



## Gesellschaft der Gutachterärzte Österreichs

Zumutbare Maßnahmen  
in Diagnostik und Therapie  
bei der Begutachtung

Heft 68/2006

(2007)

### Invasive Verfahren aus rechtlicher Sicht Teil I

C. KOPETZK ↑

#### Allgemeines

Ärztliches Handeln für Zwecke der Begutachtung unterscheidet sich in der **Zielsetzung** grundsätzlich vom „kurativen“ ärztlichen Tätigkeitsbereich: Während sich der Arzt im individuellen Behandlungsverhältnis – also bei seinen diagnostischen, therapeutischen oder prophylaktischen Tätigkeiten im Interesse seines Patienten – am Wohl des Patienten orientiert (und wegen § 49 Abs 1 ÄrzteG auch orientieren muss), erfolgt die gutachterliche Tätigkeit als Sachverständiger oft und typischerweise auch für Zwecke, die mehr oder weniger jenseits des individuellen gesundheitlichen Interesses, unter Umständen auch gänzlich jenseits der individuellen Interessen der untersuchten Person liegen. Darin liegt freilich noch kein Widerspruch zum ärztlichen Berufsbild, da die gutachterliche ebenso wie die „kurative“ Tätigkeit Teil der „Ausübung der Medizin“ ist (§ 2 Abs 3 ÄrzteG) und der Schutzauftrag des § 49 ÄrzteG für das gesamte Funktionsspektrum des Arztes gilt.

Dennoch ist die finale Ausrichtung der ärztlichen Tätigkeit im Gutachtensbereich eine andere: Ausgangs- und Bezugspunkt der Begutachtung ist in der Regel (wenn auch nicht notwendigerweise) eine von außen, also durch Dritte, herangetragene medizinische Fragestellung, deren Beantwortung für soziale und/oder rechtliche (und somit zunächst für nicht unmittelbar medizinische) Zwecke relevant ist. Diese Zweckrichtung kann durchaus im Interesse des Untersuchten selbst sein, z.B. zur Begründung seines sozialversicherungsrechtlichen Leistungsanspruches, und die untersuchte Person kann durchaus auch selbst der Auftraggeber der Begutachtung sein. Es kann sich aber auch um Fragestellungen handeln, die ausschließlich im Interesse Dritter oder der Öffentlichkeit angesiedelt sind, etwa für Zwecke eines Strafverfahrens gegen Dritte. Pointiert gesagt: Bei therapeutisch indizierten Diagnoseverfahren ist es **der Patient, der etwas wissen will** bzw. in dessen medizinischem Interesse Informationen erhoben werden, bei der „rein“ gutachterlichen Tätigkeit ist es hingegen zunächst ein **Dritter, der bestimmte Informationen benötigt**, selbst wenn die Verwendung dieser Information in der einen oder anderen Weise letztlich wieder dem Betroffenen nützen kann.

Selbstverständlich kann eine gutachterliche Tätigkeit auch ganz oder überwiegend individuell-gesundheitlichen Zwecken der begutachteten Person dienen, beispielsweise zur diagnostischen Abklärung einer künftigen Therapie; die hierbei auf-

~~rechtlichen~~ rechtlichen Fragestellungen unterscheiden sich dann aber nicht wesentlich von den Zulässigkeitsbedingungen ärztlichen Handelns im kurativen Bereich. Insbesondere richtet sich die Zulässigkeitsgrenze für indizierte invasive Eingriffe nach den allgemeinen Grundsätzen der Risiko/Nutzen-Abwägung. Spezifische Rechtsprobleme tauchen erst auf, wenn die Begutachtung **nicht durch eine medizinische Indikation**<sup>1</sup> legitimiert ist. Nur von diesen Konstellationen soll im Folgenden die Rede sein.

Für die rechtliche Perspektive folgt daraus zunächst ein **erhöhtes Schutzbedürfnis** im Bereich gutachterlich motivierter Untersuchungen, da die sonst tragende Legitimationsgrundlage ärztlicher Eingriffe – die medizinische Indikation – fehlt. Das trifft nicht nur, aber jedenfalls auch auf „invasive“ Eingriffe zu, worunter im vorliegenden Zusammenhang solche Maßnahmen verstanden werden, die mit einem Eingriff in die körperliche Integrität einhergehen.<sup>2</sup>

Gewiss kann es im Spektrum der Interessen fließende Übergänge geben, weil beispielsweise jene Informationen, die im Rahmen der Begutachtung anfallen, auch Auswirkungen für therapeutische Maßnahmen haben können, oder weil ein rechtliches Verfahren, in dem das Gutachten seine Bedeutung entfaltet, nicht notwendigerweise nur den Interessen Dritter dienen muss, sondern auch oder ausschließlich im (wenngleich sozialen) Interesse des Betroffenen liegen kann. An der skizzierten prinzipiellen Unterscheidung ändern diese Überschneidungen aber nichts.

---

<sup>1</sup> Der Begriff der „medizinischen Indikation“ wird von Juristen argumentativ meist als feste Größe verwendet, erweist sich bei näherer Betrachtung aber als relativ. Gemeint ist damit üblicherweise, dass jedes medizinische Handeln einen sachlich begründeten Hinweis auf eine bestimmte Handlungsnotwendigkeit im individuellen Interesse des Betroffenen voraussetzt (vgl zB *Anschütz*, Indikation, in *Eser/Luterotti/Sporken*, Lexikon Medizin-Ethik-Recht [1989] 537 ff). Welcher Art diese Hinweise sein müssen, wird idR von den einzelnen Disziplinen der Medizin beantwortet, die jene fachspezifischen Grundsätze analysieren, nach denen die Entscheidung über das Ob und Wie einzelner ärztlicher Maßnahmen in concreto zu treffen ist (mwN *Gross*, Güterabwägung in der klinischen Medizin, in *Sass/Viefhues* [Hrsg.], Güterabwägung in der Medizin [1991] 93 ff; *Anschütz*, Indikation, *ibid* 573 ff). Diese Entscheidungsregeln gehen im Kern von einer einzelfallbezogenen Beurteilung der Nutzen-Schaden-Relation der vorgesehenen Maßnahme aus (*Gross*, Güterabwägung 103 ff).

<sup>2</sup> Der Begriff „invasiv“ ist mehrdeutig und kann durchaus auch auf andere als körperliche Eingriffe bezogen werden, je nach dem, ob man den Begriff nur in Bezug auf die körperliche Integrität (oder auch auf die psychische Integrität oder die Rechtssphäre insgesamt) verwendet. Der Einfachheit halber wird der Begriff „invasiv“ hier mit dem (wenn auch geringfügigen) Eingriff in die Körperintegrität gleichgesetzt. In diesem Sinn taucht die Unterscheidung invasiv/nicht-invasiv auch vielfach in der Rechtsordnung auf, etwa wenn für Eingriffe in die „körperliche Integrität“ restriktivere Voraussetzungen für die Annahme bzw Durchsetzbarkeit von Duldungspflichten gelten (zB § 78 SPG, § 85 Abs 3 AußStrG uvam).

## Rechtliche Rahmenbedingungen gutachterlicher Tätigkeit

Gemäß § 2 Abs 3 ÄrzteG ist jeder zur selbständigen Berufsausübung berechnete Arzt befugt, ärztliche Zeugnisse auszustellen und ärztliche Gutachten zu erstatten. Aus rechtlicher Sicht ist die ärztliche Begutachtung somit Teil der „Ausübung der Medizin“ im Sinne des § 2 ÄrzteG und **von der ärztlichen Berufsausübungsbefugnis umfasst**.

Daraus folgt zum einen, dass die gutachterliche Tätigkeit im Bereich der Medizin jedem selbständig berufsberechtigten Arzt (und in den Grenzen des § 3 Abs 3 ÄrzteG auch jedem Turnusarzt) innerhalb seines Fachgebiets offen steht, ohne dass es hierzu irgendwelcher Bewilligungen oder der Eintragung in eine Sachverständigenliste bedürfte. Zum anderen folgt daraus, dass auch für den gutachterlichen Bereich die **allgemeinen berufsrechtlichen Regeln des Ärztegesetzes und die sonstigen medizinrechtlichen Grundsätze** für medizinische Behandlungen gelten, sofern nicht ausnahmsweise in Sonderbestimmungen Abweichendes angeordnet ist.<sup>3</sup>

Die Voraussetzungen für die Ausübung der Medizin können in diesem Zusammenhang nicht umfassend skizziert werden; sie betreffen etwa die Bindung an die **Grenzen der jeweiligen Berufsbefugnisse**, insb die Beschränkung von Fachärzten auf ihr Sonderfach gem § 31 Abs 3 ÄrzteG;<sup>4</sup> die Übereinstimmung mit den Regeln der „ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung“ und die Beachtung der fachspezifischen Sorgfaltspflichten („*leges artis*“, vgl § 49 ÄrzteG); dazu gehört grundsätzlich auch die Bindung an eine medizinische „Indikation“ des Eingriffs und dessen fachgerechte Durchführung; sowie die Wahrung der allgemeinen Grundsätze des „**informed consent**“, also der Einwilligung und Aufklärung des Patienten, die sich aus einer vielfältigen Gemengelage aus strafrechtlichen (§§ 90, 110 StGB), zivilrechtlichen (zB §§ 16, 146c, § 283 ABGB), verwaltungsrechtlichen (zB § 8 Abs 3 KAKuG) und verfassungsrechtlichen (insb Art 8 EMRK) Normen ergeben.

Für die Zwecke der vorliegenden Fragestellung sollen hier nur zwei dieser Voraussetzungen näher betrachtet werden: die medizinische Indikation des Eingriffs sowie die Beachtlichkeit des Patientenwillens im Sinne eines hinreichenden „informed consent“.

---

<sup>3</sup> Dies ist vielfach der Fall, vgl etwa die Bestimmungen des § 10 UbG, die besondere Anforderungen für die Qualifikation der Ärzte und die Erstellung von ärztlichen Zeugnissen bei der psychiatrischen Unterbringung festlegen.

<sup>4</sup> Ausnahmen bestehen für Amtsärzte (§ 41 Abs 4 ÄrzteG) sowie für die in § 31 Abs 3 ÄrzteG genannten Ärzte.

Die fachspezifischen Regeln für die **methodische Durchführung** eines diagnostischen Eingriffs werden in der Regel dieselben sein, unabhängig davon, ob die Diagnose in einem kurativen Kontext (im therapeutischen Interesse des Patienten) oder für gutachterliche Zwecke erfolgt. Insofern besteht zwischen den beiden Bereichen kein essentieller Unterschied: Eine Untersuchung des Alkoholgehaltes des Blutes zu Zwecken der differenzialdiagnostischen Abklärung eines unklaren Krankheitsbildes einerseits und für Zwecke der Straßenpolizei andererseits mag ganz unterschiedliche Zielrichtungen und Motivationen haben, und vielleicht auch spezifische Zuständigkeiten und Begleitpflichten der jeweiligen Ärzte nach sich ziehen; die dabei zur Anwendung kommenden medizinischen Verfahren divergieren aber nicht.

Für den Aspekt der **medizinischen Indikation** trifft diese Parallele hingegen nicht zu: Während die Entscheidung über die Durchführung diagnostischer Verfahren und deren Umfang im kurativen Bereich anhand der individuellen medizinischen Indikation – also im Lichte der letztlich therapeutisch notwendigen und durch gesundheitsbezogene Interessen des Patienten definierten Behandlungsziele – getroffen wird, ist es bei der Begutachtung zunächst der jeweilige **Auftraggeber, der die Fragestellung und damit mittelbar auch die einzusetzenden Methoden und deren Umfang definiert**.<sup>5</sup> Und diese Fragestellung dient typischerweise gerade keinen genuin medizinischen, sondern anderen – insb. sozialen und (verfahrens-)rechtlichen – Zielen, mögen auch die erhobenen Befunde für sich genommen zwangsläufig medizinischer Art sein.

Anders liegt der Fall dann, wenn Befunde, die **zunächst aus therapeutischer Indikation erhoben** wurden, im Nachhinein und zusätzlich auch noch für andere (gutachterliche) Zwecke verwertet werden.<sup>6</sup> In dieser Konstellation stellen sich im Hinblick auf den Eingriff selbst und die Erstellung der diagnostischen Befunde aber keine spezifischen Rechtsprobleme; der Diagnoseeingriff unterliegt ausschließlich den „normalen“ Regeln über Heilbehandlungen und verliert diese Zuordnung (und eine damit verbundene rechtliche Legitimation) nicht dadurch wieder, dass die gewonnenen Informationen ex post auch noch anderen Zwecken zugeführt werden. Das Rechtsproblem, das sich hier stellt, betrifft nicht die rechtlichen Rahmenbedingungen des Eingriffs, sondern die Zulässigkeit der nach-

träglichen Informationsweitergabe.<sup>7</sup> Das ist eine Frage nach der Reichweite der Schweigepflicht und des Datenschutzes, berührt hingegen nicht die rechtlichen Voraussetzungen des medizinischen Eingriffs selbst. Derartige Zusatzverwertungen von solchen Befunden, die primär zu Zwecken der Heilbehandlung gewonnen wurden, können daher im Folgenden ebenfalls außer Betracht bleiben. Im Zentrum der Untersuchung steht also der diagnostische Eingriff, der – ex ante betrachtet – **nur gutachterlichen** Zwecken dient. Dass es auch hier wieder Überschneidungen, Querwirkungen und Doppelzuordnungen geben kann,<sup>8</sup> sei eingeräumt, sollte aber den Blick auf diese grundlegende Weichenstellung nicht verstellen.

Die bisherigen Überlegungen haben somit ergeben, dass die ansonsten obligate „medizinische Indikation“ eines diagnostischen Eingriffs im Fall einer Begutachtung durch den **Gutachtensauftrag ersetzt** wird. Er legt – in Abhängigkeit von der zu klärenden Sachfrage – das Erkenntnisziel fest, und er legt damit implizit auch die Bandbreite jener medizinischen Methoden fest, die zur Gewinnung dieser Erkenntnisse – aus Gründen der medizinischen Eignung bzw. Nichteignung bestimmter Diagnoseverfahren zur Abklärung einer konkreten Frage – einzusetzen sind. Für die rechtliche Zulässigkeit des Diagnoseverfahrens folgt daraus freilich noch nichts. Denn das Vorliegen einer medizinischen Indikation ist zwar eine typische, aber keine unverzichtbare Voraussetzung ärztlichen Handelns. Das Fehlen der medizinisch-therapeutischen Indikation führt daher nicht automatisch zur Unzulässigkeit eines medizinischen Eingriffs – man denke nur an kosmetische Operationen, an Forschungseingriffe oder an fremdnützige Gewebs- oder Organentnahmen für Transplantationszwecke, deren prinzipielle Zulässigkeit nicht ernsthaft bestritten ist.

Allerdings kann die Zuordnung zum Kreis der indizierten bzw. nicht-indizierten Maßnahmen rechtliche Folgerungen nach sich ziehen, auf die noch zurückzukommen sein ist.

---

<sup>5</sup> Vgl. OGH 20. 10. 2004, 1 Ob 141/04y, SZ 2004/146; Das Gericht hat Sachverständigen die im Zuge der Auftrags erledigung anzuwendende(n) Methode(n) im Allgemeinen nicht vorzuschreiben, gehört doch die Methodenwahl zum Kern der Sachverständigentätigkeit.

<sup>6</sup> Man denke an die Verwertung einer individualdiagnostisch indizierten Blutalkoholbestimmung für Zwecke der Straßenpolizei.

---

<sup>7</sup> Vgl. zu diesem Aspekt (Information der BH über Alkoholbeeinträchtigung eines zu Behandlungszwecken in die Krankenanstalt aufgenommenen Rettungsfahrers) OGH RdM 2003/63.

<sup>8</sup> So können etwa Befunde zugleich sowohl für gutachterliche als auch für kurative Zwecke gewonnen werden; ebenso können Befunde, die zunächst ausschließlich für die Erstellung eines Gutachtens erhoben wurden, durchaus auch therapeutische Konsequenzen nach sich ziehen (und umgekehrt).

### **Einwilligung, Aufklärung**

Eine dieser Folgerungen betrifft den „informed consent“ und sei am Beispiel der strafrechtlichen Einordnung kurz beleuchtet:

Nach der in Österreich herrschenden (und von der deutschen Lehre abweichenden) Strafrechtslehre gelten Heilbehandlungen,<sup>9</sup> also medizinisch indizierte Behandlungen, wenn lege artis durchgeführt, nicht als Körperverletzungen iSd §§ 83 ff StGB.<sup>10</sup> Handelt es sich hingegen um keine „Heilbehandlung“, so liegt – sofern sie eine Verletzung der körperlichen Integrität mit sich bringt – eine **Körperverletzung** nach §§ 83 ff StGB vor. Typisches Beispiel sind nicht-therapeutische Behandlungen wie z.B. fremdnützige Organentnahmen, Forschungseingriffe oder auch gewisse kosmetische Operationen.<sup>11</sup> Eine solche Körperverletzung kann zwar ebenfalls gem § 90 StGB durch Einwilligung des Verletzten gerechtfertigt werden, doch gelten hierfür strengere Maßstäbe (zB höhere Anforderungen an Einwilligungsfähigkeit und Aufklärung; keine Vertretbarkeit der Einwilligung; keine Ausnahme vom Einwilligungsprinzip für Behandlungen im Notfall gem. § 110 Abs 2 StGB; Sittenwidrigkeitsprüfung gem § 90 StGB).<sup>12</sup>

Für invasive diagnostische Eingriffe, die zu Zwecken der Begutachtung vorgenommen werden und die nicht gleichzeitig auch eine kurative Zielsetzung im gesundheitlichen Interesse des Betroffenen aufweisen, ergibt sich daraus, dass auch solche Eingriffe aus strafrechtlicher Sicht als Körperverletzungen zu qualifizieren sind. Als solche können sie zwar (auch ohne medizinische Indikation) ebenfalls zulässig sein, wenn sie durch eine wirksame Einwilligung iSd § 90 StGB gedeckt sind. Für die **Wirksamkeit der Einwilligung gelten aber verschärfte Kriterien:**

**Erstens** kann von der Einholung der Einwilligung **nie abgesehen** werden, weil die Voraussetzungen für eine Legitimation wegen Gefahr im Verzug im Sinne des § 110 Abs 2 StGB (Lebensgefahr oder Gefahr einer ernstlichen Gesundheitsschädigung) nicht vorliegen werden.

**Zweitens** muss es sich grundsätzlich um eine **höchstpersönliche Einwilligung** handeln; die Substitution der Einwilligung durch einen gesetzlichen Vertreter (Eltern, Sachwalter) kommt nur ausnahmsweise in Betracht, sofern sich aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall begründen lässt, dass der Eingriff (bzw. das Verfahrensziel, dem er dient) im „Wohl“ des Betroffenen liegt oder diesem zumindest nicht zuwiderläuft; diese Beurteilung obliegt – unter der nachprüfenden Kontrolle der PflEGschaftsgerichte nach den Regeln des Kindschafts- und Sachwalterrechts – dem gesetzlichen Vertreter.

<sup>9</sup> Der Begriff der Heilbehandlung wird im weiten Sinn verstanden und umfasst neben unmittelbar therapeutischen auch diagnostische und prophylaktische Eingriffe: *Burgstaller/Schütz*, in: Wiener Kommentar (WK) zum StGB<sup>2</sup> (2004), § 90 Rz 88.

<sup>10</sup> *Burgstaller/Schütz*, WK § 90 Rz 87 ff; mwN *Bertel* in WK § 110 Rz 5.

<sup>11</sup> Vgl die Übersicht bei *Burgstaller/Schütz*, WK § 90 Rz 96 ff.

<sup>12</sup> Näher *Burgstaller/Schütz*, WK § 90 Rz 91 ff.

**Drittens** bedürfen körperliche Eingriffe außerhalb von „Heilbehandlungen“ einer **Sittenwidrigkeitsprüfung** im Sinne des § 90 StGB. Dieses überaus unbestimmte Kriterium, das letztlich die Dispositionsbefugnis des einzelnen über seine körperliche Integrität unter Rückbindung an die in der Rechtsgemeinschaft anerkannten sittlichen Wertvorstellungen beschränkt, führt zu schwierigen Auslegungsfragen.<sup>13</sup> Deren Beantwortung wird auch darauf ausstrahlen, inwieweit invasive körperliche Eingriffe für gutachterliche Zwecke – selbst mit Einwilligung – überhaupt zulässig sind. Die hier interessierende Frage nach den Zumutbarkeitsgrenzen invasiver Begutachtungseingriffe hängt damit von einem extrem vagen gesetzlichen Merkmal ab. Anerkannt ist immerhin, dass die rechtfertigende Kraft einer Einwilligung gem § 90 StGB nur bei allgemein anerkannter Sittenwidrigkeit des jeweiligen Eingriffs zu verneinen ist.<sup>14</sup> Dabei kommt es wesentlich auf eine Abwägung zwischen dem Ziel der Begutachtung und der Schwere bzw den Belastungen und Risiken des Eingriffs an: So werden etwa Eingriffe, die das Ausmaß einer schweren Körperverletzung oder gar einer Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen erreichen, für sich genommen als „sittenwidrig“ zu beurteilen und eine Rechtfertigung kraft Einwilligung nur dann möglich sein, wenn das Geschehen einem rechtlich positiv zu bewertenden Zweck dient; während geringergradige (leichte) Eingriffe, die keine wesentliche Beeinträchtigung der körperlichen Integrität darstellen, überwiegend per se nicht als sittenwidrig eingestuft werden.<sup>15</sup> Die Konkretisierung dieser generellen Aussage für konkrete Untersuchungsbeispiele wäre freilich erst zu leisten.

**Viertens** gelten für nicht medizinisch indizierte Eingriffe – somit auch für Untersuchungen zu bloßen Begutachtungszwecken – erhöhte Anforderungen an die ärztliche **Aufklärung**:<sup>16</sup> Dazu gehört etwa die Aufklärung auch über wenig wahrscheinliche nachteilige Folgen, ebenso die Aufklärung über mögliche (allenfalls weniger eingreifende) alternative Untersuchungsmethoden, und meines Erachtens auch die Aufklärung über die Folgen einer Verweigerung der Begutachtung, soweit diese vom untersuchenden Arzt überblickbar sind. Lediglich dann, wenn eine rechtliche Verpflichtung zur Duldung der Untersuchung besteht, erscheint eine Abschwächung hinsichtlich der Selbstbestimmungsaufklärung vertretbar, weil und insofern dem Betroffenen ohnehin kein rechtlich relevanter Entscheidungsspielraum mehr offen steht.

<sup>13</sup> Umfassend *Burgstaller/Schütz*, WK § 90 Rz 66 ff,

<sup>14</sup> *Burgstaller/Schütz*, WK § 90 Rz 70.

<sup>15</sup> Im Einzelnen ist vieles strittig; mwN *Burgstaller/Schütz*, WK § 90 Rz 77 ff.

<sup>16</sup> Vgl *Burgstaller/Schütz*, WK § 90 Rz 92; am Beispiel kosmetischer Eingriffe zB *Juen*, *Arzthaftungsrecht*<sup>2</sup>, 2005, 102.

### Der Grundsatz der Freiwilligkeit der Begutachtung und seine Konsequenzen

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass auch für die Vornahme von Diagnoseeingriffen zu Zwecken der Begutachtung ein – teilweise sogar noch verschärfter – informed consent der untersuchten Person erforderlich ist. Es ist daher – sieht man von gesetzlich begründeten Fällen eines Untersuchungszwanges vorerst einmal ab – vom **Grundsatz der „Freiwilligkeit“ der Begutachtung** auszugehen. Weder verleiht die Stellung als Gutachter dem Arzt eine zusätzliche Eingriffsbefugnis gegenüber dem Betroffenen noch besteht eine allgemeine Duldungspflicht, sich den zur Begutachtung nötigen Eingriffen zu unterziehen. Nur indirekt kann sich ein gewisser – je nach Lage des Falles unterschiedlich ausgeprägter – Motivationsdruck daraus ergeben, dass das Ergebnis der Begutachtung möglicherweise eine zwingende Voraussetzung dafür darstellt, dass der Betroffene ein von ihm selbst angestrebtes (außermedizinisches) Ziel (zB die Zuerkennung einer Leistung) auch tatsächlich erreicht. Das rechtfertigt es aber noch nicht, von einem rechtlichen Zwang zur Duldung der Begutachtung zu sprechen: Es steht dem Betroffenen rechtlich frei, die Begutachtung abzulehnen, wengleich unter Inkaufnahme jener Folgen, die sich aus dem Umstand ergeben können, dass bestimmte Tatsachen dann eben ungeklärt bleiben.

Welche Folgen eine Verweigerung der Begutachtung nach sich zieht, lässt sich nicht abstrakt beantworten und hängt von jenen rechtlichen Zusammenhängen ab, für welche das Gutachtensergebnis relevant ist, oder anders formuliert: **Welche Rechtsfolgen als Konsequenz der ausbleibenden Klärung der gutachterlichen Fragestellung eintreten, richtet sich nach den rechtlichen Rahmenbedingungen, für welche der zu klärende Sachverhalt rechtserheblich ist und entzieht sich einer generalisierenden Aussage.** Erst die jeweils maßgebliche Rechtslage (zB das anwendbare Verfahrensrecht, Regeln über die Beweislast, gesetzliche Vermutungen oder Fiktionen etc) kann konkret darüber Auskunft geben, wen welche Vor- oder Nachteile treffen, wenn eine entscheidungsrelevante Sachfrage nicht geklärt werden kann.

Aus alledem folgt zugleich, dass über die **Grenzen der „Zumutbarkeit“** von invasiven Untersuchungsmethoden ebenfalls **keine allgemeine Aussage** möglich ist: Es ist – innerhalb der Grenzen der Sittenwidrigkeit des § 90 StGB oder sonstiger absoluter Zumutbarkeitsgrenzen – in erster Linie **die untersuchte Person selbst**, die im Wege der Einwilligung oder Nichteinwilligung **selbst über die Grenzen der „Zumutbarkeit“ des Eingriffs entscheidet** bzw darüber, welche Risiken und Belastungen sie für welche (nichtmedizinischen) Zwecke in Kauf nimmt. Freilich ist diese Dispositionsbefugnis nicht unbeschränkt (zur Frage etwaiger absoluter Eingriffsschranken, die auch durch die Einwilligung des Betroffenen nicht überspielt werden können).

### Mitwirkungs- und Duldungspflichten

#### Allgemeines

Der skizzierte Grundsatz der **Freiwilligkeit** der Begutachtung besteht nicht absolut: Er kann nach Maßgabe gesetzlicher Mitwirkungs- und Duldungspflichten **eingeschränkt** sein. Die österreichische Rechtsordnung kennt vielfältige Ausprägungen solcher Untersuchungspflichten, die hinsichtlich ihrer materiellen und formellen Voraussetzungen, hinsichtlich ihres Umfangs (zB betreffend die Grenzen der Zumutbarkeit) oder hinsichtlich der Weigerungsfolgen (zB betreffend die Art und Weise der Durchsetzbarkeit) beträchtlich divergieren.<sup>17</sup>

Der Bestand und die Reichweite derartiger Pflichten bedürfen immer einer besonderen **Ableitung aus einem Gesetz** oder einer hinreichend gesetzlich determinierten Verordnung,<sup>18</sup> die – da es dabei um Eingriffe in die grundrechtlich geschützte körperliche Integrität als Element des Privatlebens gemäß Art 8 EMRK geht<sup>19</sup> – überdies einer Reihe von verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen müssen.<sup>20</sup> Solche Verpflichtungen ergeben sich nicht aus dem Gutachtensauftrag als solchem, sie hängen auch nicht von der Art der Fragestellung oder der Person des Gutachters etc ab. Duldungs- und Mitwirkungspflichten können vielmehr **nur aus jenem „hinter der Begutachtung“ stehenden rechtlichen Grundverhältnis begründet werden** (zB aus dem Verfahrensrecht), **in dem die zu begutachtende Sachverhaltsfrage relevant ist.** Das ist für jeden Rechtsbereich gesondert zu klären. So kann die Frage nach Duldungspflichten etwa für ein und denselben inhaltlichen Gutachtensauftrag – zB eine Blutalkoholbestimmung – unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob und in welchem Ausmaß in den einschlägigen rechtlichen Rahmenbedingungen solche Verpflichtungen vorgesehen sind (oder auch nicht).

Eine auf gesetzlicher Ebene fehlende Duldungs- oder Mitwirkungspflicht kann auch **nicht durch eine individuelle Gerichtsentscheidung ersetzt** werden: Da auch die Gerichte (wie alle anderen staatlichen Behörden) Eingriffs- und Zwangs-

<sup>17</sup> Überblick (wengleich teilweise veraltet) bei *Binder*, Die rechtliche Zulässigkeit von Zwangsbehandlung und behandlungsbedingter Freiheitseinschränkung, SoSi 1997, 232.

<sup>18</sup> Vertraglich begründete Mitwirkungs- und Duldungspflichten sind zwar ebenfalls denkbar. Sie ändern aber meines Erachtens nichts daran, dass im Verhältnis zwischen dem Gutachter und der zu begutachtenden Person der Freiwilligkeitsgrundsatz zu beachten ist. Allenfalls kann die Verweigerung der Begutachtung dann eine Vertragsverletzung darstellen. Dies wäre aber im Rechtsweg (zwischen den Vertragsparteien) zu klären und verleiht weder der berechtigten Partei noch dem Arzt eine rechtliche Befugnis zu unfreiwilligen Eingriffen in die körperliche Integrität.

<sup>19</sup> Vgl nur *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar<sup>2</sup> (1996) 341.

<sup>20</sup> Vgl zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen von unfreiwilligen medizinischen Eingriffen, insb im Lichte des Art 8 EMRK, *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 396 ff.

befugnisse nur nach Maßgabe entsprechender gesetzlicher Grundlagen haben, steht es Gerichten nicht frei, gesetzlich nicht gedeckte Duldungspflichten oder Eingriffsbefugnisse durch einen zwangsbewehrten Beweisbeschluss zu substituieren – etwa um Beweismittel durch Einsatz von Zwang herbeizuschaffen, die für die Beurteilung einer bestimmten Fragestellung erforderlich wären.<sup>21</sup>

### Zu den Grenzen und zur Durchsetzbarkeit von Duldungspflichten

Doch selbst in jenen Bereichen, in denen eine gesetzliche Mitwirkungs- oder Duldungspflicht auf der Ebene des materiellen Rechts besteht, kann keine einheitliche Aussage darüber getroffen werden, bis zu welchen Zumutbarkeitsgrenzen diese Verpflichtung konkret reicht und welche Rechtsfolgen bei einer Verweigerung der Untersuchung eintreten. Der Bestand einer gesetzlichen **Mitwirkungs- und Duldungspflicht sagt noch gar nichts darüber aus**, wie diese Verpflichtung im Fall der Weigerung **durchzusetzen** ist. Auch dies ist je nach Rechtsgebiet gesondert zu lösen, wengleich die Antwort wegen der mangelnden legislativen Qualität mancher Bestimmungen allerdings nicht immer zweifelsfrei ausfallen wird. Die Palette der Regelungen reicht von Duldungspflichten, die lediglich mittelbar durch andere Rechtsnachteile sanktioniert sind, denen man sich aber durchaus mit Erfolg entziehen kann,<sup>22</sup> über Duldungspflichten, deren Befolgung durch Beugemittel (nicht aber durch unmittelbaren Zwang) erzwungen werden können,<sup>23</sup> bis hin zu (im Extremfall) durch unmittelbaren physischen Zwang durchsetzbaren Pflichten.<sup>24</sup>

Schon an dieser Stelle kann aber festgehalten werden, dass auch im Anwendungsbereich solcher Mitwirkungs- und Duldungspflichten **in aller Regel keine Befugnis des gutachtenden Arztes** auszumachen ist, irgendwelche Sanktionen zu verhängen oder die Untersuchung gegen den Willen des Betroffenen (oder gar mit physischem Zwang) durchzusetzen. Die Beurteilung der rechtlichen Folgen einer Weigerung bzw. allfälliger Sanktionen liegt überwiegend bei den zuständigen rechtlichen Organen, und welche Handlungsspielräume diese Organe haben, richtet

sich nach den jeweiligen Rechtsgrundlagen. Nur ganz ausnahmsweise sieht die Rechtsordnung Duldungspflichten vor, die vom untersuchenden Arzt durch unmittelbaren Zwang durchgesetzt werden dürfen.<sup>25</sup> Doch auch in diesem Sonderfall können – rechtlich theoretisch zur Verfügung stehende – Zwangsmittel unzulässig sein, wenn etwa der Gutachtensauftrag unter Bedingungen des Zwangs aus medizinischen Gründen gar nicht erfüllbar ist.

Im Ergebnis ergibt sich aus alledem, dass **auch bei bestehenden Duldungspflichten die Rechtsstellung des Gutachters – von den wenigen Fällen einer unmittelbaren Zwangsbefugnis abgesehen – nicht wesentlich anders zu beurteilen ist als bei fehlender Duldungspflicht**: In beiden Konstellationen ist eine Weigerung aus der Sicht des Gutachters letzten Endes zu respektieren und dies der auftraggebenden Stelle mitzuteilen. Diese hat dann zu beurteilen, ob und gegebenenfalls welche weiteren Schritte zu setzen sind bzw. welche materiellrechtlichen Folgen mit einer (sofern erfolgreichen) Weigerung verbunden sind.

### Beispiele für Mitwirkungs- und Duldungspflichten

Eine flächendeckende Bestandsaufnahme gesetzlicher Mitwirkungs- und Duldungspflichten würde den Rahmen dieses Beitrages bei weitem sprengen. Der nachfolgende Überblick beschränkt sich daher – bezogen auf die hier interessierenden körperlichen (invasiven) Eingriffe – auf einige typische Beispiele. Ausgeklammert bleibt der Bereich des Arbeits- und Sozial(versicherungs)rechts.<sup>26</sup> Im **zivilgerichtlichen Verfahren** besteht zwar eine Mitwirkungspflicht der Parteien sowie dritter Personen bei der Beweisaufnahme und der Gutachtenserstattung durch den Sachverständigen,<sup>27</sup> die (jedenfalls in Bezug auf die Parteien) auch Gegenstand eines gerichtlichen Mitwirkungsauftrags sein kann. Nach wie vor finden sich jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine erzwingbare Duldungspflicht bzw. Zwangsbefugnisse für körperliche Eingriffe, und zwar weder für die Parteien noch für Dritte (Zeugen).<sup>28</sup> Die richterliche Freiheit bei der Wahl der Beweismittel impliziert weder eine korrespondierende Duldungsverpflichtung noch eine Ermächtigung, alle entscheidungsrelevanten Beweise mit Zwang her-

21 Abwegig daher – wengleich in Bezug auf einen Leichnam – LGZ Wien 10. 5. 2005, 001 CG 1/05g, wo zur Beweissicherung in einem Zivilprozess eine Leichenöffnung (Obduktion) der Leiche der Klägerin bewilligt wurde, obwohl dieser Eingriff in die Integrität der Verstorbenen – anders als im Strafprozess – durch keine gesetzliche Grundlage gedeckt war.

22 z.B. Blutalkoholuntersuchung gem § 5 Abs 6 StVO. Im Weigerungsfall macht sich der Betroffene strafbar und es treten bestimmte verwaltungsrechtliche Folgen (z.B. Fiktion der Alkoholisierung) ein. Die Blutabnahme als solche ist aber (weder durch unmittelbaren Zwang noch mittelbar durch Beugemaßnahmen) erzwingbar.

23 So zB bei Eingriffen in die körperliche Integrität im Abstammungsverfahren gem § 85 AußStG.

24 So – wenn auch unter Bindung an eine Genehmigung des Justizministeriums – die Untersuchung- und Behandlungspflichten im Strafvollzug gem § 69 StVG.

25 ZB die Untersuchungen im Vorfeld einer psychiatrischen Unterbringung gem §§ 8, 10 UbG.

26 Vgl dazu den Beitrag von *Neumayr* in diesem Band.

27 Vgl schon bisher *Fasching*, Zivilprozessrecht (1984) Rz 938; ausdrücklich nunmehr § 359 ZPO, der allerdings entscheidende Fragen nach den Grenzen und der Sanktionierbarkeit dieser Mitwirkungspflicht im Dunkeln lässt; näher *Rechberger* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>2</sup>, III (2004) 854 ff; *Höllwerth*, Beschleunigung der Sachverständigenbegutachtung durch die ZVN 2002?, ÖJZ 2004/17.

28 OLG Wien 16. 6. 1999, 7 Rs 79/99k; *Emberger*, Der ärztliche Sachverständige im Verfahren vor den Zivilgerichten, in: *Emberger/Zahl* ua (Hrsg), Das ärztliche Gutachten<sup>4</sup> (2002) 96 (104); mwN zum (unheitlichen) Meinungsstand *Höllwerth*, ÖJZ 2004/17.



beizuschaffen. Allfällige Verpflichtungen (zB Aussagepflichten) sind in der ZPO detailliert geregelt; die Pflicht zur Bereitstellung des eigenen Körpers gehört aber jedenfalls nicht dazu. Unterbleibt eine Mitwirkung, muss der Sachverständige sein Gutachten letztlich ohne diese Informationen erstatten; die Mitwirkung kann auch vom Gericht nicht durchgesetzt werden, die Verweigerung unterliegt aber der freien Beweiswürdigung.<sup>29</sup> Die Rechtsfolgen einer Weigerung hängen dann unter anderem von der Verteilung der Beweislast ab. Unterbleibt etwa eine Tatsachenfeststellung, die zur Begründung eines Anspruches unerlässlich ist, so treffen die negativen Folgen (also z.B. die Abweisung einer Klage) jene Partei, die für die fraglichen Umstände beweispflichtig ist (das ist in der Regel der Kläger).

Auch dem **Strafprozessrecht** ist eine Duldungspflicht bzw. die Ausübung von Zwang zur Duldung körperlicher Eingriffe sowohl gegenüber Zeugen als auch gegenüber dem Beschuldigten fremd.<sup>30</sup> Der Beschuldigte muss sich zwar eine „äußere“ (auch ärztliche) Untersuchung gefallen lassen,<sup>31</sup> es trifft ihn aber keine aktive Mitwirkungspflicht. Invasive Maßnahmen oder Untersuchungen, die auf aktive Mitwirkung angewiesen sind, bedürfen daher immer der Zustimmung.<sup>32</sup> In Bezug auf den Beschuldigten ist dieser Grundsatz sogar verfassungsrechtlich abgesichert, da Art 90 Abs 2 B-VG nach herrschender Auffassung auch ein Verbot der Selbstbezeichnung enthält: Demnach dürfte auch der Gesetzgeber keine Regelungen treffen, die eine im Verdacht einer strafbaren Handlung stehende Person verpflichtet, Beweise gegen sich selbst zu liefern.<sup>33</sup> Das gilt nach der

Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes auch für das **Verwaltungsstrafverfahren**.<sup>34</sup>

Die Neufassung des § 123 StPO durch das StrafprozessreformG BGBl I 2004/19 sieht (ab 2008) allerdings unter bestimmten Voraussetzungen eine Duldungspflicht („ohne Einwilligung“) für (invasive) Blutabnahmen und „vergleichbar geringfügige“ Eingriffe vor (§ 123 Abs 4 StPO).<sup>35</sup> Inwieweit die Anwendung unmittelbaren Zwanges zulässig ist, ist nicht ganz eindeutig, im Ergebnis aber wohl zu verneinen. Generell unzulässig bleiben operative Eingriffe und Eingriffe, die eine mehr als dreitägige Gesundheitsschädigung bewirken können.

Im **Außerstreitverfahren** gilt wegen der weitgehenden Verweisung auf die ZPO hinsichtlich des Beweisverfahrens grundsätzlich dasselbe wie im Zivilprozess. Für bestimmte Verfahrensarten bestehen allerdings abweichende Regelungen, die mitunter – mehr oder weniger ausdrücklich – Mitwirkungs- und Duldungspflichten für ärztliche Untersuchungen enthalten.<sup>36</sup>

Das praktisch wichtigste Beispiel bietet § 85 AußStrG betreffend die Mitwirkungs- und Duldungspflichten im **Abstammungsverfahren**:<sup>37</sup> Danach besteht eine explizite Mitwirkungspflicht bei der Befundaufnahme durch gerichtlich bestellte Sachverständige, namentlich bei der Gewinnung von Körperflüssigkeiten, Gewebeproben und Blutproben, die nur durch ein Weigerungsrecht bei ernster oder dauernder Gefährdung von Leben oder Gesundheit begrenzt wird (§ 85 Abs 2 AußStrG). Zur Gewinnung von Gewebeproben mit Methoden, bei denen die körperliche Integrität nicht verletzt wird, hat das Gericht erforderlichenfalls die zwangsweise Vorführung und die Anwendung unmittelbaren Zwanges anzuordnen (§ 85 Abs 3 AußStrG). Es kann auch von Dritten die Herausgabe notwendiger Körpersubstanzen verlangen (§ 85 Abs 4 AußStrG). Im Ergebnis sieht das Gesetz also Mitwirkungs- und Duldungspflichten sowohl für invasive („bei denen die körperliche Integrität nicht verletzt wird“) Untersuchungsmethoden vor; hinsichtlich der zulässigen Sanktionen im Weigerungsfall wird

29 *Rechberger* in Fasching, Kommentar III 859 Rz 5; LG Korneuburg 24. 4. 2001, 34 Cgs 205/00, ZAS-Judikatur 2003/27.

30 ZB OGH SSt 29/85 = EvBl 1959/227; SSt 50/72 = EvBl 1980/109 (Beschuldigter); OGH EvBl 1954/36; OGH 2. 6. 2005, 15 Os 45/05i (Zeugen); *Emberger/Zahl*, Der ärztliche Sachverständige im Verfahren vor den Strafgerichten, in: *Emberger/Zahl* ua (Hrsg), Das ärztliche Gutachten<sup>4</sup> (2002) 74 (86); *Harbich*, RZ 1974, 86; *Kunst*, ÖJZ 1958, 176; *Weiler*, ZVR 1958, 181 ff.

31 ZB zur Herstellung erkennungsdienstlichen Materials (Fingerabdrücke, Foto): OGH 9. 6. 1993, 14 Os 71/93; zur erkennungsdienstlichen Behandlung auch §§ 64 f SPG. Dazu und zum Folgenden auch *Murschetz*, Die körperliche Durch- und Untersuchung von Beschuldigten und Zeugen im Strafverfahren: Was ist erlaubt?, JAP 2000/2001, 132; *Rieder*, Die Anwendung von Zwangsmaßnahmen bei der Untersuchung oder Behandlung geisteskranker Rechtsbrecher, ÖJZ 1984, 34; *Birklbauer*, Die DNA-Analyse im Dienste des Strafverfahrens, JBl 2003, 337.

32 OGH SSt 50/72 = EvBl 1980/109; OGH 11. 9. 2003, 12 Os 72/03. Selbst mit Zustimmung dürfen an Zeugen (Opfer) nur geringfügige Eingriffe durchgeführt werden (vgl *Tipold*, in: Wiener Kommentar zur StPO, § 132 StPO Rz 1 ff).

33 VfSlg 9950, 11.829, 12.454; mwN *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>9</sup> (2000) Rz 786. Auch nach der Rechtsprechung der Strafgerichte ist niemand verpflichtet, sich selbst als Beweismittel zur Verfügung zu stellen (vgl statt vieler OGH EvBl 1959/227; EvBl 1954/36; EvBl 1970/259; EvBl 1972/69; RZ 1961, 11 uvam).

34 ZB VfSlg 14.988; VwGH JBl 1980, 667.

35 Dazu zB *Bertel*, Menschenrechte und StrafprozessreformG, juridikum 2003, 120; *Murschetz*, Zwangsweise Eingriffe in die körperliche Integrität nach dem Diskussionsentwurf zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens – zurück zum Inquisitionsprozess, AnwBl 2000, 8.

36 Näherer Untersuchung bedürften unter diesem Aspekt die Regelungen über die Beweisaufnahme im Sachwalterbestellungsverfahren (vgl zB § 121 AußStrG; zur Durchführung der Untersuchung auch ohne Willen des Betroffenen vgl – zur EntmO – schon OGH EvBl 1965/274; nunmehr auch OLG Wien 16. 6. 1999, 7 Rs 79/99k), im Unterbringungsverfahren (insb § 22 UbG) und im gerichtlichen Verfahren nach dem Tuberkulosegesetz.

37 Vgl bis zum neuen AußStrG die Vorgängerregelung in § 7 FamRANGIV; dazu (unter dem Aspekt der Duldungspflichten) nur *Fasching*, Die Ausübung unmittelbaren Zwanges zur Blutabnahme und Durchführung erbkundlicher Untersuchungen im Abstammungs- und Vaterschaftsfeststellungsprozess, ÖJZ 1981, 169; *Simotta*, Zur geplanten Neuregelung des Abstammungsverfahrens im neuen AußStrG, NZ 2001, 81; OGH EvBl 1978/166; OGH 27. 1. 2000, 8 Ob 208/99t; OGH ZIRV 1993, 253.

jedoch danach differenziert, ob es sich um invasive oder nicht-invasive Methoden handelt: Während nicht-invasive Materialgewinnungen auch durch unmittelbaren (physischen) Zwang durchgesetzt werden dürfen, können invasive Eingriffe nur durch mittelbare (indirekte) Zwangsmittel (zB Geldstrafen, Beugehaft gem § 79 AußStrG) erzwungen werden.<sup>38</sup> Die Betroffenen haben damit die rechtlich geschützte Möglichkeit, invasive Eingriffe – wenn auch rechtswidrigerweise und unter Inkaufnahme anderer rechtlicher Nachteile – mit Erfolg zu verweigern. Die Grenzziehung zwischen invasiven und nicht-invasiven Methoden bleibt freilich diskutierbar.<sup>39</sup>

Die – aus hier nicht zu erörternden Gründen sogar im Verfassungsrang beschlossene – Bestimmung des § 5 Abs 6 und Abs 10 StVO verpflichtet KFZ-Lenker unter bestimmten Voraussetzungen zur Duldung einer Blutabnahme bei Verdacht auf Alkoholisierung oder Suchtmittelleinnahme. Im Fall der Verweigerung droht eine Verwaltungsstrafe gem § 99 Abs 1 lit c StVO sowie die gesetzliche Fiktion der Alkoholisierung; die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Durchsetzung der Blutabnahme ist jedoch nicht zulässig – auch nicht bei Bewusstlosen.<sup>40</sup> Auch hier legt die Rechtsordnung also eine Duldungspflicht fest, begnügt sich aber mit indirekten Zwangsmitteln zur Sanktionierung. Der Betroffene hat zwar im Hinblick auf seine Duldungspflicht keine rechtliche Entscheidungsfreiheit, aber dennoch einen geschützten faktischen Entscheidungsspielraum: Eine Verweigerung der Blutabnahme ist vom Arzt zu respektieren.

Das **Strafvollzugsrecht** sieht in § 69 StVG eine Zwangsuntersuchung, Zwangsbehandlung und Zwangsernährung von Strafhäftlingen vor. Verweigert ein Strafgefangener die Mitwirkung an einer „nach den Umständen des Falles unbedingt erforderlichen ärztlichen Untersuchung oder Heilbehandlung, so ist er diesen Maßnahmen zwangsweise zu unterwerfen, soweit dies nicht mit Lebensgefahr verbunden und ihm auch sonst zumutbar ist“ (§ 69 Abs 1 StVG). Als „unzumutbar“ gilt auch jeder Eingriff, der „nach seinen äußeren Merkmalen als schwere Körperverletzung“ im Sinne des § 84 StGB zu beurteilen wäre. Die Anordnung einer solchen Untersuchung oder Behandlung bedarf, außer bei Gefahr im Verzug, der vorher-

<sup>38</sup> Langer, Außerstreitgesetz 2003, 2004, 154 ff.

<sup>39</sup> Nicht invasiv wären etwa das Auszupfen von Haaren oder die Untersuchung bereits abgetrennter Körpersubstanzen. Als invasiv gelten hingegen zB Blutabnahmen und nach herrschender Auslegung auch ein Mundhöhlenabstrich (Langer, aaO 156). Zur Zulässigkeit „heimlicher“ Vaterschaftstests vgl Aichhorn, Heimliche Vaterschaftstests – zulässig oder nicht?, EF-Z 2006/3, 4.

<sup>40</sup> Vgl VfSlg 11.923/1988; Kopeitzki, Blutabnahme bei Bewusstlosen zum Zwecke der Blutalkoholbestimmung, RZ 1985, 53; Steiner, Die Blutabnahme in Vollziehung straßenpolizeilicher Vorschriften, RdM 1996, 139; Öhlinger, Die verfassungsrechtlichen Schranken der Blutabnahme gemäß § 5 Abs 6 StVO, FS Dittrich (2000) 773.

igen Genehmigung des Bundesministeriums für Justiz.<sup>41</sup> Dass die Durchführung der Untersuchung, Behandlung oder Ernährung letztlich durch Ausübung unmittelbaren Zwangs erfolgen darf, kann wegen der klaren Formulierung des § 69 Abs 1 StVG („zwangsweise zu unterwerfen“) nicht zweifelhaft sein, obwohl die Ermächtigung zur unmittelbaren Zwangsausübung des § 104 StVG diesen Fall nicht ausdrücklich erwähnt.

Im Wege von Verweisungen in anderen Gesetzen gilt die Bestimmung des § 69 StVG grundsätzlich – wenn auch in teilweise strittigem Umfang – auch für Personen in Untersuchungshaft, im Maßnahmenvollzug, bei bestimmtem Formen des Vollzugs von Verwaltungsfreiheitsstrafen sowie in der Schubhaft.

Mit Untersuchungen zu bloßen Begutachtungszwecken hat § 69 StVG allerdings nichts zu tun: Die Bestimmung ist Ausdruck der erhöhten staatlichen Fürsorgepflicht im Strafvollzug und deckt nur solche diagnostischen Eingriffe, die aus medizinischen Interessen des Häftlings unbedingt notwendig sind,<sup>42</sup> insb weil sie bei vorliegendem Krankheitsverdacht bzw nach Unfällen oder Selbstbeschädigungen der Entscheidungsvorbereitung über den Einsatz therapeutischer Maßnahmen, über die Arbeitsfähigkeit oder die Art der weiteren Unterbringung dienen.<sup>43</sup> Es bedarf also einer medizinischen Indikation. Liegt diese Indikation sowie die gebotene Dringlichkeit („unbedingt erforderlich“) vor, dann sind freilich auch zwangsweise invasive Methoden zulässig, solange die absolute Zulässigkeitschwelle des § 69 Abs 1 StVG (schwere Körperverletzung) nicht erreicht ist; bei einer Blutabnahme wäre dies jedenfalls noch nicht der Fall. Untersuchungen für andere Zwecke – insb Begutachtungen im Interesse Dritter oder zur Wahrung anderer als medizinischer Ziele – können jedoch grundsätzlich nicht auf § 69 StVG gestützt werden.<sup>44</sup> Dies wird mittelbar auch durch § 67 StVG bestätigt, der ärztliche Experimente an Strafgefangenen selbst mit Einwilligung des Betroffenen verbietet. Da der Begriff des ärztlichen Experiments hier all jene medizinischen Maßnahmen umfasst, denen eine primär therapeutische Intention fehlt,<sup>45</sup> kann daraus auf ein grundsätzliches Verbot „fremdnütziger“ medizinischer Eingriffe in Haftsituationen geschlossen werden.

<sup>41</sup> Die gängige Auffassung, wonach diese Genehmigung nicht bescheidförmig zu erfolgen habe, weil sie „dem Strafgefangenen gegenüber nicht von Bedeutung“ (!) sei (Drexler/Ebner, Strafvollzugsgesetz [2003] 126, § 69 Anm 2), überzeugt rechtlich freilich nicht.

<sup>42</sup> Drexler/Ebner, Strafvollzugsgesetz 126, § 69 Anm 2.

<sup>43</sup> Vgl auch die in § 68 Abs 2 StVG dafür vorgesehene Untersuchung durch den Anstaltsarzt; Drexler/Ebner, StVG 124, § 68 Anm 1.

<sup>44</sup> Lediglich beim Verdacht auf ansteckende Krankheiten wird der Aspekt der Gefahrenabwehr zum Schutz Dritter (und darauf abzielende Untersuchungen) auch eine Rolle spielen dürfen, da § 66 Abs 1 StVG die Möglichkeit der Absonderung infektiöser Strafgefangener vorsieht.

<sup>45</sup> Drexler/Ebner, StVG 123 f, § 67 Anm 1.



Von den primär therapeutisch motivierten Zwangsermächtigungen des § 69 StVG sind hingegen jene – auch ärztlichen – Untersuchungen zu unterscheiden, die zum Zwecke der Feststellung der **Vollzugstauglichkeit** vorgesehen sind (§§ 132 f StVG). Das betrifft sowohl die erkennungsdienstliche Behandlung (§ 132 Abs 4 StVG) als auch die ärztliche Untersuchung auf solche Zustände (Krankheiten, Verletzungen, Invalidität, Schwächezustände, Schwangerschaft, vgl § 5 StVG), die einen Aufschub des Strafvollzuges notwendig machen (§ 132 Abs 5 StVG). Klare Aussagen über die Zulässigkeit, Intensität bzw die Grenzen von Zwangsausübung enthält das Gesetz in diesem Zusammenhang allerdings nicht. Bei systematischer Auslegung im Kontext mit § 69 StVG wird e contrario anzunehmen sein, dass jedenfalls invasive diagnostische Eingriffe gegen den Willen des Betroffenen nur zu therapeutischen Zielen iSd § 69, nicht jedoch zum Zweck der Prüfung der Vollzugstauglichkeit erfolgen dürfen.

Auf dem Gebiet des **Sicherheitspolizeirechts** und verwandter Verwaltungsmaterien existieren unterschiedliche Duldungs- und Mitwirkungspflichten in Bezug auf medizinische Untersuchungen. Sie haben aber – bei allen Divergenzen hinsichtlich der Erzwingbarkeit<sup>46</sup> – immerhin gemeinsam, dass sie den Einsatz von unmittelbarem Zwang gerade nicht für jene Maßnahmen zulassen, die mit einem Eingriff in die körperliche Integrität verbunden sind (zB erkennungsdienstliche Behandlung einschließlich DNA-Untersuchung gem § 64 ff iVm § 78 SPG; Haftfähigkeitsprüfung gem § 7 iVm § 26 der Anhalteordnung; ärztliche Untersuchung von Asylwerbern im Asylverfahren gem § 15 Abs 1 Z 2 AsylG). Invasive Diagnoseverfahren (einschließlich Blutabnahme) können daher nicht unmittelbar erzwungen werden und bleiben auf die Zustimmung des Betroffenen angewiesen. Das gilt letztlich auch für die Untersuchung zur Feststellung der Wehrtauglichkeit: § 18 Abs 2 WehrG sieht zwar eine (wie § 5 Abs 6 StVO im Verfassungsrang stehende) Duldungspflicht für körperliche Untersuchungen einschließlich Blutabnahmen vor, jedoch keine (über die Vorführung gem § 18 Abs 7 WehrG bzw die

Strafsanktion gem § 49 WehrG hinausgehende) unmittelbare zwangsweise Durchsetzung.<sup>47</sup>

Nach dem **Schulunterrichtsgesetz** sind Schüler verpflichtet, sich einmal im Schuljahr einer schulärztlichen Untersuchung zu unterziehen (§ 66 Abs 2 SchUG).<sup>48</sup> Eine Befugnis zur zwangsweisen Untersuchung kann darin nicht erblickt werden, die Untersuchung bedarf daher nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen des § 146c ABGB der Zustimmung des Schülers bzw der Erziehungsberechtigten. Dass für sonstige – über die jährliche Untersuchung hinausgehende – Untersuchungen ausdrücklich die „Zustimmung des Schülers“ verlangt wird (§ 66 Abs 2 2. Satz SchUG) impliziert nicht e contrario eine Zwangsbefugnis hinsichtlich der jährlichen Untersuchung,<sup>49</sup> sondern verankert lediglich ein – allenfalls über die Vertretungsregeln des § 146c ABGB hinausreichendes – Zustimmungrecht des Schülers kumulativ zu jenem der Eltern.

Bei Verdacht auf Suchtmittelmissbrauch sind die betroffenen Personen nach dem **Suchtmittelgesetz** durch die Bezirksverwaltungsbehörde einer ärztlichen Untersuchung zuzuführen. Die Person hat sich dieser Untersuchung zu unterziehen (§ 12 Abs 1 SMG) und kann zu diesem Zweck auch geladen und (gem § 19 AVG) zwangsweise vorgeführt werden. Ziel der Untersuchung ist die Abklärung, ob der Betroffene entsprechender „gesundheitsbezogener Maßnahmen“ im Sinne des § 11 SMG (zB ärztliche Überwachung des Gesundheitszustandes, Entzugs- oder Substitutionsbehandlung etc) bedarf, wodurch auch die Bandbreite der einsetzbaren Untersuchungsmethoden definiert wird. Ob dieser Duldungs- und Mitwirkungspflicht eine (über die bloße Vorführung hinausgehende) Ermächtigung zur zwangsweisen Durchführung der ärztlichen Untersuchung korrespondiert, ist in der Literatur umstritten; die besseren juristischen Argumente sprechen dagegen.<sup>50</sup> Eindeutig zu verneinen ist eine unmittelbare zwangsweise Durchsetzung jedenfalls für die daran anschließenden „gesundheitsbezogenen Maßnahmen“. Zwar ordnet § 11 Abs 1 SMG auch insofern eine klare Verpflichtung der Betroffenen an, sich den „ihnen nach den Umständen möglichen und zumutbaren und nicht offenbar aus-

47 Dass die Stellungskommission den Betroffenen nötigenfalls einer (fach)ärztlichen Untersuchung „zuzuführen hat“ (§ 17 Abs 2 WehrG), schafft keine hinreichende Befugnis zur zwangsweisen Untersuchung.

48 Dazu (und zu weiteren Beispielen schulärztlicher Begutachtungen) *Jonak/Kövesi*, Das österreichische Schulrecht<sup>10</sup> (2005) 716.

49 Zumal eine derartige Zwangsuntersuchung nicht einmal nach den Sonderbestimmungen für Suchtmittelmissbrauch vorgesehen ist: dazu *Akyürek* in *Hinterhofer/Rosbaud*, Suchtmittelgesetz (2006) 179, § 13 SMG Rz 34 f.

50 Ablehnend – mit weiteren Nachweisen zur Gegenmeinung – *Akyürek* in *Hinterhofer/Rosbaud*, Suchtmittelgesetz (2006) 161 f, § 12 SMG Rz 47 ff.

46 Diese Divergenzen betreffen etwa den Einsatz von unmittelbarem Zwang zur Durchsetzung der Duldungs- und Mitwirkungspflicht: Diese ist beispielsweise bei der erkennungsdienstlichen Behandlung zu bejahen (§ 78 SPG, soweit nicht mit Eingriff in körperliche Integrität verbunden), nicht jedoch bei der ärztlichen Haftfähigkeitsprüfung nach der Anhalteordnung: Aus der Normierung der Rechtsfolgen einer Verweigerung der ärztlichen Untersuchung in § 7 Abs 3 AnhO (diesfalls ist solange vom Vorliegen der Haftfähigkeit auszugehen, als der Angehaltene weder relevante Krankheitssymptome oder Verletzungen aufweist noch sonst Grund besteht, an seiner Haftfähigkeit zu zweifeln) ist zu schließen, dass die Untersuchung nicht unmittelbar erzwungen werden darf; anderenfalls bedürfte es gar keiner Regelung der Weigerungsfolgen.

sichtslosen gesundheitsbezogenen Maßnahmen zu unterziehen. Die Gesundheitsbehörde hat aber keine Durchsetzungsbefugnis, sie hat lediglich „darauf hinzuwirken“ (§ 12 Abs 2 SMG). Die Verweigerung der notwendigen gesundheitsbezogenen Maßnahmen führt nicht zu ihrer unmittelbaren Erzwingung, sondern löst lediglich eine Anzeigepflicht der Behörde an die Staatsanwaltschaft (hinsichtlich des grundsätzlich strafbaren Suchtmittelmissbrauches) aus (näher § 14 SMG).<sup>51</sup> Konsequenz der Weigerung ist nicht die Zwangsbehandlung, sondern die Durchführung eines Strafverfahrens, und zwar nicht wegen der Verweigerung der gesundheitsbezogenen Maßnahmen, sondern wegen des zugrunde liegenden Suchtgiftdelikts. Das dem SMG innewohnende Prinzip „Therapie statt Strafe“ schafft damit einen beträchtlichen Anreiz zur „freiwilligen“ Duldung der „gesundheitsbezogenen“ Maßnahmen als Alternative zur drohenden Strafsanktion, verzichtet aber auf die direkte Erzwingung der Behandlung als solcher.

Mit Ausnahme des AIDS-Gesetzes, das grundsätzlich auf dem Freiwilligkeitsprinzip beruht und Untersuchungspflichten ausschließlich für Prostituierte enthält,<sup>52</sup> sehen alle **seuchenpolizeilichen Gesetze** (Epidemiegesetz, Tuberkulosegesetz, Geschlechtskrankheitengesetz) mehr oder weniger eindeutige Untersuchungs- und Behandlungsverpflichtungen vor,<sup>53</sup> die sich auf alle „erforderlichen“ und „zumutbaren“ Untersuchungen einschließlich invasiver Maßnahmen (zB Blutabnahme, Röntgen) beziehen.<sup>54</sup> und die bis zur zwangsweisen Anhaltung in einer Krankenanstalt reichen können.<sup>55</sup> Leider lassen die erwähnten Gesetze kaum eindeutige Aussagen über die Art und Weise der Durchsetzung dieser Duldungspflichten zu, was nicht zuletzt mit ihrem teilweise hohen Alter und der aus heutiger Sicht mangelnden rechtsstaatlichen Ausgestaltung zu tun hat. Unter Zugrundelegung der derzeit geltenden Maßstäbe des Legalitätsprinzips und des Grundrechtsschutzes sollte man im Zweifel wohl keiner dieser Normen eine Ermächtigung zur Ausübung eines unmittelbaren Untersuchungs- oder Behand-

<sup>51</sup> Näher *Akyürek in Hinterhofer/Rosbaud*, Suchtmittelgesetz (2006) 187 ff, § 14 SMG Rz 1 ff.

<sup>52</sup> § 4 Abs 2 AIDS-G. Eine unmittelbare Durchsetzungsmöglichkeit besteht auch hier nicht; wird die Untersuchung verweigert (oder fällt sie positiv aus), besteht Berufsverbotsverbot. Auch HIV-Tests bedürfen immer der Zustimmung (vgl § 5 der Verordnung über die Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung in der HIV-Diagnostik und die bei der Vornahme von HIV-Tests einzuhaltende Vorgangsweise, BGBl 1994/772 idF BGBl II 2004/221).

<sup>53</sup> Vgl im Einzelnen § 5 EpidemieG; § 2 und § 6 Abs 5 TbG; § 3 Abs 2 GeschlKHG.

<sup>54</sup> ZB § 6 Abs 5 TbG: Die Betroffenen sind verpflichtet, „sich den erforderlichen zumutbaren ärztlichen Untersuchungen, insb auch Röntgenuntersuchungen, Blutabnahmen und Sputumuntersuchungen, zu unterziehen und das notwendige Untersuchungsmaterial unter allfälliger Kontrolle zu liefern“.

<sup>55</sup> § 3 Abs 2 GeschlKHG; §§ 14 ff TbG; § 7 Abs 2 EpG und die Verordnung betreffend die Absonderung Kranker, Krankheitsverdächtiger und Ansteckungsverdächtiger und die Bezeichnung von Häusern und Wohnungen (RGBl 1915/39 idF BGBl I 2006/10).

lungszwanges unterstellen, schon gar nicht für invasive Maßnahmen. Für das Tuberkulosegesetz scheint dies auch dadurch hinreichend klar gestellt, dass die Zwangsanhaltung in der Krankenanstalt als Sanktion auf die Missachtung der Untersuchungs- und Behandlungspflichten konzipiert ist (vgl § 14 Abs 1, § 17 Abs 1 und § 18 Abs 1 TbG); das legt einerseits den Schluss nahe, dass diese Verpflichtungen nicht anderweitig (zB durch unmittelbaren Zwang oder durch Vollstreckung eines anordnenden Bescheides nach dem VVG) durchgesetzt werden dürfen, andererseits aber auch, dass bei mangelnder Kooperation des Betroffenen und entsprechender Gefährdung zwar die Anhaltung in der Krankenanstalt, mangels entsprechender gesetzlicher Bestimmungen<sup>56</sup> aber nicht die Zwangsbehandlung in der Krankenanstalt zulässig ist. Die historische Absicht hinter diesen Regelungen mag aber möglicherweise eine andere gewesen sein. Auch mit der jüngsten Novelle zum EpidemieG bestätigt der Gesetzgeber eher den Bestand unmittelbarer Zwangsbefugnisse, indem er die Sicherheitsbehörden ausdrücklich zur Unterstützung „bei der Durchsetzung der vorgesehenen Maßnahmen erforderlichenfalls unter Anwendung von Zwangsmitteln“ ermächtigt (§ 28a EpidemieG idF BGBl I 2006/114).

Das **psychiatrische Unterbringungsrecht** sieht keine ausdrücklichen Mitwirkungs- oder Duldungspflichten für Untersuchungen oder Behandlungen vor. Für die ärztliche Behandlung während der Unterbringung betont § 36 UbG sogar das Freiwilligkeitsprinzip, indem Behandlungen bei einsichts- und urteilsfähigen Patienten (wie auch sonst) an eine Zustimmung des Betroffenen gebunden werden („nicht gegen seinen Willen“); bei mangelnder Einwilligungsfähigkeit bedarf es der Zustimmung des Erziehungsberechtigten bzw Sachwalters. Nur bei nicht einwilligungsfähigen und unvertretenen Patienten liegt dem § 36 UbG das Konzept einer „konsenslosen“ Behandlung zugrunde, ohne dass inhaltlich – über die Bindung an das Patientenwohl hinaus – klare Kriterien oder Schranken formuliert sind. Dass das Behandlungsrecht des UbG unter den erwähnten Voraussetzungen auch schwerwiegendere (und invasive) Maßnahmen deckt, zeigt sich freilich darin, dass für „besondere Heilbehandlungen“ – zu denen etwa auch operative Eingriffe gehören – besondere formelle Regeln bestehen (zB schriftliche Zustimmung, gerichtliche Genehmigungspflicht gem § 36 Abs 2 UbG). Allerdings gelten die behandlungsrechtlichen Regelungen des UbG nur für den „kurativen“ Bereich und stehen daher mit der vorliegenden Fragestellung nur in losem Zusammenhang. Eine zwar nicht ausdrückliche, aber implizite Zwangsermächtigung auch und gerade im Hinblick auf die Vornahme von nicht primär therapeutisch indizierten Untersuchungen ist jedoch jenen Bestimmungen zu entnehmen, die eine bestimmte **psychiatrische Untersuchung** zur Klärung der rechtlichen Unterbringungs voraus-

<sup>56</sup> § 19 TbG betreffend die Durchführung der Anhaltung regelt alle möglichen Beschränkungen, jedoch nicht die Zwangsbehandlung.

setzungen verlangen. Das betrifft sowohl die amtsärztliche Untersuchung (§ 8 UbG) als auch die sog Aufnahmeuntersuchung durch Fachärzte der Krankenanstalt bzw Abteilung für Psychiatrie (§ 10 UbG), und schließlich wohl auch die Untersuchung durch den Sachverständigen im Rahmen des gerichtlichen Unterbringungsverfahrens (§ 22 Abs 1 UbG). Auf die Durchführung dieser Untersuchungen – erforderlichenfalls auch gegen Willen oder Widerstand der Betroffenen und sohin auch unter Einsatz unmittelbaren physischen Zwangs seitens der Ärzte – kann schon deshalb nicht verzichtet werden, weil sich anderenfalls die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Unterbringung gar nicht klären ließen und nicht ernsthaft anzunehmen ist, dass sich der Betroffene durch die Verweigerung der Untersuchungen der Unterbringung insgesamt erfolgreich entziehen kann. Dies wurde von der Rechtsprechung zumindest für den Fall der – nötigenfalls zwangsweise vorzunehmenden – Aufnahmeuntersuchung gem § 10 UbG auch deutlich festgestellt.<sup>57</sup> Im Übrigen würde das Festhalten am Freiwilligkeitsgrundsatz hier auch daran scheitern, dass den betroffenen Personen wegen ihres psychischen Zustandes häufig jene Einwilligungsfähigkeit fehlt, derer es für eine wirksame Einwilligung bedürfte.

Ein spezifisches Sonderproblem der Zulässigkeit invasiver Untersuchungsmethoden stellt sich bei der **Hirntoddiagnostik** zur Todesfeststellung vor einer Organentnahme zu Transplantationszwecken, namentlich bei der cerebralen Angiographie. Sie dient zwar gerade der Verifizierung des eingetretenen Hirntodes (und erfolgt daher ex post betrachtet an der Leiche), es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Untersuchungsmethode – ex ante betrachtet – an einer Person stattfindet, deren Tod eben noch nicht zweifelsfrei feststeht.<sup>58</sup> Da die Todesfeststellung keinen kurativen Zweck für den Betroffenen hat, andererseits aber auch seine Zustimmung regelmäßig nicht vorliegen wird, ist die Zulässigkeit dieser Vorgangsweise seit langem Gegenstand von Diskussionen. Mittlerweile dürfte sich die Auffassung durchgesetzt haben, dass auch solche invasive Maßnahmen – sofern in Grenzfällen zur Hirntodfeststellung unumgänglich<sup>59</sup> – durch die gesetzliche Verpflichtung zu einer dem Stand der Wissenschaft entsprechenden Todesfeststellung gem § 62a Abs 2 KAKuG gedeckt sind.<sup>60</sup>

---

57 VwGH Slg 13.994 A; OGH RdM 1999/14; OGH RdM 1999/9; mwN *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> (2005) Rz 205.

58 Allgemein zur Problematik *Kopetzki*, Organengewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) 195 ff.

59 Dazu näher die vom Obersten Sanitätsrat beschlossenen Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik vom 17. 12. 2005; abgedruckt bei *Unger*, Überarbeitung der Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme, Mitteilungen der Sanitätsverwaltung 2006/3, 3.

60 Dazu zB *Haslinger*, Hirntodfeststellung ohne Eingriffszustimmung?, RdM 2005, 77.

Gesetzliche Sonderbestimmungen, welche den Einsatz bestimmter Untersuchungsmethoden oder die Erhebung oder Verwendung bestimmter Untersuchungsergebnisse an einschränkende Bedingungen knüpfen, werden in der Regel als *leges speciales* zu qualifizieren sein, die allfälligen Mitwirkungs- und Duldungspflichten aus anderen Rechtsbereichen vorgehen. Das trifft etwa auf die Schutznormen des **Strahlenschutzrechts** oder auf die strengen Regeln über die Aufklärung und Zustimmung zu **Genanalysen** zu medizinischen Zwecken gem § 69 Gentechnikgesetz bzw auf das Verbot der Verwendung von Daten aus Genanalysen für Arbeitgeber oder Versicherungen gem § 67 Gentechnikgesetz zu. Diese Schranken können nicht durch Berufung auf anderweitige Untersuchungs- oder Duldungspflichten überspielt werden. Regelungen über DNA-Analysen zu erkennungsdienstlichen Zwecken (zB § 67 SPG) bleiben aber unberührt, weil solche Analysen (mangels „medizinischer“ Zwecke) überhaupt nicht den Bestimmungen der §§ 65 ff Gentechnikgesetz unterliegen.

**Vertragliche Verpflichtungen** zur Vornahme oder Duldung bestimmter Untersuchungen können einen unmittelbaren Untersuchungszwang wie erwähnt<sup>61</sup> nie begründen. Die Nichteinhaltung solcher Vertragspflichten kann zwar – je nach Lage des Falls – allfällige vertraglich vorgesehenen Rechtsfolgen auslösen (zB den Entfall einer Leistung), was im Streitfall im Rechtsweg vor den Gerichten zu klären wäre. Eine Befugnis des – zur Erlangung bestimmter medizinischer Befunde berechtigten – Vertragspartners oder Dritter zugunsten einer unmittelbaren Durchsetzung der Untersuchungspflicht besteht jedoch nicht.

### **Einwilligungsunfähige**

Sofern gesetzliche **Mitwirkungs- oder Duldungspflichten fehlen**, bedürfen diagnostische Eingriffe jedenfalls der gültigen **Einwilligung** des Betroffenen; davon war an anderer Stelle schon die Rede. Kann der Betroffene diese Einwilligung nicht wirksam erteilen, weil ihm die nötige Einwilligungsfähigkeit fehlt, dann ist der diagnostische Eingriff nicht zulässig, sofern nicht ausnahmsweise ein **Dritter** an seiner Stelle einwilligungsbefugt ist. Einer gänzlich „konsenslosen“ Untersuchung wegen Gefahr im Verzug wird typischerweise entgegenstehen, dass die Begutachtung entweder überhaupt keinen kurativen Effekt hat (diesfalls ist die Einwilligung schon wegen § 90 StGB unverzichtbar) oder – sofern auch eine medizinische Indikation vorliegt – der Eingriff wohl nicht zur Abwehr einer Lebens- oder ernstlichen Gesundheitsgefährdung des Betroffenen selbst erforderlich sein wird (und daher die Erlaubnis für „Notfallbehandlungen“ des § 110 Abs 2 StGB nicht anwendbar ist).

---

61 Vgl FN 18.

Bei **bestehenden Mitwirkungs- und Duldungspflichten** ist anhand der jeweils maßgeblichen Bestimmungen näher zu prüfen, welche Folgen sich aus der fehlenden Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen für die Zulässigkeit der Untersuchung ergeben. Dabei wird davon auszugehen sein, dass dann, wenn die Rechtsordnung im Weigerungsfall lediglich eine Willensbeugung in Gestalt mittelbaren Zwangs (z.B. Strafdrohungen, Beugestrafen etc) vorsieht, eine Untersuchung am Einwilligungsunfähigen ebenfalls nicht möglich ist; in dieser Konstellation laufen dann Instrumente der Willensbeugung leer, wenn der Betroffene selbst gar keinen rechtserheblichen Willen bilden kann und für die in Frage stehenden Einwilligungen auch kein gesetzlicher Vertreter zuständig ist. Ein Beispiel dafür findet sich etwa bei der schon mehrfach erwähnten Duldungspflicht hinsichtlich einer Blutabnahme nach der StVO; diese darf z.B. an Bewusstlosen nicht vorgenommen werden.<sup>62</sup> Besteht hingegen eine rechtliche Befugnis zur unmittelbaren Zwangsausübung und finden sich im Gesetz keine Sonderbestimmungen für den Fall fehlender Einwilligungsfähigkeit, dann kann die (auch zwangsweise) Untersuchung – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – auch am Einwilligungsunfähigen zulässig sein. Als Beispiel seien wieder die obligaten Begutachtungen im Vorfeld der psychiatrischen Unterbringung erwähnt, die auch und gerade für Personen gelten, die möglicherweise wegen ihrer psychischen Erkrankung nicht einwilligungsfähig sind.<sup>63</sup>

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine erforderliche Einwilligung durch einen **gesetzlichen Vertreter** (Eltern, Sachwalter im Rahmen seines Wirkungskreises) ersetzt werden kann, richtet sich nach den jeweiligen besonderen Vorschriften, und sofern solche nicht bestehen, nach den allgemeinen Regeln des Kindschafts- und Sachwalterrechts.<sup>64</sup> Dies gilt sowohl innerhalb wie außerhalb von gesetzlichen Duldungspflichten.<sup>65</sup>

Sowohl für die Eltern als auch für einen Sachwalter ist allerdings zu beachten, dass deren Befugnis zur Einwilligung in einen medizinischen Eingriff – von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen – nur zur Wahrung des „**Wohls**“ des Betroffenen besteht. Das muss nicht unbedingt nur das gesundheitliche Wohl sein, sondern umfasst die Wahrung sämtlicher individueller Interessen der vertretenen Person. Stellt sich für den Vertreter die Frage einer Einwilligung in einen diagnostischen Eingriff zu Zwecken der Begutachtung, so hat er diese Entscheidung aufgrund einer umfassenden Abwägung zwischen dem (insb. rechtlichen und/oder

sozialen) individuellen Nutzen der Begutachtung für den Betroffenen einerseits und den Risiken und Belastungen durch den Eingriff bzw. seiner Unterlassung andererseits zu treffen. Der sich dabei eröffnende Beurteilungsspielraum ist relativ groß, unterliegt aber einer nachträglichen Kontrolle durch das PflEG, das bei Gefährdungen des „**Wohls**“ von jedermann angerufen werden kann; bei schweren Eingriffen bedarf die Einwilligung des Sachwalters – dies gilt nicht im Eltern/Kind-Verhältnis – auch einer vorherigen Genehmigung des PflEGs.<sup>66</sup> Eine Einwilligung in diagnostische Eingriffe, die nur oder überwiegend den Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit dienen, kann der gesetzliche Vertreter hingegen nicht wirksam (auch nicht mit gerichtlicher Genehmigung) erteilen.<sup>67</sup> Solche Untersuchungen dürfen an Einwilligungsunfähigen daher auch nicht durchgeführt werden.

### Grenzen der Zumutbarkeit

#### Allgemeines

Es wurde schon mehrfach darauf hingewiesen, dass die **Festlegung der Zumutbarkeitsgrenze** für invasive Untersuchungsverfahren grundsätzlich **bei der untersuchten Person** selbst liegt, indem sie durch ihre Entscheidung über die Erteilung oder Nichterteilung der Einwilligung zugleich bestimmt, welche Risiken und Belastungen sie für welche sonstigen Zwecke auf sich zu nehmen bereit ist. Freilich gilt das in dieser Allgemeinheit nur dann, wenn **keine gesetzliche Duldungspflicht** besteht und sofern nicht ausnahmsweise das Gesetz für bestimmte medizinische Methoden schlechthin allgemein beachtliche Zulässigkeitskriterien (zB im Strahlenschutzrecht<sup>68</sup>) vorsieht oder bestimmte Methoden überhaupt verbietet.<sup>69</sup>

Sofern gesetzliche **Mitwirkungs- oder Duldungspflichten** begründbar sind, richtet sich die Grenze der Zumutbarkeit invasiver Eingriffe zunächst wieder nach den jeweils zur Anwendung kommenden Bestimmungen:

So ist beispielsweise – wenngleich in einem kurativen Kontext – die Ermächtigung zur Zwangsuntersuchung Strafgefangener gem § 69 StVG ausdrücklich an die

---

<sup>66</sup> Vgl § 216 iVm § 282 ABGB alt; nunmehr § 283 ABGB idF des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2006.

<sup>67</sup> Dies betrifft etwa das Beispiel einer Bronchoskopie bei Tb-Verdacht an einer dementen (nicht einwilligungsfähigen) Person, sofern diese diagnostische Klärung nicht im individuellen gesundheitlichen Interesse der Betroffenen (sondern zB zum Schutz von Mitbewohnern) unumgänglich ist.

<sup>68</sup> Vgl § 4 StrSchG („möglichst gering zu halten“).

<sup>69</sup> ZB bei der Untersuchung von Embryonen, vgl § 9 Abs 1 FMedG;

---

<sup>62</sup> Vgl oben FN 40.

<sup>63</sup> Vgl §§ 8, 10 UbG. Ähnliches wird im Anwendungsbereich der §§ 67 StVG anzunehmen sein.

<sup>64</sup> Vgl insb § 146c ABGB sowie § 283 ABGB idF des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2006, BGBl I 2006/92.

<sup>65</sup> Nach OGH 28. 2. 1980, 13 Os 24/80, dürfen minderjährige Zeugen im Strafverfahren nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters ärztlich untersucht werden.



Bedingung geknüpft, dass die Untersuchung auch „sonst zumutbar“ sein muss; als „unzumutbar“ gilt in diesem Zusammenhang ein Eingriff, der nach seinen äußeren Merkmalen als schwere Körperverletzung zu qualifizieren ist. Auch der neue § 123 StPO legt eine absolute Zulässigkeitsgrenze (zB für operative Eingriffe) fest. **Mitunter** lässt es das Gesetz freilich dabei bewenden, die Grenze der Untersuchungspflicht generell bloß an die „Zumutbarkeit“ der Maßnahme zu knüpfen,<sup>70</sup> ohne diese näher zu präzisieren. Das läuft auf eine Delegation der Beurteilung der Zumutbarkeit an die Vollziehung und damit auf eine umfassende Abwägungsverpflichtung und Verhältnismäßigkeitsprüfung der zuständigen Behörde hinaus. Die damit eröffneten Beurteilungsspielräume sind entsprechend groß.

Meist werden **invasive Eingriffe**, die mit einem Eingriff in die körperliche Integrität verbunden sind, aber durch das Gesetz überhaupt vom **Umfang der gesetzlichen Duldungspflicht und/oder der unmittelbaren Erzwingbarkeit ausgenommen** (vgl die unter 4.c erwähnten Beispiele). Ist die Rechtslage in diesem Punkt nicht klar – was leider oft zutrifft –, so wird bei verfassungskonformer Auslegung im Zweifelsfall eine Duldungspflicht hinsichtlich invasiver Eingriffe zu verneinen sein. Sieht das Gesetz zwar eine eindeutige Duldungspflicht auch für invasive Eingriffe vor, fehlt es aber an einer Aussage über die Grenze dieser Duldungspflicht, so sprechen zumindest gute Gründe dafür, die Grenzziehung des § 69 StVG – sozusagen als Maximalgrenze der Zumutbarkeit – per analogiam anzuwenden.

### Absolute Zumutbarkeitsgrenzen?

Unabhängig von konkreten Auslegungsfragen der jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen stellt sich schließlich ganz allgemein die Frage, ob es **absolute Grenzen der Zumutbarkeit invasiver Diagnoseverfahren zu Gutachtenszwecken** gibt, die auch durch eine Einwilligung des Betroffenen nicht überschritten werden dürfen. Dabei geht es um die Schranken der persönlichen Dispositionsbefugnis über den eigenen Körper. Das Problem stellt sich daher zwar nicht nur, aber gerade auch dort, wo es keine gesetzliche Duldungspflicht gibt. Doch auch im Rahmen bestehender gesetzlicher Duldungspflichten lässt sich die Frage dahingehend formulieren, ob eine verfassungsrechtliche „Obergrenze“ für gesetzliche Duldungspflichten bei invasiven Eingriffen besteht bzw wo diese genau Grenze verläuft. Eine Aufarbeitung dieser schwierigen und verfassungsrechtlich sensiblen Problematik kann in diesem Rahmen nicht unternommen werden.

<sup>70</sup> ZB 3 6 Abs 5 TbG, § 12 Abs 2 SMG.

Es lassen sich aber zumindest einige Maßstäbe und Kriterien **identifizieren, die bei einer näheren Analyse heranzuziehen** wären:

So dürfte es schon aus verfassungsrechtlichen Gründen einleuchten, **dass Untersuchungsmethoden, die mit einer Lebens- oder schweren Gesundheitsgefährdung einhergehen, mit staatlichen Schutzpflichten zugunsten des Lebens (Art 2 EMRK) kollidieren.**<sup>71</sup> Auch aus dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** können Schranken der Zumutbarkeit abgeleitet werden: Eine invasive Untersuchungsmethode, die unter den gegebenen Bedingungen der Begutachtung gar nicht lege artis durchführbar ist, wäre (mangels Eignung zur Klärung der relevanten Fragestellung) ebenso unverhältnismäßig wie eine Methode, die zur Fragestellung des Gutachtensauftrags außer Verhältnis steht, weil sie etwa für das Erkenntnisziel von vornherein ungeeignet ist oder weil weniger eingreifende (nicht-invasive) Methoden mit vergleichbarer Aussagekraft zur Verfügung stehen. Grenzen der Zumutbarkeit, die nicht zur Disposition des Einwilligenden stehen, können sich auch aus einem **gesetzlichen Verbot bestimmter Untersuchungstechniken** oder Untersuchungszwecke ergeben: So verbietet etwa § 67 GTG die Verwendung von Genanalysen für Arbeitgeber oder Versicherungen. Auch Untersuchungen für Zwecke der Vorbereitung verbotener Dopingmethoden<sup>72</sup> oder das Verbot medizinischer Experimente an Strafgefangenen selbst mit ihrer Zustimmung (§ 67 StVG) wären hier zu erwähnen.

Jenseits derartiger Sonder- und Extremfälle hängt die Suche nach absoluten Zumutbarkeitsgrenzen freilich wieder von der Auslegung und Anwendung überaus vager und interpretationsfähiger Schutzklauseln ab, die zwar im vorliegenden Kontext zur Anwendung kommen, deren konkrete Bedeutung jedoch nicht exakt angegeben werden, sondern erst als Folge einer umfassenden Gesamtbeurteilung für den Einzelfall ermittelt werden kann. Ein Beispiel dafür ist die Bindung ärztlichen Verhaltens an das „**Wohl**“ des Patienten (§ 49 ÄrzteG). Dies impliziert jedenfalls eine Abwägung zwischen den Risiken und dem Nutzen des Eingriffs. Ähnlich unbestimmt ist die **Sittenwidrigkeitsschranke** des § 90 StGB, die auch bei einer ansonsten wirksamen Einwilligung zum Tragen kommt und die die Dispositionsbefugnis des Einwilligenden über seine körperliche Integrität nach Maßgabe der „guten Sitten“ limitiert.<sup>73</sup> Bei dieser Beurteilung der „Sittenkonformität“ kommt es einerseits auf die Schwere der Beeinträchtigung, andererseits auf die Zwecke der Untersuchung an. Im Ergebnis geht es dabei wieder um eine sozialetische Bewertung des Gutachtensziels und um eine Abwägung zwischen diesem Ziel und der Schwere des Eingriffs bzw. seiner Risiken und Belastungen.

<sup>71</sup> Dazu zB *Kopetzki*, Art 2 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht (2002).

<sup>72</sup> Vgl § 26 Anti-DopingG, BGBl I 2006/64.

<sup>73</sup> Dazu und zum Folgenden *Burgstaller/Schütz*, WK § 90 Rz 77 ff.



Daraus wird unter anderem der Schluss gezogen werden können, dass der Zweck der Begutachtung rechtlich umso positiver bewertbar sein muss, je größer die damit einhergehende Eingriffsintensität und Gefährdung ist. So wird etwa das hinzunehmende Untersuchungsrisiko bei rechtlich und/oder soziaethisch fragwürdigen Zwecken oder bei von vornherein aussichtslos scheinenden Verfahrenszielen geringer ausfallen als beispielsweise im Leistungsstreitverfahren mit der Sozialversicherung.