

Mag. Georg Streit

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Vorstandsmitglied der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern.

Aktuelles in Kürze

Vor dem Stechen bitte sprechen

OGH 11.6.2018, 4 Ob 115/18t

Wer sich einem Risiko aussetzt, ist sich dessen nicht immer ganz bewusst. Manchmal erfolgt das Eingehen des Risikos auch nicht ganz freiwillig oder erwünscht. Und manchmal ist man sich der Gefahren, in die man sich begibt, nicht immer ganz bewusst. Daher normiert die Rechtsordnung in bestimmten Fällen die Verpflichtung zur Aufklärung von Personen, die sich einer solchen Gefahr aussetzen.

Eine derartige Gefahr kann auch durch eine ärztliche Heilbehandlung drohen. Daher ist etwa ein Patient, der sich in ärztliche Behandlung begibt und/oder mit einem Rechtsträger eines Krankenhauses einen Behandlungsvertrag abschließt, über Art und Schwere sowie die Möglichkeit der Gefahren und schädlichen Folgen der Behandlung oder deren Unterlassung zu unterrichten. Denn auch jede ärztliche Heilbehandlung, die mit einer Verletzung der körperlichen Integrität verbunden ist, gilt als Körperverletzung und wäre rechtswidrig, stimmte der Patient ihr nicht zu.

An diese Zustimmung allerdings sind auch bestimmte Voraussetzungen gebunden. Sie ist nur dann wirksam, wenn der Patient zuvor auch aufgeklärt wurde. Die Beweislast dafür trifft den Arzt oder Krankenhausträger¹.

Die ärztliche Aufklärung soll den Patienten in die Lage versetzen, die Tragweite seiner Entscheidung, einer ärztlichen Behandlung zuzustimmen, zu erkennen². Die Aufklärungspflicht reicht umso weiter, "je weniger der Eingriff aus der Sicht eines vernünftigen Patienten vordringlich oder geboten ist". Zwar muss nicht auf alle nur denkbaren Folgen einer ärztlichen Behandlung hingewiesen werden⁴, besteht aber das Risiko, dass sich

"typische Gefahren" bei der Behandlung realisieren, ist die Aufklärungspflicht des Arztes verschärft⁵.

Gefahren für die körperliche Integrität drohen aber nicht nur bei einem medizinisch indizierten Eingriff, auch kosmetische Behandlungen können mitunter gesundheitliche Folgen nach sich ziehen. Daher verlangt der Gesetzgeber etwa für das Piercen und das Tätowieren durch Gewerbetreibende eine "rechtswirksame schriftliche Einwilligung der zu piercenden oder der zu tätowierenden Person".

Über die Qualität dieser Einwilligung und deren Voraussetzungen und Folgen finden sich keine näheren Regelungen in der einschlägigen Norm. Da ist es konsequent, dass der Oberste Gerichtshof die zur medizinischen Behandlung entwickelte Judikatur auch im Bereich der Schönheitspflege anwendet. Wie Ärzte haben auch Gewerbetreibende im Bereich der Schönheitspflege, eben auch Personen, die Piercen und Tätowieren anbieten, ihre Kunden über die Folgen dieser Maßnahmen ausreichend aufzuklären. Gewerbetreibende gelten als Sachverständige im Sinn des § 1299 ABGB. Daher müssen diese wie alle anderen Personen, die Berufe ausüben, die eine besondere Sachkenntnis erfordern, in der Lage sein, über typische Risiken der von ihnen angebotenen Dienstleistungen aufzuklären⁷.

Also haftete im Anlassfall des Beschlusses des OGH vom 11.6.2018, 4 Ob 115/18t der Tätowierer für die von seiner Kundin in Folge einer allergischen entzündlichen Hautreaktion aufgrund des Tattoos erlittenen Schäden, weil er sie jedenfalls nicht ausreichend über die Möglichkeiten solcher Reaktionen des Körpers auf das Tätowieren hingewiesen hatte.

In diesem Sinne sei auch Tätowierern ins Stammbuch geschrieben: "Wer nicht spricht, der auch nicht sticht!"

¹ RS 0108185

² RS 0026413

³ RS 0026375, RS 0026772

⁴ RS 0026529

⁵ RS 0026340, RS 0026581

^{6 § 2} Abs 1 der Ausübungsregeln für das Piercen und Tätowieren durch Kosmetik (Schönheitspflege-)Gewerbetreibende, BGBl II 2003/141.

⁷ RS 0023511

Freie Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken für Menschen mit (Seh-und Lese)behinderungen

UrhG-Nov 2018

Schon mit der Urheberrechts-Novelle 2015¹ ist der Zugang von "Menschen mit Behinderungen" zu urheberrechtlich geschützten Werken deutlich erleichtert worden. Mit der freien Werknutzung gemäß § 42d UrhG wurden die Bestimmungen des Marrakesch-Vertrags aus dem Jahr 2013² zur Erleichterung des Zugangs blinder, sehbehinderter oder anderweitig lesebehinderte Personen zu veröffentlichten Werken im Sinne des Urheberrechtsgesetzes innerstaatlich umgesetzt. Dabei beschränkt sich die freie Werknutzung nicht auf Menschen mit Seh- oder Lesebehinderungen. Die durch die Urh-Nov 2015 deutlich erweiterte Barrierefreiheit gestattet die Vervielfältigung und Verbreitung und öffentliche Zuverfügungstellung von urheberrechtlich geschützten Werken an Menschen mit Behinderungen in einer für sie geeigneten Form, soweit ihnen wegen ihrer Behinderung der Zugang zum Werk nicht möglich oder zumindest erheblich erschwert ist.3

Vor etwas mehr als einem Jahr, am 13.9.2017 ist zur Umsetzung des Marrakesch-Vertrags im EU-Recht die sogenannte "Marrakesch-Richtlinie"⁴⁵ erlassen worden, die bis 11.10.2018 in innerstaatliches Recht umzusetzen war. Für den Gesetzgeber ergab sich dadurch die Notwendigkeit, § 42d UrhG noch einmal anzupassen. Insbesondere verlangt die Richtlinie gegenüber der bisherigen Rechtslage die Ausdehnung der freien Werknutzung auf Datenbanken, Darbietungen, Tonträger, Filme und Sendungen, also die Erstreckung der freien Werknutzung auch auf die "Nachbarrechte" oder "verwandten Schutzrechte". Nach der Regierungsvorlage soll mit der Neufassung der freien Werknutzung

für Menschen mit Behinderungen die Verfügbarkeit von Büchern, e-Books, Zeitungen, Zeitschriften, Magazinen und anderen Schriftstücken für Personen mit Seh-oder Lesebehinderungen verbessert werden. Der Fokus der freien Werknutzung liegt nun zunächst auf seh- oder lesebehinderten Personen. Diese, wie auch in deren Namen handelnde Personen dürfen seit Inkrafttreten der UrhG-Nov 2018 am 12.10.2018 Vervielfältigungsstücke von urheberrechtlich geschützten Werken in einem barrierefreien Format zur ausschließlichen Nutzung durch die seh- oder lesebehinderte Person herstellen. Explizit enthält der Gesetzestext die Voraussetzung des rechtmäßigen Zugangs zum genutzten Werk für diese freie Werknutzung, nachdem schon mit der Urh-Nov 2015 ausdrücklich die Nutzung einer rechtmäßigen Quelle Voraussetzung für die Vervielfältigung von Werkstücken zum eigenen und zum privaten Gebrauch gem. § 42 UrhG wurde.⁷

Besondere Bedeutung kommt dabei den sogenannten "befugten Stellen für Seh- und Lesebehinderungen"8 zu, denen die Berechtigung zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken in einem barrierefreien Format eingeräumt werden.

Explizit ausgeschlossen wird die vertragliche Abgeltung dieser freien Werknutzung9. Für die freie Werknutzung steht dem Urheber nunmehr statt der angemessenen Vergütung ein finanzieller Ausgleich zu. Bei diesem ist nun insbesondere auch der Tatsache, dass die befugten Stellen für Seh-und Lesebehinderungen keinen Erwerbszweck verfolgen ebenso Rechnung zu tragen, wie den "im Gemeinwohl liegenden Zielen" des Gesetzes und den Interessen der durch die freie Werknutzung Begünstigten.¹⁰

Weiterhin dürfen im Übrigen auch Menschen mit anderen Behinderungen von der freien Werknutzung Gebrauch machen, wie der letzte Absatz des neu gefassten § 42d UrhG klarstellt. Für diese gelten die Regelungen für seh- und lesebehinderte Menschen "sinngemäß".11

- Urh-Nov 2015, BGB. I 2015/99
- Vertrag von Marrakesch zur Erleichterung des Zugangs für blinde, sehbehinderte oder anderweitig lesebehinderte Personen zu veröffentlichten Werken
- Streit in Höhne/Jung/Koukal/Streit, Urheberrecht für die Praxis²,
- Richtlinie (EU) 2017/1564 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung bestimmter urheberrechtlich oder durch verwandte Schutzrechte geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände zugunsten blinder, sehbehinderter oder anderweitig lesebehinderter Personen und zur Änderung der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl L 242 vom 20.9.2017, 6)
- Die Verordnung (EU) 2017/1563 vom 13.9.2017 über den grenzüberschreitenden Austausch von Vervielfältigungsstücken be-
- stimmter urheberrechtlich oder durch verwandte Schutzrechte geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände in einem barrierefreien Format zwischen der Union und Drittländern zugunsten blinder, sehbehinderter oder anderweitig lesebehinderter Personen (ABI L 242 vom 20.9.2017, 1 - "Marrakesch-Verordnung"), die die Rechtsbeziehungen zu Drittstaaten regelt, bedarf keiner Umsetzung.
- Vgl dazu Höhne in Höhne/Jung/Koukal/Streit, Urheberrecht für die Praxis², 406ff.
- Streit in Höhne/Jung/Koukal/Streit, Urheberrecht für die Praxis²,
- Vgl dazu Thiele in Kucsko/Handig (Hrsg), urheber.recht2, § 42d, Rn 27f.
- § 42d Abs 9 UrhG.
- 10 § 42d Abs 8 UrhG.
- 11 § 42d Abs 10 UrhG.

Pest oder Cholera – kein Honorar für die ärztliche Behandlung?

BGH 13.9.2018 –III ZR 294/16 OGH 18.7.2018, 5 Ob 75/18t

Diese Frage stellt sich natürlich nur in ganz besonderen Konstellationen. Und eine solche landete bei Gericht. Im jüngst vom deutschen Bundesgerichtshof entschiedenen Fall verweigerte der Patientin eines Zahnarztes die Bezahlung einer Behandlung, bei dir ihr acht Implantate eingesetzt worden waren. Sie machte geltend, die Implantate wären unbrauchbar gewesen, weil sie nicht tief genug in den Kieferknochen eingebracht und falsch positioniert worden seien, die Behandlung hatte sie abgebrochen. Ausgehend davon, dass ein anderer Zahnarzt eine den Regeln der zahnärztlichen Kunst entsprechende prothetische Versorgung des Gebisses aufgrund der fehlerhaften Behandlung durch den ersten Zahnarzt nicht mehr vornehmen könnte, ging der BGH für die rechtliche Beurteilung davon aus, dass bei allen in Betracht kommenden Behandlungsalternativen nur noch die Wahl zwischen "Pest und Cholera", zwischen "zwei gleich großen Übeln", wie der BGH fand, bestand. Weder war es der Patientin zumutbar, zumindest einzelne Implantate weiter zu verwenden, noch war die Entfernung der Implantate ohne Risiko einer neuerlichen Beschädigung des Kieferknochens möglich. Damit steht dem Arzt aber auch kein Honorar für seine Leistungen zu - jedenfalls nach deutschem Recht. 12.

In Österreich wäre das Ergebnis vermutlich ähnlich. Jüngst entschied der OGH (erneut), dass einem Rechtsanwalt "infolge völliger Wertlosigkeit seiner Tätigkeit" kein Honoraranspruch gegen seine Klientin zusteht. Vorausgegangen war dem ein anwaltlicher Rat, der jedoch von keiner Aufklärung über die Folgen seiner Befolgung begleitet war¹³. Zwar kommt es stets auf die Umstände des Einzelfalles an, doch kann für die ärztliche Behandlungsleistung nichts wesentlich anderes gelten, als für anwaltlichen Rat.

Und darüber hinaus führt bekanntlich eine ärztliche Aufklärungspflichtverletzung zur Haftung des Arztes für sämtliche nachteiligen Folgen. Und eine solche Verletzung liegt auch dann vor, wenn der Arzt eine schriftliche Zustimmungserklärung für einen geplanten operativen Eingriff einholt und seine Patientin in einem

Aufklärungsbogen mit detaillierten Informationen über mögliche, wenn auch seltene Komplikationen des Eingriffs hinweist (die in der Folge auch auftreten), aber ein unmittelbares persönliches ärztliches Aufklärungsgespräch unterblieben ist¹⁴, wie der OGH erst jüngst bestätigte¹⁵. Das ärztliche Aufklärungsgespräch mit dem Patienten selbst kann durch nichts ersetzt werden. ¹⁶

Schutz für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen

EuGH 19.9.2018, C-41/17

Die Sicherheit und der Gesundheitsschutz von Arbeitnehmerinnen, insbesondere von schwangeren und stillenden oder Wöchnerinnen rinnen ist seit vielen Jahr(zehnt)en Bestandteil nicht nur des österreichischen Rechts, sondern auch des Unionsrechts. Schon im Jahr 1992 erließ die (damalige) EWG eine Richtlinie zur Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz.¹⁷ Dem folgten zahlreiche weitere Maßnahmen in diesem Bereich, dazu zählt auch die Richtlinie aus dem Jahr 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.¹⁸

Kernaussage dieser Richtlinien ist, dass die betroffenen Arbeitnehmerinnen auf dem Arbeitsmarkt nicht benachteiligt werden dürfen. Sind sie einem Risiko für Sicherheit und Gesundheit ausgesetzt, ist eine Regelung zu ihrem Schutz vorzusehen. Darüber hinaus gewähren die genannten Bestimmungen des Unionsrechts z.B. Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung vor und/oder nach der Entbindung und dürfen die betroffenen Arbeitnehmerinnen nicht zur Nachtarbeit verpflichtet werden, wenn ein ärztliches Attest die entsprechende Notwendigkeit im Hinblick auf Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmerin bestätigt. Einer betroffenen Arbeitnehmerin muss ein Arbeitsplatz mit Tagarbeit oder die Beurlaubung oder Verlängerung des Mutterschaftsurlaubes ermöglicht werden. Eine ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutter-

¹² Quelle: Pressemitteilung Nr 151/2018 des BGH

¹³ OGH 12.6.2018, 5 Ob 78/18h. Ganz generell hat ein Rechtsanwalt keinen Anspruch auf Honorar, wenn der Mandant beweist, dass und aus welchen Gründen die anwaltliche Leistung wertlos war (RS0116278).

¹⁴ Z.B. OGH 22.2.2007, 8 Ob 140/06f.

¹⁵ OGH 18.7.2018, 5 Ob 75/18t.

¹⁶ OGH 30.1.1996, 4 Ob 505/96.

¹⁷ Richtlinie 92/85/EWG.

¹⁸ Richtlinie 2006/54/EG.

schaftsurlaub gilt jedenfalls als (natürlich unzulässige) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Wird eine Diskriminierung in diesem Sinne geltend gemacht, obliegt die Beweislast dem Beklagten, also im Regelfall dem Arbeitgeber, der eine objektive und angemessene, rechtlich hinreichend dargelegte Rechtfertigung vorzubringen hat.

In einem spanischen Ausgangsfall entschied der EuGH nun, dass die genannten unionsrechtlichen Bestimmungen auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Arbeitnehmerin Schichtarbeit leistet, wobei nur ein Teil ihrer Arbeitszeit in die Nacht fällt.

Der Arbeitgeber der Klägerin im spanischen Ausgangsfall hatte auch erklärt, weder ersucht zu haben, die Arbeitsbedingungen der Klägerin anzupassen, noch sie auf einen anderen Arbeitsplatz zu versetzen, da er meinte, die von der Klägerin ausgeübte Tätigkeiten und ihre Arbeitsbedingungen hätten keinerlei Auswirkungen auf das Stillen des Sohnes der betroffenen Arbeitnehmerin (und Klägerin). Eine Begründung dafür lieferte das Unternehmen nicht.

Der EuGH entschied auch hier zu Gunsten der Klägerin und hielt fest, dass es in einem solchen Fall dem Arbeitgeber obliegt, zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen ist. In Österreich ist die Richtlinie 92/95/EWG längst umgesetzt, explizit darauf Bezug genommen wird etwa in den §§ 77, 98 und 98a LandarbeitsG oder § 4 der Sicherheits- und Gesundheitsschutzkennzeichnungs-Verordnung.19

Auch die österreichische Rechtsprechung berücksichtigt die genannten unionsrechtlichen Bestimmungen, etwa im Urteil des OGH vom 24.8.2017, wonach eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts schon vorliegt, wenn eine nationale Maßnahme, sei es eine Rechtsnorm oder Gepflogenheit, zwar neutral formuliert ist, sich in ihrer Anwendung aber wesentlich mehr auf Männer als Frauen nachteilig auswirkt.20 Die Richtlinie 92/85/EWG diente auch schon zur Begrndung bei der Klärung der Frage der Rechtmäßigkeit der Kündigung einer Arbeitnehmerin, die sich einer Befruchtung in vitro unterzieht.21

²⁰ OGH 8 ObA 3917v, jüngst etwa OGH 25.6.2018, 8 ObA 19/18d.

²¹ Das ist nicht der Fall - OGH 16.6.2008, 8 ObA 27/08s.