



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Linz

Vereinigte Einlaufstelle  
Landes- und Bezirksgericht Steyr

Eingel.: 18. Juni 2007 ...Uhr...Min.

\_\_\_\_\_fach mit \_\_\_\_\_ Beilagen  
\_\_\_\_\_ Rubriken

2 R 52/07s

U Cg 78 / 06p  
EINGELANGT

21. Juni 2007

Dr. K. Krückl  
Dr. K. Lichtl

19

### Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch die Richter Dr. Angelika KREMSER als Vorsitzende sowie Dr. Paul AMAN und Dr. Ulrike BOURCARD-TREDER in der Rechtssache der klagenden Partei **Dr. Wolfgang ZIEGLER**, Arzt für Allgemeinmedizin, Linzer Straße 4, 4550 Kremsmünster, vertreten durch Dr. Karl KRÜCKL, Rechtsanwalt in Linz, wider die beklagte Partei **SOZIALHILFEVERBAND KIRCHDORF**, Garnisonstraße 1, 4560 Kirchdorf an der Krems, vertreten durch Dr. Thomas WATZENBÖCK, Rechtsanwalt in Kremsmünster, wegen € 245,-- sA und Feststellung (Streitwert € 21.000,--) über die Berufungen sowohl der klagenden Partei (Berufungsgegenstand: Feststellung [Streitwert € 21.000,--]) als auch der beklagten Partei (Berufungsgegenstand: € 245,-- sA) gegen das Urteil des Landesgerichtes Steyr vom 31.1.2006, 4 Cg 78/06p-13, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Den Berufungen wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit € 1.322,14 (darin enthalten € 220,36 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt nicht € 4.000,--.

Die Revision ist jedenfalls unzulässig.

### Entscheidungsgründe:

Mit 1.7.2005 trat das Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz –

HeimAufG, BGBl I 2004/11) in Kraft. Es regelt die Voraussetzungen und die Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen, Behindertenheimen sowie in anderen Einrichtungen, in denen wenigstens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut oder gepflegt werden können (§ 2 Abs 1). Eine Freiheitsbeschränkung im Sinn dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn eine Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person (im Folgenden Bewohner) gegen oder ohne ihren Willen mit physischen Mitteln, insbesondere durch mechanische, elektronische oder medikamentöse Maßnahmen, oder durch deren Androhung unterbunden wird (§ 3 Abs 1). Eine Freiheitsbeschränkung darf nur vorgenommen werden, wenn 1. der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert ist und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben und die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet, 2. sie zur Abwehr dieser Gefahr unerlässlich und geeignet sowie in ihrer Dauer und Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen ist sowie 3. diese Gefahr nicht durch andere Maßnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen, abgewendet werden kann (§ 4). Eine Freiheitsbeschränkung darf nur aufgrund der Anordnung einer dazu befugten Person vorgenommen werden; anordnungsbefugt ist 1. der mit der Führung der Abteilung oder – falls eine solche nicht besteht – der mit der Leitung der Einrichtung betraute Arzt oder sein Vertreter oder 2. in Einrichtungen, die nicht unter ärztlicher Leitung stehen, die mit der ärztlichen Aufsicht oder mit der Leitung des Pflegediensts betraute Person oder ihr Vertreter oder 3. in Einrichtungen, die weder unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht noch unter pflegerischer Leitung stehen, ein mit der Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen betrauter Angehöriger des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege oder sein Vertreter oder die mit der pädagogischen Leitung betraute Person oder ihr Vertreter (§ 5 Abs 1). Wenn eine Freiheitsbeschränkung voraussichtlich länger als 24 Stunden oder wiederholt erforderlich sein wird, darf sie nur von einem Arzt ange-

ordnet werden; auch eine Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse Maßnahmen muss von einem Arzt angeordnet werden (§ 5 Abs 2). Eine Freiheitsbeschränkung darf nur unter Einhaltung fachgemäßer Standards und unter möglicher Schonung des Bewohners durchgeführt werden (§ 5 Abs 3). Sie ist sofort aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen (§ 5 Abs 4). Der Grund, die Art, der Beginn und die Dauer der Freiheitsbeschränkung sind schriftlich zu dokumentieren; ärztliche Zeugnisse und der Nachweis über die notwendigen Verständigungen sind diesen Aufzeichnungen anzuschließen (§ 6 Abs 1).

Der Beklagte ist der Rechtsträger des Bezirksaltenheims Kremsmünster mit – in wechselnder Anzahl – etwa 136 Bewohnern. Es kommt dort immer wieder vor, dass bei einzelnen Bewohnern freiheitsbeschränkende Maßnahmen getroffen werden müssen. Zwischen dem 1.7.2005 (Inkrafttreten des HeimAufG) und dem 29.11.2006 (Schluss der Verhandlung erster Instanz) war dies bei sieben Bewohnern der Fall; am letztgenannten Tag waren bei vier Bewohnern Freiheitsbeschränkungen aufrecht.

Der Kläger ist Arzt für Allgemeinmedizin in Kremsmünster. Er betreut und behandelt auch Bewohner des örtlichen Bezirksaltenheims, in das er regelmäßig jeden Montagnachmittag und bei Bedarf auch zu anderen Zeiten kommt. In gleicher Weise betreuen weitere praktische Ärzte Bewohner dieses Heims. Zu den im Heim lebenden Patienten des Klägers gehörten Anna RÖCK (geboren 1910) sowie Maria NAGL (geboren 1920), denen kein Sachwalter bestellt war. Anna RÖCK litt 2005 an seniler Demenz und versuchte immer wieder aufzustehen, obwohl sie ohne Rollmobil oder Unterstützung durch das Personal nicht gehfähig war und dadurch zu Sturz kam. Daher war schon vor dem 1.7.2005 ein Tisch vor ihren Leibstuhl gestellt worden, um sie am Aufstehen zu hindern. Maria NAGL litt 2005 an seniler Demenz, Osteoporose, Morbus Parkinson und senilem Marasmus; am 14.10.2004 hatte sie sich einen Schambeinbruch und am 27.2.2005 eine Gehirnerschütterung zugezogen. An ihrem Bett waren

schon vor dem 1.7.2005 Steckgitter angebracht worden, weil sie gefährdet war, aus dem Bett zu fallen und sich dadurch zu verletzen.

In Hinblick auf das bevorstehende Inkrafttreten des HeimAufG sprach der Pflegedienstleiter des Bezirksaltenheims Kremsmünster, Josef MANIGATTERER, mit dem Kläger, um notwendige freiheitsbeschränkende Maßnahmen bei Anna RÖCK und Maria NAGL zu legalisieren. Anlässlich der Montagsvisite am 27.6.2005 ersuchte er den Kläger, entsprechende Untersuchungen bei diesen beiden Bewohnerinnen vorzunehmen und die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen per 1.7.2005 anzuordnen. Er meinte, dass das Pflegeheim eine derartige Anordnung benötige, um Probleme mit Angehörigen zu vermeiden. Über allfällige Kosten der Anordnung wurde nicht gesprochen. Die beiden gingen zu Anna RÖCK und Maria NAGL. Da der Kläger über deren Situation als behandelnder Hausarzt Bescheid wusste, erwies sich eine genaue Untersuchung als nicht notwendig und führte er auch keine Untersuchungen durch. Am nächsten Tag (28.6.2005) verfasste er die entsprechenden Zeugnisse für Anna RÖCK und Maria NAGL, in denen er deren Gesundheitszustand beschrieb und die erforderlichen Freiheitsbeschränkungen – Hinderung am Aussteigen aus dem Leibstuhl mittels Tisch bei Anna RÖCK, Hinderung am Aufstehen aus dem Bett durch Steckgitter (mittags, nachts) bei Maria NAGL – anordnete. Diese Zeugnisse, für deren Verfassung und Weiterleitung er [jeweils] etwa 20 bis 30 Minuten benötigte, übermittelte er an das Bezirksaltenheim. Mit Honorarnote vom 11.7.2005 beehrte er vom Beklagten für diese ärztlichen Zeugnisse entsprechend einem von der Vollversammlung der Österreichischen Ärztekammer beschlossenen Empfehlungstarif jeweils € 122,50, zusammen also € 245,--. Eine Bezahlung dieser Rechnung erfolgte nicht.

Der Kläger beehrte mit seiner am 19.4.2006 eingebrachten Klage einerseits den Zuspruch des fakturierten Honorars von € 245,-- sA und andererseits die (von ihm mit € 21.000,-- bewertete) Fest-

stellung, dass ihm für die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Erteilung von Anordnungen gemäß § 5 HeimAufG bzw für die Erteilung von solchen Anordnungen hinsichtlich der Bewohner von Heimen und anderen Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen, deren Träger der Beklagte sei, ein angemessenes Honorar für Gutachtenserstellung zustehe. Er brachte dazu vor, er sei vom Beklagten beauftragt worden, bei Anna RÖCK und Maria NAGL das Vorliegen der Voraussetzungen für Freiheitsbeschränkungen zu prüfen und allenfalls Anordnungen im Sinne des § 5 Abs 2 HeimAufG zu erteilen. Er habe diesen Auftrag angenommen, den Vertrag erfüllt und daraus gegen den Beklagten als beauftragenden Werkbesteller einen Honoraranspruch für die Erstellung von Gutachten. Der Beklagte, von dem die Initiative zum Tätigwerden des Klägers ausgegangen sei, verweigere jedoch eine Bezahlung des gemäß dem Empfehlungstarif der Österreichischen Ärztekammer in Rechnung gestellten Honorars mit der Begründung, dass „die Sozialversicherung dafür zuständig“ sei. Diese Rechtsansicht sei verfehlt, weil die Anordnung einer Freiheitsbeschränkung, die eine Gefährdung des Lebens und der Gesundheit eines Heimbewohners oder anderer abwenden solle, keine in den Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung fallende Krankenbehandlung sei. Die ärztliche Begutachtung der Voraussetzungen einer solchen Anordnung erfolge im Interesse des Beklagten, den seine aus dem Vertragsverhältnis zu den Heimbewohnern resultierenden Schutz-, Sorgfalts- und Fürsorgepflichten kraft Gesetzes und kraft Ingerenz dazu zwingen würden, bei vermutlicher Indikation im Interesse des Heimbewohners zu handeln und das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 5 HeimAufG abklären zu lassen, widrigenfalls er dem Heimbewohner schadenersatzpflichtig würde. Da der Arzt bei einer Entscheidung im Sinne des § 5 HeimAufG zu Zwecken der Dokumentation und aus Gründen der Nachvollziehbarkeit alle maßgeblichen Umstände mehr oder weniger detailliert festhalten müsse, wozu sowohl eine Beschreibung der medizinischen und organisatorischen Tatsachen als auch die

Ableitung seiner Schlussfolgerungen zähle, könne mit einem ärztlichen Attest typischerweise nicht das Auslangen gefunden werden. Die gesetzlich verlangte Prüfung von Alternativen erfordere meist eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Situation unter medizinischen Gesichtspunkten, was typisch und wesensbegründend für ein Gutachten sei. Angesichts des vom Beklagten eingenommenen Rechtsstandpunkts und der Tatsache, dass der Kläger als Anordnungsbefugter im Sinne des § 5 HeimAufG vom Beklagten laufend im Vertragswege mit der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für freiheitsentziehende Maßnahmen beauftragt werde bzw werden könne, sei ein über den Einzelfall hinausgehendes Interesse an der autoritativen Klarstellung der Rechtslage gegeben, damit Rechtsverletzungen und künftige Streitigkeiten verhindert werden könnten.

Der Beklagte beantragte Klagsabweisung und wandte ein, dass er dem Kläger keinen Auftrag erteilt, sondern ihn bloß als Hausarzt der Anna RÖCK und der Maria NAGL zwecks Wahrnehmung des gesetzlichen Auftrags zur Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags verständigt habe. Der Kläger hätte grundsätzlich auch dann seiner Anordnungspflicht nachkommen müssen, wenn er nicht von Bediensteten des Beklagten, sondern von Angehörigen seiner Patienten über das Vorliegen einer Gefährdungssituation in Kenntnis gesetzt worden wäre. Es sei daher kein Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien zustande gekommen. Der Beklagte als Heimträger sei lediglich dazu verpflichtet, den Heimbewohnern die ärztliche Betreuung und Behandlung durch freie Arztwahl zu ermöglichen, und stelle medizinische Leistungen nicht unmittelbar zur Verfügung, sondern vermittele sie nur. Er gehöre nicht zum Kreis der in § 5 HeimAufG taxativ aufgezählten Anordnungsbefugten, deren gesetzliche Ermächtigung zur Vornahme freiheitsbeschränkender Maßnahmen verfassungsrechtlich als Beleihung zu beurteilen sei. Bei der bestehenden Rechtslage sei eine Kostentragung durch Heimträger ausgeschlossen. Die ärztliche Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen durch den Kläger

sei im Rahmen der Krankenbehandlung erfolgt, für die eine Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung bestehe, und daher nicht separat zu honorieren. Sie habe der Abwendung einer mit der Basiskrankheit (psychische Krankheit oder geistige Behinderung) in einem Kausalzusammenhang stehenden Lebens- oder Gesundheitsgefährdung und damit der Hintanhaltung einer Verschlechterung des Zustandsbilds gedient. Die vom Kläger angesprochenen Schutz-, Sorgfalts- und Fürsorgepflichten träfen nicht den Heimträger; diese Pflichten würden auf dem Berufsrecht beruhen und bestünden unabhängig von einer Heimunterbringung, sodass kein unmittelbarer Bezug zum Heimträger hergestellt werden könne. Im Übrigen werde die Angemessenheit des verrechneten Empfehlungstarifs bestritten, zumal die Analyse im Heim vorgenommen und weitgehend in das ärztliche Zeugnis übertragen worden sei; zudem liege der Empfehlungstarif deutlich über dem Tarif gemäß § 197 Abs 2 ÄrzteG und widerspreche den bislang gültigen Verträgen. Bei ärztlichen Anordnungen nach § 5 Abs 2 HeimAufG handle es sich nicht um Gutachten. § 6 Abs 1 HeimAufG spreche nur von ärztlichen Zeugnissen. Ein solches sei nach § 55 ÄrzteG nach gewissenhafter ärztlicher Untersuchung und genauer Erhebung der im Zeugnis zu bestätigenden Tatsachen nach bestem Wissen und Gewissen zu erstellen. Demgegenüber enthalte ein ärztliches Gutachten umfassende fachtechnische Schlussfolgerungen, was bei den vorliegenden Zeugnissen nicht der Fall sei. Das Vorliegen eines Feststellungsinteresses sei zu bezweifeln, zumal es dem Kläger offensichtlich um eine theoretische Feststellung hinsichtlich einer Klarstellung gehe, wie in ähnlichen Fällen entschieden werden würde. Eine Feststellungsklage sei nicht zulässig, wenn bereits oder zumindest in kurzer Zeit eine Leistungsklage angebracht werden könne. Die Feststellung künftiger Leistungsansprüche würde das Bestehen eines Dauerrechtsverhältnisses zwischen den Streitparteien voraussetzen, welches jedoch nicht gegeben sei. Die mit der Feststellung angestrebte Klarstellung werde

bereits im Rahmen der Entscheidung über das Leistungsbegehren herbeigeführt.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Leistungsbegehren statt, während es das Feststellungsbegehren abwies. Der wesentliche Inhalt des von ihm festgestellten Sachverhalts wurde bereits eingangs wiedergegeben. In rechtlicher Hinsicht gelangte das Erstgericht zu dem Ergebnis, dass die vom Kläger erstellten ärztlichen Zeugnisse trotz ihres geringen Umfangs wegen des dafür erforderlichen Fachwissens und ihrer Schriftlichkeit als Gutachten anzusehen seien. Die Erstellung von Gutachten im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrags falle unter das Werkvertragsrecht der §§ 1165 ff ABGB. Zwischen den Streitparteien sei ein Werkvertrag zustande gekommen. Der Pflegedienstleiter habe den Kläger ersucht, Untersuchungen hinsichtlich der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bei Anna RÖCK und Maria NAGL durchzuführen, also ein „Zeugnis“ im Sinne des § 6 Abs 1 HeimAufG zu erstellen sowie gegebenenfalls eine Anordnung nach § 5 Abs 2 HeimAufG zu erteilen. Der Kläger habe dieses Ersuchen in Hinblick darauf, dass der Pflegedienstleiter zur Vermeidung von Schwierigkeiten mit Angehörigen bestrebt gewesen sei, bezüglich bestehender Freiheitsbeschränkungen der ab 1.7.2005 geltenden neuen Rechtslage Genüge zu tun, dahin verstehen können, dass es im Interesse des Heims sei, möglichst schnell eine dem neuen Gesetz entsprechende ärztliche Anordnung zu bekommen und damit einen gesetzeskonformen Zustand herzustellen. Er habe deshalb als redlicher Erklärungsempfänger von der Erteilung eines verbindlichen Auftrags ausgehen können. Indem er in weiterer Folge Freiheitsbeschränkungen angeordnet, die damit verbundenen Gutachten erstellt und die Zeugnisse an das Heim weitergeleitet habe, sei der Werkvertrag geschlossen und erfüllt worden. Dass kein Entgelt bestimmt worden sei, ändere nichts am Zustandekommen eines Vertrags, sondern führe nach § 1152 ABGB nur dazu, dass ein angemessenes Entgelt als bedun-

gen gelte. Die vom Kläger verlangten € 122,50 pro Anordnung seien angemessen; es komme dafür auf den erforderlichen Inhalt der Untersuchung und des ärztlichen Zeugnisses an und nicht auf den tatsächlichen Zeitaufwand. Das Feststellungsbegehren sei nicht berechtigt, weil das Instrument der Feststellungsklage nicht der Abklärung der theoretischen Frage dienen könne, ob dem Kläger ein angemessenes Honorar für die Gutachtenserstellung zustehe, sondern nur der Abklärung eines gegenwärtigen und unbedingten Rechtsverhältnisses, welches aber nicht vorliege. Durch seine regelmäßigen Visiten im Bezirksaltenheim Kremsmünster stehe der Kläger nicht in einem Dauerrechtsverhältnis zum Beklagten, sondern zu seinen Patienten. Die von ihm behauptete laufende Beauftragung mit der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für freiheitsbeschränkende Maßnahmen sei in jedem Einzelfall einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, Entscheidungen rein theoretischen Charakters zu fällen und eine rechtsberatende Funktion zu erfüllen. Es sei auch nicht Angelegenheit dieses Verfahrens, die Frage zu klären, wer schlussendlich für eine ärztliche Tätigkeit gemäß § 5 Abs 2 HeimAufG wirtschaftlich aufzukommen habe.

Gegen diese Entscheidung richten sich Berufungen beider Parteien:

Der Kläger bekämpft die Abweisung seines Feststellungsbegehrens aus dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und stellt den Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne einer vollinhaltlichen Klagsstattgabe abzuändern.

Der Beklagte ficht seine Verpflichtung zur Zahlung von € 245,-- sA aus den Rechtsmittelgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens (tatsächlich werden unter diesem Titel Begründungsmängel des Ersturteils behauptet) und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung (einschließlich sekundärer Feststellungsmängel) mit dem Ziel an, eine gänzliche Klagsabweisung zu erreichen.

Beide Seiten erstatteten Berufungsbeantwortungen, die jeweils in den Antrag münden, dem Rechtsmittel der Gegenseite keine Folge zu geben.

Da die Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung weder von den Parteien ausdrücklich beantragt wurde noch dem Berufungsgericht als erforderlich erschien, war in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden (§ 492 ZPO).

Den Berufungen kommt keine Berechtigung zu.

Nach dem Inhalt der erstgerichtlichen Feststellungen trat der Pflegedienstleiter des Bezirksaltenheims am 27.6.2005 in Hinblick auf das damals unmittelbar bevorstehende Inkrafttreten des HeimAufG mit dem Ersuchen an den Kläger heran, er solle die schon bisher bei Anna RÖCK und Maria NAGL (offenbar aufgrund eigener Einschätzung des Pflegepersonals) praktizierten Freiheitsbeschränkungen „legalisieren“ (also der ab 1.7.2005 geltenden Rechtslage anpassen), indem er entsprechende Untersuchungen vornehme und die erwähnten Beschränkungen ärztlich anordne. Der Pflegedienstleiter begründete sein Ansinnen damit, dass das Pflegeheim derartige Anordnungen benötige, um Probleme mit Angehörigen (der genannten Heimbewohnerinnen) zu vermeiden. Der Kläger kam daraufhin dem an ihn gestellten Ersuchen nach.

Die rechtliche Beurteilung dieses Sachverhalts als Abschluss eines Werkvertrags zwischen den Streitteilen (Erteilung eines Auftrags durch den vom Pflegedienstleiter vertretenen Beklagten, konkludente Annahme des Auftrags seitens des Klägers durch Erfüllung) begegnet keinen Bedenken und ist durchaus vertretbar. Der Kläger konnte die Äußerung des Pflegedienstleiters, das Heim benötige die zu erteilenden Anordnungen, nach ihrem objektiven Erklärungswert ohne Weiteres dahin auffassen, er solle eine vom Rechtsträger des Bezirksaltenheims gewünschte Leistung in dessen Auftrag und auf dessen Rechnung erbringen. Dass er im Interesse und auf Kosten der betroffenen Heimbewohnerinnen (insbesondere im Rahmen eines

zu ihnen bestehenden Behandlungsvertrags) tätig werden sollte, war der erwähnten Äußerung hingegen nicht zu entnehmen. Ein derartiger Erklärungsinhalt ergibt sich auch nicht daraus, dass es bei den vom Kläger anzuordnenden Maßnahmen darum ging, eine ernstliche und erhebliche Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Anna RÖCK und der Maria NAGL abzuwehren (§ 4 HeimAufG). Im alltäglichen Geschäftsverkehr werden häufig Leistungen in Auftrag gegeben, die im Ergebnis (auch) dritten Personen zugute kommen, ohne dass dies etwas an der Stellung des Auftraggebers als entgeltpflichtiger Vertragspartner des Auftragnehmers ändern würde. Um diese Rechtsfolge abzuwenden, hätte der Pflegedienstleiter erkennbar zum Ausdruck bringen müssen, dass er nicht in Vertretung des Beklagten ein Rechtsgeschäft mit dem Kläger schließen, sondern diesen lediglich darauf aufmerksam machen wolle, dass er aus Eigenem oder etwa im Auftrag seiner Patientinnen tätig zu werden hätte. Schließlich spielt es für die Frage des Zustandekommens eines Werkvertragsverhältnisses zwischen den Streitparteien und die grundsätzliche Zahlungspflicht des Beklagten auch keine Rolle, ob der Kläger „nur“ ein ärztliches Zeugnis (also eine Bestätigung über Tatsachen: § 55 ÄrzteG) ausstellen oder ein ärztliches Gutachten erstatten sollte. Unabhängig von der Zuordnung des vom Beklagten bestellten und vom Kläger gelieferten Erfolgs (Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Freiheitsbeschränkung, gegebenenfalls Anordnung einer solchen) auf eine dieser beiden Kategorien ärztlicher Leistungen, zu deren Erbringung der Kläger als Arzt nach § 2 Abs 3 ÄrzteG gleichermaßen befugt ist, liegt ein Werkvertrag vor, aufgrund dessen der Beklagten gemäß § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt zu leisten hat, weil weder ein konkretes Entgelt bestimmt noch Unentgeltlichkeit vereinbart wurde.

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die vom Kläger geforderten € 122,50 pro Bewohnerin ein angemessenes Entgelt darstellen. „Angemessen“ im Sinne von § 1152 ABGB ist jenes Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf

das ergibt, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist (*Dittrich/Tades*, ABGB<sup>36</sup> [2003], § 1152 E 61). Als Orientierungshilfe bei der Angemessenheitsprüfung können für bestimmte Berufsgruppen bestehende Tarife wie zB die Autonomen Honorarrichtlinien der Rechtsanwaltschaft, die Gebührenordnung der Zivilingenieure, die Wirtschaftstreuhänder-Honorarordnung oder die Gebührenordnung für Architekten dienen (*Krejci in Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> I [2000], § 1152 Rz 26). Es liegt in der Natur der Sache, dass „Angemessenheit“ nie punktgenau zu bestimmen, sondern lediglich innerhalb einer mehr oder weniger großen betraglichen Bandbreite zu lokalisieren ist. Zu deren Konkretisierung unter Bedachtnahme auf die Umstände des Einzelfalls werden häufig Gutachten eingeholt. Nach § 66 Abs 2 Z 7 ÄrzteG sind die (zur Vertretung des Ärztestandes für den räumlichen Bereich eines jeden Bundeslandes als Körperschaften öffentlichen Rechts eingerichteten: § 65 ÄrzteG) Ärztekammern berufen, den Gerichten oder Verwaltungsbehörden Gutachten über die Angemessenheit einer geforderten Vergütung zu erstatten sowie Richtlinien über die angemessene Honorierung ärztlicher Leistungen zu erlassen, soweit keine durch die (zur Vertretung der gemeinsamen Interessen aller in Österreich tätigen Ärzte als Körperschaft öffentlichen Rechts eingerichtete: § 117 ÄrzteG) Österreichische Ärztekammer erlassenen bundeseinheitlichen Richtlinien bestehen. Zu den von der Österreichischen Ärztekammer (durch deren Vollversammlung: § 122 Z 6 ÄrzteG) zu behandelnden Angelegenheiten gehört gemäß § 118 Abs 2 Z 16 ÄrzteG die Erlassung von [bundeseinheitlichen] Richtlinien über die angemessene Honorierung ärztlicher Leistungen. Eine solche Richtlinie liegt für die hier zu beurteilende Leistung in Gestalt des von der Vollversammlung der Österreichischen Ärztekammer gemäß § 118 Abs 2 Z 16 für Verfahren nach dem HeimAufG beschlossenen Empfehlungstarifs vor, der ein Honorar von € 122,50 zuzüglich Spesen vorschlägt. Dieses Pauschalhonorar entspricht betraglich dem Tarif für eine halbe Stunde gemäß den Autonomen Honorar-

richtlinien der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten vom 22.6.2001, 1. Teil, 2. Abschnitt (Beilage ./F; die erwähnten Honorarrichtlinien sind im Internet unter „[www.aerztekammer.at/service/honorarrichtlinien\\_gutachter.pdf](http://www.aerztekammer.at/service/honorarrichtlinien_gutachter.pdf)“ abrufbar). Der Empfehlungstarif geht somit davon aus, dass es sich beim Einschreiten eines Arztes im Sinne des § 5 Abs 2 HeimAufG um eine gutachterliche Tätigkeit handelt. Diese Sichtweise ist nicht von der Hand zu weisen, hat doch der Arzt dabei aufgrund seiner besonderen medizinischen Fachkunde einerseits Tatsachen (wie insbesondere das Vorhandensein einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung, deren Art und Ausmaß) zu erheben und andererseits Schlussfolgerungen aus dem diagnostizierten Gesundheitszustand zu ziehen (vor allem ob zu besorgen ist, dass der Heimbewohner infolge seiner psychisch-geistigen Beeinträchtigung sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben und die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet, welche Maßnahmen zur Abwehr einer solchen Gefahr geeignet und nötig sind usw).

Vor dem Hintergrund dieser Umstände und Erwägungen sieht das Berufungsgericht keinen hinreichenden Anlass, das vom Kläger begehrte Entgelt als unangemessen hoch zu bewerten. Dass der Kläger die von ihm ausgestellten Urkunden, die seine Diagnose und die nach seiner Einschätzung erforderlichen Freiheitsbeschränkungen festhalten, als „ärztliches Zeugnis“ (und nicht etwa als „Gutachten“) übertitelt hat, hindert eine inhaltliche Qualifikation seiner gesamten diesbezüglichen Tätigkeit als eine gutachterliche nicht. Soweit der Beklagte – ohne Deckung durch sein erstinstanzliches Vorbringen – ins Treffen führt, der Kläger habe sich eines von einem anderen Arzt stammenden „Schimmeldokuments“ bedient, ist ihm zu entgegnen, dass kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, der Kläger habe aus dem von ihm eingesehenen Schriftstück seines Berufskollegen mehr übernommen als rein formale Aspekte wie äußere Form oder Aufbau. Dass eine nähere Untersuchung der Anna RÖCK und der Maria NAGL in Hinblick auf das Vorwissen des Klägers als deren

Hausarzt unterbleiben konnte, bildet keinen Grund für eine Honorarverminderung (schon gar nicht für eine solche auf ein Zehntel, wie von der Berufung ohne nähere Begründung vorgeschlagen). Es liegt im Wesen eines Pauschalhonorars, dass es unabhängig vom tatsächlichen Zeitaufwand im konkreten Einzelfall gebührt. Die dem Empfehlungstarif der Österreichischen Ärztekammer zugrunde liegende Annahme einer im Durchschnitt halbstündigen Beanspruchung des Arztes erscheint als lebensnah; der Zeitaufwand des Klägers betrug nach den erstgerichtlichen Feststellungen trotz des Unterbleibens von Untersuchungen etwa 20 bis 30 Minuten [pro Bewohnerin]. Der in § 197 Abs 2 ÄrzteG bestimmte Tarif für die Vornahme von Untersuchungen zwecks Ausstellung einer Bescheinigung gemäß § 8 Unterbringungsgesetz liegt zwar mit € 87,-- zuzüglich Fahrtkosten deutlich unter den hier zugebilligten € 122,50. Es ist allerdings nicht bekannt, inwieweit dieser Tarif die von Ärzten im normalen Geschäftsverkehr für solche oder ähnliche Leistungen üblicherweise begehrten, allgemein akzeptierten und somit angemessenen Entgelte widerspiegelt oder ob etwa der Gesetzgeber hier aus politischen Gründen einen (für die zahlungspflichtige Behörde) besonders günstigen Preis festgesetzt hat. Zu berücksichtigen ist ferner, dass dieser gesetzliche Tarif (von vormals S 1.200,--) schon seit nahezu zehn Jahren unverändert in Geltung steht.

Es war sohin die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von € 245,-- sA zu bestätigen. Ob der Beklagte das Honorar des Klägers an Anna RÖCK und Maria NAGL weiterverrechnen könnte, ist hier ebenso wenig zu prüfen wie die Frage, ob die gesetzliche Krankenversicherung der Genannten diese Auslagen zu refundieren hätte. Zu bestätigen ist aber auch die Abweisung des Feststellungsbegehrens:

Die Bestimmung des § 228 ZPO ermöglicht die Erhebung einer Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder Rechts, falls der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass jenes Rechtsverhältnis oder Recht durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Dem Erst-

gericht ist darin beizupflichten, dass es hier schon an einem feststellungsfähigen gegenwärtigen Recht bzw Rechtsverhältnis zwischen den Streitparteien mangelt. Was hinsichtlich des Tätigwerdens des Klägers bezüglich der Heimbewohnerinnen Anna RÖCK und Maria NAGL rechtens ist, wird – ausgehend von den konkreten Umständen des Einzelfalles – durch die Entscheidung über das dazu gestellte Leistungsbegehren abschließend bestimmt. Darüber hinausgehende privatrechtliche Beziehungen zwischen den Streitparteien wurden nicht behauptet und sind auch sonst nicht aktenkundig. Die bloße Möglichkeit, dass der Kläger in Zukunft neuerlich vom Beklagten um ein Tätigwerden nach § 5 Abs 2 HeimAufG ersucht bzw damit beauftragt werden könnte, reicht nicht zur Begründung eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses aus. Der Kläger strebt in Wahrheit eine Feststellung der objektiven Rechtslage als solche und damit die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage an (sind Heimträger für das Tätigwerden eines Arztes nach § 5 Abs 2 HeimAufG entgeltspflichtig?), welche nach ständiger Rechtsprechung nicht zum Gegenstand eines Feststellungsbegehrens gemacht werden kann (*Klauser/Kodek*, JN und ZPO<sup>16</sup> [2006], § 228 ZPO E 108 und 118 f), selbst wenn dies für gleich oder ähnlich gelagerte künftige Fälle zweckmäßig und ökonomisch sein könnte. Eine vom Kläger als „denkbar“ bezeichnete analoge Anwendung des § 54 Abs 2 ASGG scheitert schon daran, dass es an der dafür nötigen Gesetzeslücke, also einer planwidrigen und ungewollten Unvollständigkeit der Prozessgesetze fehlt. Bloß rechtspolitisch (allenfalls) Erwünschtes vermag einer ergänzenden Rechtsfindung durch Analogiebildung nicht als ausreichende Grundlage zu dienen (*Dittrich/Tades*, ABGB<sup>36</sup>, § 7 E 1 ff). Der offenkundige Versuch des Klägers, eine für vergleichbare Fälle verwertbare Grundsatzentscheidung betreffend die Zahlungspflicht des Heimträgers für die ärztliche Anordnung von Freiheitsbeschränkungen herbeizuführen, ist damit zum Scheitern verurteilt.

Es musste sohin beiden Berufungen ein Erfolg versagt bleiben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50 Abs 1, 41 ZPO. Die Parteien haben einander wechselseitig die Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen, was einen Überschuss von € 1.322,14 (darin enthalten € 220,36 USt) zugunsten des Beklagten ergibt. Zu beachten ist dabei, dass der Einheitssatz für die Berufungsbeantwortung des Beklagten (Streitwert € 21.000,--) gemäß § 23 Abs 3 RATG nur 50 % (und nicht 60 %) beträgt.

Der Bewertung des Entscheidungsgegenstands mit nicht mehr als € 4.000,-- liegt die Überlegung zugrunde, dass der Kläger vom Beklagten mehr als dreißigmal (!) mit der Anordnung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen befasst werden müsste, um – ausgehend vom Empfehlungstarif der Österreichischen Ärztekammer (€ 122,50) – ein € 4.000,-- übersteigendes Honorarvolumen zu erreichen. Dass eine derart häufige Inanspruchnahme des Klägers auch nur einigermaßen realistisch wäre, ist durch nichts indiziert. Nach seinen Angaben betreut er im Schnitt rund 20 Patienten im Bezirksaltenheim Kremsmünster, das sind ungefähr 15 % der insgesamt 136 Bewohner, von denen wiederum nur einige wenige Anlass zur Ergreifung freiheitsbeschränkenden Maßnahmen geben. Die tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung der gegenständlichen Klagsführung für das Verhältnis zwischen den Streitparteien – und nur darauf kommt es an – ist deshalb nur mit einem Bruchteil des vom Kläger (durch eine entsprechend hohe Bewertung des Feststellungsbegehrens) vorgegebenen Streitwerts anzusetzen.

Die Unzulässigkeit eines weiteren Rechtszugs folgt aus § 502 Abs 2 ZPO.

Oberlandesgericht Linz, Abt. 2,

am 11. Juni 2007

**Dr. Angelika Kremser**

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung:



*Lötter*



Diese Ausfertigung ist rechtskräftig  
und vollstreckbar.

**Landesgericht Steyr**

am.....19. Juni 2007.....

**Dr. ROLAND POLLAK**

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung:

*Brump*