

**Univ.-Prof. Dr. Alois Birklbauer**

**Institutsvorstand am Institut für Strafrechtswissenschaften  
Leiter der Abteilung für Praxis der Strafrechtswissenschaften  
und Medizinstrafrecht  
Johannes-Kepler-Universität Linz**

# Mögliche Alternativen gegen die (verstärkte) Kriminalisierung ärztlicher Kunstfehler

<b>1. Einleitung</b>	<b>10</b>
<b>2. Ärztliche Kunstfehler unter „besonders gefährlichen Verhältnissen“</b>	<b>11</b>
<b>3. Wiedereinführung und Erweiterung des Medizinalpersonenprivilegs bei der Körperverletzung</b>	<b>14</b>
<b>4. Erweiterung diversioneller Verfahrenserledigung</b>	<b>21</b>
<b>5. Zusammenfassung und Ausblick</b>	<b>25</b>
<b>6. Literaturverzeichnis</b>	<b>27</b>

*Das Vorhandensein von Strafnormen ist das Ergebnis eines gesellschaftlichen Konsenses. Das Strafrecht ist daher im selben Maße relativ und von aktuellen gesellschaftlichen Strömungen abhängig wie die Rechtsordnung insgesamt. Ihre Weiterentwicklung lebt davon, dass das Vorhandensein und die Ausgestaltung von Normen stets auf ihre Notwendigkeit und Angemessenheit hin zu hinterfragen ist. Vor diesem Hintergrund sollen auch die folgenden Überlegungen über mögliche Alternativen gegen die verstärkte Kriminalisierung ärztlicher Kunstfehler stehen, die im Bereich des materiellen Strafrechts eine bessere Fassbarkeit grober Fahrlässigkeit ebenso zum Inhalt haben wie die Wiedereinführung einer Privilegierung für das medizinische Personal im Bereich fahrlässiger Körperverletzungen. Für das Strafprozess- und Sanktionenrecht soll die Ausweitung diversioneller Verfahrenserledigung auf Tötungsdelikte allgemein thematisiert werden, die auch im medizinischen Bereich eine sachgerechte Erledigung von Kunstfehlern, die zum Tod eines Patienten geführt haben, ermöglichen könnte. Die folgenden Überlegungen sind als Anregungen für einen Diskussionsprozess gedacht, der im Zuge der geplanten umfassenden Novellierung des StGB im Jahre 2015 sicherlich stattfinden wird.*

# 1. Einleitung

In einem Beitrag im Anschluss an den Gmundner Medizinrechtskongress 2009 habe ich mich mit der Frage beschäftigt, ob die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß ist.<sup>1</sup> Dabei habe ich unter rechtspolitischen Gesichtspunkten verschiedene Vorschläge in Richtung einer Zurückdrängung des Strafrechts gemacht, die trotz reger strafrechtlicher Reformtätigkeit in den vergangenen Jahren bislang nicht umgesetzt wurden. Für das Jahr 2015 ist anlässlich der 40-jährigen Geltung des StGB eine umfassende Strafrechtsreform geplant.<sup>2</sup> Dies soll den Anlass bilden, im folgenden Beitrag über manche längst fällige Reformen im Bereich des Medizinstrafrechts weiter nachzudenken – unter dem Fokus, Alternativen gegen die verstärkte Kriminalisierung ärztlicher Kunstfehler zu finden. Dabei wird sich der erste Teil (2.) mit der Tendenz der Strafverfolgungsbehörden beschäftigen, ärztliche Kunstfehler, die zur Verletzung oder Tötung führen, insbes. wenn sie im Krankenhaus bzw. im Zuge von Operationen passiert sind, als „unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ (§ 81 Abs. 1 Z 1 StGB) begangen einzustufen. Der zweite Teil (3.) wird dem mittlerweile gestrichenen Medizinalpersonenprivileg bei nicht schweren Körperverletzungen bis zu 14 Tagen „nachtrauern“ und einer adaptierten Wiedereinführung des Wort reden, weil dadurch der Grundgedanke des Strafgesetzgebers des Jahres 1975, dass das erhöhte Risiko der medizinischen Berufe sich in einer reduzierten Anwendbarkeit des Strafrechts abbilden sollte, unterstrichen werden kann. Der letzte Teil (4.) wird sich schließlich der Frage widmen, ob nicht bestimmte ärztliche Kunstfehler – selbst wenn sie zum Tod führen – einer diversionellen Verfahrenserledigung zugänglich sein sollten, weil damit nicht nur eine entsozialisierende Stigmatisierung der behandelnden Mediziner vermieden, sondern auch verbesserte Möglichkeiten eines Fehlermanagements sowie eine verstärkte Berücksichtigung von Opferinteressen geschaffen werden könnten. Zusammenfassende Schlussfolgerungen (5.) stehen als gleichsamer Ausblick am Ende des Beitrags.

1 Birklbauer, RdM 2009, 251.

2 Siehe dazu den vor wenigen Wochen veröffentlichten Bericht der Arbeitsgruppe StGB 2015; abrufbar unter [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III\\_00104/imfname\\_366604.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/III/III_00104/imfname_366604.pdf).

## 2. Ärztliche Kunstfehler unter „besonders gefährlichen Verhältnissen“

### 2.1. Blickpunkt der besonderen Gefährlichkeit

Nach § 81 Abs. 1 Z 1 StGB ist eine fahrlässige Tötung mit dem dreifachen Strafsatz (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) bedroht, wenn sie „unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ begangen wird. Dieses Qualifikationskriterium existiert in gleicher Weise für die fahrlässige Körperverletzung (vgl. § 88 Abs. 3 und 4 zweiter Fall StGB; jedoch mit geringeren Strafsätzen). Angesichts dieser erheblichen Sanktionsverschärfung stellt sich die Frage, wie die besondere Gefährlichkeit einer Verhaltensweise gefasst werden kann, um eine sachgerechte Leitlinie für den Einzelfall zu bilden. Allgemein werden unter besonders gefährlichen Verhältnissen Umstände verstanden, „*welche aus der Sicht ex ante nach allgemeiner Erfahrung die außergewöhnlich hohe Wahrscheinlichkeit eines Unfalls mit tödlichem Ausgang oder schweren Folgen (§ 84) begründen*“<sup>3</sup>. Legt das Wort „Unfall“ einen Bezug zum Straßenverkehr nahe, so zeigt dies zwar den Hauptanwendungsfall dieser Qualifikation, stellt aber keineswegs eine Begrenzung dafür her. Gemeint ist lediglich, dass es sich um eine nicht gewollte Gefahreneskalation handelt und den Bezugspunkt nicht der eingetretene Erfolg, sondern die Sorgfaltswidrigkeit der Handlung bildet.

Einigkeit herrscht weiters darin, dass diese besonders gefährlichen Verhältnisse sowohl durch einen besonders gefahrträchtigen Einzelumstand begründet werden können als auch im Wege einer wertenden Gesamtschau aus einer Häufung mehrerer – für sich genommen nicht besonders gefährlicher – Faktoren (Mosaiktheorie)<sup>4</sup>. Gerade hier tendiert die Praxis zu einer extensiven Handhabung der Qualifikation des § 81 Abs. 1 Z 1 StGB. Dies lässt sich vor allem auch für ärztliche Kunstfehler im Krankenhausalltag feststellen, wo – zumindest im Bereich der Anklage – auf Grund der allgemein als sehr gefährlich eingestuften Krankenhaussituation allzu rasch auf eine besondere Gefährlichkeit der Situation abgestellt wird<sup>5</sup>. Eine sachgerechte Lösung kann nur darin bestehen, dass bei beruflichem Han-

---

3 Kienapfel/Schroll, BT I3 § 81 Rz 10.

4 Siehe dazu mit Nachweisen etwa Kienapfel/Schroll, BT I3 § 81 Rz 18.

5 Siehe in diese Richtung Schwaighofer, Salzburger Nachrichten vom 7.4.2014.

deln, das stets besonders gefahrgeneigt ist (wie z.B. eine Herzoperation), nicht schon aus diesem Umstand allein auf eine Gefährlichkeitsqualifikation geschlossen werden kann, sondern im Sinne einer „bereichsspezifischen Interpretation“ die für Eingriffe dieser Art übliche hohe Normalgefahr durch das sorgfaltswidrige Verhalten in erheblicher Weise gesteigert worden sein muss<sup>6</sup>. Insofern ist bei einem medizinischen Eingriff etwa eine erhebliche Anzahl von Sorgfaltswidrigkeiten im Rahmen der Handlung oder eine extrem sorgfaltswidrige Einzelhandlung erforderlich, um diese Qualifikationsnorm begründen zu können.

Die erwähnte teils exzessive Annahme besonders gefährlicher Verhältnisse im medizinischen Bereich könnte auch eine rein praktische Ursache haben, nämlich dadurch eine Zuständigkeit des Landesgerichts (durch den Einzelrichter) zu erreichen, weil die für die einfache Form der fahrlässigen Tötung (§ 80 StGB) oder auch der fahrlässigen schweren Körperverletzung (§ 88 Abs. 4 erster Fall StGB) zuständigen Bezirksgerichte als mit der komplexen Beurteilung von ärztlichen Kunstfehlern überfordert angesehen werden. Ein Indiz dafür könnte auch sein, dass die Richter regelmäßig bloß wegen des Grunddelikts verurteilen, was mangels Bindungswirkung des Gerichts an die Subsumtion in der Anklage (vgl. §§ 262, 267 StPO) rechtlich unbedenklich ist.

## 2.2. Vorschlag der Einführung „grober Fahrlässigkeit“

Das erwähnte Arbeitspapier der Expertengruppe zum StGB 2015 sieht hinsichtlich der qualifizierten fahrlässigen Tötung unter anderem vor, die Qualifikation der besonders gefährlichen Verhältnisse in § 81 Abs. 1 Z 1 StGB darauf zu beschränken, dass der Erfolg (Tod oder Körperverletzung) „*grob fahrlässig*“ herbeigeführt wurde, wobei die grobe Fahrlässigkeit im Bereich des Allgemeinen Teils in § 6 Abs. 3 StGB geregelt werden soll. Demnach handelt grob fahrlässig, „*wer ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt, sodass der Eintritt eines dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalts als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war*“<sup>7</sup>. In den Erwägungen zu diesem Vorschlag wird ausgeführt, dass dadurch die Judikatur der Zivilgerichte zur Auslegung der Frage, was unter grober und was unter leichter Fahrlässigkeit zu verstehen ist, herangezogen werden und „*insbesondere grobes medizinisches Fehlverhalten ... in Zukunft strafrechtlich besser erfasst werden*“ kann.<sup>8</sup> Ob das gleichsam den „Stein der Weisen“ bedeutet und

6 Kienapfel/Schroll, BT I3 § 81 Rz 26; Bertel/Schwaighofer, BT I12 § 81 Rz 6 ff.

7 Expertenbericht Arbeitsgruppe StGB 2015 Seite 17.

8 Expertenbericht Arbeitsgruppe StGB 2015 Seite 19.

damit tatsächlich sachgerechtere Ergebnisse im Bereich ärztlicher Kunstfehler erzielt werden können, bleibt abzuwarten. Insbesondere erscheint fraglich, ob die Judikatur der Zivilgerichte zur groben Fahrlässigkeit tatsächlich so einfach auf den Bereich des Strafrechts übertragen werden kann, zumal von keiner Bindungswirkung an die Zivilgerichte auszugehen ist. Der Bezug zur „ungewöhnlichen und auffallenden Sorgfaltswidrigkeit“ hebt jedoch hervor, dass eine an sich gefährliche Situation für eine Qualifikation nach § 81 Abs. 1 Z 1 StGB nicht ausreichen kann, sondern zusätzliche sorgfaltswidrige Verhaltensweisen der handelnden Personen hinzukommen müssen. Wenn die Erwägungen ausführen, dass dadurch „*grob medizinisches Fehlverhalten ... besser erfasst werden*“ kann, legen sie offen, dass gerade für den medizinischen Bereich an eine restriktive Interpretation dieser Qualifikation gedacht ist. Ob die Praxis dies auch so sehen wird, bleibt abzuwarten. Wenn die im Expertenentwurf vorgeschlagene Änderung Gesetz wird, wäre jedenfalls ein erster Schritt in diese Richtung getan. Würde zusätzlich für sämtliche Fälle von fahrlässiger Tötung (§ 80 StGB) eine Ex-Lege-Zuständigkeit des Landesgerichts eingeführt, wie sie unabhängig von der Strafdrohung für komplexe Umweltsdelikte (vgl. z.B. §§ 181, 181b Abs. 3, 181c StGB) oder Wirtschaftsdelikte (z.B. §§ 153a, 159 StGB) bereits jetzt existiert (siehe § 30 Abs. 1 Z 3a bis 8b StPO), könnten auch die erwähnten Bestrebungen mancher Staatsanwaltschaften, eine Zuständigkeitsverschiebung durch übertriebene Vorwürfe zu erreichen, hintangehalten werden.

### 3. Wiedereinführung und Erweiterung des Medizinalpersonenprivilegs bei der Körperverletzung

Grundvoraussetzung jeder Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist, dass sie die Folge einer nicht lege artis vorgenommenen medizinischen Behandlung oder Betreuung ist.<sup>9</sup> Fehlt es bereits am fahrlässigen Verhalten, weil dieses lege artis erfolgte und damit noch im Rahmen der Sozialadäquanz liegt, scheidet eine strafrechtliche Verantwortung von vornherein aus. Schon in der Frage, ob es sich überhaupt um einen „Kunstfehler“ handelt, liegt damit ein beträchtlicher Beurteilungsspielraum, der durch die Strafverfolgungsbehörden auszufüllen ist. Bei sachgerechter Handhabung dieses Spielraums dürf(t)en also nur solche Fälle für die weitere Beurteilung übrig bleiben, in denen der Fehler evident ist.

#### 3.1. Strafausschließungsgrund des § 88 Abs. 2 Z 2 aF StGB

Ein Ausstieg aus der Strafbarkeit von Behandlungsfehlern könnte durch einen Strafausschließungsgrund bewirkt werden. Weil medizinische Behandlungen eine besonders hohe Gefahr für Körperverletzungen oder Gesundheitsschädigungen in sich bergen und Strafrecht entsprechend dem Ultima-Ratio-Grundsatz nur jene Fälle verfolgen und ahnden darf, für die mit anderen (rechtlichen) Mitteln nicht das Auslangen gefunden werden kann, hat bereits der Gesetzgeber des StGB 1975 durch das sogenannte „Medizinalpersonenprivileg“<sup>10</sup> in § 88 Abs. 2 Z 2 aF StGB versucht, bei relativ leichten Verletzungen sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Demnach war eine Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung von nicht mehr als 14-tägiger Dauer, die im Rahmen der medizinischen Berufsausübung<sup>11</sup> zuge-

9 Schick in AIDP (2008) nimmt eine typologische Zweiteilung der Behandlungsfehler vor in Individualbehandlungsfehler und solche, bei denen Organisationsmängel mitspielen (9 ff.).

10 Siehe zu dieser Bezeichnung z.B. *Kienapfel/Schroll*, BT I3 § 88 Rz 31 und 45. Zu den einzelnen Versionen des Gesetzes, die nach und nach sämtliche Gesundheitsberufe in den Anwendungsbereich dieser Norm einbezogen, siehe Birklbauer, RdM 2009, 253.

11 Durch dieses weite Erfordernis fallen nicht nur allfällige Folgen von Behandlungsfehlern in den Anwendungsbereich dieser Privilegierungsnorm, sondern auch Folgen von Betreuungsfehlern; siehe dazu *Burgstaller*, in: WK2 (2006) § 88 Rz 36.

fügt wurde, nicht zu bestrafen, wenn den Täter kein schweres Verschulden traf<sup>12</sup>. Bei fehlendem schwerem Verschulden herrschte somit Straffreiheit im unteren Erfolgsbereich bis zu 14 Tagen. Bei schwerem Verschulden i.S. von § 81 StGB war dagegen diese Privilegierung generell ausgeschlossen, weil § 88 Abs. 2 StGB nur auf die Fälle des § 88 Abs. 1 StGB anwendbar war, nicht dagegen bei § 88 Abs. 3 StGB, der die Qualifikationsfälle des § 81 StGB erfasst. Der Anwendungsbereich von § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB war somit nicht besonders breit.

Mit BGBl I 2010/111 wurde diese Privilegierung für das medizinische Personal im Rahmen des Budgetbegleitgesetzes 2011 insofern beseitigt, als die 14-Tage-Grenze auf alle Normunterworfenen ausgedehnt wurde, um – insbes. bei Opfern von Verkehrsunfällen – den zivilrechtlichen Schadensausgleich als alleinige Reaktion vorzusehen. Das Strafrecht will sich seither um diese Opfer nicht mehr kümmern. Begründet wurde dies mit Ultima-Ratio-Überlegungen<sup>13</sup>. Dies ist zwar insofern als durchaus positiv anzusehen, als in diesen unteren Bereichen die zivilrechtliche Wiedergutmachung ausreicht, um Rechtsfrieden herzustellen und eine zusätzliche strafrechtliche Reaktion somit nicht mehr erforderlich ist. Erfolgt eine derartige Änderung aber im Rahmen eines Budgetbegleitgesetzes, wird evident, dass eine solche Überlegung primär nicht von einem durchdachten kriminalpolitischen Konzept getragen ist, sondern von ökonomischen Gesichtspunkten. Insofern überrascht es nicht, dass das medizinische Personal seither nicht mehr gesondert privilegiert ist, sondern der Gesetzgeber einfach – wie bei Budgetbegleitgesetzen üblich – keine weiteren kriminalpolitischen Überlegungen angestellt hat, um den hinter dem Medizinalpersonenprivileg stehenden Gedanken des StGB 1975 fortzusetzen und parallel zur Ausweitung des § 88 Abs. 2 Z 1 StGB auf Körperverletzungen bis zu 14 Tagen auch den Anwendungsbereich des § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB zu verschieben, um das an sich stimmige Verhältnis innerhalb von § 88 Abs. 2 StGB aufrecht zu erhalten. Dass der Aufschrei gegen die Streichung des Medizinalpersonenprivilegs damals nicht besonders lautstark war, erklärt sich daraus, dass für diese Personengruppe keine Verschlechterung eingetreten ist, sondern lediglich eine Besserstellung beseitigt wurde. Dass damit auch ein wesentlicher Gedanke des StGB 1975, nämlich der sorgsame Umgang mit dem Strafrecht im Bereich ärztlicher Kunstfehler, beseitigt wurde, wurde vielen erst allmählich bewusst. Mittelbar wurde dadurch aber auch die bereits unter 2. erwähnte Tendenz begünstigt, bei medizinischen Kunstfehlern im Bereich der Subsumtion unter § 81 Abs. 1 Z 1 StGB strengere Maßstäbe anzulegen.<sup>14</sup>

---

12 Zur besonderen Gefahrengeneignetheit der Tätigkeit von Angehörigen der gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe als Grund für diese Regelung siehe den Bericht des Justizausschusses zum StGB 1975, Nr 959 BlgNR XIII. GP Seite 18; *Burgstaller/Schütz*, in: WK2 (2012) § 88 Rz 36.

13 Vgl. Nr. 981 BlgNR XXIV. GP Seite 88 f.

14 Siehe in diese Richtung auch *Birklbauer*, RdM 2014, 261.

## 3.2. Revitalisierung des Medizinalpersonenprivilegs

Vor diesem Hintergrund ist zu überlegen, ob nicht eine Revitalisierung dieses Gedankens aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus angebracht wäre. Schon im erwähnten Beitrag aus dem Jahre 2009 habe ich – vor dem Hintergrund des damals noch geltenden § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB und des Vergleichs mit der Rechtslage von Deutschland und der Schweiz – vorgeschlagen, diesen Strafausschließungsgrund wesentlich auszuweiten auf sämtliche fahrlässigen (leichten und schweren) Körperverletzungen, auch weil ein Zurückdrängen der Strafbarkeit die systeminterne Fehleranalyse und -aufarbeitung möglicherweise fördern würde in dem Sinne: Wenn keine Strafbarkeit droht, steigt die Bereitschaft aller Beteiligten, allfällige Fehler konsequent zu suchen und zu beheben.<sup>15</sup> Das Korrektiv des fehlenden schweren Verschuldens wurde dabei als hinreichend angesehen, um den Anwendungsbereich nicht uferlos und unsachlich werden zu lassen, zumal bei einem Wegfall der 14-Tages-Grenze die Schwere der eingetretenen Verletzung bzw. Gesundheitsschädigung im Unterschied zur damals geltenden Rechtslage ohnehin Bedeutung im Rahmen der Bewertung der Schuldschwere erlangen würde. Die nun geänderten Voraussetzungen werfen die Frage auf, ob diese Forderung aufrechterhalten bzw. modifiziert werden soll. Dazu braucht es zunächst einen Blick auf die Frage, ob nicht mit dem prozessualen Instrument der Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO), womit ein ähnliches Ziel verfolgt wird, das Auslangen gefunden werden kann.

### 3.2.1. Einstellung wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO) als ausreichende Alternative?

Die Möglichkeit der Einstellung eines Strafverfahrens wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO) ist seit 2008 geltendes Recht und hat den materiellrechtlichen Strafaufhebungsgrund des § 42 a.F. StGB abgelöst<sup>16</sup>. Nach § 191 Abs. 1 StPO hat die Staatsanwaltschaft<sup>17</sup> unter anderem von der Verfolgung einer Straftat, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht ist, abzusehen und das Ermittlungsverfahren einzustellen, wenn in Abwägung der Schuld, der Folgen der Tat und des Verhaltens des Beschuldigten nach der Tat, insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Schadensgutmachung, sowie weiterer Umstände, die auf die Strafbef-

15 Birklbauer, RdM 2009, 252 ff.

16 § 42 a.F. StGB wurde im Rahmen der Strafprozessreformbegleitgesetze durch BGBl I 93/2007 mit 31.12.2007 außer Kraft gesetzt.

17 § 191 Abs. 2 StPO ermöglicht ein solches Vorgehen dem für das Hauptverfahren zuständigen Gericht nach Erhebung der Anklage unter denselben Voraussetzungen als gleichsames Korrektiv.

messung Einfluss hätten, der Störwert der Tat als gering anzusehen wäre (Z 1) und es aus spezial- und generalpräventiven Gründen nicht einer Bestrafung oder eines diversionellen Vorgehens bedarf (Z 2). Auf Grund der Strafdrohung fallen somit sämtliche fahrlässigen leichten und schweren Körperverletzungen (§ 88 StGB) in den abstrakten Anwendungsbereich für ein solches prozessuales Vorgehen, womit auf den ersten Blick eine Revitalisierung des materiellrechtlichen Strafausschlussgrundes für das medizinische Personal, wie er in § 88 Abs. 2 Z 2 aF StGB vorgesehen war, verzichtbar erscheint.

Ein Vorgehen nach § 191 StPO ist aber im Unterschied zum ehemals in § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB normierten Medizinalpersonenprivileg von spezial- und generalpräventiven Erfordernissen abhängig. Als Voraussetzung für eine Verfahrenseinstellung dürfen eine Bestrafung (und damit verbunden die Erhebung der Anklage als Voraussetzung) sowie ein diversionelles Vorgehen (§§ 198 ff. StPO) nicht geboten erscheinen, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten (Spezialprävention) oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegen zu wirken (Generalprävention). Diese Erforderlichkeitsklausel ermöglicht den Strafverfolgungsbehörden einen breiten Beurteilungsspielraum, vor allem in Bezug auf die generalpräventive Erforderlichkeit eines strengen Vorgehens, um strafbaren Handlungen durch andere ganz allgemein entgegenzuwirken. Die empirisch nicht nachweisbare generalpräventive Wirkung<sup>18</sup> ermuntert die Rechtsanwender immer wieder zu einem exemplarisch harten Vorgehen bei Straftaten, die im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen, um die Gültigkeit einer Strafnorm zu unterstreichen und zu betonen, dass z.B. besonders angesehene und einflussreiche Mitglieder unserer Gesellschaft diesbezüglich gerade nicht privilegiert sind<sup>19</sup>. Auch wenn ärztliche Behandlungsfehler in der Öffentlichkeit breitgetreten werden, könnten sich die Strafverfolgungsbehörden dazu ermutigt sehen, dem Eindruck, dass es sich Angehörige einer bestimmten Gruppe gleichsam „immer richten können“, entgegensteuern zu müssen und Anklage zu erheben. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass gerade das Bekanntwerden der Tat in der Öffentlichkeit unter dem Gesichtspunkt der positiven Generalprävention gegen eine generalpräventive Erforderlichkeit für ein strenges Vorgehen sprechen kann<sup>20</sup> und insofern eigentlich eine gegenteilige Berücksichtigung angebracht wäre. Die unterschiedlichen Voraussetzungen zwischen § 191

---

18 Siehe mit Nw. zum Meinungsstand z.B. *Birkbauer*, in: SbgK (2008) § 46 Rz 65 f.

19 In der unterschiedlich bewerteten Bedeutung der Generalprävention kann ein wesentliches Argument für die in Österreich regional stark differierende Sanktionspraxis gesehen werden; siehe dazu zusammenfassend unter Berücksichtigung der empirischen Forschungsergebnisse *Hirtenlehner/Birkbauer*, JRP 2006, 287 ff.

20 Siehe in diese Richtung *Schroll*, in: WK-StPO (2009) § 191 Rz 68.

StPO und § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB sprechen also dafür, an einer Revitalisierung des materiellrechtlichen Strafausschließungsgrundes festzuhalten.

### **3.2.2. Anderer Blickpunkt eines materiellrechtlichen Strafausschließungsgrundes**

Generell eröffnet das Fehlen von Präventionserfordernissen für die Anwendbarkeit des Strafausschließungsgrundes des § 88 Abs. 2 StGB einen anderen Blick. Es geht hier nämlich nicht um präventive Erfordernisse im Einzelfall, über die eine sachgerechte Lösung erreicht werden soll, sondern der Gesetzgeber lässt durch einen Strafausschließungsgrund generell erkennen, dass er auf Grund des Ultima-Ratio-Gedankens bestimmte Verhaltensweisen nicht bestrafen will. Insofern wird eine kriminalpolitische Richtung für einen bestimmten Bereich vorgegeben. Die schwere Schuld ist in solchen Fällen ein ausreichendes Ausschlusskriterium, um das Absehen von der Strafbarkeit im Einzelfall zu begrenzen. Von der gesellschaftlichen Wertung her macht es folglich einen großen Unterschied, ob der Staat im Einzelfall einen Verfolgungsverzicht ermöglicht, wie er es z.B. bei § 191 StPO tut, oder ob er bei einer Norm für bestimmte Fälle oder auch bestimmte Angehörige einer Berufsgruppe generell eine fehlende Strafbarkeit statuiert und sich wertbezogen festlegt. Der Anerkennung eines berufsbedingten Risikos kann also nur im Wege eines materiellrechtlichen Strafausschließungsgrundes unterstrichen werden, nicht mit einer generellen Verfahrenseinstellungsmöglichkeit, die auch solche Fälle erfassen kann. Der materiellrechtliche Strafausschließungsgrund hat somit einen anderen Blickpunkt und trotz der umfassenden Regelung der Verfahrenseinstellung nach § 191 StPO eine eigenständige Berechtigung.

### **3.2.3. Begrenzung auf nicht schwere Körperverletzungen**

In diesem Zusammenhang stellt sich freilich die Frage, wie weit ein solcher materiellrechtlicher Strafausschließungsgrund gehen soll. Abgesehen von der an sich schweren Körperverletzung wird im Strafrecht die zeitliche Grenze zwischen schwer und nicht schwer bei 24 Tagen, die eine Verletzung bzw. Gesundheitsschädigung dauern muss, gezogen (vgl. § 84 Abs. 1 StGB). An das Überschreiten dieser Grenze ist eine höhere Strafdrohung geknüpft. Um angesichts der mittlerweile fehlenden Anerkennung des berufsbedingten medizinischen Risikos den Bogen nicht zu überspannen, erscheint es als ausreichend, die materiellrechtliche Strafausschließung an der Grenze zwischen schwerer und nicht schwerer Körperverletzung festzumachen. Hierfür soll es ein klares Bekenntnis des Gesetzgebers in Fortsetzung der bis Ende 2010 geltenden Privilegierungsvorschrift des § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB in dem Sinne geben, dass für jegliche nicht schwere Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung, die im Rahmen einer medizinischen

Tätigkeit zugefügt wird, keine Strafbarkeit bestehen soll, sofern kein schweres Verschulden vorliegt. Durch die erneute Anerkennung des mit medizinischen Berufen verbundenen Risikos soll mittelbar auch eine sachgerechte Begrenzung der besonders gefährlichen Verhältnisse (vgl. § 81 Abs. 1 Z 1 StGB) erreicht werden, wie sie bereits unter Pkt. 2 skizziert wurde.

### 3.2.4. Schweres Verschulden als ausreichendes Korrektiv

Wenn das schwere Verschulden die Grenze für die Anwendbarkeit dieses Strafausschließungsgrundes bildet, soll zum Abschluss des Kapitels dieser rechtliche Terminus noch näher ausgeleuchtet werden. Das schwere Verschulden wird bisweilen mit dem zivilrechtlichen Begriff der groben Fahrlässigkeit gleichgesetzt<sup>21</sup>, wobei jedoch auch mit dieser Gleichsetzung keine Erklärung des Begriffsinhalts verbunden ist und insgesamt eine große Unbestimmtheit herrscht. Der konkret eingetretene Erfolg wäre jedenfalls beim skizzierten Strafausschließungsgrund des § 88 Abs. 2 StGB nicht in die Beurteilung des Fahrlässigkeitsvorwurfs einzubeziehen, weil bereits durch das Abstellen auf die Grenze zwischen schwerer und nicht schwerer Körperverletzung als Voraussetzung für diese Privilegierungsnorm der Erfolg ausreichend berücksichtigt ist. Ansonsten sind für das Ausmaß des Fahrlässigkeitsvorwurfs alle unrechts- und schuldrelevanten konkreten Tatumstände gegeneinander abzuwägen.<sup>22</sup> Der objektive Sorgfaltsverstoß, der dem Tatverdächtigen angelastet wird, darf als solcher nicht auffallend und ungewöhnlich sein. Vor allem der Wahrscheinlichkeitsgrad, mit dem das zu beurteilende Verhalten einen Personenschaden befürchten ließ, sowie die Schwere des durch das Verhalten abstrakt drohenden Erfolges sind ebenso maßgeblich wie die soziale Üblichkeit des riskanten Verhaltens<sup>23</sup>, die mitunter durch ein Abstellen auf andere Angehörige dieser Berufsgruppe in dem Sinne beurteilt wird, ob sie in dieser Situation ebenso wie der konkret Tatverdächtige gehandelt hätten. Eine im Hinblick auf objektiv vorhandene Alternativen und das subjektive Können des behandelnden Arztes überdurchschnittlich riskante Behandlung ist also ein Indiz für ein schweres Verschulden.

Auch an die Schuldkomponente selbst sind strengere Anforderungen zu stellen, um von „schwerem Verschulden“ ausgehen zu können. Ein solches fehlt etwa, wenn im konkreten Fall Umstände vorliegen, die das Ausmaß der persönlichen Vorwerfbarkeit nicht bloß unerheblich herabsetzen, wie z.B. tief greifende fami-

---

21 *Fabrizy*, StGB<sup>11</sup> (2013) § 88 Rz 3; vgl schon oben unter Pkt 2.2.

22 *Burgstaller/Schütz*, in: WK<sup>2</sup> (2012) § 88 Rz 20; *Kienapfel/Schroll*, BT I<sup>3</sup> § 88 Rz 36; *Bertel/Schwaighofer*, BT I<sup>12</sup> § 88 Rz 4.

23 *Burgstaller/Schütz*, in: WK<sup>2</sup> (2012) § 88 Rz 22 f.; *Kienapfel/Schroll*, BT I<sup>3</sup> § 88 Rz 36 ff.; *Bertel/Schwaighofer*, BT I<sup>12</sup> § 88 Rz 5.

liäre Probleme oder auch eine außergewöhnliche Arbeitsüberlastung des Tatverdächtigen.<sup>24</sup> Freilich ist für das zuletzt genannte Kriterium maßgeblich, ob es dem behandelnden Arzt zumutbar war, sich gegen eine angeordnete Arbeitsüberlastung entsprechend zu wehren, wobei als Vergleichsmaßstab der mit den rechtlich geschützten Werten verbundene Dritte heranzuziehen ist. Je mehr Arbeitsüberlastungen ihre Ursache in allgemein akzeptierten Arbeitszeiten haben, umso eher muss das individuelle Verschulden eines Arztes, der nicht die nötige Energie aufbringt, gegen daraus resultierende Überlastungen anzukämpfen, als nicht schwer angesehen werden, würde doch seine Reputation darunter leiden, wenn er die von seinen Kollegen akzeptierte Überlastung als für ihn unzumutbar erachtet.

Im Unterschied dazu verlangt die (prozessuale) Möglichkeit der Verfahrenseinstellung nach § 191 StPO eine Abwägung von Schuld, Tatfolgen und Nachtatverhalten zur Feststellung des geringen Störwerts der Tat. Selbst wenn dieses Erfordernis an das fehlende schwere Verschulden bei § 88 Abs. 2 erinnert, sind beide dennoch nicht deckungsgleich. Da bei § 191 StPO der eingetretene Erfolg im Rahmen der Verschuldensbewertung stets in Relation zum Unwert des gesetzten Verhaltens zu bringen ist, hat er keine von vornherein eigenständige ausschließende Wirkung, wie dies bei § 88 Abs. 2 der Fall wäre. Stellt sich das Unrecht der Tat als gering dar, so indiziert dies unabhängig vom konkret eingetretenen Erfolg eine entsprechend geringe Schuld.<sup>25</sup> Insofern sind jedenfalls auch schwere Körperverletzungen, sofern dadurch keine Dauerfolgen eingetreten sind, einer Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit grundsätzlich zugänglich<sup>26</sup>, während sie für den hier vorgeschlagenen neuen § 88 Abs. 2 Z 2 StGB ausscheiden würden. Andererseits ist der Anwendungsbereich des § 191 StPO gegenüber § 88 Abs. 2 StGB insoweit enger, als für § 191 StPO nicht das Fehlen einer schweren Schuld ausreicht, sondern das Vorliegen eines geringen Störwerts der Tat gefordert wird, das mit dem Vorliegen von geringer Schuld gleichgesetzt wird<sup>27</sup>, und zwischen geringer und schwerer Schuld ein weiter Bereich von normaler Schuld liegt. Insofern erscheint es gerechtfertigt, einen materiellrechtlichen Strafausschließungsgrund und einen prozessualen Verfahrenseinstellungsgrund wegen Geringfügigkeit unabhängig voneinander vorzusehen: den einen, um ein berufsbedingt bestehendes höheres Risiko entsprechend zu berücksichtigen, den andern, um im Einzelfall sachgerechte Lösungen zu erzielen.

24 Burgstaller/Schütz, in: WK<sup>2</sup> (2012) § 88 Rz 24 f.; Kienapfel/Schroll, BT I<sup>9</sup> § 88 Rz 40.

25 Siehe dazu umfassend Schroll, in: WK-StPO (2009) § 191 Rz 35 ff., insbes. 48 ff.; in diese Richtung tendieren auch Bertel/Schwaighofer, BT I<sup>12</sup> § 88 Rz 10.

26 Kienapfel/Schroll, BT I<sup>9</sup> § 88 Rz 62.

27 Schroll, in: WK-StPO (2009) § 191 Rz 35.

## 4. Erweiterung diversioneller Verfahrenserledigung

„Diversion“ bedeutet „Umleitung“, also die Lösung eines strafrechtlich relevanten Sachverhalts ohne Hauptverhandlung und Gerichtsurteil. Sie ist seit dem Jahre 2000 flächendeckend im österreichischen Erwachsenenstrafrecht vorgesehen (§§ 198 ff. StPO). Im Regelfall stellt die Staatsanwaltschaft<sup>28</sup> das Verfahren endgültig nach Durchführung „begleitender Maßnahmen“ ein, und zwar (alternativ) entweder nach einem Tauschgleich, nach Zahlung einer Geldbuße oder nach Erbringung von gemeinnützigen Leistungen. Weiters ist es zulässig, das Verfahren vorläufig für eine Probezeit einzustellen, ohne dass eine zusätzliche „Leistung“ des Verdächtigen gefordert ist. Seine Leistung besteht darin, dass er während der Probezeit (ein bis zwei Jahre) keine Straftat begeht (Bewährung).

Mit Einführung der Diversionsbestimmungen wollte man – ähnlich wie beim materiellrechtlichen Strafausschließungsgrund nach § 88 Abs. 2 StGB oder der Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO) – den geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen dahingehend Rechnung tragen, dass es nicht mehr als Aufgabe des Strafrechts angesehen wird, bei jedem, wenn auch nur kleinen Verstoß gegen die Rechtsordnung mit einem ausgedehnten Strafverfahren zu reagieren (Strafrecht als Ultima Ratio). Durch die (mehr oder minder freiwillig) übernommenen sanktionersetzenden Begleitmaßnahmen (Geldbuße, gemeinnützige Leistungen, Tauschgleich oder Probezeit) kommt es zu einer Verantwortungsübernahme seitens des Verdächtigen, die ein Präventionsbedürfnis für ein intensiveres Vorgehen entfallen lässt. Darüber hinaus wird durch die Einbindung des Opfers und die bei jeder sanktionersetzten Begleitmaßnahme zulässige Kombination mit einer Schadensgutmachung der Rechtsfrieden in hinreichender Weise hergestellt. Aufgrund der sanktionersetzenden Begleitmaßnahmen kommt es bei dieser Verfahrenserledigung im Ergebnis auch zu einer größeren „Belastung“ des Beschuldigten als bei § 191 StPO oder § 88 Abs. 2 StGB, wodurch diese Möglichkeit letztlich eine Art „Anschlussstück“ an die erstgenannten Möglichkeiten bildet. Da grundsätzlich keine Deliktsbereiche von vornherein von einer diversionellen Verfahrenserledigung ausgenommen sind, kommt diese Möglichkeit auch für den Bereich ärztlicher Behandlungsfehler in Betracht.

---

28 Nach Erhebung der Anklage kommt diese Möglichkeit – gleichsam als Korrektiv – dem Gericht zu; vgl. § 199 StPO.

## 4.1. Todesfolge als unsachliches Ausschlusskriterium

Freilich kann es Begrenzung als Folge der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen geben. Ist eine Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach § 191 StPO bei sämtlichen strafbaren Handlungen mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zulässig und in weiterer Folge ein diversionelles Vorgehen nach §§ 198 ff. StPO für sämtliche strafbaren Handlungen, die nicht in die Zuständigkeit eines Schöffen- oder Geschworenengerichts fallen (§ 198 Abs. 2 Z 1 StPO<sup>29</sup>), womit letztlich strafbare Handlungen mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe diversions-tauglich wären, hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, diese alternative Verfahrenserledigung bei Todesfolge – unabhängig von Strafdrohung oder Zuständigkeit – generell auszuschließen (§ 198 Abs. 2 Z 3 StPO). Obwohl das Grunddelikt der fahrlässigen Tötung (§ 80 StGB), also speziell im medizinischen Bereich Behandlungsfehler ohne grobe Fahrlässigkeit, in die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts fällt, besteht somit für die Staatsanwaltschaft keine Alternative zur Anklage mit der Folge, dass der Vorwurf in einer öffentlichen Hauptverhandlung erledigt werden muss.<sup>30</sup> Damit scheidet ein weiter Bereich medizinischer Behandlungsfehler von vornherein aus dem Diversionbereich aus.

Dass der Gesetzgeber diese Position letztlich nicht als in Stein gemeißelt ansieht, offenbart ein Blick auf § 7 Abs. 2 Z 2 JGG.<sup>31</sup> Nach dieser Bestimmung kann bei nicht schwerer Schuld auch beim Tod eines Menschen diversionell vorgegangen werden, wenn ein Angehöriger eines jugendlichen Beschuldigten fahrlässig getötet worden ist<sup>32</sup> und eine Bestrafung im Hinblick auf die durch den Tod des Angehörigen beim Beschuldigten verursachte schwere psychische Belastung nicht geboten erscheint. Es wird also ein spezifisches Schuldkriterium, nämlich die persönliche Betroffenheit des Beschuldigten durch die Tat, besonders hervorgehoben, das ohnehin im Rahmen der Schuldbewertung zu berücksichtigen ist (vgl. § 34 Abs. 1 Z 19 StGB).

29 Für Jugendstrafsachen ist die Zuständigkeit des Schöffen- oder Geschworenengerichts kein Ausschlussgrund für ein diversionelles Vorgehen; vgl. § 7 Abs. 2 JGG. Im Erwachsenenstrafrecht hat der Gesetzgeber mit BGBl I 2013/195 „leichte Fälle von Amtsmissbrauch“ (§ 302 Abs. 1 StGB) vom Diversionsverbot bei schöffengerichtlicher Zuständigkeit ausgenommen; vgl. § 198 Abs. 3 StPO.

30 Die öffentliche Hauptverhandlung kann ab 1.1.2015 dem Angeklagten erspart werden, wenn die Staatsanwaltschaft ein Mandatsverfahren nach § 491 StPO beantragt. In solchen Fällen ergeht das Urteil in Form einer Strafverfügung, deren Inhalt von Staatsanwaltschaft, Beschuldigtem und Opfer beeinsprucht werden kann. Ein zulässiger Einspruch bewirkt dann die Durchführung einer (öffentlichen) Hauptverhandlung.

31 I.d.F. BGBl I 93/2007.

32 Dies gilt an sich auch für eine fahrlässige Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen nach §§ 80, 81 StGB; siehe dazu *Schroll*, in: WK-StPO (2011) § 198 Rz 45.

Insofern ist diese Ausnahme auf der einen Seite nicht besonders weitgehend. Sie kann jedoch auf der anderen Seite als Versuch des Gesetzgebers gedeutet werden, den generellen Ausschluss der Diversion bei Todesfolge unabhängig vom im Raum stehenden Schuldvorwurf zu lockern, da er sich als nicht mehr zeitgemäß darstellt.

Unabhängig davon wurde ohnehin schon mehrfach die Forderung erhoben, auch bei Todesfolge ein diversionelles Vorgehen zu ermöglichen, weil das Erfordernis der fehlenden Schuldschwere ein ausreichendes Korrektiv enthält, um dem Vorwurf des „Freikaufens von Verantwortung“ entgegenzutreten zu können.<sup>33</sup> Durch diese Möglichkeit eines diversionellen Vorgehens könnte speziell bei medizinischen Behandlungs- und Betreuungsfehlern mit Todesfolge eine organisationsinterne Aufarbeitung solcher Fälle erleichtert sein, weil eine solche Aufarbeitung für sich schon zu einem geringeren Schuldvorwurf führen könnte, die letztlich in eine diversionelle Verfahrenserledigung mündet.

Für diese Forderung nach Erweiterung der Diversionsmöglichkeiten auf die Fälle von Todesfolge kann auch ein Vergleich mit der Diversionsregelung des deutschen Strafrechts angeführt werden. Nach § 153 dStPO kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen<sup>34</sup>, wozu auch eine fahrlässige Tötung (§ 222 dStGB) gehört, mit Zustimmung des Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht.<sup>35</sup> Kommt ein Vorgehen nach § 153 dStPO wegen öffentlichen Interesses an der Verfolgung nicht in Betracht, so hat die Staatsanwaltschaft nach § 153a dStPO noch die Möglichkeit, mit Zustimmung des Gerichts vorläufig von der Anklageerhebung unter Erteilung von Auflagen und Weisungen abzusehen, wenn dadurch das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung beseitigt werden kann und die Schwere der Schuld dem nicht entgegensteht. Als Auflagen oder Weisungen kommen beispielsweise Schadensgutmachung, Geldzahlungen zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse sowie sonstige gemeinnützige Leistungen in Betracht. Diese Auflagen bzw. Weisungen sind binnen einer Frist von höchstens sechs Monaten zu erbringen. Werden sie erfüllt, wird das Verfahren endgültig eingestellt mit der Konsequenz, dass es als Vergehen nicht mehr verfolgt werden kann. Ein Vorgehen nach § 153a dStPO kommt in Deutsch-

---

33 Siehe etwa die Nw. bei *Birkbauer*, JSt 2004, 109 ff.; *ders.*, RdM 2009, 255 f.

34 Vergehen sind nach § 12 Abs. 2 dStGB rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe unter einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht sind. Da die fahrlässige Tötung kein Mindeststrafmaß vorsieht, handelt es sich um ein Vergehen.

35 Ein öffentliches Interesse kann trotz geringer Schuld etwa aus spezial- und generalpräventiven Gründen gegeben sein, wegen des Interesses der Allgemeinheit an der konkreten Straftat oder wegen der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben; siehe dazu *Meyer-Gößner*, StPO<sup>56</sup> § 153 Rz 7.

land bei fahrlässiger Tötung auch immer wieder vor.<sup>36</sup> Nachdem das deutsche Straf- und Strafverfahrensrecht vergleichbaren Prinzipien wie das österreichische Strafrecht folgt, lässt sich daraus folgern, dass das Normgeltungsbewusstsein keineswegs darunter leiden würde, wenn die Diversionsregelung auch auf Fälle von fahrlässiger Todesfolge ausgedehnt würde.

## 4.2. Fehlende schwere Schuld als ausreichendes Korrektiv

Eine diversionelle Verfahrenserledigung ist nur zulässig, wenn die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer (vgl. § 32 StGB) anzusehen ist (§ 198 Abs. 2 Z 2 StPO). Insofern ist ein ausreichendes Korrektiv vorhanden, weil der eingetretene Erfolg in Relation zum Handlungs- und Gesinnungsunwert des gesetzten Verhalten stehen muss. Die Todesfolge bedeutet im Rahmen der Schuldbewertung nicht unbedingt, dass eine schwere Schuld vorhanden ist. Bei entsprechend geringem Handlungs- oder Gesinnungsunwert ist durchaus von fehlender schwerer Schuld auszugehen. Eine Relation zu den anderen alternativen Erledigungen von ärztlichen Kunstfehlern würde bei einer Ausweitung der diversionellen Verfahrenserledigung auf Fälle mit (fahrlässiger) Todesfolge insofern bestehen, als im unteren Bereich bis zur schweren Körperverletzung bei fehlendem schweren Verschulden ein materiellrechtlicher Strafausschlussgrund vorhanden wäre (§ 88 Abs. 2 Z 2 StGB in der hier vorgeschlagenen Fassung). Dadurch käme zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber letztlich die besondere Gefährlichkeit medizinischer Tätigkeit bis zu einem bestimmten Maß an Sorgfaltswidrigkeit und Schuld (kein schweres Verschulden) sowie bis zu einem bestimmten Grad an Erfolgsschwere (keine schwere Körperverletzung im Sinne von § 84 Abs. 1 StGB) durch einen Verzicht auf Strafe anerkennen würde. Für eine größeres Maß an Erfolgsschwere (letztlich sogar bei fahrlässiger Todesfolge) würde „bei geringem Störwert der Tat“ sowie fehlender präventiver Erforderlichkeit die Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit (§ 191 StPO) greifen. Erreicht der Fahrlässigkeitsvorwurf ein höheres Maß (zwar keine schwere Schuld, aber doch erhebliche Schuld, die deutlich über einer „geringen Schuld“ bzw. einem „geringen Störwert der Tat“ liegt), kommt eine Verfahrenseinstellung nur nach Erbringung sanktionsersetzender Begleitmaßnahmen (Diversion im Sinne von §§ 198 ff. StPO) in Betracht. Ein solch abgestuftes Reaktionssystem würde es auf der einen Seite ermöglichen, möglichst zeitnah eine interne Fehleranalyse durchzuführen, was mittelbar der Patientensicherheit dient. Auf der anderen Seite würde durch die ersparte Verurteilung eine Stigmatisierung der Person, welcher der Fehler unterlaufen ist, vermieden, wenngleich

36 Siehe dazu etwa *Meyer-Goßner*, StPO<sup>56</sup> § 153a Rz 8.

eine Verantwortungsübernahme bei erheblichem Fahrlässigkeitsvorwurf wohl stattgefunden haben muss. Durch die Ausrichtung der verfahrensbeendenden Erledigung dahingehend, dass in derem Zuge auch eine Opferentschädigung zu suchen ist, wird schließlich auch den Patientenrechten weitgehend entsprochen.

## 5. Zusammenfassung und Ausblick

Sowohl die fahrlässige Körperverletzung als auch die fahrlässige Tötung ist durch besonders gefährliche Verhältnisse im Sinne von § 81 Abs. 1 Z 1 StGB qualifiziert. Dieses unbestimmte Kriterium wird in der Praxis, wenn es sich um ärztliche Behandlungsfehler handelt, oft in dem Sinne extensiv ausgelegt, dass schon aus der gefährlichen Situation allein, welche eine Operation oder auch der Krankenhausalltag mit sich bringt, auf diese Verhältnisse geschlossen wird. Die Expertengruppe zum StGB 2015 schlägt zur besseren Handhabbarkeit dieses Kriteriums die Verknüpfung mit der aus dem Zivilrechtsbereich bekannten „groben Fahrlässigkeit“ vor. Dadurch könnte zumindest gewährleistet werden, dass ohne spezifische zusätzliche fahrlässige Verhaltensweisen keine Annahme der Qualifikation des § 81 Abs. 1 Z 1 StGB möglich wäre. Ein Weg in Richtung sachgerechte Anwendung der Fahrlässigkeitshaftung auf den Medizinbereich könnte dadurch eingeschlagen werden.

Mit Streichung des Medizinalpersonenprivilegs durch das Budgetbegleitgesetz 2011 hat der Gesetzgeber auch die im materiellen Strafrecht normierte Anerkennung der mit medizinischen Berufen typischerweise verknüpften Gefährlichkeit beseitigt. Die seit 2008 normierte generelle prozessuale Möglichkeit, Strafverfahren wegen Geringfügigkeit einzustellen (§ 191 StPO), hat einen anderen Blickpunkt und kann daher kein Ersatz für eine Anerkennung der berufsbedingten Gefährlichkeit im materiellen Strafrecht sein. Insofern ist an der Wiedereinführung eines materiellrechtlichen Strafausschlussgrundes, wie er in § 88 Abs. 2 Z 2 a.F. StGB vorgesehen war, festzuhalten. In diesem Zusammenhang sollte die Neufassung sämtliche Körperverletzungen und Gesundheitsschädigungen, die unter dem Schweregrad des § 84 Abs. 1 StGB liegen, erfassen. Die fehlende schwere Schuld als Ausschlusskriterium ist zum einen ausreichendes Korrektiv für sachgerechte Entscheidungen, zum andern bleibt auch hinreichender Anwendungsbereich für die prozessuale Einstellungsmöglichkeit wegen Geringfügigkeit

(§ 191 StPO), die bei höherem Erfolgsunwert zum Zug kommt und für Einzelfallgerechtigkeit sorgen kann.

Unter Sachlichkeitsgesichtspunkten ist es letztlich nicht einzusehen, dass das Gesetz eine diversionelle Verfahrenserledigung (§§ 198 ff. StPO) bei Todesfolge – unabhängig von der Schwere des Verschuldens oder der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts – von vornherein ausschließt (vgl. § 198 Abs. 2 Z 3 StPO). Die Verschuldensschwere ist letztlich in Kombination mit der präventiven Erforderlichkeit ein ausreichendes Kriterium, die diversionelle Verfahrenserledigung sachgerecht zu begrenzen, zumal ja durch die Tataufklärung und die Verantwortungsübernahme seitens des Beschuldigten eine in jeder Hinsicht spürbare Reaktion auf die Straftat erfolgt. Gerade für den Bereich medizinischer Behandlungsfehler würden sich damit auch neue Möglichkeiten für eine rasche interne Fehleranalyse eröffnen. Durch die Verpflichtung, im Rahmen diversioneller Verfahrenserledigung Opferinteressen zu befriedigen, wäre eine solche Möglichkeit durchaus auch im Sinne von Patienteninteressen gelegen. Bleibt zu hoffen, dass sich die Reform des StGB im Jahre 2015 nicht nur auf ausgewählte Bereiche des materiellen Strafrechts beschränkt, sondern im Sinne einer weiten Sichtweise auch strafrechtliche Reaktionen miteinbezieht und vor diesem Hintergrund auch die Möglichkeit diversioneller Verfahrenserledigung erweitert.

## 6. Literaturverzeichnis

- Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I (§§ 75 bis 168b StGB). 12. Auflage (2012; abgekürzt: BT I<sup>2</sup>).
- Birklbauer*, Ist die Befassung von Strafgerichten mit ärztlichen Behandlungsfehlern noch zeitgemäß? Rechtspolitische Betrachtungen, RdM 2009, 251–259.
- Birklbauer*, Reform der Diversion? Vorgesehene und diskutierte Änderungen, JSt 2004, 109–115.
- Birklbauer*, Strafrechtliche Privilegien für Ärzte als Wunsch an die StGB-Reform 2015? RdM 2014, 261.
- Birklbauer*, in: Triffterer/Hinterhofer/Rosbaud (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum StGB (SbgK) § 46 (18. Lfg.; 2008).
- Burgstaller*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum StGB. 2. Auflage (WK<sup>2</sup>), §§ 88, 89 (41. Lfg.; Austauschheft 2006).
- Burgstaller/Schütz*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum StGB. 2. Auflage (WK<sup>2</sup>), §§ 88, 89 (41. Lfg.; Austauschheft 2012).
- Fabrizy*, StGB und ausgewählte Nebengesetze. Kurzkomentar. 11. Auflage (2013; abgekürzt: StGB<sup>11</sup>).
- Hirtenlehner/Birklbauer*, Lokale Gerichtskulturen – Die vernachlässigte Perspektive zur Erklärung regionaler Strafdisparitäten, JRP 2006, 287–298.
- Kienapfel/Schroll*, Strafrecht Besonderer Teil I. Delikte gegen Personenwerte. 3. Auflage (2012; abgekürzt: BT I<sup>3</sup>).
- Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung. 56. Auflage (2013; abgekürzt: StPO<sup>56</sup>).
- Schick*, Einleitungsstatement, in: *Landesgruppe Österreich der Internationalen Strafrechtsgesellschaft AIDP (Hrsg.)*, Aufklärungspflicht und Arzthaftung bei der Heilbehandlung und anderen medizinischen Eingriffen. Rechtliche Probleme des Berufsalltags der Ärzte. Symposium am 28. September 2007 in Wien (2008) 9 ff.
- Schroll*, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zur StPO (WK-StPO), §§ 191, 192 (77. Lfg.; 2009) und §§ 198–203 (162. Lfg.; 2011).
- Schwaighofer*, Durch Risikoberuf benachteiligt, Salzburger Nachrichten 7.4.2014.