

Kapitel 2: Österreich

A. Grundlagen der Einwilligungsdogmatik in Österreich

Zu Beginn der Untersuchung der österreichischen Rechtslage soll zunächst ein Überblick über die Behandlung von eigenmächtigen ärztlichen Eingriffen im österreichischen Recht erfolgen. Die nachfolgende Untersuchung der Grundlagen der Einwilligungsdogmatik soll dabei die Bedeutung der Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit minderjähriger Patienten in den verschiedenen Rechtsgebieten verdeutlichen. Dabei sollen insbesondere die zivil- und strafrechtlichen Rechtsfolgen eines eigenmächtigen – d. h. eines trotz Nichtvorliegens einer wirksamen Einwilligung vorgenommenen – ärztlichen Eingriffs im österreichischen Recht aufgezeigt werden.

1. Die Bedeutung der Einwilligung im österreichischen Recht

1. Die Bedeutung der Einwilligung im österreichischen Strafrecht

Nimmt ein Arzt einen medizinischen Eingriff an einem Patienten vor, ohne zuvor dessen wirksame Einwilligung einzuholen, kommt eine Strafbarkeit des Arztes wegen eigenmächtiger Heilbehandlung nach § 110 öStGB einerseits oder wegen Körperverletzung nach §§ 83 ff. öStGB andererseits in Betracht. Für die Frage der Strafbarkeit von medizinischen Eingriffen, die ohne wirksame Einwilligung des Patienten durchgeführt wurden, ist im österreichischen Recht zwischen Heilbehandlungen und sonstigen ärztlichen Eingriffen zu differenzieren.

a. Eigenmächtige Heilbehandlung, § 110 öStGB

Im österreichischen Arztstrafrecht existiert mit § 110 öStGB¹ eine spezielle Regelung, die die eigenmächtige Heilbehandlung unter Strafe stellt. Wird eine Heilbehandlung ohne wirksame Einwilligung des Patienten durchgeführt, wird dies nach § 110 öStGB sanktioniert. Die Regelung des § 110 öStGB ist den Freiheitsdelikten zugeordnet: Geschützt wird nicht die körperliche Integrität, sondern die freie Entscheidung des Patienten über die Durchführung einer Behandlung und damit sein Selbstbestimmungsrecht.² § 110 öStGB schützt neben dem Willensbildungsrecht des Patienten auch das Willensbildungsrecht des Obsorgeberechtigten eines urteilsunfähigen Patienten. Daher macht sich auch der Arzt nach § 110 öStGB strafbar, der einen urteilsunfähigen Patienten ohne Zustimmung des Obsorgeberechtigten behandelt.³

aa. Behandlungsbegriff

(1) Begriff der Heilbehandlung i. S. v. § 110 öStGB

Das österreichische Strafgesetzbuch enthält keine Legaldefinition zum Begriff der „Heilbehandlung“. Die herrschende österreichische Literatur⁴ und der Oberste Gerichtshof⁵ legen ein weites Begriffsverständnis zugrunde. Wesentliche Kriterien sind nach herrschender Ansicht ausschließlich die medizinische Indikation und die Heiltendenz.⁶ Als „Heilbehandlung“ im Sinne von § 110 öStGB werden sämtliche medizinischen Maßnahmen angesehen, „die aufgrund einer medizinischen Indikation vorgenommen werden, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu erkennen, zu heilen, zu lindern oder zu verhüten.“⁷ Erfasst sind demnach neben therapeutischen auch diagnostische, pro-

¹ § 110 öStGB. (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. [...] (3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

² Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht BT I, § 110 öStGB, Rn. 1; Leukauf/Steininger, § 110 öStGB, Rn. 1. A.A. Schmoller, in: Salzburger Kommentar (5. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 12.

³ Maleczky, ÖJZ 1994, 681, 682.

⁴ Loebenstein, ÖJZ 1978, 309 f.; Fabrizy, § 110 öStGB, Rn. 1; Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT I, S. 145, Kap. 16 Rn. 47 f.; Leukauf/Steininger, § 83 öStGB, Rn. 21 und § 110 öStGB, Rn. 4; Kopetzki, RdM 1997, 6, 7; Burgstaller/Schütz, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 50. Lfg.), § 90 öStGB, Rn. 88; Brandstetter/Zahrl, RdM 1994, 17, 19; Kienapfel/Schroll, Strafrecht BT I, § 83 öStGB, Rn. 25; Schabel, Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Österreich, S. 23; Pilz, Ärztliche Behandlungen und Einwilligung, S. 12 ff.

⁵ OGH, Urt. v. 11.9.1984 – 9 Os 121/84 = SS 5/59 = JBl 1985, 304.

⁶ Engljählinger, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, S. 75; Burgstaller/Fabrizy, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 36. Lfg.), § 83 öStGB, Rn. 30.

⁷ Brandstetter/Zahrl, RdM 1994, 17, 19, ähnlich auch die Formulierung in der Entscheidung des OGH, Urt. v. 11.9.1984 – 9 Os 121/84 = JBl 1985, 304.

phylaktische und schmerzlindernde Maßnahmen.⁸ Auch Heilversuche, d. h. neuartige Heilverfahren, werden als Heilbehandlungen beurteilt.⁹ Diesem weiten Behandlungsbegriff des § 110 öStGB liegt das Verständnis zugrunde, dass all diese medizinischen Maßnahmen im selben Spannungsfeld von Selbstbestimmungsrecht des Patienten einerseits und ärztlicher Fürsorge andererseits stehen und deshalb bezüglich ihrer strafrechtlichen Bewertung gleich behandelt werden müssen.¹⁰

(2) Sonstige ärztliche Eingriffe

Ob aber der Behandlungsbegriff des § 110 öStGB neben der Heilbehandlung auch sonstige medizinische Eingriffe außerhalb des Heilzwecks und ohne medizinische Indikation – wie rein kosmetische Operationen, Organentnahmen zu fremdnützigen Zwecken oder rein experimentelle Eingriffe – erfasst, ist in der österreichischen Strafrechtswissenschaft umstritten.¹¹ Der Wortlaut des § 110 öStGB ist insofern etwas unklar, als die Überschrift der gesetzlichen Regelung von „Heilbehandlung“ spricht, im Text aber allgemein von „behandeln“ die Rede ist.¹² Ein Teil der österreichischen Literatur möchte auch Eingriffe ohne medizinische Indikation unter den Behandlungsbegriff des § 110 öStGB subsumieren.¹³ Der Oberste Gerichtshof schließt demgegenüber Eingriffe ohne medizinische Indikation wie wissenschaftliche Experimente ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des § 110 öStGB aus.¹⁴

bb. *Lex artis*

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 110 öStGB werden nur *lege artis* durchgeführte Behandlungen von der privilegierenden Regelung des § 110 öStGB erfasst. Ärztliche Eingriffe, die nicht nach dem objektiven Sorgfaltsstandard durchgeführt

⁸ Kletečka-Pulker, RdM 2009, 112; Dittrich/Tades, ABGB-Kommentar (Vorauf. 2003), § 146c ABGB, S. 270; dies., ABGB-MTK, § 146c ABGB, S. 46.

⁹ Burgstaller/Fabrizy, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 36. Lfg.), § 83 öStGB, Rn. 30; Fleisch, ÖJZ 1965, 421, 425; Kienapfel/Schroll, Strafrecht BT I, § 83 öStGB, Rn. 31; einschränkend Burgstaller/Schütz, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 50. Lfg.), § 90 öStGB, Rn. 106 ff. Aus zivilrechtlicher Sicht ebenso Barth, in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang, § 146c ABGB, Rn. 56.

¹⁰ Proske, in: Schick, Die Haftung des Arztes, S. 103; Schabel, Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Österreich, S. 23.

¹¹ Vgl. Burgstaller/Schütz, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 50. Lfg.), § 90 öStGB, Rn. 89 m.w.N.

¹² Schabel, Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Österreich, S. 58 f.

¹³ Leukauf/Steininger, § 110 öStGB, Rn. 4 f.; Bertel, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 17. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 2; Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht BT I, § 110 öStGB, Rn. 3; Kienapfel, Grundriß des österreichischen Strafrechts BT I, § 110 öStGB, Rn. 7, Rn. 41; Lewisch, Strafrecht BT I, S. 116 f.

¹⁴ OGH, Urt. v. 11.9.1984, 9 Os 121/84=EvBl 1985/48, S. 212=SS 55/59=JBl 1985, 304 (wissenschaftliche Versuche an gesunden Säuglingen mittels Magensonden durch die Nase). Ebenso Burgstaller/Schütz, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 50. Lfg.), § 90 öStGB, Rn. 88 ff.; Fabrizio, § 110 öStGB, Rn. 1; Kienapfel/Schroll, Strafrecht BT I, § 83 öStGB, Rn. 30 und § 90 öStGB, Rn. 29.

wurden, die also Behandlungsfehler darstellen, sind dagegen als Körperverletzungsdelikte nach §§ 83 ff. öStGB strafbar.¹⁵

cc. Bedeutung des § 110 öStGB

§ 110 öStGB stellt eine weitgehende Privilegierung des Arztes dar.¹⁶ Diese liegt zum einen in der geringen Strafandrohung des § 110 öStGB, die mit 6 Monaten nur halb so hoch ist wie jene für Körperverletzungen; zudem sind auch bei schwerwiegenden Folgen die Qualifikationen der §§ 83 ff. öStGB nicht anwendbar.¹⁷ Zum anderen ist § 110 öStGB als Privatanklagedelikt ausgestaltet.¹⁸ Die Strafverfolgung erfolgt nur auf Antrag des Geschädigten, der innerhalb einer Frist von sechs Wochen nach Kenntnis der strafbaren Handlung bei Gericht gestellt werden muss. Dabei trägt der Privatankläger das Kostenrisiko (§ 390 Abs. 1 öStPO). Das Privatanklagerecht ist nicht vererblich, was bedeutet, dass der Arzt im Falle des Todes des Patienten nicht mehr wegen eigenmächtiger Heilbehandlung verfolgt werden kann.¹⁹ Der Täter hat also Glück, wenn das Opfer stirbt, wie *Lewisch* provokant formuliert.²⁰

Im Ergebnis führt die Ausgestaltung des § 110 öStGB und die Tatsache, dass der Arzt bei einer indizierten, kunstgerechten Heilbehandlung nicht nach den Körperverletzungsdelikten bestraft werden kann, zu einer weitgehenden Entkriminalisierung der ärztlichen Tätigkeit.²¹ Seit Inkrafttreten der Vorschrift im Jahre 1975 ist bislang – soweit ersichtlich – keine einzige Verurteilung nach diesem Delikt ergangen.²² Vielmehr werden in Österreich Prozesse wegen eigenmächtigen, d. h. ohne wirksame Einwilligung des Patienten vorgenommenen Eingriffen, ausschließlich vor Zivilgerichten ausgetragen.²³ Die Bedeutung der Vorschrift liegt daher weniger darin, durch auf sie gestützte Verurteilungen präventive Wirkung zu entfalten, sondern eher darin, das Primat des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zu statuie-

¹⁵ *Burgstaller/Fabrizy*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 36. Lfg.), § 83 öStGB Rn. 32; *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I, § 83 öStGB, Rn. 33, Rn. 37. A.A. *Bertel*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 17. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 2 f., der sämtliche „sonstige Behandlungen“ unter den Behandlungsbegriff des § 110 öStGB fassen möchte, unabhängig ob sie medizinisch indiziert oder nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft durchgeführt wurden.

¹⁶ *Zipf*, in: FS Bockelmann, S. 578; *Schick*, in: Holzer/Posch/Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich, S. 91.

¹⁷ *Schmoller*, in: Salzburger Kommentar (5. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 9.

¹⁸ *Birklbauer*, in: Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht, S. 327, Rn. 84; *Hirsch*, in: GS Zipf, S. 361 (Fn. 35).

¹⁹ *Bertel*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 17. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 37; *Pilz*, Ärztliche Behandlungen und Einwilligung, S. 32.

²⁰ *Lewisch*, Strafrecht BT I, S. 115.

²¹ *Schick*, in: Holzer/Posch/Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich, S. 91.

²² Vgl. auch *Schick*, in: Holzer/Posch/Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich, S. 90; *ders.*, in: Kopetzki/Amelung, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, S. 54; *Schmoller*, in: Salzburger Kommentar (5. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 15.

²³ *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I, § 110 öStGB, Kurzbem. Hier bot § 110 öStGB allerdings für die ältere zivilrechtliche Rechtsprechung lange Zeit eine bequeme Grundlage, dem Patienten durch Annahme einer Schutzgesetzverletzung eine Entschädigung zuzusprechen, vgl. *Bertel*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 17. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 8. Vgl. hierzu sogleich.

ren und das Augenmerk auf das Erfordernis einer wirksamen Einwilligung und der hierzu nötigen Aufklärung zu lenken.²⁴

b. Körperverletzungsdelikte, §§ 83 ff. öStGB, 90 öStGB

Die körperliche Integrität wird im österreichischen Strafgesetzbuch durch die Körperverletzungstatbestände der §§ 83 ff. öStGB geschützt. Der Grundtatbestand des § 83 Abs. 1 öStGB²⁵ ist erfüllt, wenn ein anderer vorsätzlich am Körper verletzt oder an der Gesundheit geschädigt wird. Die Tat ist jedoch gerechtfertigt, wenn der Verletzte in die Körperverletzung einwilligt (§ 90 öStGB).²⁶

Sonstige Eingriffe, die nach der Rechtsprechung nicht unter den Begriff der Heilbehandlung im Sinne von § 110 öStGB fallen²⁷ oder aber nicht *lege artis* durchgeführt wurden, stellen eine tatbestandsmäßige Körperverletzung im Sinne von §§ 83 ff. öStGB dar. Allerdings kommt eine Rechtfertigung aufgrund Einwilligung nach § 90 öStGB in Betracht. Zu den sonstigen Eingriffen zählen etwa rein kosmetische Eingriffe, wissenschaftliche Experimente sowie Maßnahmen, die ausschließlich zur Heilung Dritter dienen, wie die Entnahme von Blut, Gewebe und Organen.²⁸

Dagegen ist eine medizinisch indizierte, kunstgerecht durchgeführte Heilbehandlung bei Fehlen einer wirksamen Einwilligung (unstrittig) allenfalls als eigenmächtige Heilbehandlung (§ 110 öStGB), nicht jedoch als Körperverletzung (§ 83 öStGB) strafbar.²⁹ In dogmatischer Hinsicht ist trotz der Existenz der Bestimmung des § 110 öStGB³⁰ nicht geklärt, ob der ärztliche Heileingriff nicht doch den strafrechtlichen Körperverletzungstatbestand erfüllt.³¹ So ist umstritten, ob im Falle des *Heileingriffs* bereits die Verwirklichung des Tatbestandes der Körperver-

²⁴ *Schmoller*, in: Salzburger Kommentar (5. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 15 f., Rn. 113. *Kienapfel* (Grundriß des österreichischen Strafrechts BT I, § 110 öStGB, Rn. 1) hält die Regelung für eine „kriminalpolitisch brisante, dogmatisch interessante, strafprozessual aber fast bedeutungslose Materie“; ähnlich *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I, § 110 öStGB, Kurzbem.

²⁵ § 83 öStGB Körperverletzung. (1) Wer einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. [...].

²⁶ *Menardi*, ÖA 1998, 3.

²⁷ *OGH*, Urt. v. 11.9.1984 – 9 Os 121/84 = EvBl 1985/48, S. 212 = SSSt 55/59 = JBl 1985, 304.

²⁸ *Burgstaller/Fabrizy*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 36. Lfg.), § 83 öStGB, Rn. 31; *Burgstaller/Schütz*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 50. Lfg.), § 90 öStGB, Rn. 89; *Stellamori/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts, S. 247 f.

²⁹ *Zagler*, Strafrecht BT, § 110 öStGB, Rn. 3, Rn. 7; *Brandstetter/Zahl*, RdM 1994, 17, 19; *Burgstaller/Schütz*, in: Wiener Kommentar (50. Lfg.), § 90 öStGB, Rn. 87.

³⁰ In Deutschland wird das Fehlen einer dem § 110 öStGB entsprechenden Strafbestimmung der eigenmächtigen Heilbehandlung als Grund für den im deutschen Strafrecht bestehenden Meinungsstreit angesehen: *Hirsch*, in: GS Zipf, S. 373; vgl. *Zipf*, in: FS Bockelmann, S. 578; *Proske*, in: Schick, Die Haftung des Arztes, S. 103.

³¹ *Proske*, in: Schick, Die Haftung des Arztes, S. 103; *Bertel*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 17. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 5; *Fleisch*, ÖJZ 1965, 421, 426: „Der ohne Einwilligung des Patienten kunstgerecht ausgeführte Heileingriff ist, mag er gegluckt oder mißglückt sein, sei es mangels Tatbildmäßigkeit oder erst mangels seiner Rechtswidrigkeit, nicht als Körperverletzung strafbar.“

letzungsdelikte i. S. v. § 83 ff. öStGB zu verneinen ist,³² oder aber bei Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit das Eingreifen eines besonderen Rechtfertigungsgrundes eigener Art in Form der Heilbehandlung anzunehmen ist, so dass erst die Rechtswidrigkeit entfällt.³³ Die österreichische Rechtsprechung wie auch die herrschende Strafrechtsliteratur sehen bereits den Tatbestand des § 83 öStGB als nicht verwirklicht an.³⁴ Für die Tatbestandslösung wird angeführt, dass das Gesetz nur die eigenmächtige Heilbehandlung (§ 110 öStGB) unter Strafe stelle.³⁵ Der Gesetzgeber habe durch die Einführung des § 110 öStGB und dessen ausdrücklicher Qualifikation als Freiheitsdelikt klargestellt, dass Heilbehandlungen nicht als strafrechtliche Körperverletzungen zu werten seien. Der Körper werde im Ergebnis nicht geschädigt, sondern im Gegenteil gefördert. Würde man eine medizinisch indizierte, *lege artis* durchgeführte Heilbehandlung als straftatbestandsmäßige Körperverletzung qualifizieren, wäre auch jede gynäkologische Untersuchung eine geschlechtliche Handlung.³⁶

Im österreichischen Strafrecht ist der Streit – anders als in Deutschland – letztendlich rein dogmatischer Natur. Die praktischen Ergebnisse sind identisch, da nach beiden Ansichten medizinisch indizierte und *lege artis* durchgeführte ärztliche Heileingriffe im Ergebnis nicht als Körperverletzung (§§ 83 ff. öStGB) strafbar sind. Dies gilt unabhängig vom Vorliegen einer wirksamen Einwilligung des Patienten und auch dann, wenn der Eingriff missglückt ist.³⁷ Der Arzt ist im Falle des Nichtvorliegens einer wirksamen Einwilligung allenfalls nach § 110 öStGB zu bestrafen.³⁸ Ob man das Ergebnis der Strafflosigkeit auf Tatbestands- oder Rechtfertigungsebene erlangt, ist insofern nicht weiter von Belang.³⁹ Dies stellt einen eklatanten Unterschied zur deutschen Rechtslage dar.⁴⁰

³² „Tatbestandslösung“: *OGH*, Urt. v. 6.12.2001 – 12 Os 63/01; *Burgstaller/Fabrizy*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 36. Lfg.), § 83 öStGB, Rn. 30; *Burgstaller/Schütz*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 50. Lfg.), § 90 öStGB, Rn. 87; *Schmoller*, in: Salzburger Kommentar (5. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 7; *Leukauf/Steininger*, § 83 öStGB, Rn. 21.

³³ „Rechtfertigungslösung“: *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 309; *Lotheissen*, öRZ 1975, 2 f.; *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT I, S. 145, Kap. 16 Rn. 47 f.

³⁴ *OGH*, Urt. v. 6.12.2001 – 12 Os 63/01; *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Strafrechts, S. 247; *Burgstaller/Schütz*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 50. Lfg.), § 90 öStGB, Rn. 87; *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, BT I, § 83 öStGB, Rn. 25 f.; *Schick*, in: Holzer/Posch/Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich, S. 90; *Schmoller*, in: Mayer-Maly/Bonelli/Prat, Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung, S. 91; *Höftberger/Drda/Fleisch*, Recht für Mediziner, S. 197; *Leukauf/Steininger*, § 83 öStGB, Rn. 21 und § 90 öStGB, Rn. 19; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, Österreichisches Strafrecht BT I, § 83 öStGB, Rn. 1 und § 110 öStGB, Rn. 12; *Lewisch*, Strafrecht BT I, S. 26.

³⁵ *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, BT I, § 83 öStGB, Rn. 26. Die Privilegierung des § 88 Abs. 2 öStGB wurde aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010.

³⁶ *Lewisch*, Strafrecht BT I, S. 26.

³⁷ *Bertel*, in: Wiener Kommentar (2. Aufl., 17. Lfg.), § 110 öStGB, Rn. 5.

³⁸ *Brandstetter/Zahrl*, RdM 1994, 17, 19.

³⁹ *Pilz*, Ärztliche Behandlungen und Einwilligung, S. 29; *Streicher*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Ärzten für Behandlungsfehler und mangelnde Aufklärung, S. 14.

⁴⁰ Vgl. zur deutschen Rechtslage Kap. 4 A. I. 1b.

c. Zusammenfassende Würdigung

Zur Straflosigkeit des Arztes bedarf es einer wirksamen Einwilligung des Patienten, welcher je nach Sachverhaltskonstellation tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung zukommt. Geht es um die Frage der Strafbarkeit wegen eigenmächtiger *Heilbehandlung*, so hat die wirksame Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung, d. h. der Tatbestand des § 110 öStGB ist nicht verwirklicht. Bei sonstigen Eingriffen hat die Einwilligung des Verletzten nach §§ 83 ff., 90 öStGB rechtfertigende Wirkung.⁴¹ Mit anderen Worten: Die wirksame Einwilligung in die Heilbehandlung beseitigt nach § 110 öStGB die Tatbestandsmäßigkeit, während jene in (als Körperverletzung verstandene) sonstige Eingriffe die Rechtswidrigkeit nach § 90 öStGB entfallen lässt.⁴² Die Voraussetzungen, die an eine wirksame Einwilligung in medizinische Eingriffe zu stellen sind, sind in beiden Fällen dieselben.⁴³

2. Bedeutung der Einwilligung im österreichischen Zivilrecht

Der eigenmächtig handelnde Arzt macht sich zudem nach österreichischem Zivilrecht schadenersatzpflichtig. Das Behandlungsverhältnis zwischen Arzt und Patient ist aus österreichischer Sicht generell zivilrechtlicher Natur, unabhängig davon, ob es sich um eine Behandlung beim niedergelassenen Arzt oder um eine private oder öffentliche Krankenanstalt handelt. Folglich ist bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen grundsätzlich das zivilrechtliche Haftungsrecht zugrunde zu legen.⁴⁴

Als Anspruchgrundlage für Schadenersatzansprüche des Patienten gegen den eigenmächtig handelnden Arzt dient § 1295 ABGB. Gem. § 1295 Abs. 1 ABGB⁴⁵ kann der Geschädigte bei Verstoß gegen vertragliche Pflichten sowie bei Schädigung außerhalb von Vertragsbeziehungen Schadenersatz fordern. § 1295 ABGB ist also gleichzeitig Anspruchgrundlage für die vertragliche wie auch für die deliktische Haftung. § 1325 ABGB⁴⁶ regelt den Umfang der Haftung bei Körperver-

⁴¹ *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT I, S. 134 f., Kap. 16 Rn. 3, Rn. 5.

⁴² *Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe, S. 407.

⁴³ *Proske*, in: Schick, Die Haftung des Arztes, S. 103.

⁴⁴ *OGH*, Urt. v. 17.2.1966 – 1 Ob 2/66 = EvBl 1966/257, S. 321; *OGH*, Urt. v. 11.12.1969 – 1 Ob 237/69 = SZ 42/188, 613; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht BT, S. 117 f.; *Stellamori/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts, S. 60 f.; *Beppel*, Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, S. 102; *Juen*, Arzthaftungsrecht, S. 53.

⁴⁵ § 1295 ABGB. (1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schaden mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

⁴⁶ § 1325 ABGB. Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen, oder, wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.

letzungen, auch er gilt sowohl bei vertraglicher als auch bei deliktischer Haftung.⁴⁷ Hiernach kann der Geschädigte Ersatz der Heilungskosten und des entgangenen Gewinns sowie Schmerzensgeld verlangen.

a. Vertragliche Haftung, § 1295 Abs. 1, Alt. 1 ABGB

Was die vertragliche Haftung des Arztes betrifft, so kommt die Verletzung einer aus dem zwischen Patient und Arzt bzw. Krankenhausträger geschlossenen zivilrechtlichen Behandlungsvertrag resultierenden Pflicht in Betracht.

Die Rechtsnatur des ärztlichen Behandlungsvertrages war in Österreich lange Zeit umstritten. Weder die werkvertraglichen (§§ 1165 ff. ABGB) noch die dienstvertraglichen (§§ 1153 ff. ABGB) Regelungen wurden als passend empfunden.⁴⁸ Auf der einen Seite schuldet der Arzt lediglich eine fachgerechte, dem objektiven Standard entsprechende Behandlung, i.d.R. aber nicht einen bestimmten Erfolg, was gegen die Einordnung als Werkvertrag spricht.⁴⁹ Auf der anderen Seite ist die ärztliche Tätigkeit durch Selbstständigkeit und Weisungsfreiheit gekennzeichnet,⁵⁰ während sich ein echter Dienstvertrag dadurch auszeichnet, dass „jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet“ (§ 1151 ABGB), was aus österreichischer Sicht ein dauerndes Verpflichtungsverhältnis mit Weisungsgebundenheit des Dienstverpflichteten voraussetzt. Früher hat der Oberste Gerichtshof den Behandlungsvertrag prinzipiell ohne weitere Differenzierung als Werkvertrag eingestuft,⁵¹ diese Rechtsprechung aber zwischenzeitlich aufgegeben.⁵² Die neuere Rechtsprechung qualifiziert den Behandlungsvertrag als sog. „freien Dienstvertrag“, bei dem es sich um eine gesetzlich nicht normierte Mischform aus Werk- und Dienstvertrag handelt.⁵³

Aus diesem Behandlungsvertrag resultiert eine Pflicht des Arztes zur Aufklärung und Einholung der Einwilligung des Patienten,⁵⁴ welche teils als Nebenleistungs-

⁴⁷ *Reischauer*, in: Rummel, § 1325 ABGB, Rn. 9.

⁴⁸ Vgl. *Beppel*, Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, S. 114.

⁴⁹ *OGH*, Urt. v. 23.5.1984 – 1 Ob 550/84 = SZ 57/98; *Menardi*, ÖA 1998, 3, 6; *Krejci*, in: Rummel, §§ 1165, 1166 ABGB, Rn. 15.

⁵⁰ *Englähnger*, ÖJZ 1993, 488, 490.

⁵¹ *OGH*, Urt. v. 11.6.1952 – 1 Ob 592/51 = JBl 1953, 18 (m. Anm. *Gschmitzer*); *OGH*, Urt. v. 4.2.1959 – JBl 1960, 188, 191 (Geburtshilfe).

⁵² *OGH*, Urt. v. 23.5.1984 – 1 Ob 550/84 = SZ 57/98 (stationäre Behandlung in psychiatrischer Anstalt).

⁵³ *OGH*, Urt. v. 23.5.1984 – 1 Ob 550/84 = SZ 57/98; *Menardi*, ÖA 1998, 3, 6; *Krejci*, in: Rummel, §§ 1165, 1166 ABGB, Rn. 15.

⁵⁴ *OGH*, Urt. v. 23.6.1982 – 3 Ob 545/82 = SZ 55/114 = JBl 1983, 373 (m. Anm. *Holzer*) = VersR 1983, 744; *OGH*, Urt. v. 21.9.1989 – 8 Ob 535/89 = SZ 62/154 = JBl 1990, 459; *OGH*, Urt. v. 19.12.1984 – 3 Ob 562/84 = SZ 57/207 = JBl 1985, 548, 550; *OGH*, Urt. v. 23.1.1986 – 6 Ob 683/84 = SZ 59/18; *OGH*, Urt. v. 12.9.1990 – 1 Ob 651/90 = SZ 63/152 = JBl 1991, 455; *OGH*, Urt. v. 31.1.1995 – 4 Ob 509/95 = JBl 1995, 453 (m. Anm. *Steiner*) = RdM 1995, 91 (m. Anm. *Kopetzki*).

pflcht,⁵⁵ teils als Hauptleistungspflicht⁵⁶ verstanden wird.⁵⁷ Bei Verletzung dieser Pflichten besteht ein vertraglicher Schadensersatzanspruch des Patienten nach § 1295 Abs. 1 Alt. 1 ABGB.

Kommt ein Behandlungsvertrag – etwa infolge fehlender Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen⁵⁸ – nicht zustande, ist an die Rechtsfigur der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 1035 ff. ABGB) zu denken.⁵⁹

b. Deliktische Haftung, §§ 1295 Abs. 1, Alt. 2 i.V.m. 1325, 1311 ABGB

Für die deliktische Haftung des Arztes stützen sich österreichische Rechtsprechung und Lehre auf zwei verschiedene Ansatzpunkte. Zum einen kommt eine deliktische Haftung aufgrund der Verletzung von in Schutzgesetzen normierten Verhaltenspflichten in Betracht (§ 1311 Satz 2 ABGB). Zum anderen wird eine deliktische Haftung des Arztes aufgrund rechtswidrigen Eingriffs in die körperliche Integrität als absolut geschütztes Rechtsgut angedacht (§ 1325 ABGB).

Vornehmlich in älteren Entscheidungen hat der Oberste Gerichtshof die Rechtswidrigkeit der Heilbehandlung mit der *Verletzung der Schutzgesetze (§ 1311 Satz 2 ABGB)* des § 110 öStGB und des § 8 Abs. 3 KAG a. F., welche die eigenmächtige Heilbehandlung untersagen, begründet.⁶⁰ Beide Vorschriften fordern die Einholung der Einwilligung des aufgeklärten Patienten. Dem wurde teils entgegengesetzt, dass beide Bestimmungen nur als Schutzgesetze zugunsten der Willensfreiheit, aber nicht als Schutzgesetze zugunsten der Wahrung der körperlichen Integrität des Patienten zu verstehen seien und es daher am Rechtswidrigkeitszusammenhang fehle.⁶¹ Andere Stimmen geben der Argumentation des Obersten Gerichtshofs zu, dass die strafrechtlichen Normen zwar die Willensfreiheit betreffen, jedoch gerade in Bezug auf die Wahrung der körperlichen Integrität.⁶²

⁵⁵ OGH, Urt. v. 31.1.1995 – 4 Ob 509/95=JBl 1995, 453; OGH, Urt. v. 12.7.1990 – 7 Ob 593/90=JBl 1991, 316, 317; Schramm/Stempowski, RdM 1997, 136.

⁵⁶ OGH, Urt. v. 31.1.1995 – 4 Ob 509/95=RdM 1995, 91, 92; Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, S. 60.

⁵⁷ Beppl, Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, S. 103.

⁵⁸ Zur Problematik des Abschlusses von Behandlungsverträgen im Falle der Minderjährigkeit des Patienten vgl. Kap. 2 G.

⁵⁹ Haberl, Kinderrechte – eine zivilrechtliche Analyse, S. 117; Edlbacher, ÖJZ 1982, 365, 374.

⁶⁰ OGH, Urt. v. 23.6.1982 – 3 Ob 545/82=SZ 55/114=JBl 1983, 373 (m. Anm. Holzer)=VersR 1983, 744; OGH, Urt. v. 21.9.1989 – 8 Ob 535/89=SZ 62/154=JBl 1990, 459; OGH, Urt. v. 23.1.1986 – 6 Ob 683/84=SZ 59/18; OGH, Urt. v. 7.2.1989 – 1 Ob 713/88=SZ 62/18; OGH, Urt. v. 12.9.1990 – 1 Ob 651/90=SZ 63/152=JBl 1991, 455; OGH, Urt. v. 25.1.1994 – 1 Ob 532/94=SZ 2005/139.

⁶¹ Holzer, in: Holzer/Posch/Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich, S. 4.

⁶² Reischauer, in: Rummel, § 1299 ABGB, Rn. 23b.

Daneben wird eine deliktische Haftung auch mittels der Annahme einer *Körperverletzung* begründet.⁶³ Die Frage, ob ein ärztlicher Eingriff als Körperverletzung zu werten ist, ist auch im Zivilrecht umstritten. Als Körperverletzung i. S. v. § 1325 ABGB wird „jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit und Unversehrtheit“⁶⁴ verstanden. Nach der älteren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wurde ein ärztlicher Heileingriff dann nicht als Körperverletzung i.S.d. § 1325 ABGB gewertet, wenn er erfolgreich war. Die Beurteilung war demnach abhängig von der gesundheitlichen Entwicklung *nach* dem Eingriff.⁶⁵ Die Tatbestandsmäßigkeit wurde nicht *ex ante* vom Eingriffszeitpunkt aus beurteilt, sondern vom Genesungsverlauf abhängig gemacht.⁶⁶ Mit einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1992 läutete der Oberste Gerichtshof eine Abkehr von dieser Sichtweise ein.⁶⁷ Seither hat er sich – unter ausdrücklicher Heranziehung der Körperverletzungstheorie des deutschen Bundesgerichtshofs – wiederholt dahingehend geäußert, dass jede ärztliche Behandlung, die mit einer Verletzung der körperlichen Integrität verbunden ist, zivilrechtlich eine Körperverletzung darstelle, die erst durch das Vorliegen einer Einwilligung gerechtfertigt werden könne.⁶⁸ Der Oberste Gerichtshof differenziert im Arzthaftungsprozess nun also nicht mehr, ob es sich um einen Heileingriff oder einen sonstigen Eingriff handelt, sondern sieht jede invasive ärztliche Maßnahme als rechtswidrige Körperverletzung an, wenn sie ohne wirksame Einwilligung des Patienten vorgenommen wurde. Schadensersatzansprüche sollen nicht mehr am Behandlungserfolg anknüpfen, sondern an der rechtsgutsbezogenen Eingriffshandlung.⁶⁹ Die in Österreich ganz herrschende zivilrechtliche Ansicht schließt sich dieser Linie des Obersten Gerichtshofs an und qualifiziert jeden ärztlichen Eingriff – auch den *lege artis* durchgeführten, erfolgreichen Heileingriff –, der ohne wirksame Einwilligung vorgenommen worden ist, als

⁶³ *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT, S. 200, Rn. 14/8; *Reischauer*, in: Rummel, § 1299 ABGB, Rn. 23b.

⁶⁴ *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung, S. 68.

⁶⁵ *OGH*, Urt. v. 25.3.1955 – Ob 111/55 = EvBl 1955/310, S. 511 = SZ 28/83; *OGH*, Urt. v. 29.2.1956 – 2 Ob 75/56 = SZ 29/16. Vgl. zu diesem Haftungsmodell des *OGH Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, S. 80 f.

⁶⁶ *Kritisch Fleisch*, ÖJZ 1965, 421, 424.

⁶⁷ *OGH*, Urt. v. 12.11.1992 – 8 Ob 628/92 = JBl 1994, 336 (m. Anm. *Gaisbauer* S. 352) = RdM 1994, 28 (m. Anm. *Kopetzki*). Zur Entwicklung der zivilrechtlichen Rechtsprechung des *OGH* zur Körperverletzungsdoktrin vgl. *Pitzl/Huber*, RdM 2000, 105 ff.; *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung, S. 109.

⁶⁸ *OGH*, Urt. v. 23.2.1999 – 4 Ob 33/98p = RdM 1999, 117, 119 f. (m. Anm. *Kletečka*); *OGH*, Urt. v. 12.11.1992 – 8 Ob 628/92 = JBl 1994, 336 = RdM 1994, 28 (m. Anm. *Kopetzki*); *OGH*, Urt. v. 31.1.1995 – 4 Ob 509/95 = JBl 1995, 453 (m. Anm. *Steiner*) = RdM 1995, 91 (m. Anm. *Kopetzki*); *OGH*, Urt. v. 30.1.1996 – 4 Ob 505/96 = RdM 1996, 148; *OGH*, Urt. v. 3.9.1996 – 10 Ob 2350/96b = RdM 1997, 22.

⁶⁹ *Haberl*, Kinderrechte – eine zivilrechtliche Analyse, S. 105, *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, S. 78 ff.

Die Einwilligung in die medizinische Behandlung
Minderjähriger

Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich
mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das
Internationale Privat- und Strafrecht

Gleixner-Eberle, E.

2014, XXXII, 554 S., Softcover

ISBN: 978-3-642-41930-0