

R E C H T

D E R

M E D I Z I N

R d M

REDAKTION

Dr. Gerhard Aigner

Univ.-Prof. Dr. Erwin Bernat

Dr. Michael Kopetz

Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki

Dr. Karlheinz Kux

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Dr. Gottfried Nagler

Dr. Eckhard Pitzl

Dr. Helmut Schwamberger

Dr. Johannes Wolfgang Steiner

Dr. Felix Wallner

SCHRIFTLITER

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

AUS DEM INHALT

- **Ärztliche Heilbehandlung und Körperverletzungskonstruktion**
- **USA/D: Medizinische „Behandlungsleitlinien“ – Entwicklungsstand**
- **Gehobene medizinisch-technische Dienste – Eigenverantwortlichkeit**
- **Novelle zum Arzneimittelgesetz**
- **Prüfungsverfahren: Gesetzmäßigkeit der RL „Arzt und Öffentlichkeit“**
- **Entscheidungen:**
 - Wahlarztsystem und Großgeräteplan**
 - Nachweis der Aufklärung und Geheimnisschutz**

Eckhard Pitzl / Gerhard W. Huber

Ärztliche Heilbehandlung und Körperverletzungskonstruktion

Zum Inhalt: Ausgehend von den in der Lehre beständig vorgebrachten Bedenken gegen die vom BGH übernommene Körperverletzungskonstruktion zeigt der Beitrag Argumente dafür auf, dass die medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte Heilbehandlung keine Körperverletzung, die erst durch Patienteneinwilligung gerechtfertigt werden müsste, ist; wird eine gültige Patienteneinwilligung nicht erwirkt, liegt eigenmächtige Heilbehandlung iSd § 110 StGB, nicht jedoch Körperverletzung vor.

I. Einleitung

Seit dem Jahr 1992 (RdM 1994/2 [Anm Kopetzki] = JBl 1994, 336) judiziert der OGH in stRsp unter ausdrücklicher Ablehnung seines früheren Standpunktes (SZ 29/16), dass auch eine lege artis durchgeführte Heilbehandlung grundsätzlich als rechtswidrige Körperverletzung anzusehen und nur durch die Zustimmung des Patienten gerechtfertigt wäre. Diese Rsp findet zum Teil Zustimmung in der österreichischen Lehre (Reischauer in Rummel, ABGB II², Rz 23 a zu § 1299;

Koziol, Haftpflichtrecht II², 120; *Holzer*, Die Haftung des Arztes im Zivilrecht in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftungen Österreich, 41 ff), stößt aber auch auf gewichtigen Widerspruch (*Harrer in Schwimann*, VII², Rz 5 zu § 1325, Rz 43 zu § 1300; *Engeljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, 1996, 91 ff; *Dullinger*, Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, JBl 1998, 2 ff).

II. Kritik der Lehre

Es ist der Verdienst *Dullingers* (Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, JBl 1998, 2 ff) die Aufklärungsdiskussion und -jurisprudenz der letzten Jahre kritisch zu hinterfragen und die sich daraus ergebende Beweislastverteilung den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechtes gegenüberzustellen. Es ist *Dullinger* zu verdanken, dass sich der OGH mit dieser Thematik jüngst zweimal (23. 2. 1999, 4 Ob 335/98 p und 12. 3. 1999, 6 Ob 126/98 t) auseinander zu setzen hatte. Kritik an der in der Rsp gefestigten Entscheidungskette (Patienteneinwilligung als Rechtfertigung für eine an sich rechtswidrige Körperverletzung) und der damit verbundenen Beweislastverteilung übt selbst der Vizepräsident des OGH *Hofmann* in RZ 1998, 80 ff (Die Aufklärungspflicht des Arztes im Lichte der Rsp des OGH).

III. Die jüngste Rsp des OGH

Durch die in der jüngeren Lehre lautgewordene Kritik konnte sich der OGH infolge zweier ordentlicher Revisionen wiederum mit der Thematik befassen (*Stärker*, Schadenersatz trotz lege-artis-Behandlung? Zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, ASoK 1999, 180). Den Entscheidungen OGH 23. 2. 1999, 4 Ob 335/98 p (= RdM 1999/11 m Anm *Kletečka*; Autoren am Verfahren beteiligt) und vom 12. 3. 1999, 6 Ob 126/98 t sind die positiven Sachverhaltsfeststellungen gemeinsam, dass eine Patientenaufklärung durch die behandelnden Ärzte nicht erfolgte. Die Entscheidungen befassten sich nicht mit den Fragen, ob ärztliche Heilbehandlungen Körperverletzungen sind, wer die Beweislast für die erfolgte Aufklärung zu tragen hätte und zu wessen Nachteil das non liquet gehe. Der OGH hält in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rsp und der von den Verfassern geteilten herrschenden Lehre, jedoch in Ablehnung *Dullingers* (aaO, 2 ff) fest, dass die Beweislast für das rechtmäßige Alternativverhalten der Schädiger trägt. In der Entscheidung 4 Ob 335/98 p widerlegte der OGH die Argumentation *Dullingers*, wonach das Fehlen der Aufklärung vom geschädigten Patienten zu beweisen ist, *nicht* und hielt der Argumentation *Dullingers* folgend für den gegenständlichen Sachverhalt – in dem feststand, dass eine Aufklärung über mögliche Behandlungsfolgen und -alternativen nicht erfolgt war – fest, dass der behandelnde Arzt haftet. Es ist daher die Frage zu stellen, ob der OGH aufgrund der überzeugenden Argumentation *Dullingers* von seiner bisherigen vom BGH übernommenen Körperverletzungstheorie abweichen wird, zumindest je-

doch den ersten Schritt dazu setzte. So zog zB das OLG Linz in seiner Entscheidung vom 16. 12. 1999, 6 R 204/99 h, (Autoren am Verfahren beteiligt) aus dem Nichtvorliegen einer rechtswirksamen Patienteneinwilligung den rechtlichen Schluss, dass der Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung iSd § 110 StGB vorliege, nicht hingegen der Tatbestand der Körperverletzung.

IV. Die ärztliche Heilbehandlung als Körperverletzung? – Zur deliktischen Haftung

Engeljähringer (Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, Wien 1996, 71 ff) zeigt detailliert die Entwicklung der Körperverletzungskonstruktion durch den BGH auf, ebenso die standesethischen Bedenken der Ärzteschaft und deren juristische Wertung. Die Körperverletzungskonstruktion missachte grob die wahre Absicht ärztlichen Tätigwerdens, das nicht auf Verschlechterung, sondern auf Verbesserung des körperlichen Zustandes und auf Heilung ziele und schon deshalb nicht als Körperverletzung zu qualifizieren sei. Der Ansatz wirke stigmatisierend, sie stelle den Arzt auf die Stufe mit dem Schläger, Gewalttäter und Messerstecher, um dann den Willen des Patienten als Retter des Arztes vor gerichtlicher Verfolgung funktionieren zu lassen. Insgesamt betrachtet verhält sich die objektive Zweckrichtung ärztlichen Handelns zum tatbestandsmäßigen Verhalten (bei Körperverletzung) geradezu entgegengesetzt.

Engeljähringer führt aus (aaO, 72), dass der unbestrittene „Wert“ und zugleich eine Erklärung, warum trotz manchen Unbehagens und einiger Ungereimtheiten bewusst an der Körperverletzungskonstruktion (von einem Teil der Lehre und der Rsp) festgehalten wird, in den beweisrechtlichen Vorteilen für den Patienten liege. Tatsächlich können beweisrechtliche Vorteile des Patienten die Richtigkeit der Körperverletzungskonstruktion nicht begründen, sondern allenfalls eine Folge daraus sein; sie stellen auch keinen unbestrittenen Wert dar. Zutreffend zeigt *Engeljähringer* aber die strukturellen Unterschiede zwischen der Haftungskonzeption des BGB und des ABGB auf: Unter Berufung auf *Koziol* und *Ehrenzweig* führt sie aus, dass sich aus der tatbestandsmäßigen Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsguts noch nicht zwingend das Rechtswidrigkeitsurteil ableiten lässt. Wesentliche Grundlage für die Entscheidung über eine etwaige Einstandspflicht bildet iSd Verhaltensunrechtslehre nur ein schädigendes menschliches Verhalten, welches sich eben als rechtswidrig oder als gesetzeskonform darstellt. Dem gegenüber steht das erfolgsunrechtsorientierte Körperverletzungsmodell mit Rechtswidrigkeitsindikation nach dem Muster des BGH. Auf diese wesentlichen strukturellen Unterschiede zwischen den Haftungsmodellen des ABGB und BGB verweist auch *Dullinger* (aaO, 10), wenn sie ausführt, dass Gegenstand der Rechtswidrigkeitsprüfung nur das Gesamtverhalten des Schädigers in der konkreten Situation sein kann. Es mache keinen Sinn, von einer „an sich“ gegebenen Rechtswidrigkeit zu sprechen, die wieder ausgeschlossen wird. Vielmehr

sind auf der Grundlage der Verhaltenunrechtslehre allfällige rechtfertigende Umstände von vornherein in die Rechtswidrigkeitsprüfung miteinzubeziehen. Konsequenz daraus ist, dass bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit eines *lege artis* durchgeführten Heileingriffs die Frage der Einwilligung des Patienten von Anfang an mitzubersichtigen ist.

Dullinger (aaO, 9) führt zunächst aus, dass es seltsam anmutet, dass ein kunstgerecht durchgeführter ärztlicher Eingriff, der eine Verbesserung des Gesundheitszustandes zum Ziel und oft auch zur Folge hat, hinsichtlich des Rechtsgutes der körperlichen Integrität den gleichen Unrechtsgehalt aufweisen soll, wie etwa ein Fausthieb oder ein Messerstich. Sie führt in der Folge detailliert die Unterschiede zwischen dem in Deutschland vertretenen Modell der Rechtswidrigkeitsindikation und der in Österreich herrschenden Verhaltenunrechtslehre auf und kommt zum Schluss, dass die Rechtswidrigkeit nach der österreichischen Rechtsordnung erst dann zu bejahen ist, wenn dem Schädiger ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten nachgewiesen werden kann; Gegenstand der Rechtswidrigkeitsprüfung kann dabei nur das Gesamtverhalten des Schädigers in der konkreten Situation sein. Demnach ist auch bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit einer *lege artis* durchgeführten Heilbehandlung die Frage der Einwilligung des Patienten von Anfang an mitzubersichtigen. Das für die Haftungsfrage allein maßgebende Verhaltensunrecht wird nach *Dullinger* erst durch das Fehlen einer ausreichenden Einwilligung des Patienten begründet. Dieses Verhaltensunrecht hat nach dem österreichischen Schadenersatzrecht jedoch der geschädigte Patient zu beweisen; diesbezüglich ist die Beweislast hinsichtlich der Einwilligung nach dem System des österreichischen Schadenersatzes nicht anders zu beurteilen wie hinsichtlich eines Behandlungsfehlers. Die trotz der aufgezeigten wesentlichen strukturellen Unterschiede des Schadenersatzrechtes vom deutschen BGH in die österreichische Rsp übernommene Körperverletzungskonstruktion geht von einer Trennung der ärztlichen Heilbehandlung in verschiedene Phasen aus (beispielsweise Injektion, Eröffnung des Abdomens, Entfernung eines krankhaften Blinddarms) anstatt das Gesamtverhalten des Arztes und dessen Heilungstendenz gebühlich zu berücksichtigen.

Wenn *Kletečka* (Anm zu RdM 1999/11) kritisch feststellt, dass sogar die vorteilhafte Veränderung einer Sache wegen des Verstoßes gegen die Dispositionsfreiheit einen Eigentumseingriff darstellen könne, ist diesbezüglich anzumerken, dass beispielsweise die (ohne Einwilligung des Eigentümers) durchgeführte Reparatur einer beschädigten KFZ-Stoßstange begrifflich schon keine „Sachbeschädigung“ im deliktischen Sinn sein kann. Es mag zwar zutreffen, wenn *Kletečka* ausführt, dass die Verletzung der den absolut geschützten Rechtsgütern innewohnenden Dispositionsfreiheit eine Verletzung des Rechtsgutes selbst darstellt, jedoch ist der Umkehrschluss nicht zwingend. Dispositionsfreiheiten wie beispielsweise Art 6 Abs 1 StGG (Freiheit des Aufenthaltes und Freiheit der Erwerbstätigkeit), Art 13 StGG (Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Zensurfreiheit), Art 14 Abs 1 StGG (Glaubens- und Gewissenfrei-

heit) erschöpfen sich im Schutz des freien Willens des Rechtsinhabers. Zu schützendes Rechtsgut ist in diesen Fällen wie auch im Fall des § 110 StGB ausschließlich die Dispositionsfreiheit, nicht jedoch die körperliche Unversehrtheit, die ausdrücklich durch andere Rechtsnormen geschützt wird.

Zu Recht weist *Resch* (Die Einwilligung des Geschädigten [1997], 159) darauf hin, dass der Ursprung der Rechtfertigungswirkung der Einwilligung eher im Strafrecht denn im Zivilrecht gelegen ist. Nur soweit sich der Vertragszweck in der Vermeidung von Schadenersatzansprüchen erschöpft oder vorrangig darauf ausgerichtet ist, erscheint im bürgerlichen Recht die Eingrenzung der Einwilligung auf einen bloßen Rechtfertigungsgrund als geboten. *Resch* bezeichnet es als „konstruiert“, im Fall der Einwilligung in die Demolierung des Altbaus eine zivilrechtliche Sachbeschädigung anzunehmen, die erst bei Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes (nämlich der Einwilligung) erlaubt wird. Wie theoretisch und unbrauchbar diese „Sachbeschädigungskonstruktion“ (analog Körperverletzungskonstruktion) wäre, zeigt sich im Fall der Vertragsanfechtung wegen Willensmängel: Würde der Vertrag als „Rechtfertigungsgrund“ ex nunc aufgehoben, hätte sich der Vertragspartner wegen Sachbeschädigung deliktisch zu verantworten und müsste sich in einem „Putativrechtfertigungsgrundes“ rechtfertigen. Bei der in der Praxis gegebenen Häufigkeit von Vertragsanfechtungen wäre dies ein reiches Betätigungsfeld für die Staatsanwaltschaften. Ebenso kann die Körperverletzungskonstruktion bei verständiger Betrachtung des Gesamtverhaltens des Arztes nur als konstruiert, wenn nicht gekünstelt anzusehen sein. Zu Recht weist auch *Haslinger* (Probleme der ärztlichen Aufklärung und Patienteneinwilligung, AnwBl 1994, 866 ff), darauf hin, dass am Problem der „rein juristischen Betrachtung“ der Patienteneinwilligung und Aufklärung die ganze Diskussion leidet und eine befriedigende Lösung verhindert werde. Auch *Harrer* (in *Schwimmann*, ABGB VII², Rz 43 zu § 1300) wendet sich gegen die Gleichstellung von Heileingriffen mit dem Begriff der Körperverletzung, wenn er ausführt, dass nicht zu erkennen ist, wozu die abwertende und befremdliche Identifikation erforderlich sein sollte.

V. Eigenmächtige Heilbehandlung gem § 110 StGB

Gegen die vom BGH übernommene Körperverletzungskonstruktion spricht schließlich auch der offenkundige Wille des Gesetzgebers: Im Gegensatz zur deutschen Rechtsordnung wird in Österreich die Heilbehandlung ohne Zustimmung des Patienten ausdrücklich als eigenmächtige Heilbehandlung pönalisiert. Gerade der Begriff der eigenmächtigen Heilbehandlung in § 110 StGB und seine Gegenüberstellung zu § 83 StGB zeigt auf, dass eine medizinisch indizierte, in Heilungsabsicht und *lege artis* durchgeführte Heilbehandlung keine Körperverletzung zumindest in strafrechtlicher Sicht darstellt. Es wird dabei nicht verkannt, dass der Begriff der Körperverletzung des StGB enger gefasst ist als jener des § 1325 ABGB (*Reischauer* in *Rummel*, ABGB II², Rz 1 zu § 1325). Es geht hierbei jedoch nicht

um Bagatellen, die im Strafrecht nicht unter den Körperverletzungstatbestand sondern unter andere Tatbestände subsumiert werden (zB § 115 StGB), sondern es betrifft die grundsätzliche Frage, ob eine ärztliche Heilbehandlung, die auf die Erhaltung der Gesundheit abzielt, als an sich rechtswidrige Körperverletzung zu betrachten ist. Gerade iSd Prinzips der Einheit der Rechtsordnung (*Kienapfel*, Grundriss des österreichischen Strafrechts AT⁶, Rz 2 zu Z 5 mwN) sollte daher im Zivilrecht der Tatbestand der Körperverletzung nicht konträr zu den Bestimmungen des Strafrechts verstanden werden.

Im deutschen Schrifttum zu § 223 StGB (Körperverletzung) wird das unbeirrte Festhalten an der Körperverletzungskonstruktion als sachwidrig und möglicherweise sogar als Verstoß gegen Art 103 GG bezeichnet (*Dreher-Tröndle*, StGB⁴⁷, Rz 9b zu § 223). Die Rsp halte jedoch zumindest so lange als der Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung fehle, an der Körperverletzungskonstruktion fest. Jedenfalls in dieser Hinsicht ist der österreichischer Gesetzgeber dem deutschen voraus, weshalb in Österreich kein Grund dafür besteht, an der in Deutschland entwickelten Körperverletzungskonstruktion festzuhalten.

Die begriffliche Unterscheidung zwischen Körperverletzung einerseits und Heilbehandlung andererseits wird jedoch nicht nur im StGB durchgeführt, der eigen-

ständige Begriff der Heilbehandlung findet sich beispielsweise auch in § 36 UbG, § 5 HVG, § 4 der ersten Durchführungsverordnung zur Vereinheitlichung des Gesundheitswesens, § 3 BPGG; §§ 183 ff ASVG, § 75 b RDG bis hin zum Anhang XV des EU-Beitrittsvertrages. Das Verbot der eigenmächtigen Heilbehandlung wird ausdrücklich festgelegt in § 4 GuKG; § 5 KTG; § 11 MTD-Gesetz. Das Verbot der eigenmächtigen Heilbehandlung in diesen Bundesgesetzen wäre entbehrlich, wäre die Heilbehandlung als Körperverletzung zu qualifizieren und erst durch die Zustimmung des Patienten gerechtfertigt.

VI. Zusammenfassung

Die medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte ärztliche Heilbehandlung ohne ausreichende Zustimmung des Patienten ist und bleibt deliktisch gesehen was sie ist: Eine eigenmächtige Heilbehandlung. Für die Beweislastverteilung folgt daraus, dass der Patient die Behandlung und die Eigenmacht des Behandlers (die mangelnde Zustimmung des Patienten) behaupten und beweisen muss. Es gilt diesbezüglich die gleiche Beweislastverteilung wie bei Behandlungsfehlern.

Gesondert zu untersuchen ist selbstverständlich die vertragliche Haftung des Arztes (des Krankenanstalten-trägers) insb im Hinblick auf § 1298 ABGB.