

RECHT **RdM** DER MEDIZIN

mit Beilage
Ökonomie &
Gesundheit

Schriftleitung Christian Kopetzki

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

Juni 2014

03

77 – 112

20 Jahre Recht der Medizin

Entwicklungstendenzen im ärztlichen Disziplinarrecht

Johannes Zahrl und Melanie Hinterbauer ➔ 80

Beiträge

Aufklärungs-, Einwilligungs- und Informationspflichten nach dem ÄsthOpG

Eckhard Pitzl und Gerhard Huber ➔ 85

Rechtsfragen der Medizin aus islamischer Sicht Harun Pacic ➔ 94

Rechtsprechung

Krankenanstaltenrechtliche Gemeinnützigkeit Karl Stöger ➔ 101

Irreführungseignung eines von einem Optiker geführten Dokortitels

Verena Christine Mayer ➔ 104

Ökonomie & Gesundheit

Differenzierung Arzneispezialität vs magistrale Zubereitung

Daniel Larcher und Wolfgang Schlocker ➔ 9

Das neue Sonderverfahrensrecht zur Arzneimittelherstellung

Martin Zartl ➔ 16

Aufklärungs-, Einwilligungs- und Informationspflichten nach dem ÄsthOpG

Mit 1. 1. 2013 trat das Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG)¹⁾ in Kraft. Der Beitrag²⁾ setzt sich insb mit den gegenüber sonstigen ärztlichen Behandlungen und Operationen gesteigerten Aufklärungs-, Einwilligungs- und Informationspflichten auseinander.

Von Eckhard Pitzl und Gerhard Huber

RdM 2014/82

ÄsthOpG

Aufklärung;
Einwilligung;
Informationspflichten

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Differenzierungen und Eingrenzungen
- C. Ärztliche Aufklärung
- D. Einwilligung
- E. Besonderer Schutz Minderjähriger und Behinderter
- F. Zivilrechtliche Folgen von Aufklärungs- und Einwilligungsdefiziten
- G. Informationspflicht gem § 10 ÄsthOpG

A. Einleitung

In Österreich werden jährlich geschätzte 30.000 bis 50.000 Schönheitsoperationen ohne medizinische Indikation durchgeführt, offizielle Zahlen gibt es hier nicht; etwa 80% bis 90% dieser medizinisch nicht indizierten Eingriffe lassen Frauen über sich ergehen.³⁾

Bis zum Inkrafttreten des ÄsthOpG war die Durchführung von ästhetischen Operationen nicht auf eine bestimmte Facharztausbildung beschränkt, ebenso waren keine spezifischen Qualitätskriterien normiert. Österreich ist nunmehr das dritte europäische Land (nach Frankreich und Dänemark) mit einer derartigen gesetzlichen Regelung zum Schutz und zur Sicherheit der Patienten.⁴⁾

Der Gesetzesentwurf wurde sowohl im Nationalrat⁵⁾ als auch im Bundesrat⁶⁾ einstimmig beschlossen, die wenigen Kritikpunkte beschränkten sich auf zu geringe Restriktionen und zu geringe Strafhöhen. Tatsächlich praxisrelevante Probleme wurden nicht diskutiert, sie werden hier aufgezeigt und einer möglichen Lösung zugeführt.

Die Arbeit hat zum Ziel, die erhöhten Aufklärungs- und Einwilligungserfordernisse sowie sonstigen Informationspflichten des Arztes darzulegen und den Kontext mit der bisherigen Aufklärungsjudikatur darzustellen.

B. Differenzierungen und Eingrenzungen

Das ÄsthOpG differenziert zwischen ästhetischen Behandlungen einerseits und ästhetischen Operationen andererseits, jeweils ohne medizinische Indikation.⁷⁾ Beide sind nur dann vom ÄsthOpG erfasst, wenn sie ärztliche Tätigkeiten gem § 2 Abs 2 ÄrzteG sind. Die den Ärzten gem § 2 Abs 2 ÄrzteG vorbehaltenen Tätig-

keiten sind im Wesentlichen durch zwei Merkmale umschrieben: Zum einen die wissenschaftliche Begründung der angewendeten Methoden, zum anderen die Zugehörigkeit zur medizinischen Wissenschaft, was im Kontext des ÄrzteG anhand des Fächerkanons der medizinischen Ausbildung (vgl § 27 ÄAO) erschlossen werden kann.⁸⁾

Demgemäß ist das ÄsthOpG auf Tätigkeiten, für die die Gewerbeordnung 1994 gilt, nicht anzuwenden. Hier sind insb die Verordnung des BMWA über Ausübungsregeln für das Piercen und Tätowieren durch Kosmetik-(Schönheitspflege-)Gewerbetreibende⁹⁾ und die Verordnung des BMWA über die Ausübungsregeln für Fußpflege, Kosmetik und Massage durch Gewerbetreibende¹⁰⁾ zu erwähnen. Auch in § 3 Abs 2 ÄsthOpG wird ausdrücklich nochmals festgehalten, dass die Tätigkeiten des Piercens und Tätowierens nicht unter die Begriffe „ästhetische Operation“, „ästhetische Behandlung“ und „Eingriff“ fallen.

Auch Tätigkeiten, für die das ZahnärzteG¹¹⁾ gilt, werden vom ÄsthOpG nicht erfasst.¹²⁾

In § 3 ÄsthOpG werden die Begriffe „ästhetische Operation“, „ästhetische Behandlung“, „Eingriff“ und „medizinische Indikation“ definiert. Während „ästhetische Operationen“ operativ-chirurgische Behandlungen zur Herbeiführung der ästhetischen Veränderung des körperlichen Aussehens darstellen, sind „ästhetische Behandlungen“ Behandlungen mit anderen als operativ-chirurgischen Methoden wie insb mit Arzneimitteln und minimal-invasiven Methoden. Gemeinsam ist beiden Begriffen, dass sie ohne medizinische Indikation durchgeführt werden, um in den Regelungsbereich des ÄsthOpG zu fallen. In § 4 Abs 1 ÄsthOpG werden ästhetische Operationen beispielhaft dargestellt, wobei die

1) BGBl I 2012/80.

2) Des Leseflusses wegen wurde nur die männliche Form verwendet: Selbstverständlich sind mit Patienten, Ärzten und Sachwaltern gleichermaßen auch Patientinnen, Ärztinnen und Sachwalterinnen angesprochen.

3) Ber d Gesundheitsausschusses zur RV 1822 BlgNR 24. GP 2.

4) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 2.

5) StenProt NR 6. 7. 2012, 167. Sitzung des NR 72 ff.

6) StenProt BR 19. 7. 2012, 812. Sitzung des BR 171 ff.

7) § 1 Abs 1 ÄsthOpG.

8) Aigner/Kierein/Kopetzki, ÄrzteG³ § 2 Anm 6.

9) BGBl II 2003/141.

10) BGBl II 2008/262.

11) BGBl I 2005/126 idGF.

12) § 1 Abs 4.

ÖÄK im übertragenen Wirkungsbereich durch Verordnung weitere ästhetische Operationen festlegen kann.¹³⁾

Nachdem ausschließlich ästhetische Operationen und ästhetische Behandlungen ohne medizinische Indikation vom ÄsthOpG erfasst werden, kommt dem Begriff der „medizinischen Indikation“ eine (insb auch praxisrelevante) besondere Bedeutung zu: Als medizinische Indikation wird ein auf aktuellen medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhender Grund, eine ästhetische Behandlung oder Operation durchzuführen, verstanden. Sie liegt vor, wenn die ästhetische Behandlung oder Operation unter Berücksichtigung der Lebensverhältnisse des Patienten nach objektiven Kriterien notwendig ist, um Lebensgefahr oder die Gefahr einer Beeinträchtigung des Gesundheitszustands des Patienten abzuwenden oder einen anatomischen oder funktionellen Krankheitszustand zu beseitigen und die Gefahr oder der Krankheitszustand nicht auf eine gelindere für den Patienten zumutbare Weise abgewendet oder beseitigt werden kann.¹⁴⁾

Zur Festlegung einer medizinischen Indikation sind insb vorhandene wissenschaftliche Daten aus klinischen Studien heranzuziehen. Eine medizinische Indikation für eine ästhetische Operation ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Kosten vom gesetzlichen Krankenversicherungsträger übernommen werden.¹⁵⁾ Der Umkehrschluss ist hier allerdings nicht zulässig: Eine medizinische Indikation ist nicht gleichzusetzen mit dem Vorliegen einer „notwendigen Krankenbehandlung“ im sozialversicherungsrechtlichen Sinn¹⁶⁾ und der daraus folgenden Kostenübernahme durch den Sozialversicherungsträger.

In der RV¹⁷⁾ werden beispielhaft angeführt: Narbenkorrektur bei Funktionsbehinderung oder Entstellung (insb im Gesicht), Nabelhernien, Brustwiederherstellung nach Krebs, Oberlid schlaffung mit einer messbaren Gesichtsfeldeinschränkung bzw krankhaftem Oberlid-Muskeltonus, Brustverkleinerung bei Brustgigantomastie, Beseitigung einer Bauchfettschürze bei erheblichen mechanischen Beschwerden, Anlegen absteher Ohren etc.

Werden einzeitig sowohl eine medizinisch indizierte Operation (bspw eine Nasenseptumkorrektur bei Atembehinderung) als auch ein ästhetischer Eingriff durchgeführt (bspw die Beseitigung eines funktionell nicht störenden Nasenhöckers) ist uE zu differenzieren: Erfolgt durch den ästhetischen Eingriff eine nicht nur unwesentliche Operationserweiterung verbunden mit einer nicht nur unwesentlichen Risikoerhöhung, sind auch die gesetzlichen Anforderungen des ÄsthOpG (Mindestalter, Operationspass, erhöhte Aufklärungspflichten etc) zu erfüllen. Ist hingegen die ästhetische Verbesserung des Aussehens mit keiner wesentlichen Operationserweiterung verbunden, gleichsam ein Nebenprodukt der medizinisch indizierten Operation, liegt ein medizinisch indizierter Eingriff vor und sind demnach lediglich die allgemeinen Anforderungen an einen medizinischen Eingriff zu erfüllen.

Stellt der behandelnde Arzt eine medizinische Indikation für die Operation, unterliegt der geplante Eingriff nicht dem ÄsthOpG; sämtliche Schutzvorschriften wie insb Altersbeschränkungen und qualifizierte Aufklärungs- und Einwilligungserfordernisse kommen nicht zur Anwendung. Das ÄsthOpG sieht für die Indikati-

onsstellung nicht ausdrücklich die Involvierung eines vom behandelnden Arzt unabhängigen Arztes vor.¹⁸⁾ Stellte sich im Nachhinein heraus, dass die medizinische Indikation zu Unrecht gestellt wurde, könnte die ästhetische Operation (bei unter 16-Jährigen) unzulässig oder die Patientenaufklärung insuffizient und die Einwilligung des Patienten sohin unwirksam sein, woraus nach bisheriger Judikatur¹⁹⁾ folgt, dass der behandelnde Arzt trotz lege artis durchgeführter Operation mangels rechtswirksamer Einwilligung für unerwünschte Operationsfolgen haftet. Es ist daher zu fordern, dass bei ästhetischen Operationen mit medizinischer Indikation diese sorgsam gestellt und dokumentiert wird.

Die Qualifikation der ästhetische Behandlungen und ästhetische Operationen vornehmenden Ärzte wird in § 4 ÄsthOpG definiert, wobei hier auf die Details nicht eingegangen werden soll. Durch die ÖÄK wurden mittels Verordnung im übertragenen Wirkungsbereich nähere Bestimmungen erlassen.²⁰⁾

Eine besondere Informationspflicht sieht in diesem Zusammenhang § 4 Abs 8 ÄsthOpG vor: Der Arzt hat den Patienten über seine berufsrechtliche Qualifikation und – auf Nachfrage – auch über die von ihm absolvierten fachspezifischen Fortbildungen zu informieren. Demnach ist die berufsrechtliche Qualifikation dem Patienten ohne Nachfrage zu offenbaren, was – jedenfalls im Hinblick auf Operationen und Minderjährige – in Übereinstimmung mit § 9 ÄsthOpG steht. Gem § 9 ÄsthOpG ist dem Patienten, wenn beabsichtigt ist, eine ästhetische Operation durchzuführen (bei besonders geschützten Personengruppen gem § 7 auch bei ästhetischen Behandlungen), bereits im Rahmen der ersten ärztlichen Konsultation ein Operationspass zu übergeben, in welchem ua der Name und die Qualifikation des behandelnden Arztes anzugeben sind.²¹⁾

C. Ärztliche Aufklärung

1. Bisherige Aufklärungsjudikatur zu ästhetischen Operationen

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in dessen körperliche Integrität durch den ärztlichen Eingriff eingegriffen wird, ist Grundlage der Aufklärungspflicht des Arztes. Der Patient muss in die jeweilige Behandlungsmaßnahme – so sie rechtmäßig erfolgen soll – einwilligen.²²⁾ Der Patient als Aufklärungsadressat muss die für seine Entscheidung maßgebenden Kriterien erfahren, die ihn in die Lage versetzen, die Tragweite seiner Zustimmung zum Eingriff zu überblicken und eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.²³⁾ Bereits nach bisheriger Judikatur nimmt die ärztliche Aufklärungspflicht in dem

13) § 4 Abs 5 Z 1 ÄsthOpG.

14) § 3 Abs 1 Z 4 ÄsthOpG.

15) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 5.

16) § 133 ASVG.

17) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 5.

18) Vgl demgegenüber § 213 Abs 2 und § 283 Abs 2 ABGB.

19) RIS-Justiz RS0118355; RS0026783; RS0026511.

20) Verordnung der Österreichischen Ärztekammer über Qualifikationen und einen Operationspass für ästhetische Operationen (ÄsthOpG-VO 2013) v 17. 12. 2012, 2012/6.

21) § 9 Abs 2 Z 2 ÄsthOpG.

22) RIS-Justiz RS0118355.

23) RIS-Justiz RS0026473; RS0026499; RS0026413; RS0026426.

Maße zu, in dem die unbedingte und lebensnotwendige Indikation des beabsichtigten Eingriffs abnimmt. Sie hängt maW vom Grunde der vitalen Bedeutung des Eingriffs für den Patienten ab und ist umso umfangreicher, je weniger der Eingriff dringlich erscheint bzw je höher die Wahrscheinlichkeit des Auftretens bestimmter Nebenwirkungen oder Komplikationen ist.²⁴⁾

Bei kosmetischen Operationen führt die Aufklärung sogar so weit, dass (zB bei einer operativen Vergrößerung oder Verkleinerung der weiblichen Brust) nicht nur auf die Möglichkeit einer Narbenbildung an sich hinzuweisen ist, sondern die Patientin sogar darüber informiert werden muss, wo und in welcher Größe sich die zu erwartenden Narben bilden werden.²⁵⁾ Bereits die bisherige Judikatur spricht von einer offenen und schonungslosen Aufklärung des Patienten darüber, dass durch die kosmetische Operation die Zielvorstellung nicht immer gänzlich verwirklicht werden kann und der Arzt ausdrücklich darauf hinweisen muss, dass das gewünschte Operationsergebnis aus nicht beeinflussbaren physiologischen oder psychologischen Gründen ganz oder teilweise nicht erreicht werden kann.²⁶⁾ Bereits die von *Gaisbauer*²⁷⁾ vor 20 Jahren dargestellte Judikatur zeigt auf, dass Schönheitsoperationen ein Höchstmaß an Aufklärung erfordern, der Arzt vor einer kosmetischen Korrektur diese weitestgehende Aufklärung über die Möglichkeit von Gefahren und Misserfolg von sich aus und ohne ausdrückliche Befragung durch den Patienten zu geben hat (Spontanaufklärung). Bereits die damalige Judikatur zeigte auf, dass auch ein extrem seltenes Risiko für einen verständigen und vernünftigen Patienten erhebliche Bedeutung haben kann und eine vollständige und schonungslose Aufklärung gefordert ist.

Demgemäß verweist die RV²⁸⁾ zum ÄsthOpG auch auf die einschlägige Rsp des OGH zu „erhöhtem“ bzw „verschärftem“ Aufklärungsbedürfnis. Die bisherige höchstgerichtliche Aufklärungsjudikatur zu kosmetischen Operationen wird insbesondere iZm § 5 Abs 1 Z 8 ÄsthOpG weiter von rechtlicher Relevanz sein.

2. Aufklärung nach dem ÄsthOpG

Die von der Judikatur des OGH entwickelten Anforderungen an eine die Einwilligung des Patienten tragende Aufklärung werden nunmehr in § 5 ÄsthOpG zusammengefasst. Demnach ist der Patient vor der Durchführung einer ästhetischen Operation klar und verständlich, umfassend, mündlich und schriftlich, gut lesbar dokumentiert aufzuklären über

- die Methode des Eingriffs;
- Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs;
- im Rahmen des Eingriffs angewendete Arzneimittel und deren Nebenwirkungen sowie Medizinprodukte einschließlich Implantate und deren Funktionsfähigkeit und Lebensdauer;
- alternative Behandlungsmöglichkeiten;
- das in Aussicht gestellte Ergebnis des Eingriffs und mögliche Abweichungen;
- mit dem Eingriff verbundene Unannehmlichkeiten, mögliche Folgen, wie Narbenbildung und Komplikationen einschließlich der Beeinträchtigung von Organfunktionen, allenfalls unter Zuhilfenahme

von beispielhaften Fotografien, sowie deren Behandlungsmöglichkeiten;

- die erforderliche Nachbehandlung einschließlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit und mögliche Spätfolgen, allfällig erforderliche Nachfolgeoperationen einschließlich dem Hinweis, dass diese Unfähigkeit der Arbeitsaufnahme als keine Arbeitsunfähigkeit im sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Sinn gelten könnte;
- sämtliche bekannte Gefahren des Eingriffs und
- sämtliche iZm dem Eingriff stehende Kosten einschließlich zu erwartender Folgekosten.

Nach der RV²⁹⁾ wurden diese erweiterten Aufklärungs- und Informationspflichten in Anlehnung an das FortpflanzungsmedizinG³⁰⁾ formuliert, wobei hier insb §§ 7f FortpflanzungsmedizinG gemeint sein dürften. UE sind die nunmehr formulierten Aufklärungsbestimmungen weit darüber hinausgehend.

Bei der Aufklärung des Patienten über die Methode, Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs (§ 5 Abs 1 Z 1 und 2 ÄsthOpG) ist uE in der Regel auf den Verständnishorizont des medizinischen Laien abzustellen; der Eingriff ist dem Patienten sohin nicht bis ins letzte Detail darzulegen, sondern ausschließlich soweit, als der medizinische Laie eine realistische, insb nicht verhängnisvolle Vorstellung von der Operation hat. Zu Z 3 ist anzumerken, dass bei Notwendigkeit einer Anästhesie eine entsprechende anästhesiologische Aufklärung des Patienten durch einen Facharzt für Anästhesiologie und Intensivmedizin stattzufinden hat. Die Aufklärung über die Anästhesie und damit verbundene Risiken durch den Operateur selbst wäre nicht ausreichend. Gem Z 5 ist der Patient nicht nur über mögliche Abweichungen zum angestrebten Operationsziel aufzuklären, sondern auch darüber, dass der Eingriff erfolglos bleiben könnte. Gem Z 6 und 8 ist der Patient über bekannte Risiken und Komplikationen aufzuklären, aber auch über mit dem Eingriff verbundene Unannehmlichkeiten wie bspw das Tragen von Verbänden, postoperativ erforderliche körperliche Schonung.

Nach der RV³¹⁾ ist unter Abs 1 Z 7 zu verstehen, dass generelle Hinweise auf mögliche Konsequenzen sozialversicherungs- und arbeitsrechtlicher Art zu geben sind. Dies kann nach den Gesetzesmaterialien auch durch einen standardisierten Hinweis erfolgen, detaillierte Rechtsauskünfte sind nicht erforderlich. Die in Z 9 erforderte Kostenaufklärung (inklusive Folgekosten) geht uE über den in § 5 Abs 7 angesprochenen schriftlichen Kostenplan hinaus; nachdem auch die Aufklärung gem § 5 Abs 1 ÄsthOpG Schriftlichkeit erfordert, bleibt für die gesonderte Anwendung des § 5 Abs 7 ÄsthOpG kaum mehr Raum.

Bei Patienten zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr bzw bei Personen, denen infolge einer psychischen

24) Statt vieler *Juen*, *Arzthaftungsrecht* 100 mwN.

25) *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Handbuch Medizinrecht für die Praxis* I 90.

26) OGH 17. 11. 2009 d, 1 Ob 218/09.

27) Ärztliche Aufklärungspflicht bei kosmetischen Eingriffen, *ÖJZ* 1993, 25 ff.

28) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 8.

29) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 7.

30) BGBl 1992/275 idGF.

31) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 8.

Krankheit oder geistigen Behinderung zur Vertretung hinsichtlich medizinischer Behandlungen ein Sachwalter bestellt ist, sind zusätzlich die Erziehungsberechtigten bzw der Sachwalter aufzuklären. Die erfolgte ärztliche Aufklärung ist nicht nur schriftlich in gut lesbarer Form zu dokumentieren, sie ist auch von dem Patienten, allenfalls den Erziehungsberechtigten oder dem Sachwalter mit dessen Unterschrift zu bestätigen.³²⁾ Das ÄsthOpG spricht sohin ausdrücklich von den Erziehungsberechtigten (Plural), während bei medizinisch indizierten Eingriffen, sei die Bedeutung und das Risiko derselben noch so groß, lediglich die Zustimmung einer Person erforderlich ist, die mit der Pflege und Erziehung betraut ist.³³⁾

Der Arzt hat im Rahmen der Dokumentationspflicht eine Fotodokumentation über den Status vor dem geplanten Eingriff und das Ergebnis des durchgeführten Eingriffs anzulegen.³⁴⁾ Zur Realisierung der gesetzlich geforderten postoperativen Fotodokumentation ist selbstverständlich die Mitwirkung des Patienten erforderlich, was insb in einem Verwaltungsstrafverfahren nach § 11 ÄsthOpG zu berücksichtigen wäre. Der Patient ist auch darüber zu informieren, dass die Behandlungskosten nicht von einem inländischen Sozialversicherungsträger oder der Krankenfürsorge übernommen werden und diese von dem Patienten zu tragen sind.³⁵⁾

Der Arzt schuldet ferner Aufklärung über die vom Patienten zu tragenden Kosten der ästhetischen Operation in Form eines schriftlichen Kostenplans, sofern im Hinblick auf die Art und den Umfang der Behandlung wesentliche Kosten iSd Abs 8 anfallen; oder die Kosten die in der jeweils geltenden privatärztlichen Honorarordnung der entsprechenden Ärztekammer festgelegte Honorarhöhe übersteigen; oder dies der Patient verlangt. Wesentliche Kosten sind 70% der von Statistik Austria gemäß volkswirtschaftlicher Gesamtrechnung laut ESVG 1995 ermittelten Nettolöhne und Gehälter, nominell, monatlich je Arbeitnehmer. Diese Bestimmung ist offensichtlich dem § 18 ZahnärzteG nachempfunden. Gemäß Kundmachung der ÖÄK³⁶⁾ sind dies derzeit € 1.624,-, sohin ein Betrag, der regelmäßig bei ästhetischen Operationen überschritten wird. Im Hinblick auf § 5 Abs 1 Z 9 ÄsthOpG wird dieser schriftliche Kostenplan als ärztliche Aufklärung über die Kosten des Eingriffs jedenfalls zu empfehlen sein.

Zudem hat der Arzt gegebenenfalls die Inhalte der jeweils geltenden privatärztlichen Honorarordnung in einer für den Patienten gut sichtbaren Form zugänglich zu machen und eine schriftliche Ausfertigung dem Patienten auszuhändigen.³⁷⁾

All diese Anforderungen gelten grundsätzlich nur für ästhetische Operationen, für ästhetische Behandlungen darüber hinaus auch im Hinblick auf 16- bis 18-jährige Patienten. Im Hinblick auf volljährige Patienten gelten uE die allgemeinen ärztlichen Aufklärungspflichten vor ästhetischen Behandlungen gemäß der bisherigen Judikatur analog.

3. Aufklärungsverzicht?

Gem § 5 Abs 1 letzter Satz ÄsthOpG ist ein allfälliger Verzicht (des Patienten) auf die ärztliche Aufklärung rechtsunwirksam. Dies steht insofern im Widerspruch

zur bisherigen Rsp,³⁸⁾ jedoch auch Gesetzeslage,³⁹⁾ als einem Patienten die Aufklärung nicht aufgezwungen werden darf, der Patient hierauf ganz oder teilweise verzichten kann. Im Rahmen ästhetischer Operationen ist ein derartiger Aufklärungsverzicht nunmehr unwirksam, was zur Folge hat, dass auch eine allfällige Einwilligung des Patienten in die ästhetische Operation unwirksam und der Eingriff rechtswidrig wäre. Die Operation darf sohin nicht durchgeführt werden. Wenn nach dem Gesetzeswortlaut der ausdrückliche Verzicht des Patienten auf die Einwilligung unwirksam ist, so bleibt umso mehr für die Annahme eines schlüssigen Verzichts auf die Aufklärung kein Raum. Insbesondere wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Normierung der Unwirksamkeit des Aufklärungsverzichts erscheint auch bei Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten äußerste Zurückhaltung angezeigt. Nach der Judikatur zum medizinischen Eingriff⁴⁰⁾ kann – wenn sich im Verlauf der Operation am vollnarkotisierten Patienten eine nichtvorhersehbare Änderung der Operation ergibt – der Eingriff ausnahmsweise auf Grundlage einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten durchgeführt werden; diese beruht darauf, wie sich ein Patient bei objektiver Bewertung der Situation entschieden hätte. Dabei ist vom Arzt eine Abwägung zwischen Lebens- und Gesundheitsgefährdung (bei Abbruch des Eingriffs) und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten vorzunehmen: Die wesentlichen Eckpunkte für die ärztliche Entscheidung werden von der Dringlichkeit der Eingriffsindikation und von der Bedeutung der Folgen einer Unterlassung des weiteren Eingriffs einschließlich der Zumutbarkeit einer Unterbrechung der Anästhesie gebildet. Kann ein Eingriff ohne besondere Probleme abgebrochen und der weitergehende Eingriff auch später ohne erhöhtes Risiko vorgenommen werden, ist die Operation abbrechen, um die Aufklärung nachzuholen. Bei einer ausschließlich ästhetischen Operation ohne medizinische Indikation wird infolge nicht gegebener Dringlichkeit der Eingriffsindikation – ja infolge nicht gegebener Eingriffsindikation an sich – das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zwangsläufig überwiegen. Der ausdrückliche gesetzliche Ausschluss des Aufklärungsverzichts durch den Patienten im ÄsthOpG beseitigt jegliche allenfalls verbleibenden Unsicherheiten.

Infolge des gesetzlichen Ausschlusses des Aufklärungsverzichts erscheint auch fraglich, ob die Berufung eines Arztes auf das – sonst zulässige⁴¹⁾ – rechtmäßige Alternativverhalten bei nicht gegebener/erweisbarer präoperativer Aufklärung möglich ist. Während es bei der mutmaßlichen Einwilligung um eine objektive Bewertung der konkreten Situation geht, ist beim rechtmäßigen Alternativverhalten zu fragen, wie sich der konkrete

32) § 5 Abs 3 und 4 ÄsthOpG.

33) § 173 ABGB.

34) § 5 Abs 5 ÄsthOpG.

35) § 5 Abs 6 ÄsthOpG.

36) Information der ÖÄK über wesentliche Kosten gem § 5 Abs 8 ÄsthOpG.

37) § 5 Abs 9 ÄsthOpG.

38) KRSIlg 678 (schlüssiger Aufklärungsverzicht); *Juen*, Arzthaftungsrecht² 105.

39) Art 16 Abs 4 Patientencharta.

40) RIS-Justiz RS0122175.

41) Vgl *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung² 274 ff.

Patient entschieden hätte, wäre er präoperativ (vollständig) aufgeklärt worden. Kommt das Gericht zur Feststellung, dass sich der konkrete Patient auch bei (vollständiger) Aufklärung für den Eingriff entschieden hätte, fehlte es an der Kausalität der Rechtswidrigkeit, was zur Haftungsfreiheit des Arztes führt. Einerseits lässt die Intention des Gesetzgebers, dass der Patient sich präoperativ insb den Risiken des Eingriffs stellen soll, Zweifel entstehen, ob eine Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten zulässig ist, insb dann, wenn die Aufklärung zur Gänze oder in den Hauptpunkten fehlt bzw nicht nachweisbar ist. Wurde hingegen lediglich über einen Nebenspunkt (bspw die Frage der Arbeitsaufnahme) nicht informiert, sollte die Berufung des Arztes auf rechtmäßiges Alternativverhalten zulässig sein.

4. Verdacht einer krankheitswertigen psychischen Störung

Entsteht im Rahmen der ärztlichen Aufklärung der Verdacht, dass bei dem Patienten eine krankheitswertige psychische Störung vorliegt, deren Folge der Wunsch nach der ästhetischen Operation ist, so ist vom behandelnden Arzt vor Durchführung des Eingriffs eine Abklärung allfälliger psychischer Störungen einschließlich Beratung durch einen klinischen Psychologen oder einen Facharzt für Psychiatrie und psychotherapeutische Medizin zu veranlassen.⁴²⁾

Bei Patienten zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr ist diese psychiatrische oder psychologische Abklärung jedenfalls erforderlich.

Die Folgen dieser Abklärung allfälliger psychischer Störungen sind bei volljährigen Patienten (im Gegensatz zu § 7 Abs 2 ÄsthOpG; su) nicht geregelt. Es stellt sich sohin die Frage, welche Konsequenzen es hat, wenn im Rahmen dieser Abklärung hervorkommt, dass der Wunsch des Patienten nach der ästhetischen Operation auf einer krankheitswertigen psychischen Störung beruht. Die RV⁴³⁾ führt dazu aus, dass die entsprechende Abklärung samt Beratung vor Durchführung des betreffenden Eingriffs zu veranlassen ist, um zu verhindern, dass eine ästhetische Operation bei Personen durchgeführt wird, deren Wunsch nach einer ästhetischen Veränderung Folge einer entsprechenden krankheitswertigen psychischen Störung ist. Dies spräche dafür, dass in diesem Fall die Operation nicht durchgeführt werden darf.

Andererseits wird in § 7 Abs 2 ÄsthOpG für Patienten zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr die Rechtsfolge der präoperativen psychiatrischen oder psychologischen Abklärung exakt definiert: Der Eingriff darf nicht durchgeführt werden. Es stellt sich sohin die Frage, ob hier ein Analogieschluss von § 7 Abs 2 ÄsthOpG auf § 5 Abs 2 zulässig ist. Diese Gesetzesanalogie erforderte jedoch eine planwidrige Regelungslücke und die Vergleichbarkeit der geregelten mit der unregulierten Interessenlage.⁴⁴⁾ UE liegt weder die eine noch die andere Voraussetzung vor. Gegen eine Regelungslücke spricht, dass im selben Gesetz die Unzulässigkeit des Eingriffs bei Patienten zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr ausdrücklich normiert ist, wenn im Rahmen der erfolgten Abklärung festgestellt wurde, dass der Wunsch nach dem Eingriff Folge der krankheitswertigen psychischen Störung ist. Von einer plan-

widrigen Unvollständigkeit des § 5 Abs 2 ÄsthOpG kann sohin nur schwer gesprochen werden.

Auch die Interessenlage ist nicht vollkommen ident, stellt § 7 Abs 2 ÄsthOpG auf den besonderen Schutz von Patienten zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr ab, dies im Gegensatz zu § 5 ÄsthOpG.

Betrachtet man die RV näher, zeigt sich zudem, dass bei den dort angeführten Beispielen stets auf eine Kontraindikation für die ästhetische Operation abgestellt wird: körperdysmorphe Störungen als Kontraindikation für eine ästhetische Operation; Essstörungen als klare Kontraindikation für eine ästhetische Operation etc. UE ist jedoch zu unterscheiden zwischen medizinisch nicht indizierten Operationen, wie dies ästhetische Operationen definitionsgemäß sind, und kontraindizierten Eingriffen. Ausschließlich der Durchführung kontraindizierter Eingriffe soll mit der psychiatrischen bzw psychologischen Abklärung begegnet werden. Auch wenn die krankheitswertige psychische Störung derart umfangreich ist, dass der Patient nicht mehr einsichts- und urteilsfähig ist, käme die Durchführung der Operation gem § 5 ÄsthOpG nicht mehr in Frage, es wäre nach § 7 Abs 3 ÄsthOpG und § 283 ABGB vorzugehen. Jedoch nicht jede krankheitswertige psychische Störung beseitigt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten bezogen auf einen konkreten Eingriff. Leidet ein Patient bspw an einer auffällig schiefen Nase, könnte der Patient ein schmerzhaftes Selbstbild entwickeln, darauf mit Rückzug und mit der Zeit mit einer depressiven Störung reagieren. Eine leichte Depression/eine Anpassungsstörung könnte bereits eine psychische Störung iS einer krankheitswertigen psychischen Störung sein. Der Gedanke des Patienten könnte ständig um seine schiefe Nase kreisen, dies könnte die Affektlage beeinträchtigen, es könnte zu Stimmungseinbrüchen kommen; dies alles könnten bereits krankheitswertige psychische Störungen sein, der Patient wäre jedoch – bezogen auf die konkrete Nasenkorrekturoperation – einsichts- und urteilsfähig. In diesem Fall stünde der Wunsch nach der Operation iZm der krankheitswertigen psychischen Störung, jedoch auch vordergründig mit der schiefen Nase und ist es Ziel und Zweck des ÄsthOpG nicht zu unterstellen, dass derartigen Patienten eine ästhetische Operation generell verwehrt werden sollte. All diese komplexen psychischen Umstände sind selbstverständlich präoperativ fachärztlich abzuklären.

Ziel und Zweck des § 5 Abs 2 ÄsthOpG ist sohin, dem Patienten und dem Arzt jedenfalls den allfälligen Zusammenhang zwischen Operationswunsch und krankheitswertiger psychischer Störung bewusst zu machen, dem Patienten im Zuge dieser psychologischen/psychiatrischen Abklärung alternative Vorgehensweisen darzulegen und die allfällige, den Eingriff ausschließende, mangelnde Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten abzuklären.

Zusammengefasst wäre die ästhetische Operation gem § 5 Abs 2 ÄsthOpG nur dann unzulässig, wenn es sich um einen Eingriff an einem Patienten zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr handelte; oder der Eingriff durch die krankheitswertige psychische Störung kont-

42) § 5 Abs 2 ÄsthOpG.

43) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 8.

44) Vgl OGH 8. 10. 2012, 9 Ob 68/11 g RdM 2013/74.

raindiziert wäre; oder die krankheitswertige psychische Störung die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten ausschließen würde.

Die Erfordernisse des § 5 ÄsthOpG stehen unter der Strafsanktion des § 11 ÄsthOpG; die nicht (vollständige) Aufklärung eines Patienten vor der Operation kann sohin nicht nur umfangreiche zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen, sondern auch verwaltungsstrafrechtliche und standesrechtliche Konsequenzen haben.

D. Einwilligung

1. Allgemeines

Die speziellen Bestimmungen des ÄsthOpG zur Einwilligung des volljährigen Patienten gelten – so wie die speziellen Aufklärungsbestimmungen gem § 5 ÄsthOpG – ausschließlich für ästhetische Operationen, nicht jedoch für ästhetische Behandlungen. Für Letztere gelten – allenfalls analog – die allgemein von Lehre und Judikatur entwickelten Anforderungen an die Patientenaufklärung und -einwilligung.

Darüber hinaus ist die Einwilligung des Patienten vom Abschluss des Behandlungsvertrags zu unterscheiden. Erstere ist ein höchstpersönliches Recht des Patienten und orientiert sich an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bezogen auf die konkrete medizinische Behandlung, während Letztere an der Geschäftsfähigkeit zu bemessen ist.⁴⁵⁾

2. Überlegungsfrist

Gem § 6 Abs 1 ÄsthOpG ist dem Patienten zwischen abgeschlossener ärztlicher Aufklärung und der Einwilligung zur Operation eine Frist von zumindest zwei Wochen zu gewähren. Das Gesetz spricht hier ausdrücklich von abgeschlossener ärztlicher Aufklärung, woraus zu schließen ist, dass die Zwei-Wochen-Frist erst zu laufen beginnt, wenn nicht nur über den Eingriff aufgeklärt wurde, sondern auch durch den Facharzt für Anästhesiologie und Intensivmedizin über die allenfalls erforderliche Anästhesie für den Eingriff. Zu einer vollständigen und abgeschlossenen Aufklärung gehört uE auch die Besprechung des allenfalls eingeholten psychologischen bzw psychiatrischen Befunds gem § 5 Abs 2 ÄsthOpG. Auch der Heilkostenplan gem § 5 Abs 7 ÄsthOpG ist Inhalt der ärztlichen Aufklärung und sohin zumindest zwei Wochen vor der Einwilligung des Patienten zu erstellen und diesem mitzuteilen bzw auszufolgen.

Darüber hinaus darf eine ästhetische Operation frühestens am Tag nach der Einwilligung des Patienten erfolgen,⁴⁶⁾ womit dem Patienten ein weiterer Tag Überlegungsfrist gewährt ist. Die Einwilligung kann – aufgrund des Selbstbestimmungsrechts des Patienten – jederzeit und ohne Angabe von Gründen widerrufen werden; mit dem Widerruf der Einwilligung soll gleichzeitig auch der Behandlungsvertrag gekündigt sein.⁴⁷⁾

Für Patienten zwischen dem 16. und dem 18. Lebensjahr sowie für solche, denen infolge einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung zur Vertretung hinsichtlich medizinischer Behandlungen ein Sachwalter bestellt wurde, gilt darüber hinaus, dass eine ästhetische Behandlung oder Operation frühestens vier Wochen nach Vorliegen der Einwilligung

durchgeführt werden darf.⁴⁸⁾ Diese Patienten können ohne finanziellen Nachteil ihre Zustimmung zur Operation bzw Behandlung bis spätestens eine Woche vor dem Eingriff/der Behandlung widerrufen.⁴⁹⁾

3. Formvorschriften

So wie die ärztliche Aufklärung⁵⁰⁾ ist auch die Einwilligung des Patienten schriftlich zu dokumentieren und sowohl vom Patienten als auch dem behandelnden Arzt zu unterfertigen. Ist für den Eingriff auch eine Anästhesie erforderlich, gelten diese Formvorschriften auch für die anästhesiologische Aufklärung. Gem § 6 Abs 2 ÄsthOpG ist die Patienteneinwilligung zu datieren, was auch für die Dokumentation der Patientenaufklärung zu empfehlen ist, um die gesetzlich geforderte Überlegungsfrist von zwei Wochen nachvollziehbar zu machen. Kopien der unterfertigten schriftlichen Aufklärungs- und Einwilligungsunterlagen sind dem Patienten auszuhändigen, wobei § 6 Abs 2 ÄsthOpG offen lässt, wann diese Unterlagen auszuhändigen sind und ob dieser Ausfolgung ein Verlangen des Patienten voranzugehen hat. Nachdem dem Patienten zwischen Aufklärungs- und Einwilligungsgespräch eine (zumindest zweiwöchige) Überlegungsfrist gewährt werden muss, sind uE dem Patienten für diese Überlegungen die Aufklärungsunterlagen ohne Verlangen auszuhändigen.

§ 6 Abs 2 ÄsthOpG bestimmt ferner, dass, wenn der Patient nicht in der Lage ist, die Einwilligungsdokumentation zu unterschreiben, die Einwilligung vor einem Zeugen abgegeben werden muss, der diese auch mit seiner Unterschrift zu bestätigen hat. Dieser Zeuge muss vom Patienten beigelegt und „unabhängig“ sein. Worauf diese Bestimmung abzielt, ist uE nicht vollkommen klar. Der Gesetzgeber dürfte Patienten vor Augen gehabt haben, die zwar einsichts- und urteilsfähig sind, andernfalls § 7 Abs 3 ÄsthOpG zur Anwendung käme, die jedoch infolge körperlichen Gebrechens nicht fähig sind, die Unterschrift zu leisten. Die RV gibt über die Intentionen dieser Bestimmung keinerlei Auskunft. Ebenso unklar erscheint, was der Gesetzgeber unter „Unabhängigkeit“ gemeint wissen will. Naheliegender wäre, dass der Begriff iSd § 213 Abs 2, § 283 Abs 2 ABGB als „vom behandelnden Arzt unabhängig“ gemeint ist; ein aus der Interessensphäre des Patienten kommender Zeuge wäre hingegen zulässig, zumal das Gesetz festhält, dass der Zeuge vom Patienten beizustellen ist. Die praktische Relevanz dieser Bestimmung scheint gering.

E. Besonderer Schutz Minderjähriger und Behinderter

1. Allgemeines

Minderjährige und Behinderte erfahren einen besonderen Schutz gem § 7 ÄsthOpG sowohl hinsichtlich ästhetischer Behandlungen als auch ästhetischer Operationen.

45) Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht, Zivilrechtliche Haftung und Fragen der Aufklärung Rz 59 ff.

46) § 6 Abs 3 ÄsthOpG.

47) Hauser/Stock, ÄsthOpG § 7 Rz 11.

48) § 7 Abs 5 ÄsthOpG.

49) § 7 Abs 4 ÄsthOpG.

50) § 5 Abs 4 ÄsthOpG.

Die diesen beiden Patientengruppen gewährte längere Überlegungsfrist zwischen Operationseinwilligung/Behandlungseinwilligung und Eingriff/Behandlung gem § 7 Abs 4 und 5 ÄsthOpG wurde oben bereits dargelegt.

Das Gesetz lässt offen, ob § 7 ÄsthOpG als *lex specialis* den allgemeinen Bestimmungen der §§ 173, 213 und 283 ABGB zur Gänze derogieren soll. Die ErläutRV⁵¹⁾ führen aus, dass § 7 Abs 2 ÄsthOpG teilweise von § 146 c (nunmehr: § 173) ABGB abweichen würde; tatsächlich sind die in § 7 Abs 2 ÄsthOpG postulierten Anforderungen an ästhetische Behandlungen und Operationen durchgehend höhere als jene des § 173 ABGB; der in der RV zitierte § 216 (nunmehr: § 213) ABGB ist tatsächlich nicht mit den Anforderungen des § 7 Abs 2 ÄsthOpG in Übereinstimmung zu bringen, weshalb uE davon auszugehen ist, dass § 7 Abs 2 ÄsthOpG als *lex specialis* die generellen Normen der §§ 173, 213 ABGB derogiert. Anders stellt sich hingegen die Situation bei ästhetischen Behandlungen oder Operationen behinderter Personen dar: Hier bietet § 283 ABGB über den § 7 Abs 3 ÄsthOpG hinausgehenden Schutz, weshalb uE für diese Patientengruppe sowohl § 7 Abs 3 ÄsthOpG als auch § 283 ABGB zur Anwendung kommt.

2. Minderjährige

An unter 16-Jährigen sind ästhetische Behandlungen und Operationen generell unzulässig.⁵²⁾

An Personen zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr dürfen ästhetische Behandlungen und Operationen nur dann durchgeführt werden, wenn

- die Einwilligung durch die Erziehungsberechtigten nach entsprechender umfassender ärztlicher Aufklärung gem § 5 ÄsthOpG nachweislich und schriftlich gem § 6 Abs 2 ÄsthOpG erteilt wurde; und
- die Einwilligung durch den Patienten, der nach entsprechender umfassender ärztlicher Aufklärung (§ 5 ÄsthOpG) in der Lage ist, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der ästhetischen Behandlung oder Operation einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen, nachweislich und schriftlich gem § 6 Abs 2 ÄsthOpG erteilt wurde.

Gegenüber medizinisch indizierten Operationen, bei denen gem § 173 ABGB die Einwilligung eines Erziehungsberechtigten ausreicht, verlangt § 7 Abs 2 Z 1 ÄsthOpG sowohl für ästhetische Behandlungen als auch für Operationen die Einwilligung der Erziehungsberechtigten. Zuvor (Überlegungszeit bei ästhetischen Behandlungen und Operationen zumindest vier Wochen) sind die Erziehungsberechtigten und der Patient nachweislich und schriftlich durch den Arzt sowohl über die Operation als auch über die allenfalls erforderliche Anästhesie aufzuklären. Darüber hinaus hat der Patient selbst rechtswirksam in die Operation einzuwilligen, was jedoch voraussetzt, dass er für die konkrete Operation einsichts- und urteilsfähig ist.⁵³⁾

Stimmt sohin einer der Erziehungsberechtigten der Behandlung oder Operation nicht zu oder ist der Patient auf die konkrete ästhetische Behandlung oder Operation bezogen nicht einsichts- und urteilsfähig, darf die Operation nicht durchgeführt werden.

Darüber hinaus bestimmt § 7 Abs 2 ÄsthOpG, dass vor jeder ästhetischen Operation (nicht vor einer äs-

thetischen Behandlung) zwingend die Abklärung allfälliger psychischer Störungen einschließlich Beratung durch einen klinischen Psychologen, einen Facharzt für Psychiatrie und psychotherapeutische Medizin oder einen Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie zu erfolgen hat. Das Vorliegen einer krankheitswertigen psychischen Störung schließt die Durchführung des Eingriffs aus, sofern im Rahmen der erfolgten Abklärung festgestellt wurde, dass der Wunsch nach dem Eingriff Folge dieser Störung ist.

Aus dem ausdrücklichen Verbot derartiger ästhetischer Operationen in § 7 Abs 2 letzter Satz ÄsthOpG folgt (im Gegensatz zu § 5 Abs 2 ÄsthOpG), dass der Eingriff selbst dann nicht durchgeführt werden dürfte, wenn im Rahmen der psychiatrischen bzw. psychologischen Abklärung hervorkäme, dass die ästhetische Operation mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Benefit für den Patienten auch in psychiatrischer/psychologischer Hinsicht brächte.

Bei den hohen Anforderungen, die § 7 Abs 2 ÄsthOpG an ästhetische Behandlungen und Operationen stellt, bleibt für die darüber hinausgehende Anwendung des § 173 ABGB, der die Einwilligung zu medizinisch indizierten Behandlungen an Minderjährigen regelt, kein zusätzlicher Raum. Gem § 173 Abs 1 ABGB kann die Einwilligung in medizinische Behandlungen das einsichts- und urteilsfähige Kind nur selbst erteilen; die Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird bei über 14-Jährigen vermutet. Mangelt es an der notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist gem § 173 ABGB die Zustimmung des Obsorgeberechtigten erforderlich. Bei Behandlungen, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind, ist gem § 173 ABGB neben der Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Kindes auch die Einwilligung des Erziehungsberechtigten erforderlich. Derartige nachhaltige Beeinträchtigungen sind in der Regel kosmetische Operationen, wenn sie nur schwer oder überhaupt nicht mehr beseitigt werden können.⁵⁴⁾ Nachdem § 7 Abs 2 Z 1 ÄsthOpG jedenfalls die Einsichts- und Urteilsfähigkeit für ästhetische Behandlungen und Operationen verlangt, sind die diesbezüglichen Substituierungsregelungen in § 173 Abs 1 ABGB irrelevant. Zudem müssen gem § 7 Abs 2 Z 1 ÄsthOpG ohnedies und jedenfalls beide Erziehungsberechtigten der ästhetischen Behandlung oder Operation zustimmen, damit diese rechtens ist. Deshalb ist auch die Regelung in § 173 Abs 2 ABGB (betreffend die Zustimmungserfordernisse bei schwerwiegenden Heilbehandlungen) rechtlich irrelevant.

Vollkommen unvereinbar ist schließlich § 213 Abs 2 ABGB mit § 7 Abs 2 ÄsthOpG: § 213 Abs 2 ABGB regelt die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung, wenn eine andere Person (als die Eltern, Großeltern oder Pflegeeltern) mit der Obsorge für das Kind betraut ist. Demgemäß kann diese Person einer medizinischen Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit verbunden ist, zustimmen.

51) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 10 f.

52) § 7 Abs 1 ÄsthOpG.

53) § 7 Abs 1 Z 2 ÄsthOpG.

54) Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 173 Rz 5.

sehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, nur dann zustimmen, wenn ein vom behandelnden Arzt unabhängiger Arzt in einem ärztlichen Zeugnis bestätigt, dass das Kind nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und die Vornahme der Behandlung zur Wahrung seines Wohles erforderlich ist. Wenn ein solches Zeugnis nicht vorliegt oder das Kind zu erkennen gibt, dass es die Behandlung ablehnt, bedarf gem § 213 Abs 2 ABGB die Zustimmung der Genehmigung des Gerichts. Erteilt die mit der Obsorge betraute Person die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung nicht und wird dadurch das Wohl des Kindes gefährdet, so kann das Gericht die Zustimmung ersetzen oder die Obsorge einer anderen Person übertragen. UE kommt durch § 7 Abs 2 ÄsthOpG zum Schutz des Minderjährigen eindeutig zum Ausdruck, dass dieser jedenfalls die geforderte Einsichts- und Urteilsfähigkeit für den konkreten Eingriff bzw die konkrete Behandlung haben muss. Das in § 213 Abs 2 ABGB geforderte ärztliche Zeugnis, dass das Kind gerade diese Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht hat, macht den Eingriff/die Operation per se unzulässig. Es hieße auch, den Schutzzweck des § 7 Abs 2 ÄsthOpG auszuhöhlen, wollte man die nicht vorliegende Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen durch eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung substituieren, wie dies § 213 Abs 2 ABGB für medizinisch indizierte Behandlungen ermöglicht. Im Ergebnis ist uE sohin bei der ästhetischen Behandlung oder Operation von 16- bis 18-jährigen Patienten ausschließlich § 7 Abs 2 ÄsthOpG als *lex specialis* anzuwenden, nicht hingegen die generell auf medizinisch indizierte Eingriffe abstellenden § 213 Abs 2 und § 173 ABGB; dies ungeachtet der hL,⁵⁵⁾ wonach auch kosmetische Operationen grundsätzlich in den weiten Begriff der medizinischen Behandlung fallen.

3. Behinderte

Gem § 7 Abs 3 ÄsthOpG darf eine ästhetische Behandlung oder Operation an Personen, denen infolge einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung zur Vertretung hinsichtlich medizinischer Behandlung ein Sachwalter bestellt ist, nur durchgeführt werden, wenn die Einwilligung durch den Patienten, sofern er nach der entsprechenden umfassenden ärztlichen Aufklärung (§ 5 ÄsthOpG) in der Lage ist, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der ästhetischen Behandlung oder Operation einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen, nachweislich und schriftlich gem § 6 Abs 2 ÄsthOpG erteilt wurde. Ist der Patient nicht einsichts- und urteilsfähig, so ist die Einwilligung durch den Sachwalter nach entsprechender umfassender ärztlicher Aufklärung (§ 5 ÄsthOpG) nachweislich und schriftlich zu erteilen.

Die RV⁵⁶⁾ verweist in diesem Zusammenhang im Wesentlichen richtig auf die zusätzlichen gesetzlichen Voraussetzungen des § 283 Abs 2 ABGB. Demnach kann (gemeint: darf) der Sachwalter nur dann der ästhetischen Behandlung oder Operation zustimmen, wenn ein vom behandelnden Arzt unabhängiger Arzt in einem ärztlichen Zeugnis bestätigt, dass die behinderte Person nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und die Vornahme der Behandlung zur Wahrung ihres Wohles erforderlich ist.

Tatsächlich⁵⁷⁾ ist dies gem § 283 Abs 2 ABGB ausschließlich bei ästhetischen Behandlungen oder Operationen erforderlich, wenn diese gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder Persönlichkeit verbunden sind. Diese insb nachhaltigen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit mögen zwar in der Regel bei ästhetischen Operationen zu erwarten sein,⁵⁸⁾ nicht jedoch zwingend bei ästhetischen Behandlungen.

UE nicht nachvollziehbar ist, dass die psychische Krankheit iSd § 7 Abs 3 ÄsthOpG keine psychische Störung iSd § 7 Abs 2 Z 2 ÄsthOpG beinhalten dürfte, da ansonsten der gesamte § 7 Abs 3 ÄsthOpG nicht zur Anwendung gelangen könnte, wie dies *Hauser/Stock*⁵⁹⁾ vertreten. Als Ergebnis ist sohin festzuhalten, dass die ästhetische Behandlung oder Operation eines behinderten Patienten, der konkret einsichts- und urteilsfähig ist, nur mit dessen Zustimmung zulässig ist; andernfalls ist die – nachweisliche und schriftliche – Einwilligung des Sachwalters nach entsprechender umfassender ärztlicher Aufklärung erforderlich.⁶⁰⁾ Ist die ästhetische Behandlung oder Operation gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder Persönlichkeit verbunden (was uE bei ästhetischen Operationen in der Regel der Fall sein wird), darf der Sachwalter nur zustimmen, wenn ein vom behandelnden Arzt unabhängiger Arzt in einem ärztlichen Zeugnis bestätigt, dass der behinderte Patient nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und die Vornahme der Behandlung zur Wahrung seines Wohls erforderlich ist. Liegt ein solches Zeugnis nicht vor oder lehnt der behinderte Patient die Behandlung ab, bedarf die ästhetische Behandlung oder Operation der Zustimmung des Gerichtes. Erteilt der Sachwalter die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung nicht und wird dadurch das Wohl des behinderten Patienten gefährdet, so kann das Gericht die Zustimmung des Sachwalters ersetzen oder die Sachwaltschaft einer anderen Person übertragen.⁶¹⁾

F. Zivilrechtliche Folgen von Aufklärungs- und Einwilligungsdefiziten

Neben den neu eingeführten Verwaltungsstrafbestimmungen des § 11 ÄsthOpG mit einem Strafraum von € 15.000,- bzw € 25.000,- können Aufklärungs- und/oder Einwilligungsdefizite umfangreiche zivilrechtliche Folgen haben: Die ästhetische Behandlung oder Operation würde als rechtswidriger Eingriff in die körperliche Integrität beurteilt und haftet der Arzt trotz fachgerechter Behandlung nicht nur für die Operationsschmerzen an sich, sondern auch für sämtliche nicht gewünschten Folgen aus der Operation.⁶²⁾

55) *Haidenthaler*, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen, RdM 2001, 163 ff; *Kletečka-Pulker*, Checkliste: Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009, 112 ff.

56) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 11.

57) Dies vernachlässigt die RV.

58) Vgl FN 53.

59) ÄsthOpG § 7 Rz 13.

60) § 283 Abs 1 ABGB iVm § 7 Abs 3 ÄsthOpG.

61) § 283 Abs 2 ABGB.

62) *Reischauer in Rummel*, ABGB II³ § 1299 Rz 23 a ff mwN; *Harrer in Schwimann*, ABGB VI³ § 1300 Rz 40 ff mwN.

Von einer Nichtigkeit des Behandlungsvertrags an sich wegen Aufklärungs-/Einwilligungsdefiziten ist uE auch bei ästhetischen Behandlungen oder Operationen nicht auszugehen. Zum einen ist Nichtigkeit des Behandlungsvertrags im ÄsthOpG bewusst nicht vorgesehen (im Gegensatz zur Nichtigkeitsbestimmung des § 8 Abs 3 ÄsthOpG), zum anderen stünde dies auch nicht im Einklang mit der bisherigen höchstgerichtlichen Judikatur zu Aufklärungsmängeln. Eine Rückabwicklung des Behandlungsvertrags wäre zudem auf Seiten des Patienten regelmäßig untunlich oder unmöglich.

G. Informationspflicht gem § 10 ÄsthOpG

§ 10 ÄsthOpG normiert eine ärztliche Informationspflicht bei Verdacht, dass eine fehlerhaft durchgeführte ästhetische Behandlung oder Operation zu einer Erkrankung oder Komplikation geführt hat. Verpflichtet werden sowohl nachbehandelnde Ärzte als auch jener Arzt, welcher die ästhetische Behandlung oder Operation durchgeführt hat. Zu informieren sind der gesetzliche Krankenversicherungsträger, die Krankenfürsorgeanstalt oder der gesetzliche Pensionsversicherungsträger. Ziel der Bestimmung ist die Prüfung eines allfälligen Regressanspruchs, wenn es sich bei der Nachbehandlung um eine sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistung handelt.

§ 10 ÄsthOpG normiert diese Informationspflicht ausdrücklich nur bei Verdacht einer fehlerhaft durchgeführten ästhetischen Behandlung oder Operation. Zu weitgehend sind uE die Ausführungen von *Hausser/Stock*,⁶³⁾ dass schon der Verdacht auf Eintritt einer Erkrankung bzw Komplikation infolge einer ästhetischen Behandlung oder Operation die Informationspflicht auslösen würde. Bereits der Wortlaut des § 10 ÄsthOpG stellt auf den Verdacht einer Fehlbehandlung ab, nicht lediglich auf eine kausale Folge aus der ästhetischen Behandlung oder Operation.

Dass der behandelnde Arzt sogar den gegen sich selbst gerichteten Verdacht einer Fehlbehandlung anzeigen muss, geht aus der grammatikalisch nicht einwandfreien Formulierung des Gesetzestextes⁶⁴⁾ auf den ersten Blick nicht einwandfrei hervor, die RV⁶⁵⁾ lassen diesbezüglich jedoch keinen Zweifel. Fraglich könnte sein, inwieweit § 10 ÄsthOpG in einen Konflikt mit dem aus Art 6 MRK, Art 90 Abs 2 B-VG abgeleiteten Grundsatz des Verbots der Selbstbeziehung⁶⁶⁾ kommen könnte. Der behandelnde Arzt ist zwar „lediglich“ verpflichtet, von dem – gegen sich selbst gerichteten – Verdacht der ärztlichen Fehlbehandlung den Krankenversicherungsträger, die Krankenfürsorgeanstalt oder den gesetzlichen Pensionsversicherungsträger zu informieren. Diese Stellen werden jedoch allenfalls zur Durchsetzung ihrer Regressansprüche (auch) gem §§ 78 f StPO Strafanzeige wegen fahrlässiger Körperverletzung erstatten.

Dass der Verstoß gegen diese Informationspflicht gem § 10 ÄsthOpG mit erheblichen Strafdrohungen gem § 11 ÄsthOpG sanktioniert ist, verschärft diese Rechtslage noch zusätzlich und umso mehr, als für die Verwirklichung des Tatbestands fahrlässiges Verhalten ausreicht und Fahrlässigkeit bei Nichtbefolgung eines Gebots dann ohne Weiteres anzunehmen ist, wenn zum Tatbestand der Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft machen kann, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.⁶⁷⁾

63) ÄsthOpG § 10 Rz 2.

64) § 10 ÄsthOpG: „[. . .] haben nachbehandelnde Ärztinnen (Ärzte), die die ästhetische Behandlung oder Operation durchgeführt haben, sowie sonstige nachbehandelnde Ärztinnen (Ärzte) die entsprechenden Informationen an [. . .].“

65) ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 12.

66) *Berka*, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich Rz 848 ff.

67) § 5 Abs 1 VStG.

→ In Kürze

Die gesetzliche Regelung von ästhetischen Behandlungen und Operationen durch das ÄsthOpG ist begrüßenswert, das Gesetz schafft nicht nur Schutz und Klarheit für Patienten, sondern auch für behandelnde Ärzte. Durch das Gesetz unbeantwortet gebliebene Fragestellungen können auf Basis der bisherigen Gesetzeslage, der ergangenen Rsp und aus dem Gesetzeszusammenhang weitgehend gelöst werden. Der besondere Schutz von Kindern und Behinderten ist zu begrüßen und im Einklang mit insb § 283 ABGB zu verstehen. Zu weitgehend sind die Informationspflichten des nachbehandelnden Arztes und insb des behandelnden Arztes selbst bei bloßem Verdacht auf stattgefundene Fehlbehandlung und die damit verbundenen verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionsbestimmungen.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Eckhard Pitzl und Dr. Gerhard W. Huber, LL. M., sind Rechtsanwälte der Pitzl & Huber Anwaltspartnerschaft in Linz.

Kontaktadresse: Rudolfstraße 4, 4040 Linz.

Tel: (0732) 718 000

Fax: (0732) 71 78 78

E-Mail: office@medizinrecht.at

Internet: www.medizinrecht.at

Von denselben Autoren erschienen:

Anmerkung zur Entscheidung, RdM-LS 2010/37: Facharztbeschränkung als Schutzgesetz; Behandelnder Arzt und Sorgfaltsmaßstab, RdM 2007, 4 ff; Verschuldensabhängige Patientenentschädigung – Patientenentschädigungsfonds, RdM 2003, 100 ff; Ärztliche Heilbehandlung und Körperverletzungskonstruktion, RdM 2000, 105 ff; Haftung des Belegarztes für Operationsvorbereitung, RdM 2000, 88 ff; Die Haftung des Arztes nach dem Produkthaftungsgesetz, Linzer medizinrechtliche Beiträge III (2002); Das „typische“ Behandlungsrisiko als Aufklärungskriterium, RdM 2011, 4.

Literatur:

Juen, Arzthaftungsrecht² (2005); Handbuch Medizinrecht für die Praxis (Stand 2013).

