

keit“ bzw zumindest eine nähere Konkretisierung dieses Begriffs in den ErwGr trotz deren besonderer Relevanz für einen unionsweit einheitlichen Umgang mit der Krankenhausaussnahme.⁵⁷ Auch die Divergenz zwischen ErwGr und Normtext in Bezug auf die Frage, ob ein ATMP gemäß der Krankenhausaussnahme zwingend in einem Krankenhaus hergestellt sein muss, wurde im neuen Richtlinienvorschlag nicht beseitigt.⁵⁸ Ob die verbleibenden Unklarheiten im Zuge des europäischen Gesetzgebungsprozesses noch aufgegriffen und der Weg für einen rechtssicheren und harmonisierten Umgang mit der Krankenhausaussnahme gebnet werden, bleibt daher vorerst abzuwarten.

Plus

ÜBER DIE AUTORIN

E-Mail: danielle.noe@gesundheitsministerium.gv.at

⁵⁷ Vgl hierzu lediglich die künftige Möglichkeit der Festlegung von „Modalitäten für die nicht routinemäßige Zubereitung und Anwendung“ im Wege von Durchführungsrechtsakten der Kommission (Art 2 des Richtlinienvorschlags).

⁵⁸ Vgl ErwGr 18 sowie Art 2 des Richtlinienvorschlags.

Rechtmäßiges Alternativverhalten bei ÄsthOpG-Aufklärungsmängeln

Der Beitrag schnell gelesen

Die Rsp des OGH lässt bei Aufklärungsmängeln im Anwendungsbereich des ÄsthOpG den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens bisher zu. Der Beitrag zeigt, dass sich diese Rsp auf jede inhaltlich unzureichende Aufklärung volljähriger Patienten übertragen lässt, die sowohl frei von psychischen Erkrankungen als auch entscheidungsfähig sind. Dies gilt auch für eine inhaltlich unzureichende Aufklärung (suspiziert) psy-

chisch kranker Patienten, doch ist der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens hier faktisch schwer zu erbringen.

Arzthaftung

§§ 5, 7 ÄsthOpG

OGH 27. 9. 2023, 9 Ob 47/23 m

RdM 2024/53



Prof. Dr. GERHARD W. HUBER ist Rechtsanwalt in Linz.
Dr. JAKOB DIETRICH ist Rechtsanwalt in Linz.

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung und bisherige Rsp des OGH
- B. Weitere Anwendungsgebiete des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei Verstoß gegen Aufklärungspflichten des ÄsthOpG
 1. Inhaltlich unzureichende Aufklärung im Allgemeinen
 2. Inhaltlich unzureichende Aufklärung (suspiziert) psychisch kranker Patienten
 - a) § 5 Abs 2 ÄsthOpG
 - b) § 7 Abs 3 ÄsthOpG
 3. Inhaltlich unzureichende Aufklärung minderjähriger Patienten und deren Eltern
- C. Nachwort: (krankheitswertige) psychische Störung

A. Einleitung und bisherige Rsp des OGH

Das ÄsthOpG¹ ist seit 1. 1. 2013 in Kraft. In jüngster Zeit setzte sich der OGH wiederholt mit der in diesem Gesetz detailliert geregelten Aufklärungspflicht des Arztes auseinander und in diesem Zusammenhang mit dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens. In den E 6 Ob 120/18t, 5 Ob 229/20t und 4 Ob 172/22f ging es um verspätete Aufklärungen; in der E 9 Ob 47/23 m um Verstöße gegen das bei der Aufklärung einzuhaltende Schriftformgebot und gewisse inhaltliche Aufklärungspflichten.² In allen Fällen ließ der OGH (implizit³) den Einwand zu, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer (rechtzeitiger/dem Schrift-

formgebot entsprechender/inhaltlich vollständiger) Aufklärung in die ästhetische Operation eingewilligt hätte. Wesentlich waren dabei folgende Kriterien:⁴

- ▶ Der Ausschluss des Einwands eines rechtmäßigen Alternativverhaltens bedarf einer besonderen Begründung und ist auf einen *sehr engen Bereich* zu beschränken.
- ▶ Wenn der Schadenersatzanspruch auch eine *Sanktions- und Präventionsfunktion* erfüllt, ist bei Nichtbeachtung des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens unbeachtlich.
- ▶ Wenn Vorschriften ein mit *besonderen Sicherheitsgarantien ausgestattetes Verfahren* gewährleisten sollen, bzw ein streng ausgestaltetes Verfahren dem besonderen Schutz hochrangiger Güter dient, kann der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ebenfalls unbeachtlich sein.

¹ Die in diesem Beitrag angeführten Paragraphen sind solche des ÄsthOpG, sofern nicht ein anderes Gesetz bezeichnet ist.

² Diese Aufklärungspflichten gelten nur für ästhetische Operationen iSd § 3 Abs 1 Z 1 bei volljährigen Patienten, die sowohl frei von psychischen Erkrankungen als auch entscheidungsfähig sind, nicht aber für ästhetische Behandlungen iSd § 3 Abs 1 Z 2; s § 5 Abs 1 und § 6 Abs 1; besonders geschützte Personengruppen iSd § 7 sind auch bei ästhetischen Behandlungen umfassend nach § 5 aufzuklären.

³ Aus der E OGH 31. 8. 2018, 6 Ob 120/18t, geht dies nur implizit hervor, zumal das erst in der Instanz eingewendete rechtmäßige Alternativverhalten gegen das Neuerungsverbot verstieß. Aus dem Verweis des OGH auf die stRsp zum in Arzthaftungsprozessen allgemein beachtlichen Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens konnte bereits auf die Zulässigkeit dieses Einwands auch bei ästhetischen Operationen geschlossen werden.

⁴ OGH 18. 3. 2021, 5 Ob 229/20t, auf die in OGH 18. 10. 2022, 4 Ob 172/22f, weitgehend verwiesen wird.

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob sich diese Rsp auf alle inhaltlichen Aufklärungsmängel und auf Fälle übertragen lässt, in denen vom ÄsthOpG besonders geschützte Personen unzureichend aufgeklärt werden. Hierbei handelt es sich um Patienten, die (suspiziert) an psychischen Störungen/Krankheiten leiden oder minderjährig sind. Insb im Hinblick auf körperdysmorphe Störungen, die häufig zu einem Operationswunsch führen, sind Fragestellungen iZm dieser Personengruppe relevant.

B. Weitere Anwendungsgebiete des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei Verstoß gegen Aufklärungspflichten des ÄsthOpG

1. Inhaltlich unzureichende Aufklärung im Allgemeinen

§ 5 Abs 1 normiert eine umfassende inhaltliche Aufklärungspflicht. In der E 9 Ob 47/23 m wurde dieser Pflicht nicht entsprochen, indem bei einer medizinisch nicht indizierten Brustvergrößerung keine (verständliche) Aufklärung über Komplikationen und deren Behandlungsmöglichkeiten sowie über die Funktionsfähigkeit und die Lebensdauer der Implantate und etwaige Folgekosten vorlag. Dass der OGH den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens auch hier zuließ, überzeugt vor allem deshalb, weil der Gesetzgeber des ÄsthOpG an den bisherigen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen und damit dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nichts ändern wollte. Darauf weist der OGH wiederholt hin⁵ und die Mat⁶ stützen diese Annahme. Die in diesem Gesetz normierten Pflichten der ärztlichen Aufklärung und Beratung einschließlich der Dokumentationspflicht seien bereits seit vielen Jahren bzw Jahrzehnten in den ärzterechtlichen Rechtsgrundlagen verankert und in diesem Gesetz „lediglich zur Schärfung der Klarheit und Rechtssicherheit detaillierter ausgewiesen“. IZm der Pflicht, über sämtliche bekannte Gefahren des Eingriffs aufzuklären (§ 5 Abs 1 Z 8), weisen die Mat auf die einschlägige Rsp des OGH zu „erhöhtem“ bzw „verschärftem Aufklärungsbedürfnis“ hin.⁷ Da es sich bei der Aufklärung über mögliche Komplikationen des Eingriffs um den *Schwerpunkt der Selbstbestimmungsaufklärung* handelt,⁸ kann in einem Größenschluss vom hier zulässigen Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens auf dessen Zulässigkeit auch bei anderen inhaltlichen Aufklärungsmängeln geschlossen werden (zB Operationsmethode, angewendete Arzneimittel und deren Nebenwirkungen, voraussichtliches Operationsergebnis und mögliche Abweichungen, keine Übernahme der Behandlungskosten durch den SozVTr). Der OGH dürfte dies ähnlich sehen, bietet für ihn doch „der Umstand, dass das ÄsthOpG in seinen §§ 5 und 6 die präoperativen Verhaltenspflichten des Arztes und die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung des Patienten genau umschreibt, [...] keinen Anlass, von den allgemein für eine schadenersatzrechtliche Haftung wegen Aufklärungs- oder Einwilligungsmängeln geltenden Grundsätzen abzugehen.“⁹ Und diese lassen den in Rede stehenden Einwand bekanntlich zu.

Bei Aufklärungsmängeln nach § 5 Abs 1 ÄsthOpG ist der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens generell zulässig.

2. Inhaltlich unzureichende Aufklärung (suspiziert) psychisch kranker Patienten

a) § 5 Abs 2 ÄsthOpG

Wie dargestellt, ist im alleinigen Anwendungsbereich des § 5 Abs 1 bei einer inhaltlich unzureichenden Aufklärung der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zulässig. Dies betrifft

die Aufklärung volljähriger Patienten, die sowohl frei von psychischen Erkrankungen als auch entscheidungsfähig sind. Es stellt sich die Frage, ob dieser Einwand auch bei einer inhaltlich unzureichenden Aufklärung eines (suspiziert) psychisch kranken Patienten zulässig ist. Gem § 1 Abs 1 dient dieses Bundesgesetz dem vorbeugenden *Schutz der Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit* von Patienten sowie dem *Schutz vor Komplikationen und unerwünschten Folgen* bei der Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen ohne medizinische Indikation. Die Mat weisen zum Gesundheitsschutz der Patienten insb auf eine gestörte Körperwahrnehmung hin, die nicht zu ästhetischen Behandlungen und Operationen führen soll. Das Prinzip, keinen Schaden zu verursachen, müsse leitender Wert einer ausgewogenen Beratung und Aufklärung im Vorfeld von ästhetischen Behandlungen und Operationen sein.¹⁰ Das ÄsthOpG enthält Bestimmungen,¹¹ die diesen Prinzipien bei der Aufklärung und Einwilligung (suspiziert) psychisch Kranker Rechnung tragen. Entsteht *im Rahmen der ärztlichen Aufklärung* der Verdacht, dass beim Patienten eine krankheitswertige¹² 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 (§ 5 Abs 2; in der Folge schlicht: „Abklärung“ und „Beratung“).

Es zeigt sich, dass die umfassende ärztliche Aufklärung gem § 5 Abs 1 eine Hauptrolle beim Schutz (suspiziert) psychisch kranker Patienten spielt. Erst die Aufklärung über sämtliche Details des vorzunehmenden Eingriffs soll dem Arzt nach der Systematik des § 5 Abs 1 und 2 ermöglichen, zu beurteilen, ob der Verdacht auf eine krankheitswertige psychische Störung vorliegt, deren Folge der Wunsch nach der ästhetischen Operation ist und die den Patienten in weiterer Folge allenfalls entscheidungsunfähig macht.¹³ Denn ob der Patient möglicherweise an einer körperdysmorphen Störung leidet, deren Folge der Wunsch nach der ästhetischen Operation ist, wird im Aufklärungsgespräch mitunter erst evident, indem der Patient aufgeklärte Gefahren, Unannehmlichkeiten und alternative Behandlungsmöglichkeiten erkennbar ausblendet. Konsequenz einer durch Abklärung iSd § 5 Abs 2 festgestellten krankheitswertigen psychischen Störung, deren Folge der Wunsch nach der ästhetischen Operation ist, könnte sein, dass ein Eingriff dadurch kontraindiziert ist und unterbleiben müsste; dies etwa bei Vorliegen der erwähnten körperdysmorphen Störung, bei der sich im Fall eines erfolgreichen Eingriffs die krankhafte Unzufriedenheit auf einen anderen Körperteil verlagern kann.¹⁴ Ergibt sich im Rahmen des – umfassenden – Aufklärungsgesprächs darüber hinaus, dass der Patient

⁵ OGH 18. 3. 2021, 5 Ob 229/20t; 27. 9. 2023, 9 Ob 47/23 m.

⁶ ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 3.

⁷ So auch Neumayr in GmundKomm² Einleitung ABGB Rz 43.

⁸ Neumayr in GmundKomm² ABGB Einleitung Rz 38f.

⁹ Hervorhebung durch die Verfasser.

¹⁰ ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 2.

¹¹ Auf § 7 Abs 3 wird unter B.2.b. eingegangen.

¹² Siehe zum Unterschied zwischen krankheitswertiger und einfacher („allfälliger“) psychischer Störung C.

¹³ Siehe Pitzl/Huber, Aufklärungs-, Einwilligungs- und Informationspflichten nach dem ÄsthOpG, RdM 2014, 85 (89); daran ändert auch der Umstand nichts, dass in § 5 Abs 2, anders als in § 7 Abs 2 und 3, nicht auf die *umfassende* ärztliche Aufklärung verwiesen wird. Dieser Verweis ist in § 7 zur Klarstellung sinnvoll, in § 5 Abs 2 angesichts der einen Absatz darüber geregelten umfassenden Aufklärungspflicht hingegen nicht erforderlich.

¹⁴ Pitzl/Huber, RdM 2014, 89; ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 8.

entscheidungsunfähig ist, müsste der Eingriff unterbleiben, sofern nicht (zumindest analog¹⁵) nach dem Regime des § 252 Abs 2 und 3 ABGB die Entscheidungsfähigkeit durch Beiziehung von Angehörigen oder anderer geeigneter Personen erlangt werden kann, oder nach § 253 Abs 1 ABGB ein Erwachsenenvertreter bestellt wird und dieser wiederum nach umfassender Aufklärung in den Eingriff einwilligt (§ 7 Abs 3).

Eine umfassende ärztliche Aufklärung ist Voraussetzung für die vom Arzt vorzunehmende Einschätzung des psychischen Zustands des Patienten.

Doch was bedeuten diese Folgerungen für die Zulässigkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens bei unzureichender Aufklärung (suspiziert) psychisch kranker Patienten und welche Partei hat im Schadenersatzprozess welche Tatsachen zu behaupten und zu beweisen? Zunächst wird auf jenen Fall eingegangen, in dem der Arzt inhaltlich unzureichend aufklärt und (deshalb) eine Abklärung des Patienten nicht veranlasst; danach auf jenen, in dem der Arzt zwar inhaltlich unzureichend aufklärt, aber dennoch eine Abklärung veranlasst. Um den Anwendungsbereich des § 5 Abs 2 zu eröffnen, müsste iSd allgemeinen Beweislastregel¹⁶ zuerst der Patient behaupten und den – schwierigen – Beweis erbringen, dass der Arzt „im Rahmen der ärztlichen Aufklärung“ (= umfassende inhaltliche Aufklärung iSd § 5 Abs 1) eine krankheitswertige psychische Störung, deren Folge der Wunsch nach der ästhetischen Operation ist, suspizieren und ihn folglich zur Abklärung allfälliger psychischer Störungen schicken hätte müssen. Dieser Beweis wird faktisch nur gelingen, wenn das tatsächliche Vorliegen einer krankheitswertigen Störung im Aufklärungszeitpunkt nachgewiesen werden kann. Erst dann, wenn dieser Beweis erbracht ist, also der Arzt wegen Verletzung einer Schutzvorschrift (§ 5 Abs 2) grundsätzlich haftet, stellt sich die Frage, ob der von ihm zu beweisende¹⁷ Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zulässig ist. Dieser Einwand müsste dahingehend lauten, dass selbst bei umfassender inhaltlicher Aufklärung und dabei aufkommenden Verdachts auf eine krankheitswertige psychische Störung, deren Folge der Wunsch nach der ästhetischen Operation ist, selbst bei entsprechender Abklärung durch einen klinischen Psychologen oder Psychiater, nicht festgestellt worden wäre, dass eine den Eingriff kontraindizierende Störung vorliegt und der Patient auch bei durchgeführter Beratung durch einen klinischen Psychologen oder Psychiater in den Eingriff eingewilligt hätte. Diese Beweisführung wäre vom Arzt bereits *faktisch kaum zu erbringen*, zumal wenn der Patient den oa Beweis zuvor erbracht hätte.

Nach der Rsp¹⁸ ist die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten unzulässig, wenn Vorschriften ein mit besonderen Sicherheitsgarantien ausgestattetes Verfahren gewährleisten sollen bzw ein streng ausgestaltetes Verfahren dem besonderen Schutz hochrangiger Güter dient. IdS steht zwar hinter der Aufklärungspflicht des § 5 Abs 1, die auch die Schutzvorschrift des § 5 Abs 2 bestimmt, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. *Vordergründig* bezweckt die Abklärung nach § 5 Abs 2 jedoch, potentiell psychisch Kranke vor den Gefahren eines medizinisch nicht indizierten oder gar kontraindizierten Eingriffs zu bewahren (Gesundheitsschutz).¹⁹ Damit unterscheidet sich § 5 Abs 2 von § 5 Abs 1, zu welcher Bestimmung der OGH den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens mit der Begründung zulässt, dass das präoperative „Verfahren“ zur Aufklärung und Einwilligung letztlich der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten diene und keinen darüber hinausgehenden (Selbst-) Zweck habe, wie dies bei (staatl) Eingriffen in die Freiheit der Fall sei. Dass das präoperative Verfahren des § 5 Abs 2 über die Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten hinaus einen weiteren Zweck hat, könnte sohin gegen die Zulässigkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens ins Treffen geführt werden. Auch der BGH²⁰ schloss in einer ähnlichen Konstellation den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens aus. Konkret ging es um eine dem deutschen Transplantationsgesetz (TPG) widersprechende fehlende inhaltliche Aufklärung über die Erfolgsaussichten des Eingriffs beim Empfänger (erhöhtes Risiko des Transplantatverlusts) und die Folgen und Spätfolgen der Organentnahme beim Spender. Der Schutzzweck dieser erhöhten Aufklärungsanforderungen stehe der Erheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegen. Dieser bestehe darin, den Spender davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen („Schutz des Spenders vor sich selbst“), zumal sich sein Gesundheitszustand durch eine Ablehnung des Eingriffs nicht verschlechtere und für ihn daher jedes Risiko von Bedeutung sein könne. Außerdem fühle sich der Spender gegenüber dem ihm zwingend nahestehenden Empfänger sittlich zur Spende verpflichtet und befinde sich daher in einer beschränkten Freiwilligkeit. Die Freiwilligkeit des Spenders sei als Willensentscheidung immer nur begrenzt für Dritte feststellbar und aufgrund ihrer besonderen Bedeutung gesetzlich abgesichert, indem eine Gutachterkommission vor der Organentnahme ein Freiwilligkeitstestament auszustellen habe (Überprüfung, ob die Einwilligung freiwillig erfolgte; § 8 Abs 3 Satz 2 TPG²¹). Diese Verfahrenssicherung sei im Rahmen der Prüfung der hypothetischen Kausalität *nicht nachholbar* und liefe leer, wenn sie auf der Grundlage einer unzureichenden Informationslage erfolge.²² Diese Aspekte lassen sich fürs Erste auf die gegenständliche Fragestellung übertragen. Wenn dem Patienten der Beweis gelingt, dass der aufklärende Arzt den Verdacht haben hätte müssen, er leide an einer krankheitswertigen psychischen Störung, deren Folge der Wunsch nach der ästhetischen Operation war, dann ist er aufgrund potentiell eingeschränkter Freiwilligkeit besonders schutzwürdig. Das dieser potentiellen Schutzwürdigkeit Rechnung tragende Verfahren des § 5 Abs 2 soll dem Patienten einen allfälligen Zusammenhang zwischen Operationswunsch und krankheitswertiger psychischer Störung bewusst machen, ihm im Zuge der Abklärung allfällige Vorgangsweisen darlegen und eine allenfalls mangelnde Entscheidungsfähigkeit abklären.²³ Allerdings: Die (schwierige) Überprü-

¹⁵ Gegen eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmungen ErläutRV 1461 BgNR 25. GP 29 sowie *Parapatits in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 254 Rz 2 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at); dafür *Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 283 ABGB Rz 2, sowie ErläutRV 1420 BgNR 22. GP 19; die analoge Anwendung wird von beiden genannten Autoren sowie *Hopf in KBB⁴ § 173 Rz 2* befürwortet.

¹⁶ „Jede Partei trägt die Beweislast für das Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm“; *Reichberger in Fasching/Konecny III/1³* Vor § 266 ZPO Rz 32 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

¹⁷ StRsp; RIS-Justiz RS0038485; *Maleccky in GmundKomm² § 5 ÄsthOpG Rz 10*. Siehe bei A.

¹⁸ ErläutRV 1807 BgNR 24. GP 8.

¹⁹ BGH 29. 1. 2019, VI ZR 495/16; BGH 29. 1. 2019, VI ZR 318/17.

²⁰ „Weitere Voraussetzung für die Entnahme von Organen bei einem Lebenden ist, dass die nach Landesrecht zuständige Kommission gutachtlich dazu Stellung genommen hat, ob begründete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die *Einwilligung* in die Organspende *nicht freiwillig* erfolgt [...]“.

²¹ Dass der BGH den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens für den gesamten § 8 Abs 2 Satz 1 und 2 TPG nicht zuließ, sohin offenbar auch bei einer fehlenden Aufklärung über die ärztliche Schweigepflicht und die Verarbeitung personenbezogener Daten, ist uE überzogen.

²² *Pitzl/Huber*, RdM 2014, 89.

fung der Freiwilligkeit einer Einwilligung nach § 8 Abs 3 Satz 2 TPG hängt unmittelbar mit der der Einwilligung zugrunde liegenden unzureichenden Aufklärung zusammen. Anders verhält es sich wohl aber bei der Abklärung allfälliger psychischer Störungen einschließlich Beratung durch einen Psychologen oder Psychiater. Die hier vorzunehmenden testpsychologischen bzw psychiatrischen Untersuchungen²⁴ dürften kaum auf die vorherige (unzureichende) Aufklärung abstellen, sondern auf eigenständigen Methoden beruhen. Nun trifft es zwar zu, dass sich das Verfahren des § 5 Abs 2 in einem Schadenersatzprozess ebenfalls nur schwer nachholen ließe, zu unwägar wären im Nachhinein das Ergebnis einer – nie stattgefundenen – Abklärung und insb einer entsprechenden Beratung; doch lässt eine inhaltlich unzureichende Aufklärung diese Überprüfung nicht leerlaufen, weil sie eben nicht von ihr abhängt. Zudem ist die eingangs erwähnte Rsp des OGH, die die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten ausschließt, wenn Vorschriften ein mit besonderen Sicherheitsgarantien ausgestattetes Verfahren gewährleisten sollen bzw ein streng ausgestaltetes Verfahren dem besonderen Schutz hochrangiger Güter dient, iZm jener Rsp²⁵ zu sehen, der zufolge die Beachtlichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens dann nicht gerechtfertigt ist, wenn eine Verhaltensnorm *nicht so sehr die Verhütung eines Schadens* im Auge hat, sondern durch sie vor allem eine bestimmte Verhaltensweise ausgeschlossen und der Eingriff in das fremde Rechtsgut unbedingt an ein bestimmtes Verfahren gebunden werden soll (Verfahren als „Selbstzweck“; s OGH 5 Ob 229/20t). Dies ist bei § 5 Abs 2 nicht der Fall, weil diese Bestimmung, wie gezeigt, Gesundheitsschäden und Verletzungen des Selbstbestimmungsrechts verhindern soll, während eine reine „Legitimation durch Verfahren“ nicht erkennbar ist. Zusammengefasst sprechen die besseren Gründe *für* die Zulässigkeit des (eher theoretischen) Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens in diesem Zusammenhang (s oben).

Die strenge Rsp des OGH zum Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens und der Zweck des § 5 Abs 2 ÄsthOpG stehen einem Ausschluss dieses Einwands entgegen; faktisch ist er aber kaum zu erbringen.

Im Anwendungsbereich des § 5 Abs 2 ist weiters jener Fall denkbar, in dem zwar die inhaltliche Aufklärung unzureichend war, der Arzt aber bereits auf dieser Basis den Verdacht einer krankheitswertigen psychischen Störung beim Patienten hatte, deren Folge der Wunsch nach der ästhetischen Operation ist, und ihn zur Abklärung und Beratung schickte. Im schadenersatzrechtlichen Kontext ist eine stattgefundene Operation, mit der der Patient nicht zufrieden ist, logische Voraussetzung. Wenn aber eine Operation stattfand, vor der der Arzt bereits einen Verdacht auf eine krankheitswertige psychische Störung beim Patienten hatte, ist davon auszugehen, dass die Abklärung und Beratung der Operation (doch) nicht entgegenstanden. Denn es kann keinem Arzt unterstellt werden, einen Patienten trotz entsprechenden Verdachts, aber ohne nachgewiesene psychologische/psychiatrische Abklärung und Beratung, die der Operation nicht entgegensteht, zu operieren. Eine stattgefundene Abklärung und Beratung, die der Operation nicht entgegenstanden, bedingen aber im Regelfall, dass die damit betrauten Experten für ihre Einschätzung eine ausreichende Grundlage hatten, widrigenfalls sie die Operation aus psychiatrischer/psychologischer Sicht nicht im Er-

gebnis „befürwortet“ hätten. Durch Einvernahme der in diesen Vorgang involvierten Personen und des Patienten ließe sich daher erheben, ob eine im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens hypothetisch zu prüfende vollständige Aufklärung etwas an der Einwilligung in die ästhetische Operation geändert hätte. Dass dabei eine davor nur unzureichend durchgeführte inhaltliche Aufklärung über die Operation für die Abklärung allfälliger psychischer Störungen aber ohnehin kaum relevant sein dürfte, wurde oben bereits ausgeführt. Angesichts dessen wären allfällige Bedenken gegen die Zulässigkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens in der vorliegenden Konstellation noch unberechtigter. Zudem sind Personen, die mit dem Ergebnis abgeklärt und beraten wurden, dass keine krankheitswertige psychische Störung vorliegt, deren Folge der Wunsch nach der ästhetischen Operation ist, nicht in dem Maße schutzwürdig, wie sie es ohne eine stattgefundene Abklärung und Beratung wären.

b) § 7 Abs 3 ÄsthOpG

Eine ästhetische Behandlung oder Operation²⁶ darf gem § 7 Abs 3 an Personen, die infolge einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit zur Vertretung hinsichtlich medizinischer Behandlungen einen gesetzlichen Vertreter haben, nur dann durchgeführt werden, wenn die Einwilligung durch den Patienten, sofern er nach entsprechender umfassender ärztlicher Aufklärung (§ 5) 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 erteilt wurde. Ist der Patient nicht entscheidungsfähig, so ist die Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter nach entsprechender umfassender ärztlicher Aufklärung (§ 5) nachweislich und schriftlich zu erteilen. Folgende Überlegungen zum Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens in diesem Zusammenhang: Der Fall, dass ein Arzt aufgrund einer Mitteilung des Patienten weiß, dass dieser aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfähigkeit in medizinischen Belangen einen Vertreter hat und diesen dann *nicht* bis ins letzte Detail aufklärt, um sich selbst abzusichern, ist praktisch kaum denkbar. Da die Bestellung eines Erwachsenenvertreters in *medizinischen Belangen* zudem indiziert, dass der Patient auch hinsichtlich der gewünschten ästhetischen Behandlung oder Operation nicht entscheidungsfähig ist, ist davon auszugehen, dass Ärzte in dieser Situation sicherheits halber auch den Erwachsenenvertreter umfassend aufklären und diesen einwilligen lassen.²⁷ Häufiger könnten Fälle sein, in denen der Patient dem Arzt nicht mitteilt oder bewusst verschweigt, dass er in medizinischen Belangen einen gesetzlichen Vertreter hat und die inhaltliche Aufklärung unzureichend ist. ISd allgemeinen Beweislastregel muss auch hier der Patient beweisen, dass er an einer psychischen Krankheit oder an einer vergleichbaren Beeinträchtigung in seiner Entscheidungsfähigkeit litt und daher in medizinischen Belangen einen gesetzlichen Vertreter hatte; außerdem, dass er bei seiner auf einer unzureichenden Grundlage beruhenden Einwilligung nicht in der Lage war, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken (bereits) der (unzurei-

²⁴ ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 8.

²⁵ OGH 15. 3. 2005, 1 Ob 247/04m; 22. 6. 1993, 1 Ob 5/93.

²⁶ Diese Bestimmung gilt, anders als § 5, sowohl für Behandlungen als auch für Operationen; s FN 2.

²⁷ Eine Fehleinschätzung der Entscheidungsfähigkeit des Patienten hätte dann keine nachteiligen Auswirkungen.

chend aufgeklärten) ästhetischen Behandlung oder Operation einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen (in der Folge vereinfacht: „Entscheidungsfähigkeit“). Gelingt dem Patienten der Beweis, dass er bereits auf Basis der unzureichenden Aufklärung nicht in der Lage war, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der ästhetischen Behandlung oder Operation einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen, hilft dem Arzt im Schadenersatzprozess der Einwand nichts, der Patient hätte auch bei umfassender Aufklärung rechtswirksam in die ästhetische Behandlung oder Operation eingewilligt. Denn war der gesetzlich vertretene Patient bereits auf Basis einer unzureichenden Aufklärung nicht entscheidungsfähig, dann wäre er dies bei weitergehender Aufklärung umso weniger gewesen. MaW: War dem Patienten bereits die zu ungenau aufgeklärte ästhetische Behandlung oder Operation mit all ihren Konsequenzen zu kompliziert, dann wäre sie es umso mehr gewesen, wenn über sämtliche der in § 5 Abs 1 angeführten Umstände aufgeklärt worden wäre. In diesem Fall hätte der Patient nicht rechtswirksam eingewilligt und wäre die ästhetische Behandlung oder Operation rechtswidrig.

Den Beweis, dass der Patient im Aufklärungs- und Einwilligungszeitpunkt nicht entscheidungsfähig war, muss er selbst erbringen. Dies gilt auch für die Behauptung, dass der Arzt im Rahmen der Aufklärung den Verdacht auf eine krankheitswertige psychische Störung beim Patienten haben musste (§ 5 Abs 2 ÄsthOpG).

Nur dann, wenn der Patient bei seiner unzureichend informierten Einwilligung noch entscheidungsfähig war, stellt sich daher die Frage, ob sich der Arzt mit dem Einwand entlasten können soll, dass der Patient auch bei umfassender inhaltlicher Aufklärung rechtswirksam in die ästhetische Behandlung oder Operation eingewilligt hätte. Hinter der Pflicht, gesetzlich vertretene erwachsene Patienten umfassend aufzuklären, steht wiederum deren Selbstbestimmungsrecht. Wie unter B.2.a ausgeführt, dienen die Bestimmungen des ÄsthOpG aber vordergründig²⁹ dem Gesundheitsschutz der Patienten, was gerade bei besonders schutzwürdigen Personen wie psychisch Kranken zutrifft („Schutz des Patienten vor sich selbst“). Dies könnte zunächst gegen die Zulässigkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens sprechen, doch ist auch das Verfahren nach § 7 Abs 3 nicht Selbstzweck, sondern soll Gesundheitsschäden des Patienten und Verletzungen seines Selbstbestimmungsrechts verhindern. Bestand im Aufklärungs- und Einwilligungszeitpunkt eine gesetzliche Vertretung, hätte zudem ein psychiatrischer Sachverständiger im Schadenersatzprozess anhand von Befunden³⁰ und psychiatrischen Gutachten³¹ einen soliden Befund, um zu beurteilen, ob der Patient bei seiner Einwilligung entscheidungsfähig war. Eine dem § 5 Abs 2 entsprechende schwierige Nachholbarkeit der Beweisführung rechtmäßigen Alternativverhaltens besteht daher nicht (s B.2.a). § 7 Abs 3 hat auch keine eigenständige Sanktions- oder Präventionsfunktion (s A.), zumal ein Verstoß gegen die Bestimmung mit Verwaltungsstrafe (§ 11 Abs 1) oder Verurteilung wegen §§ 83 ff StGB³² bedroht ist. Unter der Prämisse, dass der Ausschluss des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens auf einen sehr engen Bereich zu beschränken ist (s A.), wäre sein Ausschluss bei einer Verletzung der inhaltlichen Aufklärungspflicht im Anwendungsbereich des § 7 Abs 3 nicht gerechtfertigt (ähnlich B.2.a aE). Der Einwand, der inhaltlich un-

zureichend aufgeklärte, an einer psychischen Krankheit leidende und gesetzlich vertretene Patient hätte auch bei umfassender Aufklärung in die ästhetische Behandlung oder Operation eingewilligt, ist daher zulässig.

3. Inhaltlich unzureichende Aufklärung minderjähriger Patienten und deren Eltern

Gem § 7 Abs 2 darf eine ästhetische Behandlung oder Operation an Personen, die das 16. Lebensjahr vollendet und das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, nur durchgeführt werden, wenn nach umfassender ärztlicher Aufklärung (§ 5) sowohl die Erziehungsberechtigten als auch der Patient, der in der Lage ist, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der ästhetischen Behandlung oder Operation einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen, nachweislich und schriftlich (§ 6 Abs 2) eingewilligt haben. Bei einer ästhetischen Operation (nicht aber einer bloßen Behandlung iSd § 3 Abs 1 Z 2) hat zusätzlich vor Durchführung des Eingriffs nachweislich eine 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. 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.

Der Fall, dass ein Arzt einen (unzureichend aufgeklärten) mj Patienten operiert, ohne dass die oa Abklärung und Beratung nachweislich vorliegt, dürfte in der Praxis selten vorkommen, ist aber nicht ausgeschlossen; nur so viel: Anders als in § 5 Abs 2 ist die psychologische/psychiatrische Abklärung und Beratung in § 7 Abs 2 vor einer ästhetischen Operation *jedenfalls* vorzunehmen und nicht erst bei Verdacht des aufklärenden Arztes, dass eine krankheitswertige psychische Störung vorliegen könnte. Werden ein mj Patient und seine Erziehungsberechtigten daher unzureichend aufgeklärt und fand eine entsprechende Abklärung und Beratung nicht statt, ist dieser zweite Fehler für die Frage, ob der Einwand zulässig ist, die relevanten Personen hätten auch bei umfassender Aufklärung eingewilligt, von vornherein nicht maßgeblich. Und der vom mj Patienten im Schadenersatzprozess erbrachte Beweis, dass er vor der ästhetischen Operation an einer krankheitswertigen psychischen Störung litt, deren Folge der Wunsch nach dem Eingriff war, erübrigt jede weitere Diskussion, weil in diesem Fall der Eingriff ausgeschlossen und somit rechtswidrig war (arg § 7 Abs 2 letzter Satz: „schließt die Durchführung des Eingriffs aus“).

²⁸ § 24 ABGB fordert für die Entscheidungsfähigkeit zusätzlich die Fähigkeit, sich entsprechend zu verhalten.

²⁹ Siehe aber die inhaltliche Aufklärung „gesunder“ Patienten iSd § 5 Abs 1, die sich an der bisherigen Judikatur orientiert, die als Grund für die Aufklärungspflicht allein das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ansieht; B.1.

³⁰ Bestand bei Aufklärung und Einwilligung des Patienten eine aufrechte Vorsorgevollmacht, gesetzliche Erwachsenenvertretung oder gewählte Erwachsenenvertretung, muss es ein ärztliches Zeugnis geben, demzufolge die zu vertretende Person aufgrund ihrer durch eine psychische Krankheit oder eine vergleichbare Beeinträchtigung eingeschränkten Entscheidungsfähigkeit die vom Wirkungsbereich des Vertreters umfassten Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann; § 140h Abs 5 NO.

³¹ § 120a AußStrG.

³² Mangels medizinischer Indikation von ästhetischen Behandlungen und Operationen im Anwendungsbereich des ÄsthOpG ist § 110 StGB nicht anwendbar, weil keine Heilbehandlung vorliegt; s *Soyer/Schumann in Höpfel/Ratz, WK² StGB* § 110 Rz 7f (Stand 1. 8. 2016, rdb.at).

Wenn aber eine entsprechende Beratung und Abklärung vor der ästhetischen Operation³³ stattfand, die dieser nicht entgegenstand, dann wurde nach Durchführung einer differenzierten klinisch-psychologischen bzw psychiatrischen Untersuchung mit diagnostischen Verfahren und Gesprächen mit den Erziehungsberechtigten³⁴ festgestellt, dass keine krankheitswertige psychische Störung vorliegt, deren Folge der Wunsch nach dem Eingriff ist. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass eine unzureichende ärztliche Aufklärung auf die grundsätzliche Fähigkeit des Patienten, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der ästhetischen Behandlung oder Operation einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen, *keinen* Einfluss hatte (§ 173 Abs 1 ABGB). Insofern werden mj Patienten vom ÄsthOpG zwar wegen grundsätzlich noch nicht vollständig ausgeprägter geistiger Reife³⁵ besonders geschützt und sollen vor den gesundheitlichen Gefahren ästhetischer Operationen bewahrt werden, doch wirkte sich dann eine unzureichende inhaltliche Aufklärung auf diese besondere Schutzwürdigkeit nicht aus. Ähnlich wie unter B.2.b. ausgeführt, ist somit auch bei inhaltlich unzureichender Aufklärung im Anwendungsbereich des § 7 Abs 2 der Einwand zulässig, die Erziehungsberechtigten und der Patient hätten auch bei umfassender ärztlicher Aufklärung in die ästhetische Operation eingewilligt.

Hätte im Fall einer „bloßen“ ästhetischen Behandlung der Arzt den mj Patienten (und dessen Erziehungsberechtigte) nicht hinreichend inhaltlich aufgeklärt und könnte der Patient entgegen der gesetzlichen Vermutung des § 173 Abs 1 ABGB³⁶ beweisen, dass er bereits auf Basis der unzureichenden inhaltlichen Aufklärung nicht in der Lage war, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der ästhetischen Behandlung oder Operation einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen, würde der Arzt (bei Vorliegen sämtlicher weiterer schadenersatzrechtlicher Voraussetzungen) für die mit der ästhetischen Behandlung einhergehenden Schäden haften, ohne dass es auf die Zulässigkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens ankäme (§ 7 Abs 2 Z 2 zweiter Halbsatz; s B.2.b.). Gelingt dem Patienten dieser Beweis nicht, gilt das unter B.2.b. aE Ausgeführte mit dem Unterschied, dass in dieser Konstellation iaR keine ärztlichen Befunde oder psychiatrischen Sachverständigengutachten aus dem Zeitpunkt der Einwilligung in die Behandlung vorliegen. Der Einwand des inhaltlich unzureichend aufgeklärt habenden Arztes, der Patient und seine Erziehungsberechtigten hätten auch bei umfassender Aufklärung in die ästhetische Behandlung eingewilligt, ist zwar auch hier zulässig, aber wiederum schwer zu beweisen.

Praxistipp

Eine Dokumentation auch zum psychischen Zustand des Patienten (Entscheidungsfähigkeit, [keine] Anhaltspunkte für psychische Störungen) ist aus forensischer Sicht anzuraten (s auch § 7 Abs 3 StVfG).

C. Nachwort: (krankheitswertige) psychische Störung

§ 5 Abs 2 und § 7 Abs 2 knüpfen an den Verdacht auf eine/das Vorliegen einer „krankheitswertigen“ psychischen Störung rechtliche Folgen; im gleichen Zusammenhang ist aber auch von „allfälligen“ psychischen Störungen die Rede. Systematisch macht die Unterscheidung Sinn, weil die Frage, ob eine „krankheitswertige“ psychische Störung vorliegt, erst nach vorgenommener Abklärung beantwortet werden kann. Insofern ist es konsequent,

dass iZm der Abklärung von einer „allfälligen“ psychischen Störung gesprochen wird und iZm dem in § 7 Abs 2 angeführten Ausschlussgrund von einer „krankheitswertigen“ psychischen Störung. Wenn § 5 Abs 2 auf den Verdacht einer „krankheitswertigen“ psychischen Störung abstellt, ist dies ebenfalls schlüssig, denn nur eine solche macht den Patienten besonders schutzwürdig und erfordert im Hinblick auf mögliche Kontraindikationen eine weitergehende Abklärung „allfälliger“ psychischer Störungen.

In der klinischen Praxis wird eine „krankheitswertige“ psychische Störung dann festgestellt, wenn die Störung so ausgeprägt ist, dass sie die Lebensqualität des Patienten wesentlich beeinträchtigt und dessen Alltag beherrscht. So kann eine (zu) große Nase dazu führen, dass Spiegel und soziale Interaktion gemieden und keine sozialen Beziehungen eingegangen werden (können). Ist dies der Fall, liegt eine körperdysmorphe Störung vor, die insofern auch „krankheitswertig“ ist. Ist die vermeintlich unschöne Körperstelle hingegen nicht ständig sichtbar (zB Intimbereich), kann die Unzufriedenheit zwar die Dimension einer körperdysmorphen Störung erreichen, doch fehlt dieser der Krankheitswert, wenn die Unzufriedenheit etwa lediglich beim An- und Auskleiden besteht und lediglich Nacktheit in der Öffentlichkeit (Freibad, Sauna) vermieden wird. Die Lebensqualität wäre hier weniger beeinträchtigt und auch Alltagshandlungen wären weitgehend ungestört möglich. Für die §§ 5 Abs 2 und 7 Abs 2 kann daraus abgeleitet werden, dass je dringender der Behandlungs-/Operationswunsch bei einer körperdysmorphen Störung ist, desto eher von einer „krankheitswertigen“ psychischen Störung auszugehen sein wird, die die ästhetische Operation oder Behandlung kontraindizieren (§ 5 Abs 2) oder von vornherein ausschließen (§ 7 Abs 2) kann.

Plus

ÜBER DIE AUTOREN

Prof. Dr. Gerhard W. Huber, LL.M., PM. ME, und Dr. Jakob Dietrich sind Rechtsanwälte in Linz und vorwiegend im Medizinrecht tätig. Zahlreiche medizinrechtliche Publikationen. Kontaktadresse: Rudolfstraße 4, 4040 Linz. E-Mail: office@medizinrecht.at Internet: www.medizinrecht.at

³³ Eine entsprechende Abklärung ist bei einer bloßen ästhetischen Behandlung nicht erforderlich.

³⁴ ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 10.

³⁵ ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 10.

³⁶ Siehe Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 173 Rz 3 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).