

RECHT **RdM** DER MEDIZIN

mit Beilage
Ökonomie &
Gesundheit

Schriftleitung Christian Kopetzki

Redaktion Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Daniel Ennöckl, Meinild Hausreither,
Thomas Holzgruber, Dietmar Jahnel, Matthias Neumayr, Magdalena Pöschl,
Reinhard Resch, Hannes Schütz, Lukas Stärker, Karl Stöger,
Felix Wallner, Johannes Zahl

Juni 2019

03

81 – 120

Beiträge

Datenschutzrechtliche Anforderungen im Gesundheitsbereich *Claudia Gabauer* ➔ 84

Strafbarkeit von Eltern und Ärzten iZm Masernpartys *Lisa Cohen* ➔ 91

Neues Recht der Sterbehilfe (Teil I) *Erwin Bernat* ➔ 97

Entbindung von der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht nach
§ 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG *Bernd Wieser* ➔ 103

Der mutmaßliche Wille – ein überholtes Konzept?
Katharina Köberl und Marek Sitner ➔ 108

Rechtsprechung

Bereitschaftsdienste steirischer Kassenvertragsallgemeinmediziner
Markus Lechner ➔ 112

Leitsätze

Kostenerstattung für off-label angewendetes Arzneimittel
Claudia Steinböck ➔ 114

Ökonomie & Gesundheit

Serialisierung von Arzneimitteln – ein europäisches Projekt (II)
Karl Liebenwein, Theresia Steiner und Christiane Stockbauer ➔ Ö&G 2

Die Strafbarkeit von Eltern und Ärzten im Zusammenhang mit Masernpartys

Bei einer sog Masernparty werden gesunde, nicht gegen Masern immunisierte Kinder mit Menschen zusammengeführt, die akut an Masern erkrankt sind. Ziel ist die Ansteckung der ungeimpften Kinder mit Masernviren, damit diese die Krankheit in einem Alter durchmachen, in dem es – statistisch gesehen – seltener zu komplizierten Verläufen kommt. Der erhoffte Vorteil liegt darin, dass die Kinder eine Immunität gegen die Krankheit entwickeln, ohne etwaige Risiken und Nebenwirkungen der Impfung in Kauf nehmen zu müssen. Gleichzeitig gibt es auch hartnäckige Mythen in impfkritischer Literatur, wonach sich das Durchmachen der Masern sogar positiv auf das kindliche Immunsystem auswirke. Nach derzeitigem Stand der medizinischen Wissenschaft sind Masern jedoch keine harmlose Kinderkrankheit. Der Beitrag widmet sich der strafrechtlichen Relevanz der Mitwirkung an einer Masernparty sowie des ärztlichen Rates zu einem solchen Vorgehen.¹⁾

Von Lisa Cohen

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung und Problemstellung
- B. Unrechtsbegründung
 - 1. Absichtliche schwere Körperverletzung gem § 87 StGB
 - 2. Quälen oder Vernachlässigen unmündiger Personen gem § 92 StGB
 - 3. Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten gem § 178 StGB
 - 4. Ärztlicher Rat zur Masernparty als Bestimmung iSd § 12 zweiter Fall StGB
- C. Unrechtsbegrenzung
 - 1. Kein Haftungsausschluss aufgrund Sozialadäquanz
 - 2. (Keine) Rechtfertigung der Mitwirkung an einer Masernparty
- D. Unrechtsbewusstsein
 - 1. Irrtum über das Risikoverhältnis zwischen Masern und Impfung
 - 2. Irrtum über die Reichweite der Familienautonomie
 - 3. Irrtum über die soziale Adäquanz der „bloßen Ermöglichung“ der Ansteckung
 - 4. Kein Irrtum hinsichtlich des von § 178 StGB normierten Unrechts
 - 5. Keine Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens
- E. Zusammenfassung

A. Einleitung und Problemstellung

Masern sollten schon lange ausgerottet sein. Da der Mensch der einzige Wirt ist, könnte die Wildviruszirkulation bei entsprechend hoher Durchimpfungsrate unterbrochen und die Krankheit in weiterer Folge eli-

miniert werden. Doch statt eines Sinkens der Inzidenz kam es in den letzten Jahren zu einer erhöhten Masernaktivität.²⁾ Grund dafür ist die anhaltende Impfskepsis in der Bevölkerung.

Eine *besondere Ausprägung der Impfgegnerschaft* stellen sog *Masernpartys* dar. Dabei werden gesunde, nicht gegen Masern immunisierte Kinder mit einem infektiösen Masernpatienten zusammengeführt, um eine Ansteckung bewusst zu provozieren. Erklärt wird dieses Vorgehen damit, dass Masern eine für Kinder harmlose Krankheit seien und die dem Durchmachen derselben folgende „natürliche“ Immunität Vorteile gegenüber der Impfung aufweise.³⁾

Nach derzeitigem Stand der medizinischen Wissenschaft sind Masern jedoch *keine harmlose Kinderkrankheit*. Sie beginnt mit grippeähnlichen Symptomen; nach wenigen Tagen tritt das charakteristische Masernexanthem hinzu und das Fieber steigt abrupt an, nicht selten über 40°C. Zusätzlich bedingt das Masernvirus eine mindestens sechswöchige bis mehrjährige Immunsuppression. Die Abwehrkräfte des Kör-

1) Ausführlich beschäftigt sich die Autorin mit dem Thema in der Monographie „Die Strafbarkeit von Masernpartys“ (Dissertation, Johannes Kepler Universität Linz, November 2018). Eine Publikation in der Schriftenreihe Recht der Medizin (Manz) ist in Vorbereitung.

2) Vgl die Fallzahlen für Europa in ECDC, Disease data for measles, in ECDC Surveillance Atlas of Infectious Diseases (<https://atlas.ecdc.europa.eu/public/index.aspx>) (abgerufen am 27. 8. 2018); und für Österreich in BMASGK, Jahresstatistiken meldepflichtiger Infektionskrankheiten, in *Übertragbare Krankheiten: Statistiken und Fallzahlen* (https://www.bmgf.gv.at/home/Gesundheit/Krankheiten/Übertragbare_Krankheiten/Statistiken_und_Fallzahlen/Jahresstatistiken_meldepflichtiger_Infektionskrankheiten_seit_dem_Jahr_2000) (abgerufen am 27. 8. 2018).

3) Vgl zB Krüger et al, Masern: Merkblatt der anthroposophischen Medizin, in *Gesellschaft Anthroposophischer Ärzte Deutschlands* (<https://www.gaed.de/informationen/merkblaetter/masern.html>) (Stand 1/2006); Hirte, Impfen Pro und Contra¹⁷ (2012) 276f mwN.

RdM 2019/62

Masernparty;
Kindeswohl;
Kindeswohlgefährdung;
ärztliche Aufklärungspflicht;
Impfen/Impfung

pers werden derart geschwächt, dass das Risiko, an anderen Infektionskrankheiten (bakterielle/virale Superinfektionen wie Durchfallerkrankungen, Mittelohr-, Lungen- und Gehirnentzündung) zu erkranken oder gar zu sterben, erhöht ist. Es handelt sich also um eine gefährliche (und nicht spezifisch therapierbare!) Infektionskrankheit mit hoher Komplikationsrate von ca 20% und einer Sterblichkeit von 0,1–0,2%.⁴⁾ Darüber hinaus wird durch Masernpartys auch die Volksgesundheit – dh die gesundheitliche Situation der Bevölkerung als Ganzes – gefährdet.

Provozieren Eltern ganz bewusst eine Infektion mit dem Masernvirus bei ihrem Kind, so stellt sich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortung für dieses, im Folgenden als *Teilnahme* an einer Masernparty bezeichnete Verhalten. Auf der anderen Seite könnten sich auch die *Veranstalter* einer Masernparty, dh die Eltern des infektiösen Kindes, strafbar machen. Letztlich untersucht der Beitrag auch die strafrechtliche Verantwortung eines *Arztes*, der zu einem solchen Vorgehen rät.

B. Unrechtsbegründung

1. Absichtliche schwere Körperverletzung gem § 87 StGB

a) Schwere Gesundheitsschädigung

Eine Maserninfektion stellt insb aufgrund der damit verbundenen, sechs Wochen bis mehrere Jahre andauernden transitorischen Immunschwäche auch im unkomplizierten Verlauf(!) eine *schwere Gesundheitsschädigung* iSd § 84 Abs 1 StGB dar. Darüber hinaus sind schwere Dauerfolgen (etwa Behinderung infolge einer Masernenzephalitis) bis hin zum Tod möglich (§ 87 Abs 2 StGB).

b) Tathandlung und Täterschaftsform

Angesichts des *rechtlich neutralen Verhaltens* des infektiösen Kindes liegt in der von ihm ausgehenden Ansteckung keine „strafbare“ Handlung iSd § 12 StGB, an der sich die teilnehmenden und veranstaltenden Eltern beteiligen könnten. Entgegen der hM sind diese daher nicht als Bestimmungs- oder Beitragstäter des (straflosen) infektiösen Kindes, sondern als *unmittelbare Mitäter* zu qualifizieren. Sie setzen als *letzte objektiv zurechenbar handelnde Menschen eine hinreichende Bedingung für den Erfolg*, und zwar indem sie ihr ungeschütztes Kind zur Masernparty bringen bzw der Veranstalter ebendieses Kind in seiner Wohnstätte willkommen heißt, wo es den virusbelasteten Partikeln in der Luft ausgesetzt ist.⁵⁾

c) Subjektive Tatseite

Die an einer Masernparty mitwirkenden Erwachsenen handeln nicht nur absichtlich (§ 5 Abs 2 StGB) hinsichtlich der Herbeiführung einer (einfachen) Gesundheitsschädigung, sondern ihre *Absicht* bezieht sich sogar auf deren Schwere, sofern ihnen die Konsequenzen einer (unkomplizierten) Maserninfektion zumindest laienhaft bekannt sind. Setzt sich ein Täter nämlich den schweren Erfolg (hier die schwere Gesundheitsschädigung) bloß als Mittel zur Erreichung eines weite-

ren Zwecks (hier der natürlichen Immunität) zum Ziel, so ist dieser als notwendige Durchgangsstufe zum Endziel auch dann von der Absicht des Täters umfasst, wenn ihm dieser schwere Zwischenerfolg eigentlich unerwünscht ist.⁶⁾ Für diejenigen Eltern, die sich über das Krankheitsbild der Masern informiert haben, kommt daher § 87 Abs 1 StGB als Grunddelikt zur Anwendung. Wer Masern irrigerweise für eine ganz harmlose Kinderkrankheit hält, könnte hingegen einem vorsatzausschließenden Tatbildirrtum hinsichtlich jener Umstände erliegen, welche die Krankheit bereits im unkomplizierten Verlauf als eine schwere Gesundheitsschädigung erscheinen lassen. Es käme folglich § 83 StGB mit der Erfolgsqualifikation des § 84 Abs 4 StGB, allenfalls §§ 85 f StGB zur Anwendung.

d) Versuch

Bleibt die Infektion aus, oder kann der nötige Kausalitätsnachweis nicht erbracht werden, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich das Kind anderswo mit dem Virus infiziert hat, kommt eine Haftung wegen des Versuchs in Betracht (§ 15 iVm § 87 bzw § 84 Abs 4 StGB⁷⁾). Scheitert die Ansteckung daran, dass das Kind entgegen der Annahme der Eltern *bereits immun* war, so ist die *Untauglichkeit in der Handlung bzw im Tatmittel*, und nicht im Objekt begründet, denn das Kind entspricht „der Art nach“ (vgl § 15 Abs 3 StGB) sehr wohl dem in den §§ 83–87 StGB umschriebenen Schutzobjekt; es ist „ein anderer“.⁸⁾ Nach der dafür maßgeblichen Eindruckstheorie⁹⁾ liegt ein bloß relativ untauglicher, strafbarer Versuch vor.

2. Quälen oder Vernachlässigen unmündiger Personen gem § 92 StGB

Als unmittelbare Täter des Sonderdelikts kommen nur die teilnehmenden Eltern in Betracht, denn in aller Regel trifft weder den Veranstalter noch den betreuenden

4) RKI, Masern: RKI-Ratgeber, in *Robert Koch Institut* (https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html) (Stand 19. 5. 2014); BMASGK, Impfplan Österreich 2018: Allgemein empfohlene Impfungen (2018) 26f; BMASGK, Impfbroschüre: Die wichtigsten Informationen zum Thema Kinderimpfungen (2018) 30; BMASGK, Masern, in *Öffentliches Gesundheitsportal Österreichs* (<https://www.gesundheit.gv.at/krankheiten/kinderkrankheiten/infektion/masern>) (Stand 11. 10. 2017); BMASGK, Risiken von Masern, in *Keine Masern* (<http://keinemasern.at/>) (abgerufen am 27. 8. 2018); BMG, Nationaler Aktionsplan Masern-/Röteln-Elimination – Langfassung (2013) 10ff; Kröner/Koletzko, Basiswissen Pädiatrie (2010) 121; Modrow et al, Molekulare Virologie³ (2010) 304; WHO, Global measles and rubella strategic plan: 2012–2020 (2012) 10.

5) E. Steining in SbgK StGB § 12 Rz 34 und 47f; E. Steining, AT II Kap 21 Rz 29 und 32; Moos in WK² StGB § 75 Rz 33; Triffiterer, AT² Kap 16 Rz 51f, 63 und 74; Schmoller, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat – Die objektive Zurechnung fremden Verhaltens (Schluß), ÖJZ 1983, 379 (382f); unmittelbare Täterschaft, solange nicht ein anderer danach objektiv sorgfaltswidrig handelt. Vgl auch die Darstellung von Öner/Schütz in *Leukauf/Steining*, StGB⁴ § 12 Rz 19 und *Fabrizy* in WK² StGB § 12 Rz 22.

6) ErläutRV 1971, 66; OGH 13 Os 84/85 RIS-Justiz RS0089341; *Reindl-Krauskopf* in WK² StGB § 5 Rz 28f; *Kienapfel/Schroll*, Studienbuch BT I⁴ § 87 Rz 5; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁵ Z 11 Rz 6.

7) In der Vorsatzvariante kann § 84 Abs 4 StGB versucht werden: OGH 13 Os 136/16y RIS-Justiz RS0089439 (T 3).

8) *Hager/Massauer* in WK² StGB §§ 15, 16 Rz 73; *Hinterhofer* in SbgK StGB § 15 Rz 171f; *Fuchs*, AT¹⁹ Kap 30 Rz 26; vgl auch OGH 13 Os 104, 105/85 und OGH 13 Os 45/86 RIS-Justiz RS0088008 (T 3).

9) Siehe die Grundsatzentscheidung OGH 13 Os 45/86 RIS-Justiz RS0087720 (zuletzt 17 Os 49/14f).

Kinderarzt¹⁰⁾ eine Fürsorge- oder Obhutspflicht iSd § 92 StGB gegenüber dem unmündigen Kind. Dennoch begründen Masernpartys kein nach § 92 StGB tatbestandliches Unrecht.

Zwar verursacht eine Maserninfektion durchaus Qualen iSd § 92 Abs 1 StGB, allerdings muss der geforderte qualende Erfolg mit der Tathandlung als solcher verbunden sein, während spätere Folgen nicht vom Täter „zugefügt“ werden.¹¹⁾ Da das gemeinsame Spielen im Zuge der Masernparty für die teilnehmenden Kinder nicht qualitativ ist, vermag eine Masernparty den objektiven Tatbestand des § 92 Abs 1 StGB nicht zu erfüllen.

Ebenso wenig kommt eine Strafbarkeit gem § 92 Abs 2 StGB in Betracht. Zwar begründet die absichtliche Ansteckungsprovokation – angesichts des krassen Missverhältnisses zum gebotenen Fernhalten des Kindes von augenscheinlichen Infektionsquellen – objektiv betrachtet eine *gröbliche Pflichtverletzung*, wodurch das Kind auch „*beträchtlich*“ an seiner Gesundheit geschädigt wird.¹²⁾ Allerdings sind die Eltern aufgrund mannigfacher Irrtümer überzeugt, zum Besten ihres Kindes und somit geradezu pflichtgemäß zu handeln; sie erliegen einem *vorsatzausschließenden Tatbildirrtum* hinsichtlich jener tatsächlichen Umstände, welche die gröbliche Pflichtverletzung ihres Verhaltens bedingen. Damit bleibt § 92 StGB für Masernpartys *unanwendbar*.

3. Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten gem § 178 StGB

a) Objektiv gefährdungsg geeignete Handlung

Das zum Schutz der Volksgesundheit normierte abstrakt-potenzielle Gemeingefährdungsdelikt des § 178 StGB pönalisiert Verhaltensweisen, welche typischerweise zur Verbreitung einer unter Menschen übertragbaren Krankheit geeignet sind.¹³⁾ Für die geforderte Breitenwirkung gilt ein Richtwert von etwa zehn Personen.¹⁴⁾ Das auf die *tatsächliche* Ansteckung hinzielende, bewusste Zusammenführen gesunder Kinder mit einem infektiösen Masernpatienten im Zuge einer Masernparty stellt unproblematisch eine solche gefährdungsg geeignete Handlung dar, denn die absichtliche Infektion nur einer einzigen weiteren Person bedingt zumindest die abstrakte Gefahr der Weiterverbreitung in der Bevölkerung. Es besteht die ernste Möglichkeit, dass Viren in die Öffentlichkeit gelangen und dort zu einer Krankheitsverbreitung führen. Selbst der Wille auf Seiten der teilnehmenden Eltern, Vorsichtsmaßnahmen gegen diese Eventualität zu beachten, kann an der objektiven Gefährdungseignung nichts ändern. Da es sich um ein bis zu zwei Stunden in der Luft und an Oberflächen lebensfähiges, aerogenes und extrem ansteckendes Virus handelt, bleibt bei bloß laienhaften Vorsichtsmaßnahmen ein sozialinadäquates Restrisiko bestehen.¹⁵⁾

b) Gefährdungsvorsatz

Die Beteiligten handeln auch mit dem nötigen *Gefährdungsvorsatz*, da sie sogar die tatsächliche Ansteckung der teilnehmenden Kinder beabsichtigen und ihnen zumindest latent mitbewusst ist, dass mit jedem weiteren Krankheitswirt typischerweise die Gefahr der Weiterverbreitung verbunden ist. Mit dieser Tatsache finden sie sich auch ab, wenngleich sie freilich hoffen und

darauf vertrauen, dass sich diese Gefahr nicht realisieren werde. Diese Hoffnung vermag zwar einen Verletzungsvorsatz, nicht aber den (vorgelagerten) Gefährdungsvorsatz zu beseitigen.¹⁶⁾

c) Anzeige- oder Meldepflicht der Krankheit als objektive Bedingung der Strafbarkeit

Da nach dem reinen Wortlaut des Tatbestands grundsätzlich *jede* übertragbare Krankheit erfasst wäre, die §§ 178 f StGB aber bloß auf epidemisch auftretende, schwere Krankheiten anwendbar sein sollten,¹⁷⁾ wird ein tatbestandsmäßiges Verhalten nur dann sanktioniert „wenn die Krankheit ihrer Art nach zu den wenn auch nur beschränkt anzeige- oder meldepflichtigen Krankheiten gehört.“ Masern unterliegen gem § 1 Abs 1 Z 1 EpidemieG¹⁸⁾ der Anzeigepflicht, sodass die geforderte *objektive Bedingung der Strafbarkeit* regelmäßig erfüllt ist.¹⁹⁾ Zu beachten ist, dass dieser Umstand weder von Vorsatz noch Fahrlässigkeit des Täters umfasst zu sein braucht.²⁰⁾

4. Ärztlicher Rat zur Masernparty als Bestimmung iSd § 12 zweiter Fall StGB

Wird im Vorfeld einer Masernparty ein Arzt konsultiert und rät dieser entgegen den *leges artis* dazu, eine Maserninfektion bewusst zu provozieren, so kommt er – anders als beim bloßen Abraten von der Impfung ohne Rat zur Masernparty – als Bestimmungstäter iSd § 12 zweiter Fall StGB in Betracht. Dabei muss er die Eltern nicht erst auf die Idee der „kontrollierten Masern“ bringen; es genügt, dass er letzte Zweifel bei den Eltern ausräumt.²¹⁾ Ein derartiger Rat kommt als Bestimmungshandlung sowohl für die Körperverletzungsdelikte als auch § 178 StGB in Betracht. Diese wird auch regelmäßig von einem entsprechenden Bestimmungs- und Tatbildvorsatz getragen sein, wobei der Arzt angesichts sei-

10) OGH 13 Os 163/11 m RIS-Justiz RS0093076 (T 4).

11) *Jerabek/Ropper* in WK² StGB § 92 Rz 12.

12) OGH 15 Os 185/93 RIS-Justiz RS0093174; *Jerabek/Ropper* in WK² StGB § 92 Rz 15f.

13) *Flora* in SbgK StGB § 178 Rz 3ff; *Murschetz* in WK² StGB §§ 178, 179 Rz 1 ff.

14) *Murschetz* in WK² StGB § 176 Rz 3; OGH 10 Os 99/78 RIS-Justiz RS0066542 (zuletzt 11 Os 75/17 i) und 14 Os 95/89 RIS-Justiz RS0066542 (T 5, zuletzt 11 Os 75/17 i).

15) Vgl *Schütz*, Glosse: Anmerkung zum Votum des deutschen AIDS-Beirats v 28. 2. 2013 aus österr Sicht, RdM 2013, 143 (143); vgl auch das Beispiel zu HIV/AIDS von *Aigner/Hausreither*, Tatbestand Gemeingefährdung und HIV, RdM 2010, 115 (115).

16) Vgl *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch BT III² §§ 178–179 Rz 15; *Hinterhofer/Rosbaud*, BT II⁶ Vorbem §§ 169ff Rz 7.

17) *Fabrizy*, StGB¹² § 178 Rz 1; *Murschetz* in WK² StGB §§ 178, 179 Rz 5: „Es sollen aufgrund dieser Bedingung nur epidemisch auftretende schwere Krankheiten und nicht bloß (ebenso) ansteckende leichte Krankheiten, wie Erkältungskrankheiten, vom Anwendungsbereich der Bestimmung ausgeschlossen [Anm: gemeint ist wohl „erfasst“] werden.“ Vgl auch ErläutRV 1971, 322.

18) Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186.

19) Freilich liegen objektive Strafbarkeitsbedingungen außerhalb des Unrechts- und Schuldzusammenhangs; die Einordnung unter der Überschrift „Unrechtsbegründung“ erfolgt lediglich aus aufbautechnischen Gründen. Zu den Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität dieser objektiven Bedingung s *Cohen*, Die Strafbarkeit von Masernpartys (2018) (s FN 1).

20) Für viele *Murschetz* in WK² StGB §§ 178, 179 Rz 5.

21) Vgl *Fabrizy* in WK² StGB § 12 Rz 55; *Triffterer*, AT² Kap 16 Rz 67; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁵ E 4 Rz 17. Bei einem bereits fest zur Masernparty Entschlossenen (omnimodo facturus) scheidet vollendete Bestimmungstäterschaft jedoch aus.

nes Fachwissens hinsichtlich der Schwere der Gesundheitsschädigung auch das Absichtlichkeitserfordernis des § 87 StGB in eigener Person erfüllen wird. Er haftet folglich zumindest wegen des Bestimmungsversuchs gem § 12 zweiter Fall, § 15 Abs 2 zweiter Fall iVm §§ 87 und 178 StGB. Nimmt sein Gegenüber in weiterer Folge tatsächlich an einer Masernparty teil bzw veranstaltet er eine solche, haftet der Arzt wegen Vollendung gem § 12 zweiter Fall iVm § 178; bei erfolgreicher Ansteckung und Eintritt des Erfolgs auch gem § 12 zweiter Fall iVm § 87 StGB, andernfalls liegt Bestimmung zum Versuch gem § 12 zweiter Fall, § 15 Abs 1 dritter Fall iVm § 87 StGB vor.

C. Unrechtsbegrenzung

1. Kein Haftungsausschluss aufgrund Sozialadäquanz

Ein erfahrungsgemäß zur Erfolgsherbeiführung geeignetes Verhalten ist nur dann Unrecht, wenn die geschaffene Gefahr auch aus normativen Gründen missbilligt, dh von der Rechtsgemeinschaft nicht mehr als sozialadäquat toleriert wird. Dies ist immer dann der Fall, wenn es gegen Rechtsvorschriften oder Verkehrsnormen verstößt, oder wenn sich die einsichtige und besonnene Modellfigur des Rechts anders verhalten hätte.²²⁾

Aus der *Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit* (insb EpidemieG, Absonderungs-VO, VO Empfohlene Impfungen, §§ 178 f StGB) ist die unmissverständliche Wertung des Gesetzgebers hinsichtlich der erwarteten Sorgfalt im Umgang mit (entsprechend gefährlichen) ansteckenden Krankheiten ableitbar. Masernpartys laufen diesem Sorgfaltsmaßstab zuwider.

Darüber hinaus trifft den Veranstalter auch die Pflicht, Gefahrenquellen aus seiner Sphäre zu kontrollieren und Rechtsgutbeeinträchtigungen anderer zu verhindern (*Gefahrensicherungspflicht*).²³⁾ Dabei kann er sich auch nicht mit dem Einwand entlasten, dass die für das fremde Kind verantwortlichen Eltern die Rechtsgutverletzung an diesem bewusst und freiwillig herbeigeführt haben, während er selbst diese lediglich ermöglicht habe (Autonomieprinzip), denn es „dürfen die positivrechtlichen Vorgaben wie die Kriterien der Einwilligung (§ 90 StBG) im Weg der Unrechtszurechnung nicht umgangen werden, indem im Weg der Tatbestandsrestriktion normativ großzügiger vorgegangen wird als es gesetzlich auf Rechtfertigungsebene zulässig ist. So ist etwa das in § 90 StBG verankerte Sittenwidrigkeitskorrektiv zu beachten.“²⁴⁾ Da aber jede Kindeswohlgefährdung – wie etwa auch die bewusste Ansteckung mit Masern – den guten Sitten und damit geschriebenem Recht widerspricht, muss das Veranstalten einer Masernparty konsequenterweise auch dann als sozialinadäquat beurteilt werden, wenn die vertretungsbefugten Eltern die Gefahr freiwillig und bewusst in Kauf nehmen.

Die Sozialinadäquanz des ärztlichen Rates zur Mitwirkung an einer Masernparty ergibt sich insb aus der damit verbundenen *Aufklärungspflichtverletzung*. Zu den Berufspflichten eines Arztes gehört nämlich die Beratung und Behandlung seiner Patienten nach Maßgabe der *leges artis* (Vorrang der Schulmedizin; § 49

Abs 1 ÄrzteG²⁵⁾). Die Provokation einer Wildvirusinfektion zur Immunisierung eines Kindes steht freilich im krassen Widerspruch dazu.

Das formal nach § 87 und § 178 StGB tatbestandliche Geschehen liegt folglich auch innerhalb des materiellen Anwendungsbereichs der genannten Normen. Bleibt zu prüfen, ob die Mitwirkung an einer Masernparty gerechtfertigt werden könnte.

2. (Keine) Rechtfertigung der Mitwirkung an einer Masernparty

Hinsichtlich des § 178 StGB kommt – insb mangels Disponibilität des Allgemeinrechtsguts der Volksgesundheit – kein Erlaubnissatz in Betracht.²⁶⁾ Die folgenden Ausführungen können sich deshalb auf eine mögliche Rechtfertigung der vorsätzlichen Gesundheitsschädigung beschränken. Hinsichtlich der Teilnehmer ist insb an deren elterliches *Erziehungsrecht* zu denken (Familienautonomie, Art 8 EMRK). Auf der anderen Seite könnte die (stellvertretend für das einwilligungsunfähige Kind erteilte) *Einwilligung* des obsorgeberechtigten Teilnehmers das Unrecht des Veranstalters aufheben. Für einen zur Masernparty ratenden Arzt kommt indes keine Rechtfertigung in Betracht.

a) Bindung an das Kindeswohl

Sowohl das elterliche Erziehungsrecht als auch die konkludent erteilte, vertretungsweise Einwilligung gewähren nur begrenzten Handlungsspielraum, denn sie sind an das *Wohl des vertretenen Kindes* gebunden (Pflichtenbindung; Kindeswohlmaxime).²⁷⁾ Somit hängt eine mögliche Rechtfertigung von Masernpartys letztlich davon ab, ob die absichtliche Herbeiführung einer Maserninfektion mit dem Kindeswohl vereinbar ist oder nicht.²⁸⁾

Was nun aber im besten Interesse eines Kindes gelegen ist, ist aufgrund der Unbestimmtheit dieses Rechtsbegriffs letztlich Auslegungssache. Grundsätzlich haben Eltern ein Primat in der Interpretation des Kindeswohls. Der Staat hat demgegenüber nur demonstrativ „*wichtige Kriterien*“ festgelegt, die bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind; etwa der Schutz der körperlichen Integrität des Kindes (§ 138 Z 2 ABGB).²⁹⁾ *Staatliche Eingriffe in die Familienautonomie*

22) E. Steiner, AT I² Kap 9 Rz 8; E. Steiner, Einige Gedanken zu handlungsbezogenen Haftungsfragen beim Vorsatzdelikt, ÖJZ 2005, 825 (826).

23) *Hilf* in WK² StGB § 2 Rz 119.

24) E. Steiner, AT I² Kap 9 Rz 14.

25) Ärztegesetz 1998 BGBl I 1998/169.

26) Vgl *Flora* in SbgK StGB § 178 Rz 38.

27) Vgl zur Pflichtenbindung des Erziehungsrechts *Maleccky*, Erziehung und Strafrecht⁴ (2010) 9f; *Fischer-Czermak* in ABGB-ON¹⁻⁰⁴ § 137 Rz 13f. Zur Bindung an das Wohl des Vertretenen bei der Einwilligung *Schütz* in WK² StGB § 90 Rz 43.

28) Da eine Kindeswohlgefährdende Maßnahme auch stets gegen die guten Sitten verstößt, bietet das Sittenwidrigkeitskorrektiv des § 90 StGB keine weitergehende Einschränkung.

29) *Bernat*, Das Kindeswohl auf dem Prüfstand des Rechts – Gedanken zur Funktionsbestimmung einer familienrechtlichen Generalklausel, ÖA 1994, 42 (44); *Wallner*, Die Beschneidung von nicht einwilligungsfähigen Knaben. Eine rechtsethische Analyse vor dem Hintergrund der österreichischen Rechtsordnung, RdM 2012, 277 (281) mit Verweis auf *Fateh-Moghadam*, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2010, 115 (131).

(wie zB durch strafrechtliche Sanktionen) sind allerdings nicht schon bei jeder Nicht-Förderung des Kindeswohls zulässig, sondern erst dann, wenn Eltern ihr Sorgerecht in unvertretbarer Weise ausüben (staatliche Unvertretbarkeitskontrolle). Unvertretbar ist eine Entscheidung dann, wenn sie das Kindeswohl gefährdet. Eine solche *Kindeswohlgefährdung* liegt erst bei gesellschaftlich inakzeptablen Eingriffen vor, etwa wenn das Verhalten der Eltern als Missbrauch ihres Pflege- und Erziehungsauftrags oder als Vernachlässigung des Kindes bezeichnet werden muss.³⁰⁾

b) Kindeswohlgefährdung durch Masernparty

Die durchaus positiv zu wertende Immunisierung gegen (abermälig) Maserninfektionen in einem risikomäßig ungünstigeren Alter und die vermiedenen Risiken und Nebenwirkungen der Masernimpfung können die negativen Folgen einer Masernparty – das beträchtliche körperliche Unbehagen sowie das Komplikations- und Spätfolgerisiko, welches aufgrund der Immunsuppression über mindestens sechs Wochen andauert und bei dessen Realisierung eine beträchtliche Schädigungs- bis hin zur Todesgefahr besteht – nicht aufwiegen. Da eine Masernparty aufgrund der definitiv zu erwartenden, lediglich im Ausmaß unvorhersehbaren, jedenfalls aber schwerwiegenden Beeinträchtigung der Rechtsgüter des Kindes eindeutig unvertretbar erscheint, ist das Vorgehen als *kindeswohlgefährdend* zu beurteilen. Dass die natürliche Immunisierung mittels Ansteckung außerdem an einer Gleichwertigkeitsprüfung mit der alternativ zur Verfügung stehenden Methode der Impfung scheitern würde, muss nicht näher erläutert werden, denn auf eine Abwägung der Nutzen-Risiko-Belastungs-Schaden-Profile kommt es nur an, sofern mehrere für sich genommen vertretbare Alternativen zur Verfügung stehen. Masernpartys können folglich der staatlichen Unvertretbarkeitskontrolle nicht standhalten – eine Rechtfertigung scheidet angesichts der Kindeswohlgefährdung aus.

D. Unrechtsbewusstsein

Ein Täter handelt nur dann vorwerfbar, wenn er im Bewusstsein über die Rechtswidrigkeit seiner Tat agiert. Obwohl die an einer Masernparty Beteiligten überzeugt sein werden, das Wohl des Kindes durch Ermöglichung des aus ihrer Sicht besseren natürlichen Immunitätsschutzes nicht verletzt, sondern gefördert zu haben, wird den allermeisten die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens in ihrer laienhaften Einschätzung *zumindest latent bewusst* sein. Möglicherweise denken sie sogar explizit über die rechtliche Zulässigkeit von Masernpartys nach. Bedenken sie dabei die bloße Möglichkeit, Unrecht zu tun und nehmen sie dieses Risiko dennoch in Kauf, so liegt (ausreichendes) *bedingtes Unrechtsbewusstsein* vor. Wer nämlich das negative Werturteil der Rechtsordnung kennt, aber nicht teilt (sog Überzeugungstäter), handelt ebenso mit Unrechtsbewusstsein wie jemand, der sich aus Protest gegen die seiner Meinung nach zu weitreichende Einmischung des Staates für zivilen Ungehorsam entscheidet.³¹⁾ Im Falle von Masernpartys sind jedoch auch mannigfache Irrtümer denkbar.

1. Irrtum über das Risikoverhältnis zwischen Masern und Impfung

Gehen die Beteiligten davon aus, dass es sich bei Masern um eine harmlose Krankheit handelt, während mit der Impfung gefährliche Nebenwirkungen und Spätfolgen verbunden seien, so handelt es sich immer dann um die *irrtümliche Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts iSd § 8 StGB*, wenn die Eltern auf medizinisch-biologischer, gleichsam zellulärer Ebene über die Auswirkungen von Virus und Impfstoff im Körper des Kindes und damit über das Risikoverhältnis der beiden Alternativen zueinander irren. Wären die von Masern bewirkten Krankheitserscheinungen bei einem gesunden Kind im jeweiligen Alter tatsächlich harmlos und entwicklungsfördernd, die Impfung hingegen gesundheitsschädlich, so würde die bewusste Infektion des Kindes im Zuge einer Masernparty keine (die staatliche Schutzpflicht aktivierende) Kindeswohlgefährdung begründen. Die teilnehmenden Eltern wären aufgrund ihres Erziehungsrechts gerechtfertigt, und auch die stellvertretend für ihr Kind erteilte Einwilligung an den Veranstalter wäre wirksam. Der irrig angenommene Sachverhalt kann erfolgreich unter § 8 StGB iVm dem jeweiligen Rechtfertigungsgrund subsumiert werden, sodass die Handlungen der Beteiligten aufgrund des fehlenden Unrechtsbewusstseins nicht wegen der vorsätzlichen Begehung, wohl aber wegen des entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikts zu bestrafen sind, sofern der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht. Dabei ist zu beachten, dass die Beteiligten im Vorfeld eines offensichtlich risikoträchtigen und höchst kontroversen Eingriffs in das ranghohe Rechtsgut eine *erhöhte Erkundigungspflicht* trifft, deren Nichtbeachtung einen objektiven Sorgfaltsverstoß begründet. Einseitige Recherchen vermögen diesem Anspruch ebenso wenig zu genügen wie das Verlassen auf Auskünfte medizinischer Laien. Auf den fachmännischen Rat eines Arztes darf freilich vertraut werden, sofern es keinen Grund gibt, diesen im Einzelfall kritisch zu hinterfragen. Andernfalls ist den Beteiligten jedenfalls Fahrlässigkeit beim Geraten in den Irrtum vorzuwerfen. Grobe Fahrlässigkeit iSd § 6 Abs 3 StGB liegt demgegenüber nur vor, wenn die erhöhte Erkundigungspflicht derart gröblich vernachlässigt wird, dass dies einer Nicht-Erkundigung gleichkommt. Je nach Ausgang im konkreten Fall kommt entweder das Delikt der (grob) fahrlässigen schweren Körperverletzung gem § 88 Abs 4 erster bzw zweiter Fall StGB, oder jenes der (grob) fahrlässigen Tötung gem § 80 Abs 1 bzw § 81 Abs 1 StGB zur Anwendung.

2. Irrtum über die Reichweite der Familienautonomie

Ein nach § 9 StGB zu beurteilender *Verbotsirrtum* liegt vor, wenn die Beteiligten nicht aufgrund eines Tatsachen-, sondern eines Wertungsirrtums zu der Einsicht

30) Zerbes in SbgK StGB § 90 Rz 114; Hörmle/Huster, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? JZ 2013, 328 (332); Beck, Kinderschafrecht² (2013) Rz 341; Wallner, RdM 2012, 277 (279 ff); Malczyk, Erziehung und Strafrecht⁴ 9 ff.

31) E. Steininger in SbgK StGB § 9 Rz 8; OGH 13 Os 24/79 RIS-Justiz RS0089519 (zuletzt 14 Os 141/01).

gelangen, nicht unrecht zu handeln. Soweit die Eltern die tatsächlichen Wirkungen von Masernvirus und Impfstoff im Wesentlichen richtig einschätzen, das Risiko also erkennen, die Ansteckung aber dennoch für erlaubt halten, weil sie meinen, Eltern dürften im Umgang mit ihren Kindern größere Risiken eingehen, als von der Rechtsordnung gebilligt wird, so ist dieser *Irrtum über die rechtliche Kindeswohlschranke als indirekter Verbotsirrtum* über die (vom Kindeswohl abgesteckten) Grenzen der angewendeten Rechtfertigungsgründe des Erziehungsrechts und der stellvertretenden Einwilligung zu betrachten. Ein solcher Irrtum wird bei Masernpartys in aller Regel *vorwerfbar* sein. Zwar ist das Unrecht angesichts des höchst kontroversen Themas nicht allgemein leicht erkennbar, doch trifft die Beteiligten im Vorfeld eines geplanten Eingriffs in das ranghohe Rechtsgut der körperlichen Integrität eines schutzbedürftigen Kindes eine *Erkundigungspflicht* hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit. Ohne vorherige Konsultation eines Rechtsexperten handeln sie folglich mit potenziellem und somit ausreichendem Unrechtsbewusstsein.

3. Irrtum über die soziale Adäquanz der „bloßen Ermöglichung“ der Ansteckung

Hinsichtlich des Veranstalters kommt darüber hinaus ein Irrtum über die soziale Adäquanz seines Verhaltens in Betracht, und zwar wenn er sich auf das *Eigenverantwortlichkeits- bzw. Autonomieprinzip* beruft und einwendet, die *bloße Ermöglichung* der von den Eltern des Kindes schließlich *gewollten Rechtsgutverletzung* an diesem nicht für Unrecht gehalten zu haben. Allerdings ist auch ein solcher Irrtum regelmäßig vorwerfbar. Erkennt der Veranstalter nämlich das Unrecht der teilnehmenden Eltern und wendet er lediglich den Entfall des *eigenen* Unrechts qua *Risikoüberlagerung durch die eigenverantwortlich handelnden Eltern* des betroffenen Kindes ein (Autonomieprinzip), so ist – sofern nicht überhaupt eine bloße Schutzbehauptung vorliegt – das Unrecht leicht erkennbar. Trotz des in der österr. Gesellschaft fest verankerten Grundsatzes „Eltern haften für ihre Kinder“ ist allgemein einsichtig, dass jemand, der an der Rechtsgutverletzung eines Kindes mitwirkt, nicht automatisch von jeder Verantwortung befreit ist, nur weil ein Erziehungsberechtigter anwesend ist und das Vorgehen begrüßt. Die Vorsatzhaftung bleibt bestehen.

4. Kein Irrtum hinsichtlich des von § 178 StGB normierten Unrechts

Obwohl die wenigsten Laien über die Existenz einer die Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krank-

heiten inkriminierenden Norm Bescheid wissen, so erkennen sie doch zumindest laienhaft, dass Masernpartys nicht bloß aufgrund der Beeinträchtigung der kindlichen Individualrechtsgüter, sondern auch mit Blick auf die *Volksgesundheit* im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen. Sie handeln hinsichtlich des von § 178 StGB normierten Unrechts mit latentem, aktuellem Unrechtsbewusstsein. Insb ist ein *Irrtum über die für Masern normierte Meldepflicht unbeachtlich*, muss diese Tatsache als objektive Bedingung der Strafbarkeit doch nur objektiv gegeben sein.

5. Keine Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens

Letztlich kommen auch keine Entschuldigungsgründe in Betracht. Insb liegt kein Fall der Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens gem § 10 StGB vor. Da weder objektiv noch in der irrig angenommenen Zwangslage der teilnehmenden Eltern, zwischen der „Vergiftung“ des Kindes durch Masernimpfung und der „kontrollierten“ Ansteckung im risikomäßig günstigsten Alter entscheiden zu müssen, um dem Kind eine spätere, besonders komplikationsgefährliche Maserninfektion zu ersparen, eine Notstandssituation iSd § 10 Abs 1 StGB zu sehen ist, kommt es auf Zumutbarkeitsüberlegungen iSd gar nicht mehr an. Die Beteiligten handeln *schuldhaft*.

E. Zusammenfassung

Die Veranstaltung und Teilnahme an einer Masernparty erfüllen ebenso wie der ärztliche Rat zu einem solchen Vorgehen die Delikte der (allenfalls versuchten) vorsätzlichen, in aller Regel sogar absichtlichen schweren Körperverletzung (§ 87 StGB) sowie der (stets vollendeten) vorsätzlichen Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten (§ 178 StGB). Ein Unrechtsausschluss durch rechtfertigende Einwilligung (§ 90 StGB) bzw. das elterliche Erziehungsrecht kommt mit Blick auf das Kindeswohl nicht in Betracht. In der Regel handeln die Täter mit ausreichendem Unrechtsbewusstsein, doch sind auch Irrtümer iSd §§ 8 f StGB denkbar. Die genannten Delikte stehen nach hM in *echter Konkurrenz* zueinander, da sie unterschiedliche Rechtsgüter verletzen.³²⁾

32) ErläutRV 1971, 316; Murschitz in WK² StGB §§ 178, 179 Rz 9; Bertel/Schwaighofer, BT II¹³ §§ 178, 179 Rz 4; Hinterhofer/Rosbaud, BT II⁶ §§ 178, 179 Rz 11; Bittmann, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS, ÖJZ 1987, 486 (489); Kodek, Der Begriff der Gemeingefahr im österreichischen Strafrecht, ÖJZ 1981, 483 (489); Kienapfel, Glosse zu OLG Linz 8 Bs 260/88, RZ 1989, 123 (123).

→ In Kürze

Die Teilnehmer und Veranstalter einer Masernparty machen sich in aller Regel der absichtlichen schweren Körperverletzung gem § 87 StGB und (echt konkurrierend) der vorsätzlichen Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten gem § 178 StGB schuldig. Rät ein Arzt zu einem solchen Vorgehen, so ist er wegen der Bestimmung (§ 12 zweiter Fall StGB) zu den genannten Delikten strafbar.

→ Zum Thema

Über die Autorin:

Dr. Lisa Cohen, MPH, war Universitätsassistentin am Institut für Strafrechtswissenschaften, Abteilung für Praxis der Strafrechtswissenschaften und Medizinstrafrecht, an der Johannes Kepler Universität Linz und ist derzeit in Elternkarenz. Kontaktadresse: Altenberger Straße 69, 4040 Linz. E-Mail: lisa.cohen@jku.at Internet: www.jku.at/strafrecht