

# MEDIZIN- UND GESUNDHEITSRECHT

September 2023 | Heft 3, Seiten 209–328 (8. Jahrgang)

---

## Schwerpunkt: Psychische Erkrankungen

### Aktuelles: Reform des Maßnahmenvollzugs

- 212 Die Neuregelung des Verfahrens zur Unterbringung in den Maßnahmenvollzug durch das Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetz 2022  
Kathrin Stiebellehner

### Patientenrechte und Patientensicherheit

- 228 Unterbringungsgesetz (UbG) Novelle: Was ändert sich bei Beschränkungen und medizinischen Behandlungen? (Teil 3)  
Ulrike Toyooka
- 233 Gruppennützige klinische Arzneimittelprüfung mit volljährigen einwilligungsunfähigen Personen – ein Vergleich zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage  
Elisa Gruber

### Public Health Law

- 269 EuGH: Zum Verhältnis von täglicher und wöchentlicher Ruhezeit im Sinne der EU-Arbeitszeit-Richtlinie  
EuGH 2.3.2023, C-477/21 – MÁV-START (Markus Grimm und Klara Eichler)

### Praxis Gesundheitsrecht

- 284 Grundzüge der Psychiatrie und der psychiatrischen Krankheitsbilder  
Robert Queissner
- 292 Die Pflege von Menschen mit psychischen Gesundheitsstörungen:  
Von der Ausbildung in die Pflegepraxis  
Herwig Putz
- 297 Burnout  
Christine Rungg

---

Herausgeber: Michael Ganner, Markus Grimm | Schriftleitung: Michael Ganner, Thomas Pixner

# INHALT

---

## EDITORIAL

- 209 Liebe Leserinnen und Leser!  
Michael Ganner und Thomas Pixner

## AKTUELLES

- 212 Die Neuregelung des Verfahrens zur Unterbringung in den Maßnahmenvollzug durch das Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetz 2022  
Kathrin Stiebellehner  
Der Beitrag stellt die mit dem Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetz 2022 (BGBl I 2022/223) eingeführten Änderungen der §§ 429-434g StPO vor.
- 222 VwGH: Notwendige Verbindung einer ärztlichen Kontrolluntersuchung mit einer amtsärztlichen Nachuntersuchung bei befristeten Lenkberechtigungen iZm Epilepsie  
VwGH 11.4.2022, Ra 2020/11/0222 (Glosse von Harald Brühwasser-Gastl)  
Auf Basis eines mängelfreien Gutachtens sind auch individuelle Auflagen vorzusehen, die über den Wortlaut der spezifischen Regelungen für Anfallsleiden/Epilepsie in der FSG-GV hinausgehen, sofern dadurch die nötige Verkehrssicherheit als grundsätzliche Zielsetzung des FSG und der FSG-GV gewährleistet wird.
- 227 Ischgl und die Folgen: zum Anspruch auf Warnung vor einer Corona-Infektion  
OGH 15.5.2023, 1 Ob 199/22d (Glosse von Georg Streit)  
Das in der EMRK verankerte Recht auf Leben allein gewährt kein subjektives Recht auf behördliche Information bei gesundheitsbedrohenden Gefahren.

## PATIENTENRECHTE UND PATIENTENSICHERHEIT

- 228 Unterbringungsgesetz (UbG) Novelle: Was ändert sich bei Beschränkungen und medizinischen Behandlungen? (Teil 3)  
Ulrike Toyooka  
Der 7. Abschnitt der UbG Novelle regelt Beschränkungen und medizinische Behandlungen. Die von der UN-Behindertenrechtskonvention geprägten Regelungen des 2. ErwSchG sollen auch für untergebrachte Patienten maßgeblich sein.
- 233 Gruppennützige klinische Arzneimittelprüfung mit volljährigen einwilligungsunfähigen Personen – ein Vergleich zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage  
Elisa Gruber  
Der Beitrag untersucht, wie die unionsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf gruppennützige klinische Arzneimittelprüfungen mit volljährigen einwilligungsunfähigen Personen in Österreich und Deutschland umgesetzt worden sind und nimmt eine rechtsvergleichende Analyse vor.
- 238 Schmerz(engeld)bemessung bei eingeschränktem bzw fehlendem Schmerzempfinden von Intensivpatienten aus juristischer und medizinischer Sicht  
Martina Schickmair und Wolfgang Kröll  
Die Publikation beschäftigt sich mit der Schmerzensgeldbemessung bei nicht kommunikationsfähigen Intensivpatienten aus juristischer und medizinischer Perspektive.
- 252 OGH: Zur Reichweite der ärztlichen Überprüfungspflicht bei der mündlichen Anordnung einer Medikamentenvorbereitung in einer außergewöhnlichen Notsituation  
OGH 31.8.2022, 9 Ob A 75/22b (Glosse von Werner Hauser)  
Auch wenn grundsätzlich keine ärztliche Kontrollpflicht für eine vorbereitete Spritze besteht, ist im Falle des Erkennens einer auf der Ampulle ersichtlichen Aufschrift, die von der erteilten Anweisung abweicht, zu prüfen, ob das richtige Medikament vorbereitet wurde.

## PUBLIC HEALTH LAW

- 258 Tun oder Unterlassen als Kriterien für eine Anklage  
Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich  
In einem Strafverfahren wegen medizinischer Behandlungsfehler ist die Unterscheidung von Tun und Unterlassen wesentlich. Der Kausalitätsbeweis ist bei einem Unterlassen nur schwer zu erbringen.

- 262 Langzeitpflege(teil)reformen in Deutschland und Österreich  
Johannes Rudda  
Vergleich der Langzeitpflegevorsorgesysteme in Deutschland und Österreich. Letzte Pflege(teil)reformen in diesen Staaten.
- 269 EuGH: Zum Verhältnis von täglicher und wöchentlicher Ruhezeit im Sinne der EU-Arbeitszeit-Richtlinie  
Urteil des EuGH 2.3.2023, C-477/21 – MÁV-START (Glosse von Markus Grimm und Klara Eichler)  
Der EuGH kommt in seiner Entscheidung zum ungarischen Recht zum Ergebnis, dass die tägliche Ruhezeit und die wöchentliche Ruhezeit zwei autonome Rechte der Arbeitnehmer:innen darstellen, die gesondert zu gewähren sind. Untersucht werden die Auswirkungen dieser Entscheidung auf die österreichischen Ruhezeitregelungen nach ARG, AZG und KA-AZG.

## INTERNATIONALES

- 277 Sondergebühren in Deutschland – Teil 2  
Markus Stoffels und Maximilian König  
In Deutschland werden der Inhalt und die Vergütungsfähigkeit von Wahlleistungen im Krankenhaus im Wesentlichen durch das Krankenhausentgeltgesetz und die amtlichen Gebührenordnungen bestimmt, die hierzu bundeseinheitliche Regelungen treffen.

## PRAXIS GESUNDHEITSRECHT

- 284 Grundzüge der Psychiatrie und der psychiatrischen Krankheitsbilder  
Robert Queissner  
Ein Überblick über die häufigsten psychiatrischen Krankheitsbilder, deren Häufigkeit und Pathogenese. Medikamentöse und nicht-medikamentöse Behandlungsmaßnahmen werden dargestellt.
- 292 Die Pflege von Menschen mit psychischen Gesundheitsstörungen: Von der Ausbildung in die Pflegepraxis  
Herwig Putz  
Aus ausbildungsorientierter Perspektive wird hier Aufschluss über qualifizierte Pflege in psychiatrischen Settings gegeben, welche die Spezialisierung in der psychiatrischen Gesundheits- und Krankenpflege nach §§ 65 und 67 GuKG beinhaltet.
- 297 Burnout  
Christine Rungg  
Burnout: Was es ist, wie es entsteht und wie man es hoffentlich verhindern kann.
- 304 Die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf die psychische Gesundheit  
Marie-Christin Hinteregger  
Die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie und der Maßnahmen zu ihrer Eindämmung auf die psychische Gesundheit der Bevölkerung mit besonderem Augenmerk auf Kinder und Jugendliche.
- 309 Corona – eine Herausforderung für die steirischen Bezirkshauptmannschaften als Gesundheitsbehörden  
Helmut-Theobald Müller  
Steirische Corona-Chronologie 2020 bis 2022, mit dem Schwerpunkt der Beschreibung der Tätigkeit der Bezirkshauptmannschaften als Gesundheitsbehörden während der Pandemie und der aus diesem Anlass geschaffenen zentralen Verwaltungseinheiten zu ihrer Unterstützung.
- 316 Legistische Neuerungen  
Thomas Pixner und Florian Schwetz

## SERVICE & INFOS

- 319 Rezensionen
- 322 Literaturhinweise
- 323 Herausgeber / Schriftleitung / Ständige Redaktion
- 325 Autoren
- 327 Impressum

# PUBLIC HEALTH LAW

---

## Tun oder Unterlassen als Kriterien für eine Anklage

### Zugleich Besprechung einer aktuellen Entscheidung des LG Linz

Strafrechtliche Ermittlungen in Betreuungseinrichtungen und Krankenanstalten sind keine Seltenheit. Die den Ermittlungen zugrunde liegenden Sachverhalte sind vielfältig: es können Stürze gebrechlicher Patienten sein, doch auch andere Verletzungen durch unterlassene Kontrollen (Vitalparameter, Bladderscan nach chirurgischen Eingriffen im Bauchraum, Decubitus), falsch verabreichte Medikamente usw kommen vor. Ob das verantwortliche ärztliche und pflegerische Personal letztendlich verurteilt wird oder bereits das Ermittlungsverfahren zur Einstellung gebracht werden kann, hängt insbesondere davon ab, ob das Verhalten des Beschuldigten rechtlich als Tun oder Unterlassen interpretiert wird.

**Deskriptoren:** Behandlungsfehler, Kausalität, Strafrecht, Tun, Unterlassen.

**Normen:** § 2 StGB.

Von Gerhard W. Huber & Jakob Dietrich

---

#### 1. Wichtiges Praxiswissen

Wenn in der Medizin Fehler passieren, können diese rechtlich in aktive Handlungen (zB Verabreichen eines falschen Medikaments), Unterlassungen (zB einer Kontrollmaßnahme) und sog mehrdeutige/gemischte Verhaltensweisen eingeteilt werden. Bei Letzteren sind Tun und Unterlassen miteinander verwoben, was etwa bei einer (aktiven) Dienstbeendigung ohne vorherige Dienstübergabe (Unterlassen) oder dann der Fall sein kann, wenn ein Patient (aktiv) in ein Pflegebett gelegt wird, ohne dass halbe Seitenteile angebracht wurden (Unterlassen). IdR ist im Strafrecht bei diesen mehrdeutigen Verhaltensweisen vom Tun auszugehen (und dieses zu beurteilen), weil die Herbeiführung des Erfolgs durch ein Tun prinzipiell strafwürdiger erscheint als im Falle eines Unterlassens.<sup>1</sup> Damit ist gemeint, dass das bloße Untätigbleiben häufig weniger gefährlich sowie idR mit weniger (krimineller) Energie verbunden ist als aktives Tun und sohin in vielen Fällen nicht strafwürdig erscheint.<sup>2</sup> Der Grundsatz, dass bei mehrdeutigen Ver-

haltensweisen idR vom Tun auszugehen ist, wird jedoch durch eine wesentliche Einschränkung durchbrochen: auf den Unterlassungsaspekt ist dann zurückzugreifen, wenn der Täter wegen des Tuns nicht bestraft werden kann, weil er insbesondere nicht tatbestandsmäßig oder rechtmäßig gehandelt hat. Damit ist wiederum gemeint, dass aktive Handlungen, die zB keinen Schaden anrichten (zB nutzlose Untersuchung) nicht strafbar sind. In den Worten des OGH handelt in diesen Fällen „*auch der durch Unterlassen, der aktiv etwas tut, aber nicht das Richtige tut*“.<sup>3</sup> Wie wichtig dieses Wissen bei der Verteidigung von medizinischem/pflegerischem Personal bei vermeintlichen Behandlungs-/Pflegerfehlern ist, wird in der Folge dargestellt.

Kommen etwa sturzgefährdete Patienten im Pflegeheim/Krankenhaus zu Sturz und brechen sich den Oberschenkelhals (geringe Knochendichte) oder versterben gar an einem Subduralhämatom (erhöhte Blutungsneigung durch Blutverdünnung), kann es zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen fahrlässiger Körperverletzung/Tötung kommen. IdR wird von der StA ein (medizinisches/pflegewissenschaftliches) Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben und dieses könnte die vom medizinischen Personal getroffene Entscheidung kritisieren: das Observanzschema sei nicht eingehalten worden, das Sturzrisiko sei nicht richtig eingeschätzt worden, der sturzgefährdete Patient sei in ein zu hohes Pflegebett ohne Bucinator und außer Hör- und Sichtweite des

---

1 Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht AT<sup>16</sup> 29.25.

2 Hilf in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 2 Rz 8 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

3 OGH 17.11.2015, 14 Os 89/15t mit Verweis auf Hilf in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 2 Rz 22 und 28.

Pflegestützpunktes gelegt worden, man habe keine Sturzmatte vor das Bett gelegt und keine halben Seitenteile verwendet usw.<sup>4</sup>

Lässt sich ein vom Sachverständigen aufgezeigter Behandlungs-/Pflegerfehler nicht entkräften, verbleibt die Argumentation, dass der Patient auch dann zu Schaden gekommen wäre, wenn (im Fall einer sorgfaltswidrigen aktiven Verhaltensweise) die geforderte Maßnahme gesetzt worden wäre. Ein Lehrbuchbeispiel aus dem Krankenhaus: Ein Patient stirbt, weil der Arzt zur Narkose vorschriftswidrig Kokain verwendet hat. Der Arzt verteidigt sich damit, dass der Patient auch dann gestorben wäre, wenn ihm das indizierte Novokain verabreicht worden wäre.<sup>5</sup> Im Fall eines zur Last gelegten Unterlassens wäre zu beweisen, dass selbst die gebotene Maßnahme den Schaden nicht verhindert hätte: selbst wenn ein Bucinator verwendet worden wäre, wäre der Patient vom Bett aufgestanden, gestürzt und hätte sich verletzt, bevor ihn das Pflegepersonal erreicht hätte. Der Unterschied zwischen den beiden Varianten besteht darin, dass es bei aktiven Verhaltensweisen wesentlich schwieriger ist, effektiv in Zweifel zu ziehen, dass auch das gebotene Verhalten zum selben Schaden geführt hätte. Es ist nämlich die Frage zu stellen, ob ein rechtmäßiges Alternativverhalten (wie zB oben Novokain statt Kokain) eine „reale Chance“ eröffnet hätte, um den Erfolgseintritt zu verhindern.<sup>6</sup> Bei als Unterlassen zu qualifizierenden Verhaltensweisen wäre der eingetretene Schaden (Tod, Körperverletzung) dem Täter hingegen erst dann (als kausal) zuzurechnen, wenn bei Hinzudenken des gebotenen Tuns (zB Vitalparameterkontrolle) der Erfolg in seiner konkreten Gestalt *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* entfiel<sup>7</sup> und dieser Beweis ist vom Staatsanwalt schwer zu erbringen. In einem unten näher dargestellten Fall wurde vom OGH<sup>8</sup> entschieden, dass es bei feststehender sorgfaltswidriger Unterlassung einer geforderten Maßnahme für die Strafbarkeit nicht ausreicht, dass bei optimaler und rechtzeitiger Therapie des Patienten eine Amputation mit etwa 90%iger (!) Wahrscheinlichkeit zu verhindern gewesen wäre. An diesem Fall werden die Auswirkungen einer Unterscheidung zwischen Tun („reale Chance“, den Schaden zu verhindern) und Unterlassen („mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ wäre der Schaden verhindert worden) evident: eine 90%ige Wahrscheinlichkeit, mit der

die Amputation durch das geforderte rechtmäßige Verhalten verhindert werden hätte können, wäre sehr wohl als „reale Chance“ zu werten gewesen, sodass bei einem zur Last gelegten Tun letztendlich ein Strafantrag folgen hätte müssen. Da jedoch im gegenständlichen Fall eines zur Last gelegten Unterlassens zu fragen war, ob die gebotene Maßnahme die Amputation mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte, war selbst die vom Sachverständigen festgestellte 90%ige Wahrscheinlichkeit für diesen vom Staatsanwalt zu erbringenden Beweis zu wenig. Das gegen den Beschuldigten geführte Ermittlungsverfahren wäre daher einzustellen. Im oberen dargestellten Kokain-Fall, wo ein Tun (falsch verabreichtes Medikament) zur Last gelegt wird, wäre der Arzt selbst dann zu verurteilen, wenn der Patient *möglicherweise* auch dann gestorben, wenn der Arzt das indizierte Novokain verabreicht hätte. Dennoch hat nämlich die Verabreichung des falschen Mittels nach dem Sachverständigengutachten das Todesrisiko wesentlich erhöht, sodass es unerheblich ist, dass der Patient auch bei Verabreichung des indizierten Novokains gestorben wäre.<sup>9</sup> MaW: der Patient hätte bei Verabreichung von Novokain statt Kokain eine reale Überlebenschance gehabt.

Weitere Vorteile der Qualifizierung eines Verhaltens als Unterlassen, die hier aber nicht vertieft werden, sind die engeren Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 StGB und mildere Bestrafung (§ 34 Abs 1 Z 5 StGB).<sup>10</sup>

## 2. Aktuelle Rechtsprechung

Ein Strafverfahren, an dem die Verfasser als Verteidiger des Pflegepersonals beteiligt waren, wurde vom LG Linz (5.4.2022, 25 Bl 9/22k) nach mehreren Einstellungsanträgen mit folgender Begründung unanfechtbar eingestellt: *„Ausgehend von dem (...) Sachverhalt ist der Anklagevorwurf in rechtlicher Hinsicht der Prüfung zu unterziehen, ob es sich dabei um ein Tun, Unterlassungshandlungen oder sogenannte gemischte Verhaltensweisen handelt. Bei sogenannten gemischten Verhaltensweisen, nämlich solchen, bei denen Tun und Unterlassungshandlungen miteinander verwoben sind, muss eine Bewertung des Sachverhalts dahingehend erfolgen, ob aktives Tun oder ein Unterlassen als Ausschnitt herauszugreifen ist, das letztlich für die Bestrafung ausschlaggebend ist.*

4 Siehe zur Sturzprophylaxe sturzgefährdeter Patienten etwa LG Salzburg 21.3.2014, 21 R 81/14d; aus Deutschland: OLG Koblenz, 17.6.2013, 3 u 240/13; OLG Köln 5.5.2010, 5 W 10/10; OLG Dresden 17. 1. 2006, 2 U 753/04; OLG Naumburg 26.4.2005, 12 U 170/04; OLG Schleswig-Holstein 6.6.2003, 4 U 70/02.

5 Kienappfel/Höpfel/Kert, Strafrecht AT<sup>16</sup> 28.16f.

6 Siehe etwa OGH 9.6.1999, 13Os75/99 (13Os76/99).

7 OGH 17.11.2015, 14 Os 89/15t; *Hilf in Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> StGB § 2 Rz 57 (Stand 1.12.2005, rdb.at); *Kienappfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT<sup>16</sup> 30.11.

8 OGH 17.11.2015, 14 Os 89/15t.

9 *Kienappfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT<sup>16</sup> 28.17.

10 *Kienappfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT<sup>16</sup> 29.24.

Während einzelne Akte eines Geschehensablaufs, die – in der Regel aufgrund einer erkennbaren zeitlichen Abfolge – einer selbständigen Bewertung zugänglich sind, einer gesonderten Prüfung bedürfen und anschließend eine Wertungsentscheidung nach den Regeln der Konkurrenz stattzufinden hat, wenn zwei oder mehr Akte des Geschehens je für sich als tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft zu beurteilen sind und zum strafrechtlich missbilligten Erfolg geführt haben, gilt in Fällen eines einheitlichen – das heißt, in der Regel aufgrund zeitlichen Zusammenfallens – nicht sinnvoll in einzelne Handlungen zerlegbaren Gesamtgeschehens der Grundsatz des Primats des strafbarkeitsausschöpfenden Tuns, wonach bei mehrdeutigen Verhaltensweisen das aktive Tun den Ausschlag für die strafrechtliche Beurteilung gibt; dies jedoch nur dann, wenn das Tun eine Gefahr herbeigeführt oder vergrößert, sohin den Erfolg (mit-) verursacht hat und den Unwert des Gesamtverhaltens vollständig ausschöpft (Hilf in WK<sup>2</sup> § 2 Rz 22 ff; RIS-Justiz RS0089526, RS0121779). Ist in solchen Fällen das aktive Tun nicht strafbar, etwa weil der Täter nicht tatbestandsmäßig, rechtswidrig oder schuldhaft handelt (Hilf aaO Rz 26, 30; RIS-Justiz RS0121778), kommt ausschließlich die Strafbarkeit des Unterlassens in Betracht (vgl. auch 14 OS 89/15t). Es handelt insofern auch der durch Unterlassen, der aktiv etwas tut, aber nicht das Richtige tut (Hilf aaO Rz 22, 28). Ebenso ist ein Verhalten, das bloß eine Gefahr weiter wirken lässt, als Unterlassen zu beurteilen. In diesen Fällen wird das Tun für den Erfolg nicht kausal; kausal wird allein die Nichtvornahme gebotener Vorkehrungen zur Erfolgsabwendung.

Bezogen auf die einzelnen Vorwürfe im Strafantrag bedeutet dies: Die Vorwürfe, die Angeklagten hätten das Bett des Hermann S\*\*\*\*\* nicht in Hörweite des Stationsstützpunktes aufgestellt und keine Sturzmatte vor das Bett gelegt, sind eindeutig der Vorwurf einer Tatbegehung durch Unterlassung. Bei jenen Vorwürfen, die Angeklagten hätten Hermann S\*\*\*\*\* in ein zu hohes, von einer Wand entfernten Bett ohne halbe Seitenteile in einem verschlossenen Zimmer gelegt, ihm Socken ohne Gummipoppen angezogen und eine Matratze ohne „Bucinator“ verwendet, handelt es sich um Vorwürfe von gemischten Verhaltensweisen mit jeweils einheitlichem Gesamtgeschehen, ohne, dass das jeweilige aktive Tun tatbestandsmäßig, rechtswidrig oder schuldhaft wäre. Erst durch die jeweils mit dem aktiven Tun verwobenen gebotenen, jedoch unterlassenen Sicherheitsvorkehrungen, nämlich z.B. das Anbringen von Seitenteilen oder

die Verwendung eines „Bucinators“ ist die Erhöhung des Risikos für den eingetretenen Erfolg herbeigeführt worden.

Ausgehend von der Tatsache, dass nicht geklärt werden kann, ob Hermann S\*\*\*\*\* aus dem Bett rollte oder fiel oder bei einem Gehversuch stürzte, sind sämtliche Anklagevorwürfe als Tatbegehung durch Unterlassung auf ihre Strafbarkeit zu prüfen. Dabei ist entscheidend, dass eine für die Strafbarkeit essentielle Kausalität des Unterlassens nur dann zu bejahen ist, wenn die gebotene (aber unterlassene) Handlung den eingetretenen konkreten Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (dh. jeden vernünftigen Zweifel ausschließend) abgewendet hätte (RIS-Justiz RS0089436, 14 OS 89/15t). Da dies unter Zugrundelegung des Sachverständigengutachtens durch die gebotenen, jedoch unterlassenen, vom Strafantrag erfassten Schutzmaßnahmen nicht der Fall war (...), erfolgte die Verfahrenseinstellung durch das Erstgericht zu Recht.“

Dabei konnte sich das LG Linz auf die E des OGH 17.11.2015, 14 Os 89/15t stützen. Der dort beschuldigte Arzt hatte sich wegen des Vorwurfs der fahrlässigen (schweren) Körperverletzung zu verantworten: ein Patient war mit einer nekrotisierenden Faszitis<sup>11</sup> ins Krankenhaus eingeliefert worden, welche eine schnellstmögliche vollständige operative Entfernung des infizierten Gewebes erfordert, deren Unterlassung innerhalb kurzer Zeit zum Tod oder zu Amputationen führen kann. Als verantwortlicher Facharzt veranlasste er einige für die vorliegende Erkrankung ungeeignete Untersuchungen, unterließ notwendige Abklärungen und ging ohne ausdrückliche, detaillierte Besprechung des „kritischen“, noch abklärungsbedürftigen Patienten mit dem Dienst übernehmenden Facharzt außer Dienst. Bei optimaler und rechtzeitiger Therapie des Patienten wäre eine (vollständige) Amputation seines rechten Beines mit 50%iger, jene des rechten Hodens mit etwa 90%iger Wahrscheinlichkeit (!) zu verhindern gewesen. Dennoch wurde die gegen den beschuldigten Arzt ergangene Entscheidung (Abweisung seines Einstellungsantrags) vom OGH aufgehoben.

### 3. Anwendungen für die Praxis

Welche Schlüsse lassen sich aus den zitierten Entscheidungen ziehen? Jeder einzelne Vorwurf in einem gerichtlichen Gutachten bzw. Strafantrag ist dahin zu untersuchen, ob es sich um ein (strafbarkeitsausschöpfendes) Tun, Unterlassen oder ein mehrdeutiges Verhalten handelt: Bilden die aktiven und passiven Verhaltensweisen

11 Anm: Tiefe, potentiell lebensbedrohliche Infektion mit aggressiven Streptokokken in den Weichteilen und einem rasch fortschreitenden zeitlichen und exponentiellen Ablauf (48 bis 72 Stunden) mit

der Folge der Gewebszerstörung, bei welcher Bakterien 2,5 cm Gewebe pro Stunde zerstören können.

ein einheitliches Gesamtgeschehen, die sich mit Blick auf das Gesamtgeschehen nicht sinnvoll (dh nur „künstlich“) in selbständige Einzelhandlungen separieren lassen? Falls ja, liegt ein mehrdeutiges Verhalten vor und es stellt sich die Frage, ob die Tat ausschließlich als Begehungsdelikt oder als Unterlassungsdelikt zu prüfen ist.<sup>12</sup> Ist dabei das aktive Tun nicht strafbar, etwa weil der Täter nicht tatbestandsmäßig, rechtswidrig oder schuldhaft handelt, kommt ausschließlich die Strafbarkeit des Unterlassens in Betracht. Es handelt – wie eingangs beschrieben – in diesem Fall auch der durch Unterlassen, der aktiv etwas tut, aber nicht das Richtige tut. Wie diffizil diese Abgrenzung aber ist, zeigt ein Vergleich der oben beschriebenen mehrdeutigen medizinischen Verhaltensweisen (Außerdienstgehen ohne ordentliche Übergabe; Legen des Patienten in ein Pflegebett ohne Bucinator, Seitenteile usw), in denen der Unterlassungsaspekt als alleiniger Anknüpfungspunkt der strafrechtlichen Beurteilung genommen wurde, mit folgenden von der Rsp als *aktive* Tätigkeiten beurteilten mehrdeutigen Verhaltensweisen. Bei diesen Tätigkeiten begründete das Unterlassen der (gleichzeitigen) Vornahme erforderlicher Sicherheitsvorkehrungen die Sorgfaltswidrigkeit der aktiven Tätigkeit.<sup>13</sup> Fahren ohne Beleuchtung im Straßen-

verkehr; Überholen, ohne den vorgeschriebenen Seitenabstand einzuhalten; Führen einer Schitourengruppe am Gletscher ohne Seil, wodurch ein Schifahrer durch den Sturz in eine Gletscherspalte tödlich verunglückt; Losbinden eines Pferdes in unmittelbarer Nähe zu spielenden Kindern, ohne zugleich das Pferd zu beaufsichtigen und Vorkehrungen gegen eine gefährliche Annäherung der Kinder zu treffen.

Aufgabe des beschuldigten medizinischen Personals (und des Verteidigers) ist es daher, dort, wo es der Sachverhalt zulässt, aufzuzeigen, dass vorgeworfene Verhaltensweisen tatsächlich reine Unterlassungen sind. Hat jene Pflegekraft, der vorgeworfen wird, dass der Patient in einem zu hohen Bett lag, ihn auch (aktiv) hineingelegt oder nicht vielmehr bereits darin liegend vorgefunden und das Bett nur nicht niedriger gestellt? Sofern mehrdeutige Verhaltensweisen, also miteinander verwobenes Tun und Unterlassen, vorliegen, ist, wenn möglich, darzulegen, dass das Tun nicht strafbar ist, sodass nurmehr das Unterlassen übrigbleibt. Auf sachverständiger Ebene ist anschließend herauszuarbeiten, dass selbst das gebotene Tun (zB Medikamentengabe) den Erfolg (zB Ableben des multimorbiden Patienten) nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.

---

#### 4. Ergebnis

Pflege-/Behandlungsfehler können strafrechtliche Ermittlungen nach sich ziehen. Das zur Last gelegte Verhalten lässt sich in vielen Fällen auf den ersten Blick nicht sicher als Tun oder Unterlassen einordnen (mehrdeutiges Verhalten). Gelingt es aber, dass ausschließlich ein Unterlassungsdelikt zu beurteilen ist, ist dies insbesondere auf Kausalitätsebene für den Beschuldigten vorteilhaft und kann zur Verfahrenseinstellung bzw zum Freispruch führen.

#### Korrespondenz:

Prof. Dr. Gerhard W. Huber LL.M., PM.ME.,  
Rechtsanwalt in Linz, office@medizinrecht.at;  
Dr. Jakob Dietrich, Rechtsanwalt in Linz,  
office@medizinrecht.at.

---

12 *Hilf in Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> StGB § 2 Rz 25 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

13 *Hilf in Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> StGB § 2 Rz 25 (Stand 1.12.2005, rdb.at).