht 3 – Grundrechte (2003)
Aigner, Rechtsgrundlagen auf dem Sektor der Notfallmedizin, RdM 1996
Aigner, HIV-Infektion und Strafbarkeit nach § 178, 179 StGB, RdM 2000
Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht für die Praxis⁹ (2010)
Bachmann/Baumgartner/Feik/Giese/Jahnel/Lienbacher, Besonderes Verwaltungsrecht⁵ (2004)
Berka, Die Grundrechte (1999)
Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I⁶ (2000)
Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II⁷ (2008)
Bittmann, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS, ÖJZ 1987
Classen/Diehl/Kochsiek, Innere Medizin⁵ (2004)
Dittrich/Tades, Taschenkommentar ABGB²² (2007)
Fischer/Köck, Völkerrecht⁶ (2004)
Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴ (2002)
Foregger/Bachner-Foregger, StGB, (2002)
Holoubek/Potacs, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts² (2007)
Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht (2009)
Juen, Arzthaftungsrecht² (2005)
Kayser(Böttger/Zinkernagel/Haller/Eckert/Deplazes, Medizinische Mikrobiologie¹¹ (2005)
Kienapfel/Höpfel, Strafrecht Allgemeiner Teil⁹ (2001)
Klicka/Oberhammer, Außerstreitverfahren³ (2000)
Kopetzki, Unterbringungsrecht (1995)
Kopetzki, Grundriss des Unterbringungsrechts² (2005)
Koziol/Welse/Kleteckar, Bürgerliches Recht¹³ (2006)
Maleczky, Strafrecht Besonderer Teil II (2003)
Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2003)
Öhlinger, Verfassungsrecht⁶ (2005)
Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003)
Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁷ (2009)
Schneider, Ärztliche Ordinationen und selbständige Ambulatorien (2001)
Schragel, Kommentar zum AHG³ (2003)
Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2006)
Stöger, Krankenanstaltenrecht (2008)
Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht³ (2004)
Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007)
Welser, Fachwörterbuch zum Bürgerlichen Recht (2005), Manz
Windisch-Graetz, Selbständiges Ambulatorium und ärztliche Ordination, RdM 1995
Zankl, Bürgerliches Recht (2002)

4.2. Web-Quellen

Strauss/Thinus/Muchl/Hrabcik, BMG, Krisenfälle im Gesundheitsbereich:
Informations- und Kommunikationssysteme der EU und WHO,
http://www.bmg.gv.at/cms/site/attachments/3/5/9/CH0951/CMS1214392137719/draft_steirischer_seuchenalarmplan.pdf, 10.03.2010

BMG,
InfluenzaPandemieplan,http://www.bmgfj.gv.at/cms/site/attachments/3/6/8/CH0981/CMS1126084167391/pp_inetversion12_061.pdf, 28.07.2009

Landessanitätsdirektion, Influenza-Pandemieplanung für Wien,
<http://www.wien.gv.at/gesundheit/sandirektion/pdf/pandemieplan.pdf>,
16.02.2010

Zentrum für Verwaltungsforschung, Europarechtliche Dimension der
Daseinsvorsorge,
<http://www.staedtebund.gv.at/fileadmin/staedtetage/2008/ergebnis/daseinsvorsorge.pdf> 14.10.2009.

BMG, Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung – Systembeschreibung,
http://www.bmg.gv.at/cms/site/attachments/6/4/5/CH0719/CMS1159516854629/systembeschreibung_2009.pdf, 12.02.2010

BMG, Hygienemaßnahmen bei schwerem akutem respiratorischen Syndrom,
<http://www.bmgfj.gv.at/cms/site/attachments/2/6/9/CH0742/CMS1065170991715/sars-richtlinie.pdf>, 10.03.2010

WHO, International Health Regulations,
http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789241580410_eng.pdf, 15.06.2009

5. Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGES	Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit
AHG	Amtshaftungsgesetz
AIDS-G	AIDS-Gesetz
AMG	Arzneimittelgesetz
ArzteG	Ärztegesetz
AuvBZ	Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
Bgl. d. KAG	Burgenländisches Krankenanstaltengesetz
BH	Bezirkshauptmannschaft
BMG	Bundesminister für Gesundheit
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
BVB	Bezirksverwaltungsbehörde
DSG	Datenschutzgesetz
ECDC	European Centre for Disease Prevention and Control
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EpG	Epidemiegesetz
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWRS	Early Warning and Response System (EU-Frühwarnsystem)
IHR	International Health Regulations (Intern. Gesundheitsvorschriften)
KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz
KALG	Steiermärkisches Krankenanstaltengesetz
K-KAO	Kärntner Krankenanstaltenordnung
LKF	Leistungsorientierten Krankenanstaltenfinanzierung
NÖ KAG	Niederösterreichisches Krankenanstaltengesetz
OGH	Oberster Gerichtshof

OÖ KAG	Oberösterreichisches Krankenanstaltengesetz
ÖSG	Österreichischer Strukturplan Gesundheit
PersFrG	BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit
RSG	Regionaler Strukturplan Gesundheit
SALK	Salzburger Landeskliniken
SARS	Schweres Akutes Respiratorisches Syndrom
S-KAG	Salzburger Krankenanstaltengesetz
SPG	Sicherheitspolizeigesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staats-Grundgesetz 1867
TbG	Tuberkulosegesetz
Tir KAG	Tiroler Krankenanstaltengesetz
UbG	Unterbringungsgesetz
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat (in den Ländern)
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vlbg SpG	Vorarlberger Gesetz über Heil- und Pflegeanstalten (Spitalgesetz)
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VVO	Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs
WHO	World Health Organisation (Weltgesundheitsorganisation)
Wr KAG	Wiener Krankenanstaltengesetz
W-KKG	Wiener Katastrophenhilfe und Krisenmanagementgesetzes
ZProtEMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK

6. Lebenslauf des Verfassers

Mag. Erich Döll

Geboren am 01.02.1960 in Wien, seit 1979 verheiratet, Vater zweier erwachsener Kinder, wohnhaft in Wien

Ausbildung

1966 – 1970	Volksschule in Wien 22
1970 – 1974	BRG Wien 22
1974 – 1979	HTL Wien 1, Fachrichtung Maschinenbau
1983	Berechtigung zur Führung der Standesbezeichnung „Ingenieur“
2002 – 2006	Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
seit 2007	Immatrikuliert zum Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften
2008 – 2010	Wahlfachkorb Medizinrecht

Berufserfahrung

1979 – 1986	Konstrukteur für Verbrennungsmotoren bei Simmering-Graz-Pauker in Wien 11
1986 – 1994	Konstrukteur und Projektmanager für Produktionsanlagen zur Herstellung von Videorecorder-Laufwerken bei Philips Wien 23
1994 – 2003	Selbständig mit Handels- und Maschinenbauunternehmen
2003 – 2007	Abteilungsleiter für Prozessentwicklung bei iSi Automotive in Wien 21, mit fallweiser Betreuung von Gewährleistungsfällen, rechtlicher Beurteilung von Verträgen, Schadenersatzrecht
seit 2007	Schadenmanagement im Sach- und Haftpflichtversicherungsbereich sowie Rechtsangelegenheiten, primär im Sinne der rechtlichen Beurteilungen von Sachverhalten, Durchführung von Regressen nach § 67 VersVG, und der Betreuung von Ausschreibungen im Sinne des BVergG.