



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann, die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Karin Prutsch, Mag. Michael F. Damitner, Rechtsanwälte in Graz, gegen die beklagte Partei, Dr. M\*\*\*\*\*, vertreten durch MMag. Dr. Elisa Florina Ozegovic, Dr. Ernst Maiditsch, Rechtsanwälte in Klagenfurt am Wörthersee, wegen 36.700 EUR sA und Feststellung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 11. September 2020, GZ 2 R 66/20y-54, mit dem das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 2. April 2020, GZ 22 Cg 116/16z-49, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.212,56 EUR (darin enthalten 368,76 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

- [1] Nach einer – hier nicht zu beurteilenden – medizinisch indizierten Oberlidstraffung suchte die Klägerin wegen eines Druckgefühls im Bereich beider Oberlider am 26. 5. 2015 erstmalig die Privatordination des Beklagten auf und klagte über einen Spannungsschmerz beim Oberlid und brachte ihre Unzufriedenheit mit dem (ungewöhnlich hohen) Narbenverlauf zum Ausdruck. Der Beklagte empfahl ihr,

zunächst abzuwarten sowie eine Narbenmassage und eine Behandlung mit Narbencreme. Da keine Besserung eintrat, führte der Beklagte am 10. 7. 2015 ein Midface-Lifting mit Kanthoplastik (Aufhängung des seitlichen Augenwinkels) sowie eine Korrektur der verbreiterten Narbe am Oberlid der Klägerin durch. Dieser Eingriff war medizinisch indiziert und wurde vom Beklagten lege artis vorgenommen. Am 5. 11. 2015 nahm der Beklagte eine operative Narbenentfernung mit neuerlicher Aufhängung des Muskulus orbicularis oculi und ein Lipofilling (Eigenfett-Transplantation) im Bereich der seitlichen Augenbraue und am Unterlid vor. Über diesen Eingriff hatte der Beklagte die Klägerin am 23. 9. 2015 aufgeklärt. Nach dem Eingriff konsultierte die Klägerin den Beklagten wiederholt und zeigte sich mit dem Behandlungsergebnis unzufrieden. Am 23. 3. 2016 korrigierte der Beklagte bei der Klägerin operativ Dellen im Bereich der inneren Augenwinkel und der Schläfe beidseits mittels erneutem Lipofilling. Dieser lege artis durchgeführte Eingriff war rein ästhetischer Natur und medizinisch nicht indiziert. Die Aufklärung der Klägerin über diesen Eingriff und ihre Zustimmung erfolgten am 23. 3. 2016. Die Klägerin hätte dem Eingriff auch bei Einhaltung einer zweiwöchigen Frist zwischen Aufklärung und Einwilligung jedenfalls zugestimmt.

[2] Die Klägerin begehrt 30.000 EUR Schmerzensgeld, die Rückzahlung der von ihr beglichenen Behandlungskosten von 6.700 EUR und die Feststellung der Haftung des Beklagten für sämtliche nachteiligen Folgen aus den Eingriffen vom 10. 7. 2015 und/oder 23. 3. 2016. Sie leide an massiven Schmerzen sowie einer starken psychischen Belastung, ein weiterer operativer Eingriff zur Narbenkorrektur sei nicht auszuschließen. Bei den rein

ästhetischen Eingriffen sei die nach § 6 Abs 1 ÄsthOpG geforderte Frist von zumindest zwei Wochen zwischen Aufklärung und Einwilligung nicht eingehalten worden.

[3] Der Beklagte wendete – soweit im Revisionsverfahren noch relevant – ein, auch der Eingriff vom 23. 3. 2016 sei medizinisch indiziert gewesen; die Klägerin, die schon über viele Vorinformationen verfügt habe, hätte diesem Eingriff auch zugestimmt, wenn die Aufklärung durch ihn rechtzeitig erfolgt wäre.

[4] Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Der Eingriff vom 10. 7. 2015 sei medizinisch indiziert gewesen, sodass sich eine Auseinandersetzung mit den Fristen nach § 6 ÄsthOpG erübrige. Die Operation vom 23. 3. 2016 sei ebenfalls nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt. Der Beklagte habe die Klägerin zwar erst am Tag des Eingriffs selbst aufgeklärt und damit die Frist des § 6 Abs 1 und Abs 3 ÄsthOpG nicht eingehalten; ihm sei aber der Nachweis gelungen, dass die Klägerin auch bei rechtzeitiger Aufklärung in die Behandlung eingewilligt hätte.

[5] Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Auch unter Berücksichtigung der in § 1 Abs 1 ÄsthOpG definierten Ziele dieses Gesetzes (vorbeugender Schutz der Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit von Patienten sowie Schutz vor Komplikationen und unerwünschten Folgen bei der Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen ohne medizinische Indikation) sei kein Grund ersichtlich, warum dem beklagten Arzt der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Anwendungsbereich des ÄsthOpG verwehrt sein sollte. Dem Beklagten sei der Nachweis gelungen, dass die Klägerin dem Eingriff vom 23. 3. 2016 auch bei rechtzeitiger Aufklärung zugestimmt hätte. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil

zur Frage des Einwands eines rechtmäßigen Alternativverhaltens im Anwendungsbereich des ÄsthOpG keine (ausdrückliche) Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliege.

[6] Die vom Beklagten beantwortete Revision der Klägerin ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

[7] 1. Im Revisionsverfahren geht es ausschließlich um den Eingriff vom 23. 3. 2016 und die Frage, ob der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens dem beklagten Arzt auch dann zusteht, wenn er seine Patientin zwar entsprechend der Bestimmung des § 5 ÄsthOpG aufgeklärt hat, die in § 6 Abs 1 dieses Gesetzes vorgesehene Frist bis zur Einwilligung aber nicht eingehalten worden ist. Die Klägerin bestreitet dies unter Hinweis auf die Zielsetzungen dieser Bestimmung.

[8] 2.1 Ein wesentlicher Grundsatz der gesetzlichen Verschuldenshaftungstatbestände ist, dass (nur) für durch rechtswidriges Verhalten schuldhaft zugefügte Schäden zu haften ist (vgl *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1295 ABGB Rz 1, 1a). Der Geschädigte soll so gestellt werden, wie er stünde, wenn das rechtswidrige Verhalten unterblieben wäre. Wäre der eingetretene Schaden aber auch bei gebotenen bzw rechtmäßigem Verhalten eingetreten, steht dem Schädiger in der Regel der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zu. Wer wegen Verletzung einer Schutzvorschrift haftet, kann sich von der Haftung daher durch den Beweis befreien, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich vorschriftsmäßig verhalten hätte (RIS-Justiz RS0027364). Es kommt zu einer Haftungsfreistellung des rechtswidrig handelnden Täters, wenn er denselben Nachteil auch durch ein rechtmäßiges Verhalten herbeigeführt hätte (RS0111706).

[9] 2.2 Dieser Grundsatz gilt ganz allgemein auch, wenn dem behandelnden Arzt eine Aufklärungspflichtverletzung anzulasten ist. Für die nachteiligen Folgen einer ohne Einwilligung oder ohne ausreichende Aufklärung des Patienten vorgenommene eigenmächtige Behandlung des Patienten haftet der Arzt selbst dann, wenn ihm bei der Behandlung kein Kunstfehler unterlaufen ist (RS0026783). Es steht ihm aber der Beweis offen, dass der Patient auch bei ausreichender Aufklärung die Zustimmung zu der ärztlichen Maßnahme erteilt hätte; das folgt daraus, dass der Arzt das Vorliegen eines die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ausschließenden Rechtfertigungsgrundes zu behaupten und zu beweisen hat (RS0108185).

[10] 3.1 Grundlage für eine Haftung des Arztes wegen einer Verletzung der Aufklärungspflicht ist in erster Linie das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in dessen körperliche Integrität durch den ärztlichen Eingriff eingegriffen wird (RS0118355).

[11] 3.2 Das Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG), BGBl I 2012/80 idgF, das anzuwenden ist, wenn ästhetische Behandlungen und Operationen ohne medizinische Indikation durchgeführt werden, enthält ausdrückliche Regelungen über die ärztliche Aufklärung (§ 5 ÄsthOpG) und die Einwilligung (§ 6 ÄsthOpG). Während § 5 ÄsthOpG den notwendigen Inhalt der Aufklärung vorgibt, wobei im vorliegenden Fall nicht strittig ist, dass auch dem Eingriff vom 23. 3. 2016 eine dieser Bestimmung entsprechende Aufklärung voranging, ordnet § 6 Abs 1 ÄsthOpG an, dass eine ästhetische Operation nur durchgeführt werden darf, wenn die Patientin (der Patient) nach umfassender ärztlicher Aufklärung (§ 5) ihre

(seine) Einwilligung nachweislich dazu erteilt hat, und eine Frist von zumindest zwei Wochen zwischen der abgeschlossenen ärztlichen Aufklärung und der Einwilligung einzuhalten ist.

[12] 3.3 Zweck der gesetzlich angeordneten Wartefrist ist, dem Patienten eine ausreichend lange Überlegungsfrist einzuräumen, innerhalb derer alle Argumente nochmals gegeneinander abgewogen werden sollen und möglicherweise auch Zweitmeinungen eingeholt werden können. Danach soll die ästhetische Operation ohne Zeitdruck, aufgrund einer bewussten Entscheidung und erst nach reiflicher Überlegung und Reflexion durch die Patienten erfolgen (ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 9; vgl auch *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht<sup>3</sup> Kap IV Rz 74). Die Bestimmung des § 6 Abs 1 ÄsthOpG soll den Patienten ausreichend Zeit zur Überlegung und Reflexion geben, um eine Einwilligung in die Behandlung möglich zu machen, und bringt daher die Selbstbestimmung der Patienten zum Ausdruck (*Maleczky* in *Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar [2016] § 6 ÄsthOpG Rz 7). Der Oberste Gerichtshof hat zur Frist des § 6 Abs 1 ÄsthOpG daher unter Berufung auf die Lehre (*Pitzl/Huber*, Aufklärungs-, Einwilligungs- und Informationspflichten nach dem ÄsthOpG, RdM 2014/82 [90]; *Maleczky* aaO Rz 7) bereits ausgesprochen, dass die ästhetische Behandlung oder Operation als rechtswidriger Eingriff in die körperliche Integrität beurteilt werden muss, wenn der Eingriff vor Ablauf der Frist erfolgt (6 Ob 120/18t). Mit Fragen des rechtmäßigen Alternativverhaltens musste sich der 6. Senat in dieser Entscheidung nicht auseinandersetzen, weil der vom beklagten Arzt in der Revision erhobene Einwand als Verstoß gegen das Neuerungsverbot unbeachtlich war.

[13] 4.1 Eine vor dem Ablauf der Frist durchgeführte Operation im Sinn des § 3 Abs 1 Z 1 ÄsthOpG ist als eigenmächtige Behandlung grundsätzlich rechtswidrig. Ein Ausschluss des Einwands eines rechtmäßigen Alternativverhaltens ist nach dem Zweck der Frist des § 6 Abs 1 ÄsthOpG entgegen der Ansicht der Klägerin jedoch nicht zu rechtfertigen:

[14] 4.2 Nach der Rechtsprechung bedarf ein Ausschluss dieses Rechtfertigungsgrundes einer besonderen Begründung und ist auf einen sehr engen Bereich zu beschränken (vgl nur 1 Ob 248/14y). Beispiele für Fälle, in denen dieser Einwand außer Betracht zu bleiben hat, finden sich besonders für das Gebiet der Amtshaftung. So wird etwa für eine ohne richterlichen Befehl vorgenommene Freiheitsentziehung vertreten, dass sich der beklagte Rechtsträger nicht darauf berufen kann, die Haft wäre auch vom zuständigen Richter verhängt worden und dabei derselbe Schaden eingetreten (RS0027498). In solchen Fällen erfülle der Schadenersatzanspruch auch eine Sanktions- und Präventionsfunktion, sodass bei Nichtbeachtung des vorgesehenen Verfahrens der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens unbeachtlich sei. Verschiedentlich wird danach unterschieden, ob Vorschriften ein mit besonderen Sicherheitsgarantien ausgestattetes Verfahren gewährleisten sollen bzw ob ein streng ausgestaltetes Verfahren dem besonderen Schutz hochrangiger Güter dient (vgl nur 5 Ob 52/11z und die darin angeführten Beispiele). Die bloße Verletzung von Zuständigkeitsvorschriften, Verfahrensvorschriften oder Formalfehler können den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens hingegen regelmäßig nicht ausschließen. Ob einer Schutznorm diese Anordnung entnommen werden kann, ist im jeweiligen



Einzelfall durch Auslegung des Zwecks der verletzten Schutznorm zu ermitteln (1 Ob 12/10m; RS0027498).

[15] 4.3 Auch wenn die Wartefrist des § 6 Abs 1 ÄsthOpG – wie die Klägerin betont – bezweckt, dass die Patienten für die Einwilligung in eine ästhetische Operation reiflich Zeit zur Überlegung und Reflexion zur Verfügung haben und ihnen dadurch auch die Möglichkeit eröffnet werden soll, allenfalls weitere Fachmeinungen einzuholen, kann allein der Verkürzung dieser Frist kein solches Gewicht beigemessen werden, wie es in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für einen gänzlichen Ausschluss des Einwands eines rechtmäßigen Alternativverhaltens gefordert wird. 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, bietet damit keinen Anlass, von den allgemein für eine schadenersatzrechtliche Haftung wegen Aufklärungs- oder Einwilligungsmängeln geltenden Grundsätzen abzugehen. Nach § 11 ÄsthOpG ist das Zuwiderhandeln gegen die Anordnungen des § 6 ÄsthOpG eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe von 15.000 EUR zu bestrafen ist, sodass auch ein besonderes Bedürfnis nach Prävention, das es rechtfertigen würde, in einem solchen Fall den Einwand auszuschließen, nicht zu erkennen ist.

[16] 4.4 Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ist mit der Beweislastumkehr verbunden. Das erfordert vom beklagten Arzt – liegt wie im vorliegenden Fall eine ästhetische Operation vor und wurde die Wartefrist des § 6 Abs 1 ÄsthOpG verkürzt – den Nachweis, dass der Patient (hier die Klägerin) auch bei Inanspruchnahme der gesetzlich vorgesehenen Frist zur Überlegung und Reflexion

seine Einwilligung zum Eingriff erteilt hätte, also auch nach reiflicher Überlegung zu demselben Entschluss gekommen wäre, und erfasst auch die faktische Verlängerung dieser Wartefrist durch die Anordnung in § 6 Abs 3 ÄsthOpG, nach der der Eingriff erst am Tag nach der Einwilligung vorgenommen werden darf. Darauf stellt die Klägerin in ihrem Rechtsmittel aber ohnedies nicht ab. Sie behauptet auch nicht, dass die Feststellung des Erstgerichts, sie hätte dem Eingriff auch bei Einhaltung einer zweiwöchigen Frist zwischen Aufklärung und Einwilligung jedenfalls zugestimmt, anders zu verstehen wäre. Damit sind die Vorinstanzen aber zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagte den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erheben durfte und den ihm damit auferlegten Beweis auch erbrachte.

[17] 4.5 Die von der Klägerin für ihren Standpunkt herangezogene Anordnung des § 5 Abs 1 Z 9 ÄsthOpG bezieht sich schon ihrem Wortlaut nach nur auf die Aufklärung selbst und nicht auch auf die Wartefrist des § 6 Abs 1 ÄsthOpG (Arg „[...] Verzicht auf diese ärztliche Aufklärung [...]“). Hier besteht kein Zweifel, dass der Beklagte die Klägerin im Sinn des § 5 ÄsthOpG aufgeklärt hat. Ob bei einem (gänzlichem oder teilweisen) Unterbleiben der Aufklärung im Anwendungsbereich des ÄsthOpG der Einwand eines rechtfertigten Alternativverhaltens zu entfallen hätte, weil die Patienten nicht wirksam auf die Aufklärung verzichten können (dazu *Pitzl/Huber* aaO 88 f), muss daher nicht geprüft werden.

[18] 5. Der Revision ist damit ein Erfolg zu versagen.

[19] 6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 41 Abs 1 ZPO iVm § 50 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof  
Wien, am 18. März 2021  
Dr. J e n s i k  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: