

Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens

- Eine internationale Dokumentation

Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life

- An International Documentation

Herausgegeben von Jochen Taupitz



Landesbericht Österreich

Prof. Dr. Dr. Christian Kopetzki*

A. Einleitung

Die Frage, ob und inwieweit die Zulässigkeit medizinischer Maßnahmen vom Willen des Patienten abhängt, ist in Österreich durch eine vielfältige, unübersichtliche und nicht immer widerspruchsfreie Gemengelage aus zivil-, straf- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen geregelt.¹ Eine ausdrückliche gesetzliche Aussage zur Patientenautonomie mit umfassendem Anwendungsbereich für sämtliche Heilbehandlungen findet sich jedoch – abgesehen von einigen mehr oder weniger peripheren verwaltungsrechtlichen Sonderbestimmungen für einzelne Teilbereiche der Medizin² – nur im Strafrecht,³ nämlich im Straftatbestand der „eigenmächtigen Heilbehandlung“ gem § 110 StGB.

Für die Zwecke des vorliegenden Länderberichts folgt aus diesem Befund zunächst zweierlei: Zum einen steht durch diese strafrechtliche Pönalisierung der „eigenmächtigen Heilbehandlung“ der Grundsatz völlig außer Zweifel, daß jede körperliche oder sonstige Behandlung – sei sie diagnostischer, therapeutischer oder prophylaktischer Art⁴ – der gültigen Einwilligung des aufgeklärten Patienten im Sinne des „informed consent“ bedarf; ein besonderer rechtsdogmatischer Aufwand zur juristischen Begründung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist daher entbehrlich. Zum anderen ergibt sich aus diesem positivrechtlichen Hintergrund aber

* Professor für Medizinrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien, Österreich.

¹ Vgl hier nur den Überblick bei Menardi, Zustimmung- und Genehmigungspflichten bei der medizinischen Behandlung Minderjähriger, ÖAV 1998/1, 3 ff.

² ZB § 8 Abs 3 KAG; § 36 UbG.

³ Eine ausdrückliche (inhaltlich dem § 110 StGB und § 8 Abs 3 KAG folgende) Positivierung des Selbstbestimmungsrechts enthält nun Art 16 der zwischen dem Bund und dem Land Kärnten abgeschlossenen „Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta)“, BGBl I 1999/195. Als sogenannter „Gliedstaatsvertrag“ zwischen Bund und Ländern ist dieser Vertrag allerdings nicht unmittelbar anwendbar, es ergeben sich daher daraus keine direkten Rechtswirkungen für den Einzelnen. Vgl unten [3], S. 8.

⁴ Zum weiten Behandlungsbegriff des § 110 StGB vgl hier nur Bertel, § 110 Rz 4 ff, in: Forregger/Nowakowski (Hg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 14. Lieferung (1982) (im folgenden: WK). Umstritten ist lediglich die Einbeziehung von (nicht indizierten) Eingriffen ohne Heilzusammenhang: ablehnend zB Schmoller, § 110 Rz 22 ff, in: Trifflerer (Hg), StGB-Kommentar. System und Praxis, 5. Lieferung (1997).

auch, daß der eigenständigen zivilrechtlichen Begründung eines solchen Grundsatzes der Patientenautonomie in Österreich nicht jener vorrangige Stellenwert zukommt wie in anderen Rechtsordnungen. Gewiß mangelt es auch in der österreichischen Literatur und Rechtsprechung nicht an bedeutenden Ansätzen, den rechtlichen Schutz der Patientenautonomie aus dem Persönlichkeitsrecht (Recht auf körperliche Selbstbestimmung nach § 16 ABGB),⁵ dem Deliktsrecht (Einwilligung als Rechtfertigungsgrund im Hinblick auf die Körperverletzung)⁶ oder dem Behandlungsvertrag⁷ zu entwickeln.⁸ Am Angelpunkt der Argumentation steht aber auch im zivilrechtlichen Diskurs zumeist der Hinweis auf den positivrechtlich deutlichsten Ausdruck dieses Grundsatzes im § 110 StGB, der auf diese Weise die Auslegung und Konkretisierung der unbestimmteren zivilrechtlichen Grundlagen ganz maßgeblich beeinflußt und steuert.⁹

- A 3 Eine isolierte Darstellung der **zivilrechtlichen** Rechtslage auf dem Gebiet der Patientenautonomie ist für Österreich daher zwar möglich, aber nicht sehr sinnvoll, weil dies zur Ausblendung einer wichtigen Säule des rechtlichen Begründungszusammenhangs führen würde. Es muß daher im folgenden immer auch auf die strafrechtliche – und häufig auch auf die wesentlich vielfältigere verwaltungsrechtliche – Rechtslage Bezug genommen werden. Genuin und ausschließlich zivilrechtliche Fragen entstehen freilich, sobald der Patient minderjährig oder einwilligungsunfähig

⁵ Vgl zum Persönlichkeitsschutz des § 16 ABGB zB *Aicher* in: *Rummel* (Hg), ABGB² I (1990) § 16 Rz 17; *Edlbacher*, Körperliche, besonders ärztliche Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365; *Posch* in: *Schwimmann* (Hg), ABGB² I (1997) § 16 Rz 23; *Bernat*, Behandlungsabbruch und (mutmaßlicher) Patientenwille, RdM 1995, 51 (54); *ders*, Die rechtlichen Grenzen der Sterbehilfe: gezeigt am Beispiel der amyotrophen Lateralsklerose, Wiener Medizinische Wochenschrift 1996/9-10, 195 (197); *ders*, Behandeln oder sterben lassen?, FS Deutsch (1999) 443 (445 ff).

⁶ Da ärztliche Eingriffe nach überwiegender zivilrechtlicher Ansicht als Körperverletzung qualifiziert werden, bedarf es zu deren Rechtfertigung einer Einwilligung: vgl zB *Reischauer* in: *Rummel*, ABGB² II § 1299 Rz 23a; *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I (1997) 182 ff; *Juen*, Arzthaftungsrecht (1997) 48 ff; *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997), insb 60 ff; *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 366 f; aM *Harrer* in: *Schwimmann* (Hg), ABGB² VII (1997) § 1300 Rz 43. Zur einschlägigen Rechtsprechung in Haftpflichtfällen vgl nur *Engl-jähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996); *Mayer-Maly*, Die Entwicklung der österreichischen Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht und zur Arzthaftung, in: *Mayer-Maly/Prat* (Hg), Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung (1998) 49. Den Meinungsstand zusammenfassend jüngst *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, Wiener rechtswissenschaftliche Dissertation (1999) 19 ff.

⁷ Vgl *Bernat*, RdM 1995, 53; *Barth*, Einwilligung 29 ff.

⁸ Oder auch aus dem Verfassungsrecht: dazu zB *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 396 ff; *Kneihls*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998) 342 ff.

⁹ Vgl zB (auch zur Rolle der §§ 110 Abs 2 StGB und § 8 Abs 3 KAG als Schutzgesetze) mwN *Reischauer* in: *Rummel*, ABGB² § 1299 Rz 23b; *Barth*, Einwilligung 22.

ist,¹⁰ sowie im Kontext des Schadenersatzrechts.¹¹ Vorauszuschicken ist weiters, daß es in Österreich – läßt man einmal den etwas genauer geregelten postmortalen Persönlichkeitsschutz¹² sowie den strafrechtlichen Lebensschutz (§§ 75 ff StGB) beiseite – keine gesetzlichen Sonderbestimmungen für den Schutz der Patientenautonomie am **Lebensende** gibt¹³; die rechtlichen Beurteilungsmaßstäbe sind hier grundsätzlich keine anderen als sonst.¹⁴

B. Medizinische Behandlung und Patientenwille

I. Die Situation einwilligungsfähiger Patienten

1. **Allgemeine Grundsätze** aa) Nach § 110 Abs 1 StGB ist strafbar, wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt. Eine Ausnahme gilt nach Abs 2 nur dann, wenn – vereinfacht formuliert – der mit der Einholung der Einwilligung verbundene Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährden würde. Eine zumindest im Ergebnis inhaltsgleiche Regelung findet sich im Krankenanstaltenrecht (§ 8 Abs 3 KAG). Im Zivilrecht fehlen ausdrückliche Regelungen, doch sind die in § 110 StGB und § 8 Abs 3 KAG positivierten Grundsätze auch für den zivilrechtlichen Bereich anerkannt.¹⁵

Mit dieser Regelung hat der österreichische Gesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen **Selbstbestimmung und Fürsorge eindeutig zugunsten der Patientenselbstbestimmung** entschieden: Auch medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte, ja selbst lebensrettende ärztliche Maßnahmen bedürfen der Einwilligung des Patienten und sind jedenfalls unzulässig, wenn sie gegen den gültig

¹⁰ Dafür ist insb das Kindschafts- und Sachwalterrecht (§§ 137 ff, 273 ff ABGB) maßgeblich.

¹¹ Dazu jüngst *Barth*, Einwilligung 259 ff; *ders*, Hat der Patient bei eigenmächtigen medizinischen Eingriffen Anspruch auf Ersatz des Körper- und Gesundheitsschadens?, RdM 1999, 110. Zur zivilrechtlichen Arzthaftung allgemein vgl zB *Juen*, Arzthaftungsrecht; *Reischauer* in: *Rummel*, ABGB² II § 1299 Rz 23a ff; *Harrer* in: *Schwimmann*, ABGB² VII § 1300 Rz 28 ff; *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz (zweite, neu bearbeitete Auflage von *Faistenberger/Barta/Escher*) (1988) 487 ff.

¹² Für bestimmte medizinische Eingriffe nach dem Todeseintritt bestehen ausdrückliche Regelungen nach Transplantationsrecht, Obduktionsrecht sowie Leichen- und Bestattungsrecht.

¹³ Vgl lediglich § 5a Z 9 KAG, wonach die Krankenanstaltenträger durch Landesgesetz dazu verpflichtet sind, ein „würdevolles Sterben“ sicherzustellen und Vertrauenspersonen Kontakt mit dem Sterbenden zu ermöglichen. Zur Bedeutung dieser Bestimmung vgl unten im Text.

¹⁴ Außer Betracht bleibt die Rechtslage am Lebensbeginn (Fortpflanzungsmedizin; Schwangerschaftsabbruch etc).

¹⁵ Vgl statt vieler und mwN hier wieder nur *Juen*, Arzthaftungsrecht 54 ff; *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 365 ff; *Bernat*, RdM 1995, 51 ff; *ders*, FS Deutsch (1999) 445 ff; *Barth*, Einwilligung 244 ff. Vgl speziell zur Frage der zivilrechtlichen Haftung bei eigenmächtigen Heilbehandlungen *Barth*, RdM 1999, 110.

erklärten Willen des (einwilligungsfähigen) Patienten erfolgen: Denn nach völlig einhelliger Auffassung erlaubt die Ausnahmeklausel des § 110 Abs 2 StGB bzw § 8 Abs 3 KAG eine Behandlung ohne Einwilligung zur Abwehr von Lebens- oder ernstlicher Gesundheitsgefahren nur in solchen Fällen, in denen der Patient einwilligungsunfähig ist und er auch über keinen zuständigen gesetzlichen Vertreter verfügt (zB wegen vorübergehender Bewußtlosigkeit); sie erlaubt aber nicht die (und sei es auch noch so dringende) Behandlung eines Patienten, der die Einwilligung bereits rechtswirksam (dh im Zustand der Einwilligungsfähigkeit und in Kenntnis aller Chancen und Risiken) **verweigert** hat.¹⁶ Insb trifft den Patienten auch aus dem zivilrechtlichen Behandlungsvertrag keine Verpflichtung, die von ärztlicher Seite vorgeschlagene Behandlung zu dulden.¹⁷ Dieses Recht, die Behandlung zu verweigern, ist de iure nur in den seltenen Fällen eines gesetzlichen Behandlungszwanges eingeschränkt; praktische Grenzen können sich freilich auch aus den Unsicherheiten bei der Beurteilung der (auch für eine Behandlungsablehnung erforderlichen) „Einwilligungsfähigkeit“ ergeben; darauf wird unter [2] Rndnr. 75ff, S. 28 noch näher einzugehen sein.

A 6 **bb)** Da die Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten eine zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit der Behandlung darstellt, kann der Patient durch eine Verweigerung oder einen Widerruf der Einwilligung den Abbruch bzw die Nichtaufnahme der Behandlung rechtlich erzwingen. Insofern kann man sagen, daß der Patient ein uneingeschränktes **Vetorecht** hat: Er kann seinen ablehnenden Willen – jedenfalls rechtlich gesehen – immer durchsetzen.

A 7 Umgekehrt trifft dies allerdings nicht zu. Denn die Behandlungszustimmung ist nur eine von mehreren Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Behandlung; sie ist eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung. Zusätzlich ist erforderlich, daß die Behandlung einem rechtlich anerkannten Zweck dient; dieser liegt in der Regel im Heilzweck (was die **medizinische Indikation** und die Einhaltung der medizinischen **Sorgfaltsregeln** voraussetzt),¹⁸ bei nicht-therapeutischen Eingriffen muß die Maßnahme zumindest der Sittenwidrigkeitsschranke des § 90 StGB (Einwilligung in die Körperverletzung) standhalten. Die Beurteilung, ob diese zusätzliche Bedingung erfüllt ist, liegt aber beim Arzt (allenfalls bei den ihm übergeordneten leitenden Ärzten), der insb zu prüfen hat, ob die in Aussicht genommene Maßnahme im konkreten Fall indiziert und nach den fachlichen Regeln durchführbar ist. Ist sie dies nicht, etwa weil nach dem fachlichen Urteil des Arztes eine andere Behandlung erforderlich wäre, oder auch, weil der Arzt nicht über die nötige Fertigkeit verfügt, so muß und darf er die Behandlung nicht durchführen. Aus dem Blickwinkel der Patientenautonomie folgt daraus, daß der Patient zwar durch Nichterteilung

¹⁶ Vgl zB *Schmoller*, § 110 StGB Rz 75 ff; *Bertel*, § 110 StGB Rz 29.

¹⁷ *Bernat*, RdM 1995, 53; *ders*, FS Deutsch (1999) 446.

¹⁸ Vgl zB § 49 ÄrzteG 1998, wonach der Arzt „nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung sowie unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren“ hat. Nach § 8 Abs 2 KAG dürfen Patienten nur nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft ärztlich behandelt werden.

der Einwilligung jegliche Behandlung verweigern kann. Er kann aber **nicht** jede von ihm **gewünschte Behandlung erzwingen**, weil es für die Vornahme der Behandlung immer eines Konsenses zwischen Arzt und Patient bedarf. Die absolute Beachtlichkeit des Patientenwillens ist daher nur in einer Richtung – nämlich der Behandlungsverweigerung – gewährleistet.

cc) Aus dem bisher Gesagten ergeben sich auch Folgerungen für die **objektiven Kriterien** der Patientenentscheidung und für die Frage der (**Mit-**)**entscheidungs-****zuständigkeiten**: Lehnt der (einwilligungsfähige) Patient eine Behandlung ab, dann unterliegt dies keiner Nachprüfung an einem wie immer gearteten objektiven Maßstab und auch keinen Mitentscheidungsrechten Dritter. Mit seiner Behandlungsablehnung kann der Patient auch „Willkür“ üben, und in gewisser Weise ist diese Freiheit zur Willkür ja gerade der Kern der Patientenautonomie. Diese unüberprüfbare Freiheit des Patienten, eine Behandlung abzulehnen, schließt auch die Freiheit zu unsinnigen oder – gemessen am medizinisch Sinnvollen – **objektiv unvernünftigen** Behandlungsablehnungen ein, sofern und solange dem Patienten nicht aus anderen Gründen die Einwilligungsfähigkeit fehlt.¹⁹ Dies gilt unabhängig von den aus der Behandlungsablehnung drohenden Folgen, also auch bei lebensbedrohlichen Situationen.²⁰ Eine inhaltlich „unvernünftige“ Entscheidung kann zwar ein Motiv dafür abgeben, die Einwilligungsfähigkeit näher zu prüfen; die Ablehnung einer medizinisch gebotenen Behandlung stellt aber für sich genommen jedenfalls noch keinen Hinweis auf den Mangel an Einwilligungsfähigkeit dar.²¹ Dem Patienten darf daher nicht schon deshalb die rechtliche Entscheidungsfähigkeit abgesprochen werden, weil er etwa eine notwendige Bluttransfusion aus religiösen Gründen verweigert²² oder er den Tod einem Leben mit schwerer Behinderung vorzieht und er daher ungehindert von weiteren Interventionen sterben möchte.²³

Anders als bei der Behandlungsverweigerung stellt sich die rechtliche Situation dar, wenn der Patient eine bestimmte Behandlung positiv **wünscht**. Dieser Wille ist, wie schon erwähnt, vor seiner Umsetzung mehreren (rechtlichen und auch ökonomischen) Filtern unterworfen (medizinische Indikation und Übereinstimmung mit den fachlichen *leges artis*, faktische und rechtliche Verfügbarkeit und Beherrschbar-

¹⁹ Vgl *Bernat*, FS Deutsch (1999) 446; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 797, 822; *Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681 (685); *Schmoller*, § 110 StGB Rz 75 ff, 80; *Heidinger*, Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, in: *Harrer/Graf* (Hg), Ärztliche Verantwortung und Aufklärung (1999) 17 (34).

²⁰ Umfassende Nachweise bei *Schmoller* § 110 StGB Rz 76; *ders*, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, in: *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (Schriftenreihe des BMJ Bd 26) (1999) 1 (49 ff).

²¹ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 822; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 685 f; *Barth*, RdM 1999, 110.

²² *Barth*, RdM 1999, 110 FN 1; *Mazal*, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in: *Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 27 (33).

²³ Vgl *Maleczky*, ÖJZ 1994, 685. Spätestens bei der Frage der Behandlungspflicht gegenüber dem suizidwilligen Patienten gehen freilich auch in Österreich die Meinungen auseinander; dazu gleich unten im Text [a], S. 9.

keit der gewünschten Maßnahme etc); da die zusätzlich erforderlichen Kriterien in aller Regel nicht vom Patienten, sondern vom Arzt bzw der betreuenden Institution zu beurteilen sind, ergibt sich daraus auch eine gewisse Mitentscheidungsbefugnis Dritter. Besonders deutlich wird dies in Fällen mangelnder Aufnahme- bzw Behandlungspflicht, da der Arzt diesfalls nicht verpflichtet ist, die Behandlung überhaupt zu übernehmen. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, daß der Einsatz bestimmter medizinischer Mittel oder Methoden von Gesetzes wegen mitunter generell verboten,²⁴ beschränkt²⁵ oder an bestimmte Bedingungen²⁶ geknüpft ist, was aus der Sicht der Patientenautonomie ebenfalls eine objektive Schranke darstellt.

A 10 **2. Gesetzliche Sonderregelungen im Krankenanstaltenrecht** Diese seit jeher aus dem Straf- und Zivilrecht abgeleiteten Grundsätze der Patientenautonomie wurden in der jüngeren Gesetzgebung wiederholt bestätigt und für einzelne Teilbereiche des Medizinrechts etwas näher präzisiert. Dabei handelt es sich durchwegs um Regelungen des Verwaltungsrechts. Leider weichen diese Bestimmungen – trotz Übereinstimmung im Grundsätzlichen – im manchen Einzelheiten voneinander ab, was aber eher als Ausdruck eines legislativen Wildwuchses denn als Indiz für einen abweichenden Regelungswillen angesehen wird²⁷:

A 11 **aa)** So sieht etwa das (als Bundesgrundsatzgesetz für den stationären und ambulanten Anstaltsbereich geltende) KAG in § 8 Abs 3 vor, daß „besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe“ an einem Pflingling nur mit dessen Zustimmung durchgeführt werden dürfen, sofern er das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat und ihm nicht wegen psychischer Krankheit die Einwilligungsfähigkeit fehlt (dazu unten II, S. 25). Eine Ausnahme von der Zustimmungsbedürftigkeit besteht ähnlich wie in § 110 Abs 2 StGB für Notfälle: Die Zustimmung ist gem § 8 Abs 3 KAG dann nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, daß der mit der Einholung der Zustimmung des Pflinglings oder seines gesetzlichen Vertreters oder mit der Bestellung des gesetzlichen Vertreters verbundene Aufschub das Leben gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre. Über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Behandlung entscheidet der ärztliche Leiter der Krankenanstalt oder der für die Leitung der betreffenden Anstaltsabteilung verantwortliche Arzt.

A 12 Die Formulierung des § 8 Abs 3 KAG (und der weitgehend inhaltsgleichen Ausführungsgesetze der Länder) weist im Vergleich zu den allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Grundsätzen einige Besonderheiten auf: Zum einen räumt sie das alleinige Zustimmungsrecht erst Personen über 18 Jahren ein, sie knüpft also – im Gegen-

satz zur herrschenden zivil- und strafrechtlichen Auffassung²⁸ – nicht an der Einwilligungsfähigkeit, sondern an einer schematischen Altersgrenze an (näher unten [2] auf S. 37). Und zum anderen ist ihr Anwendungsbereich auf „besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe“ beschränkt. In der Praxis wird § 8 Abs 3 KAG allerdings weitgehend im Sinne der sonst üblichen Regeln ausgelegt: Insbesondere ist unbestritten, daß die in § 8 Abs 3 KAG zum Ausdruck kommende Regel der Zustimmungsbedürftigkeit medizinischer Behandlungen für sämtliche Behandlungen gilt²⁹; die weithin unklare Abgrenzung zwischen „besonderen“ und „sonstigen“ Heilbehandlungen hat daher so gut wie keine Bedeutung und wird von den Gerichten vernachlässigt. Ebenso ist unbestritten, daß auch Personen unter 18 Jahren ihre Einwilligung erteilen müssen, sofern sie im zivilrechtlichen Sinn einwilligungsfähig sind; man zieht also aus § 8 Abs 3 keineswegs den Umkehrschluß, es bedürfe unter 18 Jahren nie der persönlichen Einwilligung.³⁰ Und schließlich wird die Dringlichkeitsregel für Gefahr im Verzug des § 8 Abs 3 letzter Satz – ganz im Einklang mit der herrschenden Interpretation des § 110 StGB – nicht als Erlaubnis verstanden, den Patienten im vitalen Notfall gegen seinen Willen zu behandeln, sondern lediglich als Verzicht auf das Zustimmungserfordernis im Fall der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten. Im Ergebnis hat daher § 8 Abs 3 KAG kaum eine eigene – über die schon nach Straf- und Zivilrecht geltenden Grundsätze hinausgehende – normative Funktion, wenn man einmal von der starren Altersgrenze bei Minderjährigen absieht. Der Sinn dieser Bestimmung ist daher auch rechtspolitisch umstritten; aktuelle Reformvorschläge sehen eine gänzliche Streichung³¹ oder zumindest eine inhaltliche bzw textliche Anpassung an die allgemeinen Regeln vor.³²

bb) Das Recht der Patienten, eine medizinische Behandlung bzw die Anstalts- pflege als solche zu **verweigern**, wird im Krankenanstaltenrecht ebenfalls bekräftigt: So sieht zB § 24 Abs 4 KAG (und die korrespondierenden Ausführungsgesetze der Länder) eine Entlassung auf eigenen Wunsch des Patienten vor.³³ Einige Landes-Krankenanstaltengesetze enthalten darüber hinaus eine ausdrückliche Verpflichtung des Krankenanstaltsträgers, das Recht der Patienten auf „Zustimmung zur Behandlung oder Verweigerung der Behandlung“ zu beachten (vgl § 6a Abs 2 lit e steiermärkisches Krankenanstaltengesetz 1999, stmk LGBl 1999/66 (Wv); § 17a Abs 2 lit f Wiener Krankenanstaltengesetz, wr LGBl 1958/1 idF LGBl 1998/60; ähnlich § 15a Abs 2 lit b Vorarlberger Spitalgesetz, vbg LGBl 1990/1 idF LGBl 1999/27). Im Grunde handelt es sich hierbei aber nur um eine symbolische Verdeut-

A 13

²⁸ Dazu näher unten [2] ab Seite 28.

²⁹ Nachweise bei *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 829 f.

³⁰ Vgl *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 829 f FN 5072.

³¹ *Kopetzki*, RdM 1998, 57.

³² Vgl Art XI des Entwurfes eines Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 1999, BM für Justiz, JMZ 4601A/1-1.1/1999.

³³ Daß die Anstaltsträger verpflichtet sind, den Patienten auf eigenen Wunsch (abgesehen von Zwangsermächtigungen in besonderen Rechtsgebieten) jederzeit zu entlassen, ist unstrittig: zB *Schick*, Fremd- und Selbstbestimmung zum Tode im Lichte strafrechtlicher Wertungen, GedS Zipf (1999) 393 (395).

²⁴ ZB bestimmte Maßnahmen der Fortpflanzungsmedizin oder des Schwangerschaftsabbruches.

²⁵ ZB nach Arzneimittel- und Medizinproduktrecht oder nach dem Gentechnikgesetz.

²⁶ So bedarf zB die Anwendung neuer medizinischer Methoden in Krankenanstalten einer Beurteilung durch die zuständige Ethikkommission (§ 8c KAG).

²⁷ Vgl kritisch *Kopetzki*, Rechtspolitik der Zukunft – Medizinrecht, in: *Holoubek/Lienbacher* (Hg), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik. Texte zur Rechtspolitik 3 (1999), 221 (250 ff); *Barth*, Einwilligung 2 ff.

lichung, die im Zuge der Patientenrechtsdiskussion der 90er Jahre aufgenommen wurde; die Bestimmungen sind strenggenommen ohne eigenständigen normativen Gehalt, oder anders gewendet: die materielle Rechtslage wäre auch ohne die ausdrückliche Festschreibung eines Ablehnungsrechts im KAG dieselbe.

A 14 cc) Soweit für besondere Bereiche der Medizin bzw für besondere Behandlungsarten spezielle Regeln über die Behandlungszustimmung bestehen, folgen diese inhaltlich zumeist ebenfalls den allgemeinen Grundsätzen (vgl näher unten [e], S. 16ff). Stellvertretend sei an dieser Stelle nur § 36 Abs 1 UbG³⁴ erwähnt, der auf die Behandlung (im Freiheitsentzug) untergebrachter psychiatrischer Patienten anwendbar ist: Danach darf ein einwilligungsfähiger Kranker „nicht gegen seinen Willen behandelt werden; besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe dürfen nur mit seiner schriftlichen Zustimmung durchgeführt werden“. Selbst bei angehaltenen psychisch kranken Patienten hält der Gesetzgeber also an den allgemeinen Grundsätzen des Selbstbestimmungsrechts fest, indem er das Recht der Behandlungsverweigerung ausschließlich von der Einwilligungsfähigkeit des Patienten abhängig macht.

A 15 3. „Patientencharta“ Die im Sommer 1999 zwischen dem Bund und dem Land Kärnten abgeschlossene vertragliche Vereinbarung über die Sicherstellung der Patientenrechte („Patientencharta“), BGBl I 1999/195, enthält unter anderem einen eigenen Abschnitt über das „Recht auf Selbstbestimmung und Information“ (Art 16 ff), der sich inhaltlich an den schon bisher anerkannten Rechtszustand anlehnt. Deshalb, aber auch aus formalrechtlichen Gründen ist die rechtliche Bedeutung dieser Patientencharta gering: Da es sich hierbei um einen sog „Gliedstaatsvertrag“ zwischen Bund und (derzeit einem einzigen) Land handelt, ergeben sich daraus Rechte und Pflichten ausschließlich für die beteiligten Gebietskörperschaften, nicht jedoch für Patienten oder Ärzte. Es kann sich daher auch kein Patient auf diese Charta berufen oder einzelne Rechte daraus durchsetzen. Der rechtliche Bezugsrahmen zwischen Arzt und Patient wird durch diese Charta gar nicht unmittelbar berührt. In der folgenden Darstellung wird daher auf die einzelnen Bestimmungen der Patientencharta nur ausnahmsweise Bezug genommen.

A 16 4. Formvorschriften, Dokumentation aa) Hinsichtlich der Form der Behandlungszustimmung gibt es keine ausdrückliche generelle gesetzliche Regelung. Es wird daher angenommen, daß die Einwilligung im allgemeinen formlos und auch konkludent erteilt werden kann. Das ist in der Praxis auch die Regel, nur bei invasiven Eingriffen überwiegt die Schriftlichkeit.

A 17 Mitunter schreiben Sonderbestimmungen allerdings eine **schriftliche** Einwilligung explizit vor, wobei zumeist ein erhöhtes Schutz- und Dokumentationsbedürfnis als Motiv erkennbar wird: So zB der schon erwähnte § 36 Abs 1 UbG (bei Eingriffen ab einer gewissen – reichlich unklaren – Erheblichkeitsschwelle),

³⁴ Unterbringungsgesetz, BGBl 1990/155 idF BGBl I 1997/12.

§ 65 Abs 2 GTG³⁵ (Genanalyse), § 8 FMG³⁶ (medizinisch unterstützte Fortpflanzung), § 8 BSG³⁷ (Blutspende), § 39 Abs 2 AMG³⁸ (klinische Arzneimittelprüfung ohne individuellen Nutzen für den Patienten), § 50 Abs 2 MPG³⁹ (klinische Prüfung von Medizinprodukten ohne individuellen Nutzen für den Patienten).

Bei bestimmten Fällen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung muß die Zustimmung gem § 8 Abs 1 FMG in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts erteilt werden (Zustimmung des Lebensgefährten; Verwendung von Samen eines Dritten).

bb) Eine schriftliche **Dokumentation** der Behandlungsentscheidung des Patienten (Einwilligung bzw Verweigerung der Einwilligung) ist – von den vorhin erwähnten Fällen der eigenhändigen schriftlichen Einwilligung abgesehen, welche rechtlich zum Bestandteil der Krankengeschichte wird – gesetzlich im allgemeinen nicht ausdrücklich vorgesehen;⁴⁰ nur ausnahmsweise wird eine schriftliche Nachweisbarkeit von Einwilligung und/oder Aufklärung⁴¹ gefordert (§ 11 Abs 3 BSG [Einwilligung und Aufklärung bei Blutspenden]; § 39 Abs 2 AMG [Einwilligung in klinische Arzneimittelprüfung]; § 50 Abs 1 MPG [Einwilligung in klinische Prüfung von Medizinprodukten]; § 24 Abs 4 KAG [Niederschrift über Entlassung auf eigenen Wunsch und entsprechende Aufklärung]). Da den Arzt jedoch nach der Rechtsprechung des OGH die Beweislast hinsichtlich Aufklärung und Einwilligung trifft (und eine fehlende Dokumentation daher als Indiz dafür gilt, daß eine nicht dokumentierte Einwilligung auch nicht stattfand),⁴² liegt eine ordnungsgemäße Dokumentation im eigenen Interesse der Ärzte. Überdies wird die Dokumentationspflicht – zumindest hinsichtlich Behandlung und Aufklärung – auch aus dem Behandlungsvertrag abgeleitet.⁴³

5. Ausgewählte besondere Konfliktsituationen

a. **Nichtaufnahme einer (intensiv-)medizinischen Behandlung** aa) Für die Nichtaufnahme einer (intensiv-)medizinischen Behandlung gelten – mangels gesetzlicher Sonderregeln – die allgemeinen Grundsätze der Heilbehandlung. Demnach kommen **für die Unterlassung** einer Behandlung insb zwei Gründe in Betracht:

³⁵ Gentechnikgesetz, BGBl 1994/510.

³⁶ Fortpflanzungsmedizinengesetz, BGBl 1992/275.

³⁷ BlutsicherheitsG, BGBl I 1999/44 idF BGBl I 1999/119.

³⁸ Arzneimittelgesetz, BGBl 1983/185 idF BGBl I 1998/78.

³⁹ Medizinproduktegesetz, BGBl 1996/657 idF BGBl I 1999/117.

⁴⁰ Eine Dokumentationspflicht hinsichtlich der Behandlungszustimmung bzw Behandlungsablehnung findet sich wieder in Art 21 Abs 1 der Patientencharta BGBl I 1999/195.

⁴¹ Eine generelle Dokumentationspflicht hinsichtlich der Aufklärung (nicht jedoch der Einwilligung) enthält § 10 Abs 1 Z 2 lit a KAG für Anstaltspatienten.

⁴² Zuletzt und den Meinungsstand zusammenfassend OGH RdM 1999/11; *Barth*, Einwilligung 271 ff; gegen die hA jedoch *Dullinger*, Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, JB1 1998, 2.

⁴³ Vgl zB OGH RdM 1998/7.

- A 20 • Die Behandlung ist aus medizinischer Sicht **nicht indiziert**, oder – was auf das- selbe hinausläuft – mangels Wirksamkeit nicht mehr erfolgversprechend bzw aussichtslos. In diesen Konstellationen fehlt es an der medizinischen Indikation bzw – aus rechtlicher Sicht – an einer Behandlungspflicht des Arztes. Dazu ge- hören insb auch jene Fälle, in welchen der Sterbeprozess bereits unaufhaltsam eingetreten ist und durch eine weitere medizinische Intervention nur in die Län- ge gezogen werden würde. Die technisch-apparative oder/und medikamentöse Möglichkeit, das Leben eines Moribunden künstlich zu verlängern, begründet jedenfalls keine Rechtspflicht, dies auch zu tun.⁴⁴ Eine Behandlungspflicht fehlt aber auch in anderen (nicht terminalen) Fällen, bei denen eine bestimmte Be- handlung aus medizinischer Sicht nicht (mehr) sinnvoll erscheint oder bei denen mit der Behandlung eine Belastung des Patienten verbunden wäre, die den aus der Behandlung zu erwartenden Vorteil überwiegt.⁴⁵ Ob ein Behandlungs- abbruch bzw die Nichtaufnahme einer Behandlung unter bestimmten Voraus- setzungen (namentlich bei irreversibler Bewußtlosigkeit und/oder unter Beru- fung auf eine „**mutmaßliche**“ **Behandlungsverweigerung**) schon vor Eintritt des Sterbeprozesses zulässig sein könnte, wird nicht einheitlich beurteilt und ist Gegenstand kontroverser Diskussionen.⁴⁶ Nach immer noch herrschender Auffassung geht in solchen Fällen – solange der Patient die Behandlung nicht tatsächlich ablehnt – die Schutzpflicht zugunsten des Lebens vor.⁴⁷
- A 21 • Der Patient lehnt die Behandlung **ab** (vgl § 110 StGB). Dieses Ablehnungs- recht ist unabhängig von der medizinischen Notwendigkeit der Behandlung,

⁴⁴ Vgl zum Ganzen mwN *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil Bd I⁴ (1997) Vorbem § 75 Rz 20 ff; *Bernat*, Der persistent vegetative state als ethisches und rechtliches Problem: Weist das House of Lords den richtigen Weg?, in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin als Herausforderung für Recht und Ethik (1999) 47 (50, 57 ff.); *Fries et al*, Die Problematik des Do Not Resuscitate (DNR)-Vermerks an Intensivmedizinischen Stationen, Wiener Klinische Wochenschrift 1999, 161 (166); *Bydlinski*, Denn man stirbt nur einmal, Die Presse 10. 10. 1998, Spektrum IV; *Schmoller*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 58 ff.

⁴⁵ Dazu und zur heiklen Frage der Verhältnismäßigkeit des Mitteleinsatzes mwN *Schmoller*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 58 ff. Vgl in diesem Kontext auch die Beiträge von *Harrer*, *Brandstetter* und *Luf* in: *Kopetzki/Zahrl*, Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998). Die zu erwartende „Lebensqualität“ ist für sich genom- men aber jedenfalls kein Kriterium.

⁴⁶ Tendenziell bejahend zB *Bernat*, in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 60 ff; *ders*, FS Deutsch (1999) 455 ff. Verneinend zB *Schick*, Intensivmedizin und strafrechtliche Aspek- te, in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 34 (42 f); *ders*, Töten oder Sterbenlassen. Zur Rechtspflicht der Lebenserhaltung von PVS-Patienten, Voitsberger Manuskripte 1999/2, 54 ff.

⁴⁷ Vgl zB *Schick* in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 42 f; *ders*, GedS Zipf (1999) 397 ff; *ders*, Voitsberger Manuskripte 1999/2, 55; *Kneihs*, in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 77; *Fries et al*, Wiener Klinische Wochenschrift 1999, 166; *Haslinger*, An der Schwel- le des Todes, ÖKZ 1999/4, 47 ff; wohl auch *Schmoller*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 55 f.

insb auch von deren Dringlichkeit. Obwohl dies von ärztlicher Seite gelegent- lich auf Unverständnis stößt, ist aus rechtlicher Sicht dem Grundsatz nach an- erkannt, daß der Patient auch vitale Behandlungen gültig verweigern kann und daß eine solche Weigerung selbst bei drohender Lebensgefahr von den Ärzten zu respektieren ist.⁴⁸ Diese ausgeprägte Betonung des Selbstbestimmungsrechts wird häufig im Zusammenhang der Verweigerung von Bluttransfusionen durch Zeugen Jehovas diskutiert,⁴⁹ ist aber unabhängig von der Berufung auf reli- giöse und weltanschauliche Begründungen und daher bei jedem Patienten zu beachten. Anders liegt der Fall nur, wenn über sorgebefohlene Dritte entschie- den wird, weil die dem Patienten selbst eingeräumte unbegrenzte Freiheit zur Behandlungsablehnung nicht in gleicher Weise für den an seiner Stelle handeln- den Vertreter zutrifft.⁵⁰ Eine unleugbare Grauzone ergibt sich freilich dadurch, daß eine rechtswirksame Behandlungsverweigerung die Einwilligungsfähigkeit des Patienten zur Voraussetzung hat, deren Kriterien alles andere als klar sind und bei deren Beurteilung daher ein gewisser Spielraum besteht.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß die Selbstbestimmung des Patienten im Hinblick auf die Unterlassung von medizinischen Maßnahmen unbeschränkt ist, also im Extremfall auch zum Tod führen kann, während der Entscheidungsspiel- raum des Patienten wegen des umfassenden Verbots aktiver Sterbehilfe im Hinblick auf aktive medizinische Maßnahmen wesentlich enger ist (vgl unten [d] auf S. 15). Allerdings wird diese unterschiedliche rechtliche Gewichtung von Tun und Unter- lassen mitunter als inkonsequent kritisiert.⁵¹ Dazu kommt, daß – blickt man in die jüngere Literatur – von einer breiten Akzeptanz einer derartigen Behandlungsab- lehnung auch unter Juristen nur gesprochen werden kann, solange die Ablehnung einigermaßen aktuell ist (vgl zum Problem der antizipierten Patientenverfügungen gleich unten [3] auf S. 30ff.)

bb) Der skizzierte – im wesentlichen aus dem zivilrechtlichen Persönlichkeits- recht und dem § 110 StGB begründete – Vorrang des Patientenwillens wird mittelbar auch durch die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des Krankenanstaltenrechts bestätigt, denen eine zwangsweise Aufnahme in Anstaltspflege grundsätzlich fremd ist. Damit im Einklang steht § 24 Abs 4 KAG, wonach Anstaltspatienten auf ihren

⁴⁸ Statt vieler und mit Nachweisen zur Entstehungsgeschichte *Schmoller*, § 110 StGB Rz 76; *ders*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 49 ff; *Bernat*, Wiener Medizi- nische Wochenschrift 1996, 197; *Kienapfel*, BT I Vorbem §§ 75 ff Rz 24; *Haslinger*, ÖKZ 1999/4, 47 (48); *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I (1999) 277. Vgl anders jedoch *Schick*, GedS Zipf (1999) 395 ff.

⁴⁹ Das Rechte eines einwilligungsfähigen Patienten, die eigene Behandlung aus religiösen Mo- tiven abzulehnen, ist unbestritten: vgl mwN nur *Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681 (685); *Mazal* in: *Mazal* (Hg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung 33.

⁵⁰ Vgl zB *Zankl*, Eigenmächtige Behandlung und Gefährdung des Kindeswohls, ÖJZ 1989, 299 (300); dazu unten [5] ab S. 33.

⁵¹ Jüngst zB *Bernat* in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 61 f.

Wunsch – wenngleich nach einer Niederschrift über die Aufklärung – auch dann zu entlassen sind, wenn dies nachteilige Folgen für ihre Gesundheit hat.

A 24 cc) Eine Anstaltsaufnahme **gegen den Willen** des einwilligungsfähigen Patienten gibt es nur kraft gesetzlicher Ausnahmeregelungen, wie sie etwa zum Schutz vor übertragbaren Krankheiten (Tuberkulose- und Epidemierecht), im Straf- und Maßnahmenvollzugsrecht oder für selbst- oder fremdgefährdende psychisch Kranke (Unterbringungsrecht) bestehen. Doch auch hier ist bemerkenswert, daß selbst zwangsweise aufgenommene Patienten nicht automatisch einer zwangsweisen ärztlichen **Behandlung** – etwa unter Berufung auf ein „besonderes Gewaltverhältnis“⁵² – unterzogen werden dürfen: So orientiert sich etwa das Behandlungsregime des Unterbringungsgesetzes auch bei der Gruppe der zwangsweise psychiatrisch untergebrachten Patienten an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, indem es eine Behandlung „gegen den Willen“ bei einsichts- und urteilsfähigen Patienten ausdrücklich verbietet (§ 36 UbG). Im Hinblick auf die medizinische Behandlung der nach dem UbG untergebrachten Patienten wird daher die Selbstbestimmung in weite-rem Umfang anerkannt als im Hinblick auf die Anstaltsaufnahme als solche. Eine Zwangsbehandlung im eigentlichen Sinn – also die Behandlung gegen den Willen des einwilligungsfähigen Patienten – ist soweit ersichtlich nur im Strafvollzugsrecht und in einigen seuchenrechtlichen Bestimmungen vorgesehen.

A 25 dd) Uneinheitlich beurteilt wird die Tragweite des Patientenwillens nach einem **Suizidversuch**. Ausdrückliche gesetzliche Regelungen bestehen nicht. Nach richtiger und wohl herrschender Auffassung unterliegt der Patient auch nach einem vorangegangenen Suizidversuch keiner weitergehenden Duldungspflicht, er kann also – wie alle anderen Patienten – die Aufnahme der Behandlung bzw deren Fortsetzung selbst im Fall der Lebensbedrohung verweigern.⁵³ Allerdings wird der vorangegangene Selbsttötungsversuch für sich genommen noch nicht als hinreichende Manifestation eines ernstlichen Sterbewillens angesehen, wenn sich der Betroffene zB wegen Bewußtlosigkeit nicht aktuell artikulieren kann.⁵⁴ Die theoretisch einfache Rechtslage wird in diesem Sonderfall allerdings dadurch verkompliziert, daß über die Krankheitswertigkeit des Suizidwillens kein Konsens besteht. Sobald man nämlich – mit einer verbreiteten Meinung – den Todeswunsch als Symptom einer psychischen Störung deutet,⁵⁵ spricht man dem Patienten zumindest der Tendenz nach die Einwilligungsfähigkeit ab; diesfalls könnte er dann gar keine eigenverantwortliche Behandlungsentscheidung treffen, und die Behandlung könnte nach den

⁵² Dazu *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 788 f.

⁵³ *MwN Schmoller*, § 110 StGB Rz 77; *ders*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 50; *Bernat*, Rechtsethische Entscheidungskonflikte am Anfang und Ende des menschlichen Lebens, in: *Strasser/Starz* (Hg), Personsein aus bioethischer Sicht, ARSP Beiheft 73 (1997) 172 (182); *ders*, FS Deutsch (1999) 447; anders *Stellamori/Steiner*, Handbuch des Arztrechts I 110, wenngleich auf Basis der mE obsoleten These von der Rechtswidrigkeit des Selbstmordes.

⁵⁴ *MwN Schick* in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 41.

⁵⁵ Nachweise bei *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 498 f. Zur Problematik des „freien Willens“ des Selbstmörders jüngst wieder *Bydlinski*, Die Presse 10. 10. 1998, Spektrum IV.

Notfallsregeln des § 110 Abs 2 StGB bzw § 8 Abs 3 KAG auch ohne Einwilligung bzw gegen den (rechtlich unwirksamen) Widerspruch durchgeführt werden. Beim Streit um die Patientenautonomie des Selbstmörders geht es daher im Grunde nicht um eine Abweichung von den allgemeinen Regeln der Selbstbestimmung, sondern um die Zuerkennung bzw Nichtzuerkennung der nötigen Einwilligungsfähigkeit.

A 26 b. *Behandlungsabbruch* Für den Abbruch einer bereits begonnenen medizinischen Behandlung gilt rechtlich grundsätzlich nichts anderes als für die Nichtaufnahme einer Behandlung: Da die Einwilligung nicht nur eine initiale, sondern eine begleitende Voraussetzung für die Zulässigkeit der Behandlung darstellt, ist jede Behandlung wegen § 110 StGB und § 8 Abs 3 KAG abzubrechen, sobald der Patient seine **Einwilligung widerruft**. Ein solcher Widerruf ist – den Fortbestand der Einwilligungsfähigkeit vorausgesetzt – grundsätzlich jederzeit möglich und an keine bestimmte Form gebunden. Insb besteht keine rechtliche Verpflichtung des Patienten, die vom Arzt empfohlene Behandlung fortzusetzen;⁵⁶ im Schadensfall kann sich aus der Nichtbefolgung ärztlicher Ratschläge allerdings ein Mitverschulden des Patienten und damit eine – je nach Fallkonstellation – mehr oder weniger weitgehende Haftungsbefreiung für den Arzt ergeben.⁵⁷ Im Extremfall einer generellen Verweigerung der Weiterbehandlung seitens des Patienten muß eine Haftung des Arztes für die daraus resultierenden Folgen jedenfalls verneint werden, da die ärztliche Untätigkeit diesfalls nicht nur erlaubt, sondern sogar rechtlich geboten ist;⁵⁸ es fehlt also an der Rechtswidrigkeit. All dies ist freilich nicht ganz unbestritten und – da der Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung gem § 110 StGB forensisch bedeutungslos ist – auch noch nicht gerichtlich geklärt.⁵⁹ Überdies stellen sich gerade beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, insb beim Abschalten lebenserhaltender Maschinen, die traditionellen Abgrenzungsprobleme zwischen Tun und Unterlassen,⁶⁰ was wegen der unterschiedlichen rechtlichen Bewertung beider Alternativen von großer Bedeutung sein kann. Richtigerweise wird freilich davon auszugehen sein, daß ein „technischer Behandlungsabbruch“ auf Wunsch des Patienten

⁵⁶ Vgl *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 773. Vgl auch die verwaltungsrechtliche Regelung des § 24 Abs 4 KAG, wonach dem Patienten (einer Krankenanstalt) jederzeit die Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung auf eigenen Wunsch offensteht: In diesem Fall „hat der behandelnde Arzt auf allfällige für die Gesundheit nachteilige Folgen aufmerksam zu machen und darüber eine Niederschrift aufzunehmen“.

⁵⁷ *Juen*, Arzthaftungsrecht 84, 99.

⁵⁸ Vgl *Bernat*, Wiener Medizinische Wochenschrift 1996, 197; *Schmoller*, § 110 StGB Rz 107; *ders*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 49 ff; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 773.

⁵⁹ Vgl nur die differenzierenden Ausführungen bei *Schick* in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 37 ff; *ders*, GedS Zipf (1999) 393 ff.

⁶⁰ *ZB Kienapfel*, BT I Vorbem §§ 75 ff Rz 26; *Bernat* in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 61 f.

(zB das Abschalten einer Beatmungsmaschine) nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen ist wie die schlichte Untätigkeit des Arztes.⁶¹

A 27 c. *Palliative Medizin* aa) Für palliativmedizinische Maßnahmen bestehen unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt der Patientenautonomie keine expliziten gesetzlichen Regelungen. Es gelten daher die schon mehrfach skizzierten Grundsätze: Einerseits gehört die Erbringung lindernder Betreuung (einschließlich Schmerzlinderung, Basispflege, Grundernährung etc) auch in aussichtslosen Fällen zu den rechtlich gebotenen ärztlich-pflegerischen Leistungen, was sowohl aus dem zivilrechtlichen Behandlungsvertrag⁶² als auch aus strafrechtlichen Bestimmungen abgeleitet wird⁶³; mehr oder weniger lebensverkürzende Nebenwirkungen stehen einer indizierten Schmerztherapie rechtlich nicht prinzipiell entgegen.⁶⁴ Und andererseits bedürfen auch solche Maßnahmen der Einwilligung des (einwilligungsfähigen) Patienten, da der Begriff der „Behandlung“ iSd §110 StGB nach herrschender Auffassung weit zu verstehen und auch auf bloß lindernde Einwirkungen zu beziehen ist.⁶⁵ Auch palliativmedizinische Maßnahmen können daher eine verbotene „eigenmächtige Heilbehandlung“ darstellen, wenn sie ohne Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten gesetzt werden.⁶⁶ Praktisch viel wichtiger ist freilich die – kontrovers beurteilte – Frage, an welchem Punkt die Pflicht zur Leistung palliativer Maßnahmen in aussichtslosen Fällen endet: Der weitaus überwiegenden und mE auch zutreffende Lehre, die eine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung von Basispflege und Grundernährung auch dann noch generell bejaht, wenn die eigentliche medizinische Behandlung wegen der Unabwendbarkeit des nahenden Todes bereits eingestellt werden darf,⁶⁷ steht die Auffassung gegenüber, daß das Absetzen von Ernährung und Flüssigkeitszufuhr grundsätzlich nach den gleichen Kriterien zu beurteilen sei wie der Abbruch der spezifisch medizinischen Behandlung.⁶⁸

A 28 bb) Probleme der faktischen Zugänglichkeit palliativmedizinischer Maßnahmen könnten sich im Hinblick auf die Kostentragung durch die Krankenkassen

⁶¹ Vgl (am Beispiel des vom Patienten gewollten Behandlungsabbruches bei Amyotropher Lateralsklerose) ausführlich und mwN *Bernat*, Wiener Medizinische Wochenschrift 1996, 197; *Schmoller*, § 110 StGB Rz 107; *ders*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 64 f. Anders *Schick*, der den Abbruch einer künstlichen Ernährung auf Wunsch des Patienten als Tötung auf Verlangen qualifiziert (GedS Zipf 1999, 395).

⁶² Vgl *Bernat*, Wiener Medizinische Wochenschrift 1996, 196; unter Bezug auf den Grundsatz der Menschenwürde zB *Haslinger*, ÖKZ 1999/4, 49.

⁶³ Aus strafrechtlicher Sicht zB *Kienapfel*, BT I Vorbem §§ 75 ff Rz 18, 21; § 95 Rz 35.

⁶⁴ Vgl mwN zB *Kienapfel*, BT I Vorbem §§ 75 ff Rz 18; *Schmoller*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 45 ff; *Stellamor/Steiner*, Handbuch des Arztrechts I 276.

⁶⁵ Statt vieler *Bertel*, § 110 Rz 4.

⁶⁶ Vgl – zum Beispiel der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr – zB *Schmoller*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 53.

⁶⁷ Vgl statt aller zB *Kienapfel*, BT I Vorbem § 75 Rz 21; *Schick*, Voitsberger Manuskripte 1999/2, 55; *Schmoller*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 62 ff.

⁶⁸ Vgl *Bernat*, RdM 1995, 59 f; *ders*, in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 57 f.

aus der Abgrenzung zwischen therapeutischen Maßnahmen der Heilbehandlung iS und solchen pflegerischen Maßnahmen ergeben, denen – zB wegen Aussichtslosigkeit der Behandlung – kein eigentlicher therapeutischer Sinn mehr anhaftet: Denn nach österreichischem Sozialversicherungsrecht besteht ein Anspruch auf Kostenübernahme durch den Sozialversicherungsträger nur insoweit, als die Anstaltspflege durch die Notwendigkeit ärztlicher Behandlung bedingt ist (zB § 144 Abs 3 ASVG). Ist sie das nicht, weil nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft (sog „Asylierung“) nicht erwartet werden kann, daß der regelwidrige Zustand im Sinne einer Besserung beeinflusst werden kann, so besteht kein Leistungsanspruch mehr. Durch diese – rechtspolitisch und verfassungsrechtlich zweifelhafte – Regelung⁶⁹ werden rein palliativmedizinische Leistungen benachteiligt. Auch im Krankenanstaltenrecht findet sich mitunter die Vorschrift, daß Patienten im Falle der Unheilbarkeit zu entlassen sind (zB § 35 Abs 3 Tiroler KAG).

cc) Die – soweit ersichtlich einzige – gesetzliche Bezugnahme auf Maßnahmen der „Sterbebegleitung“ findet sich im Patientenrechtskatalog des § 5a Z 9 KAG und den einschlägigen Ausführungsgesetzen der Länder: Danach sind die Krankenanstaltenträger verpflichtet bzw durch Landesgesetz zu verpflichten, „ein würdevolles Sterben“ sicherzustellen, was zweifellos auch entsprechende psychologische und schmerzlindernde Betreuung einschließt. Manche Länder haben das Gebot der „möglichst schmerzarmen Behandlung und Pflege“ in ihren Landes-KAG ausdrücklich hervorgehoben (zB § 17a Abs 2 lit d Wiener KAG; § 15a Abs 2 lit m Vorarlberger SpitalG). Noch deutlicher nun Art 15 der zwischen dem Bund und dem Land Kärnten abgeschlossenen „Patientencharta“,⁷⁰ wonach „dem Gebot der bestmöglichen Schmerztherapie Rechnung zu tragen“ ist. Nach Art 15 Abs 2 der Charta ist Vertrauenspersonen der Patienten Gelegenheit zum Kontakt mit Sterbenden zu geben, andererseits sind Personen vom Kontakt auszuschließen, wenn der Sterbende dies wünscht.

d. *Aktive Sterbehilfe* aa) Aktive „direkte“ Sterbehilfe⁷¹ – also das Setzen von Handlungen, die vorsätzlich den Eintritt des Todes herbeiführen – wird in Österreich in erster Linie als strafrechtliches Problem gesehen. Unbestritten ist, daß eine vorsätzliche Tötung (sei es durch Ärzte oder durch andere Personen) den Tatbestand der Tötungsdelikte gem §§ 75 ff StGB erfüllt, und zwar je nach Lage des Falles Mord (§ 75), Tötung auf Verlangen (§ 77) oder Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB). Daher ist die aktive Tötung des schwerstkranken Patienten oder die Mitwirkung an der Selbsttötung auch dann verboten, wenn dieser sie ernstlich und eindringlich

⁶⁹ MwN *Radner*, Die Anstaltspflege (1995) 6 ff.

⁷⁰ BGBl I 1999/195.

⁷¹ Zum Thema „Sterbehilfe“ vgl aus der mittlerweile unübersehbaren Literatur zB *Bernat* (Hg), Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod (1993); *ders*, Wiener Medizinische Wochenschrift 1996, 196 ff; *Kneihls*, Grundrechte und Sterbehilfe; *Schmoller*, Euthanasie und Rechtsordnung, Imago hominis 1999, 115; *ders*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 1 ff; *Schick*, GedS Zipf 1999, 393 ff; *Haslinger*, ÖKZ 1999/4, 47.

verlangt.⁷² Da über das Verbot der aktiven Sterbehilfe de lege lata Konsens besteht, handelt es sich bei der auch hierzulande aufflammenden Diskussion über das Für und Wider eine gewissen „Legalisierung“ der Sterbehilfe (insb der Tötung auf Verlangen) um einen rein rechtspolitischen Diskurs.⁷³

A 31 **bb)** Grundsätzlich anerkannt ist hingegen, wie bereits erwähnt, daß **schmerzlindernde Mittel** ungeachtet ihrer mehr oder weniger lebensverkürzenden Wirkung verabreicht werden dürfen und auch verabreicht werden müssen, wenn es der Patient ausdrücklich oder mutmaßlich will („aktive indirekte Sterbehilfe“). Der Tod ist in diesem Fall nur eine Nebenwirkung der medizinisch indizierten Schmerztherapie. Die Grenzziehung zur aktiven direkten Sterbehilfe ist freilich nur theoretisch exakt möglich.⁷⁴

A 32 **cc)** Als Konsequenz der unterschiedlichen Straftatbestände des StGB ergibt sich, daß die rechtliche Bedeutung des Patientenwillens beim sterbewilligen Patienten ganz unterschiedlich abgesichert ist, je nachdem, ob die Todesfolge durch aktive ärztliche Maßnahmen oder durch einen Behandlungsabbruch einschließlich des Abschaltens lebenserhaltender Maschinen („passive“ Sterbehilfe) herbeigeführt wird: Auf der einen Seite kann der Patient nach überwiegender Ansicht durch eine Behandlungsverweigerung jederzeit den Abbruch einer lebenserhaltenden Therapie erzwingen und dadurch seinen Tod herbeiführen.⁷⁵ Er hat aber andererseits nicht die Möglichkeit, einen Dritten – und sei es auf eindringliches Verlangen – zur aktiven Mitwirkung an der Tötung zu gewinnen, weil dies als Tötung auf Verlangen bzw als Mitwirkung am Selbstmord strafbar wäre. Im Einzelnen ist allerdings vieles strittig; insb bereitet die strafrechtlich erforderliche Abgrenzung zwischen einer (wegen des Verbots der eigenmächtigen Heilbehandlung gem § 110 StGB zu beachtenden) Behandlungsverweigerung und einer (wegen § 77 StGB unzulässigen) Tötung auf Verlangen durch Behandlungsabbruch immer wieder dogmatische Probleme.⁷⁶

A 33 **e. Sonderregelungen für bestimmte Arten von Behandlungen** Abgesehen von der Einwilligungregel des § 8 Abs 3 KAG, die für alle Anstaltspatienten gilt, ist eine

⁷² Beim Unmündigen nimmt der OGH, mangels eines zurechenbaren rechtserheblichen Sterbewillens, zurecht an, daß eine ihm bei der Selbsttötung geleistete Hilfe nicht als Mitwirkung am Selbstmord gem § 78, sondern als Mord gem § 75 StGB zu beurteilen ist (OGH 11. I. 1999, 14 Os 180/98 = JBl 1999, 400 = RdM 1999/19 Anm Bernat). Das muß sinngemäß auch für andere Konstellationen der Entscheidungsunfähigkeit (zB wegen psychischer Krankheit) gelten.

⁷³ Dazu zuletzt etwa Bernat, in: Bernat/Kröll (Hg), Intensivmedizin 62 f, Haslinger, ÖKZ 1999/4, 50; Schick, GedS Zipf (1999) 393; Virt, Leben bis zum Ende. Zur Ethik des Sterbens und des Todes (1998).

⁷⁴ Dazu mwN Bernat, Wiener Medizinische Wochenschrift 1996, 196.

⁷⁵ Kienapfel BT I Vorbem §§ 75 ff Rz 24; Bernat, Wiener Medizinische Wochenschrift 1996, 196 ff mwN; Haslinger, ÖKZ 1999/4, 48.

⁷⁶ Vgl zuletzt nur die Nachweise bei Schick, GedS Zipf (1999) 393 ff; eine strafrechtliche Verantwortung des Arztes, der ein Gerät wunschgemäß abschaltet, klar verneinend hingegen Schmoller, § 110 StGB Rz 107.

Einwilligung in besondere Behandlungsmaßnahmen mitunter ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben. Die rechtliche Bedeutung dieser Bestimmungen ist gering und liegt eher in begleitenden Formvorschriften (dazu schon oben [4], S. 8).

aa) Nach dem schon erwähnten § 36 UbG dürfen einwilligungsfähige **untergebrachte psychiatrische Patienten** nicht gegen ihren Willen behandelt werden, was im Sinne der Einwilligungsbefähigung medizinischer Behandlungen verstanden wird. Besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe sind nur mit schriftlicher Zustimmung zulässig.

bb) Gem § 8 Abs 1 BSG dürfen **Blut und Blutbestandteile** einem Spender nur mit seiner vorherigen schriftlichen Zustimmung entnommen werden. Die Zustimmung zur Gewinnung hat freiwillig und ohne Zwang zu erfolgen. Gem § 8 Abs 2 BSG ist der Spender vor der ersten Gewinnung von Blut oder Blutbestandteilen über das dabei angewendete Verfahren sowie über die mit einer Spende verbundenen möglichen Nebenwirkungen und Gefahren für seine Gesundheit aufzuklären. Diese Aufklärung ist bei wiederholt spendenden Personen einmal jährlich zu wiederholen. Gem § 8 Abs 3 BSG ist der Spender auf die jederzeit bestehende Möglichkeit, einen freiwilligen Selbstauschluß vornehmen zu können, besonders hinzuweisen.

cc) Gem § 5 der Verordnung über HIV-Tests⁷⁷ ist für die Vornahme eines **HIV-Tests** eine gesonderte Zustimmung der betreffenden Person einzuholen, wenn die Durchführung des Tests vom Behandlungsvertrag nicht gedeckt ist. Damit wurde klargestellt, daß jeder HIV-Test – sei es im Rahmen des Behandlungsvertrages oder aber „gesondert“ – einer Zustimmung des Patienten bedarf. Diese Regel bezieht sich nicht nur auf den für die Blutabnahme nötigen körperlichen Eingriff, sondern auch und gerade auf die Phase der Testung am abgenommenen Blut. Die Unterscheidung zwischen HIV-Tests, die vom Behandlungsvertrag gedeckt sind, und solchen, bei denen dies nicht zutrifft, ist insofern von Bedeutung, als nur im zweiten Fall eine ausdrückliche („gesonderte“) Zustimmung erforderlich ist. Ansonsten genügt die konkludente Zustimmung im Rahmen des Behandlungsvertrages; diese wird immer dann angenommen, wenn sich ein Patient freiwillig in ärztliche Behandlung begibt und damit stillschweigend in alle medizinisch indizierten Routinemaßnahmen einwilligt. Einer gesonderten ausdrücklichen Zustimmung bedarf es demnach vor allem in jenen Konstellationen, in welchen der HIV-Test – ohne individuelle Indikation – aus bloßer Routine (HIV-Screening) oder etwa zum Schutz des Anstaltspersonals durchgeführt werden soll.⁷⁸

dd) Die erforderliche Zustimmung zu Maßnahmen der **medizinisch unterstützten Fortpflanzung** ist in § 8 FMedG eingehend geregelt, wobei sowohl an die Form (Schriftlichkeit, Notariatsakt etc) als auch an den Inhalt der Einwilligungserklärung gesteigerte Anforderungen gestellt werden.

ee) Gem § 2 des Kinderlähmungs-Schutzimpfungsgesetzes⁷⁹ dürfen Impfungen

⁷⁷ Verordnung über Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung in der HIV-Diagnostik und die bei der Vornahme von HIV-Tests einzuhaltende Vorgangsweise, BGBI 1994/772 idF BGBI II 1999/169.

⁷⁸ Zum Ganzen näher Kopetzki, Medizinrechtliche Aspekte von AIDS, Imago hominis 1996/3, 177 (183 ff).

nur aufgrund einer freiwilligen Meldung der „Impflinge“ vorgenommen werden.

- A 39 ff) Die Zustimmung zu **Genanalysen** am Menschen ist in den §§ 65, 66 GTG näher geregelt.
- A 40 gg) Ausdrückliche Vorschriften über die Zustimmung bestehen für Heilversuche im Rahmen **klinischer Prüfungen** von Arzneimitteln oder Medizinprodukten (§§ 36 ff AMG; §§ 49 ff MPG), dazu gleich unten.

A 41 f. *Forschung* aa) Medizinische Forschung am Menschen ist – mit Ausnahme klinischer Prüfungen von Arzneimitteln und Medizinprodukten sowie der Ethikkommissionen – gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit solcher Maßnahmen wird daher auf allgemeine Überlegungen zum zivil- und strafrechtlichen Rechtsgüterschutz zurückgegriffen. Nicht zuletzt wegen der etwas genaueren strafrechtlichen Bestimmungen (und wohl auch aus wissenschaftshistorischen Gründen) dominieren freilich auch hier die strafrechtlichen Begründungen, an welche in der Regel auch das zivilrechtliche Schrifttum anknüpft:

A 42 Letztlich führen zivil- und strafrechtliche Prinzipien weitgehend zum selben Ergebnis: Soweit die fraglichen Maßnahmen mit (chirurgischen oder pharmakologischen) körperlichen Eingriffen einhergehen, liegt ein Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter (Körperverletzung) vor,⁸⁰ der durch die **Einwilligung** des Verletzten gerechtfertigt werden kann und muß. Dies wird in § 90 StGB ausdrücklich normiert,⁸¹ ist aber ebenso im Zivilrecht anerkannt.⁸² Fremdnützige medizinische Forschung ohne Einwilligung⁸³ ist nie zulässig, weil § 90 Abs 1 StGB – anders als der nur für Heilbehandlungen geltende § 110 Abs 2 StGB – keine Ausnahmen vorsieht und andere Rechtfertigungsmöglichkeiten fehlen. Nur bei Heilversuchen im eigenen therapeutischen Interesse des Behandelten kann ausnahmsweise von einer Einwilligung abgesehen werden, wenn der Betroffene einwilligungsunfähig ist, keine anerkannte Therapie zur Verfügung steht und der Heilversuch die einzige Möglichkeit darstellt, um den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung hintanzuhalten.⁸⁴

A 43 Eine allgemein anerkannte Grenze für die Einwilligung ist gem § 90 Abs 1 StGB, daß die Verletzung oder Gefährdung nicht gegen die „guten Sitten“ verstoßen darf. Daraus wird etwa abgeleitet, daß die Zustimmung allein nur bei leichten Körperverletzungen rechtfertigend wirkt, während es bei schwereren Eingriffen zusätzlich zu einer Förderung anerkannter Interessen kommen muß.⁸⁵ Als selbstverständlich gilt weiters, daß die Einwilligung in Forschungsmaßnahmen ausnahmslos

⁷⁹ Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung, BGBl 1960/244 idF BGBl I 1998/52.

⁸⁰ § 1325 ABGB; §§ 83 ff StGB.

⁸¹ Dazu umfassend *Burgstaller*, WK § 90.

⁸² *Koziol*, Haftpflichtrecht I 182 ff.

⁸³ Zum Problem der Einwilligung durch Dritte vgl unten [3] auf S. 40.

⁸⁴ Insofern gelten dann die üblichen Grundsätze für Heilbehandlungen, vgl oben [1] auf S. 3.

⁸⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht I 183.

auf einer umfassenden, alle erdenklichen Risiken einschließenden **Aufklärung** des Betroffenen beruhen muß.⁸⁶

Eine ausdrückliche Bestimmung, wonach niemand ohne seine ausdrückliche Zustimmung zu klinischen Prüfungen und zu Forschungs- und Unterrichtszwecken herangezogen werden darf, enthält nun Art 20 der Patientencharta, BGBl I 1999/195. Für den Sonderfall der Erteilung klinischen Unterrichts in Universitätskliniken oder anderen Krankenanstalten, in denen klinischer Unterricht erteilt wird, begnügt sich § 44 KAG allerdings mit der Aussage, daß Personen zu derartigen Lehrzwecken herangezogen werden dürfen, sofern dies ihrem Gesundheitszustand nicht abträglich ist und sie nicht ausdrücklich Widerspruch erhoben haben.

bb) Gem § 67 StVG ist die Vornahme eines ärztlichen Experiments an einem **Strafgefangenen** auch dann unzulässig, wenn der Strafgefangene hierzu seine Einwilligung erteilt.

cc) Für die **klinische Prüfung** von Arzneimitteln und Medizinprodukten bestehen umfangreiche Sonderregelungen im Arzneimittel- und im Medizinprodukte-recht (§§ 28 ff AMG; §§ 39 ff MPG). Im ihrem Mittelpunkt stehen Vorschriften über die (obligate) Einwilligung und Aufklärung des Probanden. Einschränkungen (insb auf Heilversuche) bestehen für klinische Prüfungen an behördlich angehaltenen Personen bzw an Personen unter Sachwalterschaft und Minderjährigen (§§ 42 ff AMG; §§ 51 f MPG). An Wehrpflichtigen, die einen Präsidienzdienst beim Bundesheer leisten, dürfen klinischen Prüfungen überhaupt nicht durchgeführt werden (§ 45 Abs 1 AMG; § 54 MPG).

dd) Nicht nur bei klinischen Prüfungen, sondern auch bei der sonstigen „Anwendung neuer medizinischer Methoden“ in Krankenanstalten bedarf es der Beurteilung durch **Ethikkommissionen** (§ 8c KAG).

g. Eingriffe am Leichnam, insb Entnahme von Organen zu Transplantationszwecken

aa) Ein Spezialfall medizinischer Eingriffe am L ebensende, nämlich die Entnahme von Organen Verstorbener zu Transplantationszwecken, ist seit 1982 bundesgesetzlich ausdrücklich geregelt. Nach § 62a Abs 1 KAG ist es zulässig, „Verstorbene einzelne Organe oder Organteile zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen. Die Entnahme ist unzulässig, wenn den Ärzten eine Erklärung vorliegt, mit der der Verstorbene oder, vor dessen Tod, sein gesetzlicher Vertreter eine Organspende ausdrücklich abgelehnt hat.“

Mit dieser – in Österreich politisch weitgehend unbestrittenen – Regelung der Organentnahme hat der Gesetzgeber eine Spielart der sogenannten **Widerspruchslösung** verwirklicht: Die Entnahme von Organen und Geweben⁸⁷ ist ex lege zulässig, sofern der Spender nicht zu Lebzeiten ausdrücklich widersprochen hat und dieser Widerspruch den Ärzten auch „vorliegt“. Einer Einwilligung (wessen auch

⁸⁶ Vgl zB *Burgstaller*, WK § 90 Rz 103 ff.

⁸⁷ Zu diesem weiten Organbegriff vgl *Kopetzki*, Organengewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) 137.

immer) bedarf es nicht; ebensowenig können die Angehörigen – abgesehen von den gesetzlichen Vertretern bei Minderjährigen – der Entnahme wirksam widersprechen. Außerdem ist auch die Bedachtnahme auf den Willen des Spenders insofern begrenzt, als es nicht auf dessen wirklichen oder vermuteten Willen ankommt, sondern bloß auf das Fehlen einer expliziten, den Ärzten vorliegenden Widerspruchserklärung. Liegt keine derartige Erklärung vor, so ist die Explantation auch dann zulässig, wenn über den wahren Willen des Verstorbenen Unklarheit besteht. In gewisser Weise wurde damit dem Spender eine Handlungslast auferlegt: Er muß aktiv tätig werden, um die Möglichkeit einer Explantation zu verhindern. Typischerweise erfolgt der Widerspruch durch Mitführen einer entsprechenden Erklärung oder durch Eintragung in einem EDV-geführten Widerspruchsregister⁸⁸.

A 50 Begleitende Bestimmungen des § 62a KAG beziehen sich auf die Todesfeststellung, den Kreis der für eine Entnahme in Betracht kommenden Krankenanstalten und das Verbot pietätsverletzender Verunstaltung des Leichnams. Überdies dürfen gem § 62a Abs 4 KAG Organe und Organteile Verstorbener nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein, die auf Gewinn gerichtet sind.

A 51 Im Spannungsfeld von Spender- und Empfängerinteressen wurde mit dieser im Ergebnis sehr transplantationsfreundlichen Bestimmung eine grundsätzliche rechtspolitische Weichenstellung zugunsten des Gesundheitsschutzes auf der Empfängerseite und zu Lasten des postmortalen Persönlichkeitsschutzes auf der Spenderseite getroffen. Wengleich als Ausdruck des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts durchaus auch das Recht des Verstorbenen (und subsidiär der Angehörigen) anerkannt ist, Verfügungen über das Schicksal des eigenen Leichnams zu treffen und daher auch über die Zulassung einer Organentnahme zu entscheiden,⁸⁹ so ist dieses zivile Recht dennoch durch die öffentlichrechtliche Sonderregelung des § 62a KAG in einer Weise überlagert, daß es – jedenfalls bezogen auf Organspenden – kaum mehr eine eigenständige Bedeutung besitzt. Insb können sich die Angehörigen nicht auf eine zivilrechtliche Rechtsposition berufen, um die Organentnahme – entgegen § 62a KAG – zu verhindern.

A 52 **bb)** Die Entnahme von Körperteilen nach dem Tod zu **anderen als Transplantationszwecken** (zB für Zwecke der pharmazeutischen Industrie) ist wegen des umfassenden Verbots des § 190 StGB (Störung der Totenruhe) unzulässig, sofern nicht der Verstorbene oder subsidiär seine Angehörigen zugestimmt haben.⁹⁰

A 53 Unter den sonstigen operativen Eingriffen am Leichnam ist nur die **Obduktion** gesetzlich geregelt. Diese ist zu Zwecken der Strafrechtspflege, nach seuchenpolizeilichen Bestimmungen, aber auch aus wissenschaftlichen Gründen in öffentlichen Krankenanstalten unabhängig vom Willen des Verstorbenen oder seiner Angehöri-

⁸⁸ Vgl dazu *Aigner*, Organentnahmen bei Verstorbenen zu Transplantationszwecken gem § 62a KAG; Widerspruchsregister, RdM 1994, 119.

⁸⁹ Nachweise zum zivilrechtlichen Totenfürsorgerecht bei *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 492 f; *ders* in: *Rummel*, ABGB² I § 7 Rz 13; *Kopetzki*, Organgewinnung 106 ff.

⁹⁰ OGH RZ 1987/23. Näher *Kopetzki*, Organgewinnung 148 ff.

gen zulässig. Ein Zustimmungsrecht besteht nur bei Obduktionen in privaten Krankenanstalten.⁹¹ Die Rechtmäßigkeit von Übungsoperationen ist strittig.⁹²

cc) Die Organentnahme am Lebenden ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Das Erfordernis umfassender Aufklärung und höchstpersönlicher Einwilligung ist aufgrund straf- und zivilrechtlicher Grundsätze unbestritten.⁹³ A 54

h. Freiheitsbeschränkungen Beschränkungen der persönlichen Freiheit von Patienten (im Sinne eines Freiheitsentzuges) bedürfen aus verfassungsrechtlichen Gründen und wegen des strafrechtlichen Tatbestandes der Freiheitsentziehung (§ 99 StGB) stets einer gesonderten gesetzlichen Grundlage. Derzeit sind freiheitsentziehende Maßnahmen gesetzlich in folgenden Fällen vorgesehen⁹⁴: A 55

aa) Nach dem UbG können Personen, die wegen einer psychischen Krankheit sich oder andere an Leben oder Gesundheit ernstlich und erheblich gefährden, zwangsweise (ohne oder gegen ihren Willen) in eine psychiatrische Anstalt bzw Abteilung aufgenommen werden. Die Entscheidung über die unfreiwillige Aufnahme erfolgt im Regelfall in einem mehrstufigen Verfahren unter Einschaltung von Verwaltungs- und Justizorganen (Bescheinigung eines Arztes des öffentlichen Sanitätsdienstes/fachärztliche Aufnahmeuntersuchung in der Anstalt/unabhängige fachärztliche Begutachtung im gerichtlichen Unterbringungsverfahren); der Wille des Patienten bzw seine Entscheidungsfähigkeit spielt dabei keine Rolle, maßgeblich ist die Kombination psychische Krankheit/Gefährdung/mangelnde Alternativen (vgl näher §§ 3 ff UbG). A 56

Für den Vollzug der Unterbringung bestehen nähere gesetzliche Regelungen, die auch eine Befugnis zu weitergehenden Beschränkungen (zB Fixierung etc) umfaßt (§§ 33 ff UbG). Das Behandlungsrecht während der Unterbringung orientiert sich grundsätzlich an den allgemeinen Regeln (insb: keine Zwangsbehandlung von Einwilligungsunfähigen, § 36 UbG). A 57

Einweisungen nach dem UbG sind nur in psychiatrische Abteilungen bzw Anstalten und nur gegenüber psychisch Kranken⁹⁵ zulässig. Für eine Einweisung in andere Institutionen (zB Pflege- oder Altenheime) gibt es – abgesehen vom umstrittenen Umweg über eine zivilrechtliche Aufenthaltsbestimmung nach dem Sachwalterrecht (dazu gleich unten) – keine gesetzliche Grundlage. Nichtsdestoweniger besteht eine beachtliche Grauzone von faktischen Freiheitsbeschränkungen in nicht-

⁹¹ Vgl §§ 25, 40 Abs 1 lit b KAG.

⁹² Zum Ganzen *Kopetzki*. Der menschliche Leichnam im privaten und öffentlichen Recht Österreichs und Deutschlands, in: *Stefenelli* (Hg), Körper ohne Leben (1988) 862 ff.

⁹³ Näher *Kopetzki*, Organgewinnung 250 ff.

⁹⁴ Zusammenfassend *Binder*, Die rechtliche Zulässigkeit von Zwangsbehandlung und behandlungsbedingter Freiheitseinschränkung, SoSi 1997, 232; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 938 ff.

⁹⁵ Darunter fallen nach der Rspr auch Personen, die an seniler oder präseniler Demenz leiden, nicht hingegen geistig Behinderte iS einer Oligophrenie: *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 488 ff mwN.

psychiatrischen Heimen etc, die derzeit Gegenstand von rechtspolitischen Überlegungen ist.

A 59 **bb)** Nach dem **Tuberkuloserecht**⁹⁶ können behandlungsunwillige TbC-Kranke, die die Gesundheit Dritter gefährden, zwangsweise in Anstaltsbehandlung aufgenommen werden (vgl näher §§ 14 ff TbG); für Detailfragen des Vollzugs fehlt eine rechtsstaatliche Regelung. Praktisch ist die Anhaltung nach dem TbG heute selten. Ähnliche Bestimmungen bestehen nach dem Geschlechtskrankheitengesetz, StGBI 1945/152 idF BGBl 1993/345.

A 60 **cc)** Eine recht unklar formulierte Ermächtigung zur Zwangseinweisung von Patienten mit taxativ bestimmten übertragbaren Krankheiten enthält § 7 des Epidemiegesetzes;⁹⁷ für den Vollzug und eine rechtsstaatliche Kontrolle fehlen ausreichende gesetzliche Grundlagen. Auch diese Form des Freiheitsentzuges wird kaum mehr angewendet.

A 61 **dd)** Einweisungen in Krankenanstalten können sich schließlich auch auf **strafrechtliche** Grundlagen stützen (Vollzug vorbeugender Maßnahmen in psychiatrischen Krankenanstalten gem § 158a, 167 StVG; Einweisung von Häftlingen zur Behandlung gem § 71 StVG etc.)⁹⁸

A 62 **ee)** Aufgrund § 146b ABGB kommt den Trägern der zivilrechtlichen Obsorge gegenüber Minderjährigen (insb den Eltern) im Rahmen ihres **Sorgerechts** grundsätzlich auch die Befugnis zu, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (§ 146b ABGB).⁹⁹ Dadurch können gegebenenfalls auch freiheitsbeschränkende Maßnahmen in Krankenanstalten legitimiert werden, wobei die betreuende Institution diesfalls als verlängerter Arm der Sorgeberechtigten (und daher als Träger einer abgeleiteten zivilrechtlichen Fremdbestimmung) tätig wird.¹⁰⁰

A 63 **ff)** Nach der Rechtsprechung und einer verbreiteten Praxis kann darüber hinaus auch der nach Zivilrecht bestellte **Sachwalter** einer psychisch kranken oder geistig behinderten Person (§§ 273 ff ABGB) im Rahmen seines Aufenthaltsbestimmungsrechts oder das zuständige PflEGschaftsgericht freiheitsbeschränkende Maßnahmen anordnen bzw solche Maßnahmen (etwa in einem Pflegeheim) durch seine Zustimmung rechtfertigen. Im Gegensatz zum deutschen BGB gibt es hierfür allerdings keine explizite gesetzliche Grundlage im ABGB; die Judikatur stützt sich hierbei auf die umfassende Ermächtigung des Sachwalters zur „Personensorge“, auf eine Verweiskette zum Kindschaftsrecht bzw – im Falle des PflEGschaftsgerichts – auf die gerichtliche Kompetenz, in Angelegenheiten der Personensorge „anderes“ zu bestimmen (§ 282 ABGB).¹⁰¹ Im Detail ist fast alles strittig: Weder über Art und Ort der Beschränkungen¹⁰² noch über deren inhaltliche Voraussetzungen oder über

⁹⁶ Tuberkulosegesetz, BGBl 1968/127 idF BGBl 1993/344.

⁹⁷ Epidemieg, BGBl 1950/186 idF BGBl 1999/191.

⁹⁸ Vgl die Übersicht bei Kopetzki, Unterbringungsrecht II 939 ff.

⁹⁹ Näher Rummel in: Rummel, ABGB² I § 146b.

¹⁰⁰ Vgl mwN Kopetzki, Unterbringungsrecht II 468 f, 964 ff.

¹⁰¹ Dazu und zum folgenden näher Kopetzki, Unterbringungsrecht II 951 ff.

¹⁰² Geklärt ist lediglich, daß ein Freiheitsentzug aufgrund des Sachwalterrechts nach dem Inkrafttreten des Unterbringungsgesetzes nicht mehr in psychiatrischen Anstalten oder Ab-

das dabei einzuhaltende Verfahren besteht eine einheitliche Auffassung; auch ist unklar, ob dieses Aufenthaltsbestimmungsrecht unabhängig von der Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen und seinem „natürlichen Willen“ ausgeübt werden kann. Im jüngeren Schrifttum wird die Verfassungsmäßigkeit dieser zivilrechtlichen Freiheitsbeschränkungen – schon wegen des Fehlens einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Deckung – insgesamt in Frage gestellt. Über ihre Reformbedürftigkeit besteht daher seit langem politischer Konsens, doch konnten entsprechende Pläne (vgl unten [C] ab S. 48) in der letzten Gesetzgebungsperiode nicht mehr verwirklicht werden.

gg) Ob und inwieweit außerhalb der bisher genannten Konstellationen – insb außerhalb der psychiatrischen Unterbringung – **körperliche Beschränkungen von Patienten** zulässig sind, ist nicht ausdrücklich geregelt. Weitgehend anerkannt dürfte sein, daß vorübergehende körperliche Beschränkungen – nicht jedoch eine zwangsweise Behandlung – zur Abwehr akuter Gefahren für den Patienten selbst oder für Dritte (zB Fixierungen in akuten Bedrohungssituationen udgl) zumindest im Grundsätzlichen durch die allgemeinen Rechtfertigungsgründe des Zivil- und Strafrechts (insb durch rechtfertigenden Notstand) gerechtfertigt werden können.¹⁰³ Typische Schutzmaßnahmen zugunsten des Patienten in Situationen vorübergehender Handlungsunfähigkeit – man denke etwa an postoperative Verwirrheitszustände – lassen sich in der Regel wohl auch mit entsprechenden Schutzpflichten aus dem Behandlungsvertrag oder mit der Figur der Geschäftsführung ohne Auftrag und damit mittelbar durch den Willen des Patienten legitimieren.¹⁰⁴ Bei routinemäßigen und institutionalisierten Formen körperlichen Zwanges verlieren diese juristischen Begründungsversuche aber ihre Tragfähigkeit.¹⁰⁵ Insgesamt wird die beträchtliche Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiet in der Praxis dadurch gemildert, daß gerichtliche Auseinandersetzungen – abgesehen vom speziell geregelten Bereich der psychiatrischen Unterbringung – kaum stattfinden: Das soweit ersichtlich einzige (publizierte) Verfahren, in dem es um den (strafrechtlichen) Vorwurf einer widerrechtlichen Fixierung im Gitterbett ging, endete in zweiter Instanz mit einem Freispruch des Arztes.¹⁰⁶

i. Andere Zwangsmaßnahmen (Zwangsbehandlung) aa) Eine zwangsweise Behandlung des **einwilligungsfähigen** Patienten ist wegen § 110 StGB immer unzulässig, ausgenommen Fälle des gesetzlich vorgesehenen Behandlungszwanges (dazu

teilungen vorgenommen werden darf. Bei Freiheitsentziehungen in sonstigen Heimen und Anstalten (insb Pflegeheimen) stellt das Sachwalterrecht aber derzeit die einzige überhaupt diskutierbare rechtliche Legitimation dar.

¹⁰³ MwN Kopetzki, Unterbringungsrecht I 188, 196; II 766.

¹⁰⁴ MwN Kopetzki, Unterbringungsrecht I 188, 196.

¹⁰⁵ In Erwägung gezogen wird auch eine analoge Anwendung der Regeln des UbG, dazu zB Binder, SoSi 1997, 244.

¹⁰⁶ OLG Wien 14. 10. 1985, 27 Bs 294/85, teilweise wiedergegeben bei Stellamori/Steiner, Für den Arzt wichtige Judikatur bezüglich Kausalität und Freiheitsentzug, ÖKZ 1993/12, 719 (721 ff).

gleich unten).¹⁰⁷ Insb kann eine Zwangsbehandlung – selbst bei Gefahr im Verzug – nicht mit einer Güterabwägung nach dem Muster des rechtfertigenden Notstands begründet werden, weil die Konstellationen einer konsenslosen Behandlung in § 110 Abs 2 StGB abschließend geregelt sind.¹⁰⁸ Zu beachten ist auch, daß sich die Ermächtigung zur Zwangsbehandlung selbst bei zwangsweise angehaltenen Patienten nicht aus dem bloßen Status des Freiheitsentzuges ergibt; zwischen der Zulässigkeit zwangsweiser Aufnahme und zwangsweiser Behandlung ist daher zu unterscheiden: So kennt insb das Unterbringungsrecht zwar eine psychiatrische Zwangsaufnahme, aber keine Zwangsbehandlung des einwilligungsfähigen Patienten (vgl § 36 UbG).

A 66 **bb)** Im Falle der **Einwilligungsunfähigkeit** des Patienten liegt die Zustimmungsbefugnis bei seinem gesetzlichen Vertreter nach Zivilrecht (Eltern, Sachwalter; dazu näher unten [II], S. 25ff), insofern liegt keine Zwangsbehandlung im eigentlichen Sinn vor, sondern eine „stellvertretende“ Einwilligung durch Dritte. Der Sprachgebrauch ist aber uneinheitlich. Gibt es keinen zuständigen Vertreter (zB bei vorübergehender Bewußtlosigkeit) oder kann dessen Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden, dann ist eine Behandlung bei Gefahr im Verzug auch ohne Zustimmung zulässig (§ 8 Abs 3 KAG; § 110 Abs 2 StGB).

A 67 **cc)** **Zwangsbehandlungen** – dh Behandlungen gegen den Willen des einwilligungsfähigen Patienten – sind insb im Strafvollzugsrecht vorgesehen (§ 69 StVG). Einen gesetzlichen Behandlungszwang – mit einigen Unklarheiten hinsichtlich der Art und Weise der Durchsetzung – gibt es überdies bei Trägern mancher ansteckender Krankheiten nach den näheren Bestimmungen des Geschlechtskrankengesetzes und des Tuberkulosegesetzes. Keine Zwangsbehandlung ist hingegen im AIDS-G¹⁰⁹ vorgesehen. Das neue Suchtmittelgesetz, BGBl I 1997/112 idF BGBl I 1998/30 kennt im § 11 zwar eine Behandlungspflicht im Fall des Suchtgiftmißbrauchs, die Behandlung wird jedoch nicht unmittelbar erzwungen, sondern stellt – nach dem Grundsatz „Helfen statt Strafen“ – eine („freiwillige“) Alternative zu einer sonst drohenden Strafverfolgung dar.

A 68 Darüber hinaus bestehen zahlreiche bloße **Untersuchungspflichten** (die jedoch zumeist nicht durch unmittelbaren Zwang sanktioniert sind), wie etwa hinsichtlich der Blutalkoholbestimmung im Straßenverkehr gem § 5 Abs 6 StVO, der Feststellung bestimmter übertragbarer Krankheiten gem §§ 5, 17 Epidemiegesetz und §§ 1 ff Bazillenausscheidergesetz, der HIV-Untersuchung von Prostituierten gem § 5 AIDS-G, der erbkundlichen Untersuchung im Abstammungsverfahren nach der (aus dem deutschen Recht übergeleiteten) Familienrechts-Angleichungsverordnung, dRGG 1943 I S. 80, der Wehrtauglichkeitsuntersuchung gem § 24 Wehrgesetz oder der Untersuchung auf Suchtgiftmißbrauch gem §§ 12 f Suchtmittelgesetz.

A 69 Ein gesetzlicher **Impfzwang** besteht derzeit nicht (mehr).

¹⁰⁷ Zum Ganzen näher *Binder*, SoSi 1997, 232.

¹⁰⁸ ZB *Schmoller*, § 110 StGB Rz 96; *Binder*, SoSi 1997, 241.

¹⁰⁹ AIDS-Gesetz 1993, BGBl 1993/728 (Wv) idF BGBl I 1999/117.

II. Die Situation einwilligungsunfähiger erwachsener Patienten

1. Allgemeines aa) Ist der Patient im Entscheidungszeitpunkt nicht einwilligungsfähig, so ist für ihn grundsätzlich ein gesetzlicher Vertreter (Sachwalter) zu bestellen, der dann die erforderlichen Behandlungsentscheidungen zu treffen hat. Das folgt mittelbar schon aus § 110 StGB und § 8 Abs 3 KAG, wonach – abgesehen von Fällen der Gefahr im Verzug – jede medizinische Behandlung einer Einwilligung bedarf.¹¹⁰ Ist der Patient selbst nicht einwilligungsfähig, muß daher für eine entsprechende Vertretung Vorsorge getroffen werden, sofern der Zustand der Entscheidungsfähigkeit voraussichtlich länger andauert und mit weiteren künftigen Entscheidungsnotwendigkeiten zu rechnen ist. Beim einwilligungsunfähigen Patienten fällt die Behandlungsentscheidung demnach nicht automatisch dem Arzt zu, sondern geht auf einen Vertreter über, der die mangelnde Entscheidungsfähigkeit des Betroffenen in dessen Interesse substituiert. Die dafür notwendigen zivilrechtlichen Regeln finden sich im Sachwalterrecht (§§ 273 ff ABGB); insb ist nach der Rechtsprechung anerkannt, daß die anstehende Behandlungsentscheidung eines Einwilligungsunfähigen eine Angelegenheit iSd § 273 ABGB bzw eine dringende Angelegenheit iSd § 238 Abs 2 AußStrG darstellt und daher die Bestellung eines Sachwalters gem § 273 Abs 1 ABGB bzw eines einstweiligen Sachwalters gem § 238 Abs 2 AußStrG erforderlich macht.¹¹¹

bb) Eine **Behandlung ohne Einwilligung eines Vertreters** ist nach den Regeln des § 110 Abs 2 StGB und § 8 Abs 3 KAG auch bei einwilligungsunfähigen Patienten nur zulässig, wenn durch einen Aufschub der Behandlung bis zur nächstmöglichen Einholung der Entscheidung „das Leben oder die Gesundheit des Betroffenen ernstlich gefährdet“ würde. Davon sind insb Fälle vorübergehender Einwilligungsunfähigkeit (zB Bewußtlosigkeit) erfaßt, wenn mit der Behandlung nicht bis zur Wiedererlangung der Einwilligungsfähigkeit bzw bis zur Bestellung eines Vertreters zugewartet werden kann. Dazu gehören aber auch Fälle der sog „erweiterten Operation“, wenn sich während der Operation ein weitergehender oder zusätzlicher Heileingriff als dringend erforderlich herausstellt.¹¹²

cc) Nimmt man die skizzierten Regelungen beim Wort, so wären Behandlungen am **unvertretenen Einwilligungsunfähigen**, die unterhalb der Schwelle der „erastlichen Lebens- und Gesundheitsgefahr“ liegen, immer unzulässig und als Verstoß gegen § 110 StGB und § 8 Abs 3 KAG zu ahnden. Das erscheint auch durchaus plausibel, da die Rechtfertigung nach § 110 Abs 2 StGB bzw § 8 Abs 3 KAG ja nur zur Überbrückung einer vorübergehenden Notfallsituation gedacht ist, in der durch den Aufschub der Behandlung bis zur nächstmöglichen Einholung der Entscheidung Lebens- oder ernste Gesundheitsgefahr bestünde. Eine längerdauernde Unmöglichkeit, eine Einwilligung einzuholen, sollte hingegen gar nicht vorkommen, da bei Einwilligungsunfähigkeit des Patienten diesfalls eben ein entscheidungsbe-

¹¹⁰ ZB *Bernat*, RdM 1998, 189.

¹¹¹ Ständige Rechtsprechung, zuletzt etwa OGH 22. 4. 1999, 6 Ob 55/99b.

¹¹² Nachweise bei *Schmoller*, § 110 StGB Rz 83.

A 70

A 71

A 72

fugter Vertreter vorhanden sein müßte.¹¹³ Diese Konsequenz dürfte freilich weder der Praxis entsprechen, noch ist sie im Schrifttum unumstritten.¹¹⁴ So neigt etwa die zivilrechtliche Literatur zur Auffassung, daß „konsenslose“ Behandlungen ganz allgemein und losgelöst vom Element der Dringlichkeit durch den „**mutmaßlichen Willen**“ des Patienten gerechtfertigt sein können.¹¹⁵ Eine stringente Begründung für die Relevanz einer (von konkreten Notfallsituationen losgelösten) Rechtfertigung durch eine „mutmaßliche Einwilligung“ ist jedoch angesichts der Bestimmungen des § 110 StGB und § 8 Abs 3 KAG nicht leicht zu finden.¹¹⁶ Im Grunde hat man es hier mit dem nicht restlos harmonisierten Nebeneinander zivilrechtlicher Ansätze (welche den „mutmaßlichen Willen“ als eigenständigen Rechtfertigungsgrund bejahen) mit der viel strengeren Position des § 110 StGB bzw § 8 Abs 3 KAG (welche neben der Gefahr im Verzug keinen weitergehenden Rechtfertigungsgrund zulassen) zu tun. Dogmatisch werden sich die meisten Fälle allerdings mit der Figur der antizipierten Behandlungszustimmung lösen lassen.

A 73 **dd)** Angeregt durch angloamerikanische Diskussionen sowie die Entscheidung des BGH im „Kemptener Fall“ aus 1994 wird auch in Österreich zunehmend die Frage erörtert, ob es beim Einwilligungsunfähigen einen zulässigen **Behandlungsabbruch** aufgrund einer bloß **mutmaßlichen Behandlungsverweigerung** geben kann,¹¹⁷ oder ob die Ärzte grundsätzlich solange im Sinne des Lebensschutzes entscheiden und daher eine (aus medizinischen Gründen sinnvolle) Behandlung fortsetzen müssen, als nicht entweder eine reale (ausdrückliche bzw klar konkludente) Ablehnung durch den Patienten vorliegt oder aber die Behandlung wegen des bereits eingetretenen Sterbeprozesses ohnehin aussichtslos ist.¹¹⁸ Je nach vertretener Position fällt beispielsweise auch die Antwort auf die Frage unterschiedlich aus, ob ein bewußtloser Patient mit Zugehörigkeit zu den Zeugen Jehovas, dessen religiöse Einstellung zwar bekannt ist, der aber eine Bluttransfusion nicht aktuell abgelehnt hat, mit Blutprodukten behandelt werden darf (Behandlung nach objektiven medizinischen Kriterien mangels ausdrücklicher Weigerung)¹¹⁹ oder vielleicht doch nicht (wegen mutmaßlicher Verweigerung der Transfusion).¹²⁰ Ein Konsens in diesen Fragen zeichnet sich nicht ab, doch steht die überwiegende Auffassung

¹¹³ Vgl *Schmoller*, § 110 StGB Rz 81.

¹¹⁴ Insb wird eine unfinanzierbare Zunahme der Sachwalterschaften befürchtet, wenn grundsätzlich für jeden einwilligungsunfähigen Patienten ein Sachwalter bestellt werden müßte.

¹¹⁵ In diesem Sinn zB *Bernat*, RdM 1995, 56; *Heidinger*, Aufklärungspflicht, in: *Harrer/Graf* (Hg), *Ärztliche Verantwortung und Aufklärung* 35 f.

¹¹⁶ Vgl auch *Schmoller*, § 110 StGB Rz 97.

¹¹⁷ So etwa *Bernat*, RdM 1995, 55 f; *ders.*, FS Deutsch (1999) 455 ff. Zum Problemkreis mwN auch *Bernat*, ARSP Beiheft 73 (1997) 181 ff; *Schmoller*, in: *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (1999) 53 ff.

¹¹⁸ Zu dieser Grenze der ärztlichen Behandlungspflicht vgl schon oben [5] ab S. 9.

¹¹⁹ So zutreffend im Ergebnis wohl *Schmoller*, § 110 StGB Rz 84 ff.

¹²⁰ So zB *Heidinger* in: *Harrer/Graf* (Hg), *Ärztliche Verantwortung und Aufklärung* 36; ähnlich – wenngleich vorsichtiger – in diese Richtung *Mazal* in: *Mazal* (Hg), *Grenzfragen der Behandlung* 32 f.

der „mutmaßlichen“ Behandlungsverweigerung eher skeptisch gegenüber,¹²¹ zumal ja nicht einmal über die Verbindlichkeit einer ausdrücklichen antizipierten Weigerung des Patienten Klarheit besteht. Österreichische Gerichtsentscheidungen gibt es hierzu ebensowenig wie generelle Antworten des Gesetzgebers, die literarische Diskussion bewegt sich in den aus der BRD bekannten Geleisen.

ee) Das Problem der „mutmaßlichen Behandlungsverweigerung“ ist im Grunde nur ein Teilaspekt der viel allgemeineren Frage, nach welchen **inhaltlichen Maßstäben** die ärztliche Behandlungsentscheidung beim einwilligungsunfähigen und unvertretenen Patienten¹²² fallen soll. Die gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben – insb: Wahrung des „Wohls“ des Kranken gem § 49 ÄrzteG, Abwehr von Lebens- und Gesundheitsgefahr gem § 8 Abs 3 KAG bzw § 110 Abs 2 StGB sowie staatliche Schutzpflichten zugunsten von Leben und Gesundheit – sind im grundsätzlichen klar und begründen im Ergebnis eine Verpflichtung, die zum Schutz von Leben und Gesundheit jeweils erforderlichen Maßnahmen (bis hin zur Basispflege und Schmerzlinderung) zu setzen. In Grenzfällen wie etwa bei irreversibler Bewußtlosigkeit erweist sich aber auch das „Wohl des Kranken“ als präzisierungsbedürftige Formel. Zusammenfassend läßt sich die (erst beginnende) Auseinandersetzung in diesem Punkt dahin skizzieren, daß die vom Strafrecht, vom verwaltungsrechtlichen Behandlungsauftrag¹²³ und vom grundrechtlichen Lebensschutz¹²⁴ geprägten Positionen eher in die Richtung eines „objektiven“ (und vom Arzt nach medizinischen Aspekten ungeachtet eines hypothetischen Patientenwillens zu beurteilenden) Lebens- und Gesundheitsschutzes tendieren,¹²⁵ während die zivilrechtlich geprägten Standpunkte stärker auf angelsächsische Konzepte der „best interests“ des Patienten bzw dessen „mutmaßlichen Willen“ abstellen.¹²⁶ Da sich letzterer in der konkreten ärztlichen Entscheidungssituation in aller Regel ohnehin nicht verlässlich ermitteln läßt, handelt es sich bei diesen Alternativen aber zumeist weniger um

A 74

¹²¹ ZB *Schick*, *GedS Zipf* (1999) 413 ff; *ders.*, Voitsberger Manuskripte 1999/2, 56; *Haslinger*, ÖKZ 1999/4, 47 ff; *Schmoller*, in: *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (1999) 55 f. Zur grundrechtlichen Unzulässigkeit jeder in Fremdbestimmung vorgenommenen Sterbehilfe (einschließlich der Legitimation durch den „mutmaßlichen“ Willen) vgl *Kneihls*, *Grundrechte und Sterbehilfe* 263 ff; ihm folgend *Schick*, *GedS Zipf* (1999) 400 f.

¹²² Zum Fall eines für Behandlungsentscheidungen zuständigen Sachwalters vgl gleich unten [5] auf S. 33.

¹²³ Insb § 49 Abs 1 ÄrzteG; § 8 Abs 3 KAG.

¹²⁴ Art 2, 3 und 8 EMRK.

¹²⁵ Vgl statt vieler *Schick*, *GedS Zipf* (1999) 406 f mwN; *Kneihls*, in: *Bernat/Kröll* (Hg), *Intensivmedizin* 75 ff; wohl auch *Schmoller*, in: *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (1999) 55, der nur dem „dokumentierten mutmaßlichen Willen“ Relevanz beimessen will.

¹²⁶ Vgl vor allem *Bernat*, RdM 1995, 56 ff; *ders.*, in: *Bernat/Kröll* (Hg), *Intensivmedizin* 55; *Mazal* in: *Mazal* (Hg), *Grenzfragen* 34 f; *Heidinger* in: *Harrer/Graf* (Hg), *Ärztliche Verantwortung und Aufklärung* 36. Umfassend zum Problem nun wieder *Bernat*, FS Deutsch (1999) 443.

ein praktisches Rechtsproblem des medizinischen Alltags,¹²⁷ als um ein Thema für Liebhaber medizinethischer Grundsatzdiskussionen.

A 75 **2. Einwilligungsfähigkeit aa)** Ob ein Patient rechtlich selbst über die Zulassung einer Behandlung entscheiden kann, hängt – wie bereits mehrfach erwähnt – von seiner „Einwilligungsfähigkeit“ ab. In deutlichem Kontrast zur juristischen Bedeutung dieser „Einwilligungsfähigkeit“ für die Grenzziehung zwischen Selbst- und Fremdbestimmung steht freilich die **Unsicherheit** im praktischen Umgang mit dieser Argumentationsfigur. Das beginnt damit, daß in (älteren) einschlägigen Gesetzen darauf überhaupt nicht ausdrücklich Bezug genommen wird, der Wortlaut spricht lediglich von der „Einwilligung“ des Patienten (zB § 110 StGB). Die „Einwilligungsfähigkeit“ als implizit hinzuzudenkende Einwilligungsvoraussetzung ist daher zunächst eher ein Produkt der zivil- und strafrechtlichen Lehre und Rechtsprechung als des gesetzten Rechts. In jüngeren Vorschriften wird die Einwilligungsfähigkeit hingegen zumeist als Voraussetzung einer gültigen Einwilligung angesprochen, wobei sich die Gesetze der unterschiedlichsten – wenngleich in der Intention deckungsgleichen – Formulierungen bedienen.¹²⁸

A 76 Läßt man die Unterschiede in der Wortwahl und Begründung beiseite, so besteht in der Sache weitgehend Übereinstimmung, daß es für die Frage der Einwilligungsfähigkeit in Bezug auf medizinische Behandlungen nicht auf die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit, sondern auf die („natürliche“) **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** ankommt.¹²⁹ Die Einwilligungsfähigkeit ist daher von den schematischen zivilrechtlichen Altersgrenzen ebenso unabhängig wie vom konstitutiven Akt einer Sachwalterbestellung; üblicherweise wird in diesem Sinn auch von der „konkreten“ Einsichts- und Urteilsfähigkeit gesprochen, womit sowohl die Einzelfallbezogenheit im Hinblick auf den jeweiligen Eingriff als auch im Hinblick auf die konkrete psychische Situation des Patienten hervorgehoben werden soll. Damit ist zugleich klargestellt, daß die Bestellung eines Sachwalters mit dem Wirkungskreis der Behandlungszustimmung noch nichts darüber aussagt, ob der Sachwalter anstelle des Patienten zur Einwilligung berufen ist: Erst dann (und nur dann), wenn eine Person infolge einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung nicht in der Lage ist, „die Notwendigkeit der Vornahme einer Behandlung und die Bedeutung ihrer

Verweigerung frei zu beurteilen“, kann die Willensbildung der Person durch einen Sachwalter substituiert werden.¹³⁰

bb) Auf welche Kriterien es bei der Prüfung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ankommt, und wie diese festzustellen sind, ist gesetzlich nicht einheitlich geregelt. Für den Regelfall (außerhalb spezieller Bestimmungen für Teilbereiche der Medizin) gibt es überhaupt keine nähere Präzisierung durch das Gesetz, die Judikatur stellt hier – wie erwähnt – auf die Fähigkeit des Betroffenen ab, die Notwendigkeit der Behandlung bzw ihrer Verweigerung „frei“ zu beurteilen. Sofern es einschlägige gesetzliche Sonderregelungen gibt, treffen diese – trotz unterschiedlicher Wortwahl – letztlich eine im wesentlichen inhaltsgleiche Aussage (zB § 8 Abs 3 KAG¹³¹; § 36 Abs 2 UbG¹³²). In der Sache besteht jedenfalls dahingehend Einigkeit, daß es bei der Einwilligungs(un)fähigkeit maßgeblich darauf ankommt, ob ein Patient krankheits- oder altersbedingt unfähig ist, eine den Tatsachen und Wirkungszusammenhängen entsprechende Einsicht in die Bedeutung der Einwilligung (Verweigerung) und die daraus resultierenden Folgen zu gewinnen bzw ob sein rationaler Entscheidungsprozeß durch psychopathologische Faktoren verzerrt ist.¹³³ Die bloße Verweigerung einer Behandlung oder die „Unvernünftigkeit“ einer Behandlungsentscheidung seitens des Patienten stellt für sich genommen keinen Hinweis auf die fehlende Einwilligungsfähigkeit dar;¹³⁴ in krassen Fällen kann aber die Irrationalität einer Behandlungsentscheidung sehr wohl eine nähere Prüfung nahelegen, ob die Fehlentscheidung des Patienten nicht vielleicht doch durch eine psychische Störung bedingt (und der Patient daher einwilligungsunfähig) ist.¹³⁵

cc) In wessen Kompetenz die Feststellung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit fällt, ist ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt. Diese Beurteilung obliegt daher dem behandelnden Arzt, der sich über die Zulässigkeitsbedingungen der Behandlung Rechenschaft ablegen und der in diesem Zusammenhang auch prüfen muß, ob der Patient die Fähigkeit zu einer gültigen Einwilligung besitzt.¹³⁶ Im Zuge eines späteren zivil- oder strafrechtlichen Haftungsverfahrens könnte diese Beurteilung aber (als Vorfrage für die Gültigkeit der Einwilligung) durchaus einer gerichtlichen Nachprüfung unterliegen. Zweckmäßigerweise wird auch der Sachwalter das Fehlen der Einwilligungsfähigkeit vorab prüfen, bevor er seine substituierende Einwilligung erteilt.¹³⁷

¹³⁰ So der OGH in einer Leitentscheidung EvBI 1988/85.

¹³¹ „... oder er mangels geistiger Reife oder Gesundheit die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Behandlung nicht beurteilen kann“.

¹³² „Kann der Kranke den Grund und die Bedeutung der Behandlung nicht einsehen oder seinen Willen nicht nach dieser Einsicht bestimmen...“

¹³³ Nachweise zB bei Kopetzki, Unterbringungsrecht II 818 ff; Barth, Einwilligung 66 ff; Bernat, RdM 1995, 54 f; ders, FS Deutsch (1999) 447 f.

¹³⁴ Bernat, RdM 1995, 54; Kopetzki, Unterbringungsrecht II 821 f; Maleczky, ÖJZ 1994, 685; LG Feldkirch RdM 1996/16.

¹³⁵ Dazu zB Maleczky, ÖJZ 1994, 685; Zankl, ÖJZ 1989, 299.

¹³⁶ Vgl mwN Kopetzki, Unterbringungsrecht II 825.

¹³⁷ Vgl LG Feldkirch, RdM 1996/16.

¹²⁷ Wenn etwa Heidinger in: Harrer/Graf (Hg), Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 36, auf den „mutmaßlichen Willen eines verständigen Patienten“ abstellt, so geht die Figur des „mutmaßlichen Willens“ in Wahrheit in einem auf eine generalisierende Durchschnittsbeurteilung gestützten Rechtfertigungsargument auf.

¹²⁸ Vgl etwa § 8 Abs 3 KAG, § 36 UbG, § 38 Abs 1 AMG.

¹²⁹ Ganz hL und Rspr (Nachweise bei Kopetzki, Unterbringungsrecht II 816; Bernat, FS Deutsch (1999) 447 f; umfassend jüngst Barth, Einwilligung 33 ff). Ausnahmsweise wird allerdings in manchen Sondergesetzen sowohl Geschäftsfähigkeit als auch Einsichts- und Urteilsfähigkeit gefordert (Einwilligung in klinische Prüfungen gem § 38 Abs 1 AMG und § 49 Abs 2 MPG); es bestehen aber dennoch differenzierte Sonderregelungen für Minderjährige und Nicht-Einwilligungsfähige (§ 42 f AMG; § 51 f MPG).

A 79 Obgleich die Einwilligungsunfähigkeit nicht durch einen staatlichen Akt konstitutiv begründet wird und daher auch entsprechende verfahrensrechtliche Vorgaben fehlen, kann es unter Umständen dennoch zu einer **gerichtsförmigen Beurteilung** der Einsichts- und Urteilsfähigkeit kommen: Immer dann, wenn ein (einstweiliger) Sachwalter mit dem Wirkungsbereich der Behandlungszustimmung bestellt (oder ein bestehender Wirkungsbereich erweitert) werden soll, muß nach der Judikatur des OGH im Sachwalterbestellungsverfahren (als Vorfrage für die Zulässigkeit der Vertreterbestellung in Behandlungsangelegenheiten) geklärt werden, ob der Betroffene einwilligungsunfähig ist oder nicht.¹³⁸ An der letztlich maßgeblichen Einzelfallbeurteilung ändert dies allerdings nichts, die vorangehende gerichtliche Bejahung der Einwilligungsfähigkeit enthebt daher nicht von der Prüfung der Einwilligungsfähigkeit im einzig ausschlaggebenden Zeitpunkt der Einwilligung; insb bei schubhaften Erkrankungen können diese Beurteilungen auch divergieren.

A 80 **dd)** Ein in dieser Legislaturperiode unerledigt gebliebener **Reformentwurf** des Bundesministeriums für Justiz¹³⁹ enthielt (unklare) Ansätze zu einer konstitutiven gerichtlichen Feststellung der Einwilligungsfähigkeit. Eine Verwirklichung ist zur Zeit nicht in Sicht.

A 81 **3. Antizipierte Patientenverfügungen („Patiententestament“)** **aa)** Eine der in Österreich meistdiskutierten medizinrechtlichen Fragen ist, inwiefern ein Patient durch antizipierte Willenserklärungen eine rechtswirksame Verfügung über die Zulassung bzw Ablehnung ärztlicher Behandlungsmaßnahmen für den Fall treffen kann, daß er seine Einwilligungsfähigkeit verliert. Dabei geht es – was die unglückliche Bezeichnung „Patiententestament“ verschleierte – nicht nur um die Vorausablehnung einer Intensivbehandlung für den letzten Lebensabschnitt im Fall einer aussichtslosen Krankheit, sondern um jede Vorausablehnung von Behandlungen für eine später möglicherweise eintretende Entscheidungsunfähigkeit (zB Ablehnung von Bluttransfusionen durch Zeugen Jehovas; „psychiatrisches Testament“).

A 82 Eine Klärung des Problems durch den Gesetzgeber¹⁴⁰ oder die Rechtsprechung fehlt.¹⁴¹ Die Palette der im Schrifttum vertretenen Meinungen reicht von der grund-

¹³⁸ Vgl OGH EvBl 1988/85; jüngst OGH 22. 4. 1999, 6 Ob 55/99b (speziell zur Wahrung des persönlichen Gehörs in diesem Verfahren). Das Verfahrensrecht richtet sich nach §§ 236 ff AußStrG, spezielle Vorschriften für die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit gibt es nicht.

¹³⁹ Vgl § 154b iVm § 282 ABGB idF des Entwurfes zum Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 1999, BMJ GZ 4.601A/1-I.1/1999.

¹⁴⁰ Zur Dokumentationspflicht nach dem KAG vgl gleich unten.

¹⁴¹ Der OGH hat in seiner (das „psychiatrische Testament“ betreffenden) Entscheidung 16. 7. 1998, 6 Ob 144/98i, 147/98f = EvBl 1998/21 = RdM 1999/21, die Frage nach der grundsätzlichen Verbindlichkeit von Patiententestamenten bewußt offen gelassen, da er die Unwirksamkeit im konkreten Fall mit der unaufklärbaren Handlungsfähigkeit der (psychisch kranken) Patientin begründete.

sätzlichen Bejahung der Verbindlichkeit¹⁴² über alle möglichen vermittelnden Zwischenpositionen¹⁴³ bis hin zur pauschalen Verneinung jeder rechtlichen Bindung.¹⁴⁴ Diese Uneinheitlichkeit des Meinungsstandes mag vor dem Hintergrund eines unstrittigen Verbots der eigenmächtigen Heilbehandlung zunächst erstaunen, da es für die rechtliche Erheblichkeit einer Behandlungsverweigerung ja für sich genommen nicht darauf ankommen kann, wann und in welcher Form diese Ablehnung artikuliert worden ist. Gerade das Beispiel der Zeugen Jehovas, deren – vielfach ja auch durch schriftliche Vorausverfügungen ausgedrückte – Behandlungsablehnung allgemein akzeptiert wird, zeigt, daß die pauschale Ablehnung der Verbindlichkeit solcher Verfügungen in Österreich auf schwachen Beinen steht.

Mittlerweile scheint sich unter Juristen zumindest dahingehend ein vorsichtiger Konsens abzuzeichnen, daß eine Verbindlichkeit jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn der Patient im Zeitpunkt der Abfassung zweifelsfrei einwilligungsfähig war¹⁴⁵ und sich seine Vorabklärung auf eine in naher Zukunft liegende sowie einigermaßen zutreffend vorhergesehene konkrete Situation bezogen hat.¹⁴⁶ Darin liegt aber im Grunde keine Einschränkung der Verbindlichkeit, da es sich bei diesen Voraussetzungen letztlich bloß um allgemeine Gültigkeitsvoraussetzungen von Willenserklärungen handelt (Handlungsfähigkeit im Erklärungszeitpunkt, entsprechende Sachaufklärung etc).

bb) Der österreichische Gesetzgeber hat die Kernfrage nach der Verbindlichkeit von antizipierten Patientenverfügungen nicht nur nicht geklärt, sondern erheblich von weiteren Verwirrung beigetragen. Nach einer Novelle zum KAG aus dem Jahre 1993 wurde die Bestimmung über die **Dokumentationspflicht von Krankenanstalten** dahingehend ergänzt, daß künftig in der Krankengeschichte Verfügungen des Pfleglings zu dokumentieren sind, „durch die dieser erst für den Fall des Verlusts seiner Handlungsfähigkeit das Unterbleiben bestimmter Behandlungsmethoden wünscht, um darauf bei allfälligen künftigen medizinischen Entscheidungen

¹⁴² So insb zB *Lachmann*, Zur Bindungswirkung des „Patiententestaments“, AnwBl 1991, 74; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 848 f; *Kienapfel*, BT I⁴ § 110 Rz 32; *Bernat*, FS Deutsch (1999) 449 ff.

¹⁴³ Umfassend zum Meinungsstand *Memmer*, Das Patiententestament, RdM 1996, 99; *ders*, Das Patiententestament im Alltag, RdM 1996, 167; *Memmer*, Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in: *Kopetzki* (Hg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 1; *Schmoller*, § 110 StGB Rz 86 ff; *Frauscher*, Rechtsprobleme des Patiententestaments (Linzer Medizinrechtliche Beiträge, Bd 2, 1998).

¹⁴⁴ ZB *Stellamor*, Die Grenzen der Selbstbestimmung aus ethischer und rechtlicher Sicht – das „Patiententestament“, ÖKZ 1998/4, 53.

¹⁴⁵ Vgl zu dieser (insb beim „psychiatrischen Testament“ nicht immer eindeutig beantwortbaren) Voraussetzung *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 848 ff; OGH 16. 7. 1998, 6 Ob 144/98i, 147/98f = EvBl 1998/21; danach ist im Zweifelsfall zu behandeln, wenn sich die Handlungsfähigkeit (eines psychisch kranken Patienten) zur Zeit der Erstellung des „Patiententestaments“ ex post nicht mehr klären läßt.

¹⁴⁶ Vgl mit unterschiedlichen Akzentuierungen zB *Bernat*, RdM 1995, 55 f; *ders*, FS Deutsch (1999) 449; *Memmer*, RdM 1996, 106; *Schmoller*, § 110 StGB Rz 88; *ders*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 57 f.

Bedacht nehmen zu können“ (§ 10 Abs 1 Z 7 KAG und gleichlautende Ausführungsgesetze der Länder; ebenso nun wieder Art 18 der Patientencharta). Diese Regelung beschränkt sich also auf den Nebenaspект der Dokumentation und läßt die Verbindlichkeitsfrage gezielt im Dunkeln (arg „Bedacht zu nehmen“). Leider enthalten die Erläuterungen die weiterführende Aussage, wonach vor dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit abgegebene Erklärungen „zu ihrer Wirksamkeit vom permanenten und verständigen Willen des Erklärenden getragen sein müssen.“¹⁴⁷ Dies ist aus rechtsdogmatischer Sicht zwar abwegig, weil es dann ja überhaupt keine gültigen Verfügungen für spätere Zeiträume einer allfälligen Entscheidungsunfähigkeit geben könnte (auch keine Operationszustimmung vor der Narkose!), hat aber die Unsicherheit der Rechtsanwendung nichtsdestoweniger weiter erhöht. Im Ergebnis handelt es sich bei dieser KAG-Novelle um ein Negativbeispiel verunglückter Legistik, die einerseits aus politischen Gründen ein „patientenrechtliches“ Signal setzen will, andererseits aber keinen Mut zu klaren Regelungen aufbringt.¹⁴⁸ Denn daß auf Patientenverfügungen irgendwie „Bedacht“ zu nehmen ist, hat man vorher auch schon gewußt.

A 85 **cc) Die Dokumentationspflicht** gem § 10 Abs 1 Z 7 KAG stellt immerhin sicher, daß antizipierte Behandlungsverweigerungen – in welcher Form sie auch abgegeben werden – in der Krankengeschichte festzuhalten sind und daher für künftige Behandlungsentscheidungen zur Verfügung stehen. Weitergehende **Formvorschriften**, insb für die Abfassung der Erklärung seitens des Patienten, gibt es nicht. Allerdings wird so unterschiedlichen Gesichtspunkten wie der eigenhändigen Abfassung, der Beiziehung von Zeugen, einer notariellen Beglaubigung oder der Dokumentation eines vorangegangenen ärztlichen Beratungsgespräch insofern eine gewisse mittelbare Bedeutung beigemessen, als dies unter Umständen gewichtige Indizien für die Ernsthaftigkeit des Willens, für die Einwilligungsfähigkeit oder für die Aufklärung über die Tragweite der Erklärung sein können.¹⁴⁹

A 86 **4. Gewillkürte Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten** Ob Patienten für einen späteren Zeitpunkt der Entscheidungsunfähigkeit dadurch Vorsorge treffen können, daß sie rechtzeitig einen Stellvertreter mit der Entscheidung über die Behandlung bevollmächtigen, ist – mangels ausdrücklicher Berücksichtigung im Gesetz – unklar. Überwiegend wird eine solche Möglichkeit der „Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten“ bzw der „Vorsorgevollmacht“ de lege ferenda gefordert;¹⁵⁰ entsprechende Vorschläge im Zusammenhang mit der geplanten Reform

¹⁴⁷ 1080 BlgNR 18. GP 9. Ebenso nun wieder die Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta), BGBl I 1999/195.

¹⁴⁸ Dazu Kopetzki, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte des Patiententestaments, in: Kopetzki (Hg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 51 ff.

¹⁴⁹ Näher Memmer, RdM 1996, 106 f.

¹⁵⁰ ZB Bernat, RdM 1995, 60 f; mit umfassender Diskussion und Nachweisen Schauer, „Vorsorgevollmacht“ für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts, ÖRZ 1998/5, 100.

des Sachwalterrechts liegen vor.¹⁵¹ Ob eine solche Vorsorgevollmacht de lege lata nach allgemeinem Zivilrecht derzeit schon möglich ist, wird aber – mit ähnlichen Argumenten wie in der BRD – unterschiedlich beurteilt.¹⁵² In der Praxis dürfte diese Form der Bevollmächtigung derzeit (noch) keine Rolle spielen.¹⁵³

5. Sachwalterrecht **aa)** Ist eine Person wegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung nicht einwilligungsfähig, so kann ihr gem §§ 273 ff ABGB vom zuständigen Pflegschaftsgericht im außerstreitigen Verfahren (§§ 236 ff Auß-StrG) ein (einstweiliger) **Sachwalter** mit dem Wirkungskreis der Behandlungszustimmung bestellt werden.^{153a} Da die Behandlungsentscheidung als „Angelegenheit“ iSd § 273 Abs 1 ABGB bzw – während des noch anhängigen Bestellungsverfahrens – gegebenenfalls als „dringende Angelegenheit“ iSd § 238 Abs 2 AußStrG gilt,¹⁵⁴ wird eine solche Sachwalterbestellung – unter Wahrung des in § 273 Abs 2 ABGB enthaltenen Subsidiaritätsprinzips¹⁵⁵ – auch grundsätzlich vorzunehmen sein, wenn sich die Notwendigkeit zu anstehenden Behandlungsentscheidungen und die Einwilligungsunfähigkeit der betroffenen Person abzeichnet. Die Rechtsbegriffe der psychischen Krankheit bzw geistigen Behinderung werden in diesem Zusammenhang weit ausgelegt und erfassen – unabhängig von der medizinischen Terminologie – alle psychischen Störungen und Zustände, die mit einer entsprechenden Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit (konkret: der Einwilligungs-

¹⁵¹ Vgl zB Schauer, ÖRZ 1998/5, 100.

¹⁵² Grundsätzlich bejahend zB Kopetzki, Unterbringungsrecht II 850 f; Schauer, ÖRZ 1998/5, 102 ff; Haslinger, ÖKZ 1999/4, 48; mit umfassender Darstellung des Meinungsstandes Memmer, Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in: Kopetzki (Hg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 19 ff.; ders, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten und Patientenautonomie, Imago hominis 1999/4, 275 ff; verneinend Resch, Einwilligung 107.

¹⁵³ Schauer, ÖRZ 1998/5, 102.

^{153a} Dazu und im folgenden Barth, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwaltschaft, ÖJZ 2000, 57.

¹⁵⁴ Vgl Mauret/Tschuguel, Sachwalterrecht² § 273 ABGB Rz 9; Pichler in: Rummel, ABGB² I § 273 Rz 2; OGH EvBl 1988/85; zuletzt OGH 22. 4. 1999, 6 Ob 55/99b.

¹⁵⁵ Gem § 273 Abs 2 ABGB ist die Bestellung eines Sachwalters unzulässig, wenn der Betreffende durch andere Hilfe, besonders im Rahmen der Familie oder von Einrichtungen der öffentlichen oder privaten Behindertenhilfe, in die Lage versetzt werden kann, seine Angelegenheiten im erforderlichen Ausmaß zu besorgen. Da zur Wahrnehmung einer Behandlungsentscheidung eine bloß faktische Unterstützung durch Dritte nicht genügt (weil diesen kein Einwilligungsrecht zukommt), spielt das Subsidiaritätsprinzip im Hinblick auf Behandlungsentscheidungen eine geringe Rolle. Von großer Bedeutung ist freilich die (strittige) Frage, ob der Patient selbst durch antizipierte Verfügungen oder eine früher erteilte Bevollmächtigung die spätere Bestellung eines Sachwalters unter dem Titel der sichergestellten anderweitigen Hilfe verhindern kann.

fähigkeit) verbunden sind¹⁵⁶ (zB auch Bewußtlosigkeit,¹⁵⁷ psychische Störungen nach Schädel-Hirntraumen und Schlaganfällen etc¹⁵⁸).

A 88 **bb)** Hat die einwilligungsunfähige Person einen nach seinem Wirkungskreis zuständigen Sachwalter,¹⁵⁹ so kommt diesem anstelle des Betroffenen die **Einwilligungsbefugnis in Bezug auf Heilbehandlungen** zu.¹⁶⁰ Das PflEGschaftsgericht verfügt selbst über keine Zuständigkeit zur Einwilligung oder „Genehmigung“ der Behandlung;¹⁶¹ es hat lediglich ein Weisungs- und Aufsichtsrecht gegenüber dem Sachwalter, kann ihn also zB seines Amtes entheben, wenn er seine Pflichten verletzt (etwa durch die ungerechtfertigte Verweigerung der Einwilligung in eine medizinisch notwendige Behandlung).

A 89 Als **rechtlicher Maßstab**, nach welchem der Sachwalter sein Einwilligungsrecht ausüben hat, ist dem Gesetz lediglich das „**Wohl des Pflegebefohlenen**“ zu entnehmen.¹⁶² Im Gegensatz zur höchstpersönlichen Einwilligung des Patienten kann der Sachwalter daher von seinem Entscheidungsrecht keinen willkürlichen Gebrauch machen.

A 90 Unbestritten ist, daß der Sachwalter wegen der strikten Bindung an das Wohl der behinderten Person keine Einwilligung in **fremdnützige** Eingriffe erteilen kann und darf (zB Organ- oder Gewebsspenden¹⁶³, Experimente¹⁶⁴, Sterilisationen im Interesse Dritter¹⁶⁵, etc); an Einwilligungsunfähigen sind derartige Eingriffe daher – mangels einer für die Einwilligung zuständigen Person – immer unzulässig.

A 91 Bei der Beurteilung des „**Wohls**“ des Patienten hat der Sachwalter von einem objektiven Verständnis auszugehen;¹⁶⁶ gem § 273a Abs 3 ABGB hat er jedoch im

¹⁵⁶ Vgl zB *Kremzow*, Österreichisches Sachwalterrecht (1984) 25 ff.

¹⁵⁷ OGH 11. 11. 1997, 7 Ob 355/97z = RdM 1998/6 (Anm *Kopetzki*) (Koma nach Schädel-Hirn-Trauma).

¹⁵⁸ MwN *Gamerith*, Drei Jahre Sachwalterrecht, NZ 1988, 61 (62).

¹⁵⁹ Strittig ist, ob sich die Befugnis zur Behandlungszustimmung schon aus der (jedem Sachwalter ex lege zukommenden) Personensorge gem § 282 ABGB ergibt, oder aber einer gesonderten gerichtlichen Festlegung im Wirkungskreis gem § 273 Abs 1 ABGB bedarf.

¹⁶⁰ Rechtsgrundlage ist die dem Sachwalter eingeräumte Pflicht, die „Personensorge, besonders auch die ärztliche und soziale Betreuung“ sicherzustellen (§ 282 ABGB); eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Behandlungszustimmung gibt es nicht (bzw nur für ausgewählte Sonderbereiche: vgl zB § 36 UbG, § 43 Z 3 AMG).

¹⁶¹ LG Feldkirch, RdM 1996/16.

¹⁶² Dieser – das gesamte Kindschafts- und Sachwalterrecht beherrschende – leitende Grundsatz ist zwar im Zusammenhang mit Heilbehandlung nicht ausdrücklich genannt, ergibt sich aber implizit aus zahlreichen Bestimmungen des ABGB (vgl *Maurer/Tschuguell*, Sachwalterrecht § 282 ABGB Rz 1; zB § 281 Abs 1, § 283 Abs 3 ABGB).

¹⁶³ Vgl *Kopetzki*, Organgewinnung 253.

¹⁶⁴ Vgl *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 857.

¹⁶⁵ MwN *Bernat*, ÖAV 1994, 47; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 862 f; OGH ÖAV 1992, 89.

¹⁶⁶ *Bernat*, RdM 1995, 55.

Innenverhältnis Wünsche des Betroffenen¹⁶⁷ zu berücksichtigen, wenn diese dem Wohl des Patienten „nicht weniger“ entsprechen¹⁶⁸. Abwägungsinstanz zwischen Patientenwillen und Patientenwohl bleibt damit also der Sachwalter. Im Einzelfall kann es aber durchaus zutreffen, daß ein Eingriff gegen den Willen des (einwilligungsunfähigen) Patienten deshalb unzulässig wäre, weil die damit verbundene psychische Beeinträchtigung ihrerseits das (objektive) Patientenwohl gefährden könnte.¹⁶⁹ Inwieweit der Sachwalter an eine früher im Zustand der Einwilligungsfähigkeit abgegebene Behandlungsverfügung des Patienten gebunden ist, hängt mit der allgemeinen Problematik der Verbindlichkeit solcher Verfügungen zusammen und ist ebenso strittig wie diese.

Vertreten wird im Schrifttum mitunter auch eine Bindung des Sachwalters an den „mutmaßlichen Willen“ des Betroffenen.¹⁷⁰ Das wäre insb dann von Bedeutung, wenn – man denke an Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas – der mutmaßliche Wille und das objektive gesundheitliche Patientenwohl divergieren.¹⁷¹

cc) Grundsätzlich kann der Sachwalter seine Einwilligungsbefugnis (wenngleich unter gerichtlicher Aufsicht und Kontrolle) **allein ausüben**. Eine Konkurrenz zur Patienteneinwilligung kann nicht auftreten, weil die Einwilligungskompetenz des Sachwalters trennscharf erst dann einsetzt, wenn jene des Patienten (mangels Einwilligungsfähigkeit) endet.¹⁷² Die Einwilligung des Sachwalters in eine Heilbehandlung bedarf allerdings gem § 282 iVm § 216 Abs 2 ABGB immer dann der **Genehmigung durch das PflEGschaftsgericht**, wenn es sich um eine „wichtige, die Person des [Betroffenen] betreffende Angelegenheit“ (§ 216 Abs 2 ABGB) handelt. Dies ist nach Lehre und Rechtsprechung jedenfalls bei schweren Eingriffen, insb bei Operationen¹⁷³, Sterilisationen¹⁷⁴ oder Schwangerschaftsabbrüchen¹⁷⁵ der Fall, nicht jedoch etwa bei der Extraktion eines Zahnes¹⁷⁶.

¹⁶⁷ Dieser hat gem § 273a Abs 3 ABGB ein Informations- und Äußerungsrecht; dazu *Malecky*, ÖJZ 1994, 684.

¹⁶⁸ Bei Gleichwertigkeit (zB bei medizinisch gleichermaßen vertretbaren Alternativen) ist daher dem Wunsch des Patienten zu entsprechen, vgl *Schlemmer* in: *Schwimann*, ABGB² I § 273a Rz 6.

¹⁶⁹ Vgl (zu einer Amputation) OGH EvBl 1988/85; *Bernat*, RdM 1995, 54.

¹⁷⁰ So – wenngleich zum Sonderfall des Schwangerschaftsabbruches – *Bernat*, JBl 1998, 466; wohl auch *Schmoller*, in: *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (1999) 53 ff.

¹⁷¹ Zu diesem – ungelösten – Problem zB *Mazal* in: *Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung 33 f.

¹⁷² Vereinzelt wird allerdings vertreten, daß bei schweren Eingriffen auch beim einwilligungsunfähigen Patienten zusätzlich die Einwilligung des Sachwalters einzuholen sei: so jüngst (gegen die ganz hL) *Heidinger* in: *Harrer/Graf* (Hg), *Ärztliche Verantwortung und Aufklärung* 34.

¹⁷³ OGH EvBl 1988/85 (Amputation).

¹⁷⁴ OGH SZ 50/161; ÖAV 1992, 89; mwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 862.

¹⁷⁵ OGH 11. 11. 1997, 7 Ob 355/97z = JBl 1998, 464 (Anm *Bernat*) = RdM 1998/6 (Anm *Kopetzki*).

¹⁷⁶ LG Feldkirch RdM 1996/16.

A 94 **dd)** Es liegt im Wesen der Einwilligungsbefugnis, daß der Sachwalter die Erteilung der Einwilligung auch **verweigern** kann. Wegen der Bindung an das Patientenwohl ist der rechtliche Spielraum für eine solche Behandlungsverweigerung allerdings enger als für den einwilligungsfähigen Patienten selbst. Als Anwendungsfall zu nennen wäre etwa die Verweigerung einer bestimmten Behandlung zugunsten einer anderen (medizinisch im wesentlichen gleichwertigen) Maßnahme. Gefährdet der Sachwalter durch die Weigerung hingegen das Wohl des Patienten (insb dessen Gesundheit), so liegt ein Mißbrauch des Sorgerechts vor. Der behandelnde Arzt kann und muß in einem solchen Fall das PflEGsgerichtsgericht anrufen, das den Sachwalter zu entheben und einen neuen zu bestellen hat. Käme die Entscheidung des Gerichts zu spät und entsteht dadurch Lebensgefahr oder die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung, dann dürfen und müssen die Ärzte in Anwendung des § 110 Abs 2 StGB und § 8 Abs 3 KAG die Behandlung auch gegen den (insofern rechtsunwirksamen) Widerspruch des Sachwalters vornehmen.¹⁷⁷

A 95 **ee)** Ob der Sachwalter unter Berufung auf den **mutmaßlichen Patientenwillen** (und mit gerichtlicher Genehmigung) unter bestimmten Voraussetzungen auch einer lebenserhaltenden Behandlung die Zustimmung verweigern (und damit einen zum Tod führenden **Behandlungsabbruch** genehmigen) kann, wird im Gefolge der Entscheidung des OLG Frankfurt auch in Österreich heftig diskutiert, wobei die ablehnenden Stimmen überwiegen.¹⁷⁸ Eine gesetzliche oder gerichtliche Klärung gibt es nicht.

A 96 **ff)** Wenngleich in vielen Gesetzen verbaliter nur auf die persönliche „Einwilligung“ des Patienten selbst abgestellt wird, gelten die skizzierten Regeln der sachwalterlichen Einwilligung und der Substituierbarkeit der Einwilligung beim einwilligungsunfähigen Patienten grundsätzlich für **alle medizinischen Behandlungen**;¹⁷⁹ strikt ausgenommen sind fremdnützige Eingriffe (zB zu Forschungszwecken), bei denen eine Willenssubstitution schon aus zivilrechtlichen Gründen (Maßstab des Patientenwohls) ohnehin nicht in Betracht kommt,¹⁸⁰ sowie jene Maßnahmen, für die aufgrund besonderer gesetzlicher Bestimmungen erkennbar immer eine höchstpersönliche Einwilligung des (einwilligungsfähigen) Betroffenen verlangt ist.¹⁸¹ Manche Gesetze sprechen die Einwilligung durch einen „gesetzlichen Ver-

¹⁷⁷ Dies ist – obwohl gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt – völlig herrschende Lehre: mwN *Kremzow*, Sachwalterrecht 131; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 684; *Maurer/Tschugue*, Sachwalterrecht § 282 Rz 2f; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 846 f; *Schmoller*, § 110 StGB Rz 83.

¹⁷⁸ Bejahend zB *Bernat*, RdM 1998, 188 f; verneinend *Kneihls*, RdM 1999, 30 f; *ders.* in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin 79; *Müller*, RdM 1999, 96; *Schick*, GedS Zipf (1999) 415 f; differenzierend *Schmoller*, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 53 ff.

¹⁷⁹ Diesfalls wird der Begriff der „Einwilligung“ oder „Zustimmung“ unter dem stillschweigenden Verweis auf die entsprechenden Vertretungsregeln des Sachwalterrechts verstanden, so zB bei § 110 StGB; § 5 AIDS-Verordnung BGBl 1994/772 idF BGBl II 1999/169.

¹⁸⁰ Zur Bindung an das Wohl des Betroffenen vgl oben im Text.

¹⁸¹ Solche Maßnahmen können daher am Einwilligungsunfähigen nie durchgeführt werden. Ausgeschlossen ist eine **vertretungsweise** Einwilligung durch den Sachwalter zB bei me-

treter“ im allgemeinen (zB § 8 Abs 3 KAG) oder durch den Sachwalter im besondern (zB § 36 Abs 2 UBG) auch ausdrücklich an, ohne jedoch inhaltlich etwas Abweichendes anzuordnen. In manchen speziell geregelten Teilbereichen finden sich jedoch zusätzlich strengere materielle oder prozedurale Bedingungen für eine Zustimmung durch den Sachwalter bzw für die Durchführung der Maßnahme (etwa für klinische Arzneimittelprüfungen gem § 43 AMG oder für Genanalysen gem § 65 GTG). Für Behandlungsentscheidungen am Lebensende gibt es hingegen keine speziellen gesetzlichen Regeln.

Für den Sonderfall der Organentnahme zu Transplantationszwecken sieht § 62a Abs 1 KAG vor, daß der Widerspruch gegen eine Entnahme auch vom gesetzlichen Vertreter (gegebenenfalls daher auch vom Sachwalter, sofern dies von seinem Wirkungskreis erfaßt ist) abgegeben werden kann, dies jedoch nur bis zum Tod des Patienten.¹⁸²

III. Die Situation von Minderjährigen

1. Allgemeines aa) Ebenso wie im Sachwalterrecht (dessen leitende Grundsätze dem Kindschaftsrecht nachgebildet wurden) bedarf auch die Heilbehandlung Minderjähriger grundsätzlich einer gültigen Einwilligung (sei es des Minderjährigen oder eines Dritten); eine Behandlung ohne Einwilligung ist nur unter der Voraussetzung der Einwilligungsunfähigkeit und einer ernstlichen Lebens- oder Gesundheitsgefährdung zulässig (§ 110 StGB).

Da die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung von Minderjährigen gesetzlich ebensovienig ausdrücklich geregelt sind wie bei Erwachsenen – die bestehenden Regelungen beziehen sich wieder nur auf Teilbereiche –, muß auf die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Da im Einzelnen vieles strittig ist und eine lückenlose Dokumentation des verästelten Meinungsstandes den Rahmen dieses Berichts sprengen würde, seien im folgenden nur einige grobe Leitlinien skizziert.¹⁸³

bb) Spezifische gesetzliche Anforderungen an die **Dokumentation** von Willensäußerungen bei Minderjährigen gibt es nicht. Es gelten die allgemeinen Dokumentationsregeln des Krankenanstaltenrechts, des Arztegesetzes und – sofern Gerichte beteiligt sind – des Justizrechts im Hinblick auf die Aktenführung.

2. Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit aa) Voraussetzung einer rechtswirksamen Einwilligung (auch) des Minderjährigen ist seine Einwilligungsfähigkeit (vgl

dizinisch unterstützten Fortpflanzungen (da § 8 FMedG eine Zustimmung von nicht handlungsfähigen Personen ausdrücklich nicht vorsieht) und bei der klinischen Prüfung von Medizinprodukten (und zwar – anders als nach AMG – auch nicht im Interesse des Betroffenen; vgl § 52 MPG).

¹⁸² Näher *Kopetzki*, Organgewinnung 225 ff.

¹⁸³ Vgl für einen zusammenfassenden Überblick zB *Menardi*, ÖAV 1998/1, 3; *Schwimmann* in: *Schwimmann*, ABGB² I § 151 Rz 23 ff; *Resch*, Einwilligung, insb 120 ff; umfassend zum Folgenden nunmehr *Barth*, Einwilligung.

oben [2] ab S. 28). Ähnlich wie im Sachwalterrecht wird dabei nicht auf die für die Geschäftsfähigkeit normierten Altersgrenzen, sondern auf die – vom Arzt zu prüfende – konkrete **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** abgestellt.¹⁸⁴ Da es hierfür auf die im Einzelfall zu beurteilende Fähigkeit des Patienten ankommt, die Bedeutung und Tragweite einer konkreten Behandlung bzw ihrer Unterlassung zu erkennen, hängt die Schwelle der Einwilligungsfähigkeit sowohl von Alter bzw Reife des Minderjährigen als auch von der Komplexität und Schwere des Eingriffs ab. Je unbedeutender der Eingriff, desto eher wird auch ein jüngeren Minderjähriger selbst einwilligen können.

A 102 Die demnach gebotene Einzelfallbeurteilung wird allerdings dadurch wieder relativiert, als nach überwiegender Auffassung bei unmündigen Minderjährigen (unter 14 Jahren) die mangelnde Einwilligungsfähigkeit typischerweise vermutet wird.¹⁸⁵ Umgekehrt tendiert die Lehre – in Verallgemeinerung der Regel des § 8 Abs 3 KAG – ab Vollendung des 18. Lebensjahres zu einer grundsätzlichen Bejahung der Einwilligungsfähigkeit.¹⁸⁶ Die Frage nach der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird daher üblicherweise nur bei Minderjährigen zwischen 14 und 18 Jahren aufgeworfen.

A 103 **bb)** Für spezielle Bereiche bestehen ausdrückliche – wenngleich auch nicht immer sehr klare – gesetzliche Regelungen. Die wichtigste ist § 8 Abs 3 KAG, der sich auf die Behandlung¹⁸⁷ in **Krankenanstalten** bezieht. Danach muß die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliegen, wenn der Patient das 18. Lebensjahr noch nicht erreicht hat oder er mangels geistiger Reife und Gesundheit die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Behandlung nicht beurteilen kann. Daraus folgt jedenfalls, daß medizinische Behandlungen in Krankenanstalten bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres immer – abgesehen von Notfällen – der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen, und zwar unabhängig davon, ob der Minderjährige selbst schon einsichts- und urteilsfähig ist oder nicht. Der Umkehrschluß, daß bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters allein ausreicht, wird allerdings aus naheliegenden Gründen nicht gezogen. Im Ergebnis bedeutet das, daß bis zum 18. Lebensjahr die Zustimmung des (einsichtsfähigen) Minderjährigen und zusätzlich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist. Der unter 18jährige kann demnach in Krankenanstalten sein Selbstbestimmungsrecht nicht allein ausüben.¹⁸⁸ Darin liegt ein gravierender Unterschied zum Sachwalterrecht, wo mit der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten zugleich seine alleinige Einwilligungskompetenz bejaht wird und es daher keine Konkurrenz zwischen Einwilligungen des Patienten und seines Sachwalters geben

¹⁸⁴ *Menardi*, ÖAV 1998/1, 4; *Schwimmann* in: *Schwimmann*, ABGB² I § 151 Rz 23 mwN.

¹⁸⁵ *ZB Aicher* in: *Rummel*, ABGB² § 16 Rz 17.

¹⁸⁶ Vgl *Aicher* in: *Rummel*, ABGB² § 16 Rz 17; *Resch*, Einwilligung 129.

¹⁸⁷ Die Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 8 Abs 3 KAG auf „besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe“ wird überwiegend für bedeutungslos erachtet.

¹⁸⁸ Nachweise zum Meinungsstand bei *Menardi*, ÖAV 1998/1, 4; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 828 ff.

kann. Rechtspolitisch wird die Regel des § 8 Abs 3 KAG – insb auch wegen ihrer mangelnden Harmonisierung mit dem Straf- und Zivilrecht und der Entwertung des Selbstbestimmungsrechts des noch nicht 18jährigen Minderjährigen – zunehmend kritisiert;¹⁸⁹ eine Neuregelung bzw Abschaffung ist geplant.

cc) Eine ähnliche Position wird von Teilen der zivilrechtlichen Lehre und dem OGH vertreten, die – unabhängig vom KAG und auch außerhalb von Krankenanstalten – neben der Einwilligung des einsichtsfähigen Minderjährigen auch noch die Einwilligung des Sorgeberechtigten bzw gesetzlichen Vertreters (als Ausdruck des zivilrechtlichen Sorgerechts gem § 146 ABGB) verlangen, wenn es sich um schwere Eingriffe (zB Operationen) handelt.¹⁹⁰

dd) In auffallendem Kontrast zu den zivil- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen tendiert die strafrechtliche Lehre zur Auffassung, daß es für die Zulässigkeit der Behandlung beim einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen einzig auf dessen alleinige Einwilligung ankommt, nicht hingegen auf die Altersgrenzen des § 8 Abs 3 KAG oder eine nach Zivilrecht noch zusätzlich erforderliche Einwilligung eines Vertreters.¹⁹¹ Die Strafrechtslehre vermeidet damit auch das Problem konkurrierender Erklärungen.

ee) Für manche Bereiche bestehen – über § 8 Abs 3 KAG hinaus – mehr oder weniger ausgeprägte **Sonderregelungen** für die medizinische Behandlung Minderjähriger mit abweichender Verteilung der Einwilligungsrechte bzw anderen Altersgrenzen: Nach § 36 UbG entscheidet der Minderjährige, wenn er einsichts- und urteilsfähig ist, unabhängig von Altersgrenzen allein über die Zulässigkeit der Behandlung während der psychiatrischen Unterbringung.¹⁹² Über Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung entscheidet der Sorgeberechtigte; ist der Minderjährige aber über 14 Jahre alt und mangelt es ihm offensichtlich nicht an der nötigen Einsichtsfähigkeit, so ist überdies seine eigene Zustimmung nötig.¹⁹³ Bei (näher bestimmten) Genanalysen obliegt die Zustimmung im Fall eines Unmündigen dem Erziehungsberechtigten, der mündige Minderjährige (ab 14) entscheidet e contrario allein.¹⁹⁴ Für klinische Prüfungen von Arzneimitteln oder Medizinprodukten bestehen weitere Einschränkungen (nur Heilversuche); einwilligen müssen der Minderjährige selbst, wenn er „das 8. Lebensjahr“ vollendet hat oder nach ent-

¹⁸⁹ *ZB Kopetzki*, RdM 1998, 57.

¹⁹⁰ OGH SZ 57/207 (Herzoperation beim 16jährigen bedarf neben der Zustimmung des einsichtsfähigen Minderjährigen auch noch der Einwilligung der sorgeberechtigten Eltern); *Edlbacher*. ÖJZ 1982, 373; mwN auch *Schwimmann* in: *Schwimmann*, ABGB² I § 151 Rz 23; *Resch*, Einwilligung 130 f.

¹⁹¹ MwN *Menardi*, ÖAV 1998/1, 4; *Schmoller*, § 110 StGB Rz 44; *Maleczky*, JZ 1994, 682.

¹⁹² Vgl näher *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 838 ff. Hinsichtlich der („freiwilligen“) Aufnahme kommt es bei Unmündigen allerdings wieder auf den Erziehungsberechtigten an (§ 5 Abs 2 UbG).

¹⁹³ § 2a BG über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung. BGBl 1960/244 idF BGBl I 1998/52; dazu *Menardi*, ÖAV 1998/1, 5. Für andere Impfungen gibt es keine speziellen Regeln.

¹⁹⁴ *Srittig*, dazu *Menardi*, ÖAV 1998/1, 5.

A 104

A 105

A 106

sprechender Aufklärung in der Lage ist, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen“, sowie zusätzlich der Erziehungsberechtigte und der gesetzliche Vertreter.¹⁹⁵ Weitere Regelungen finden sich etwa im Bereich der Fortpflanzungsmedizin.¹⁹⁶

A 107 ff) Der Entwurf eines **Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes** 1999 sieht erstmals zivilrechtliche Sonderbestimmungen für die Einwilligung in Heilbehandlungen Minderjähriger im Kontext des ABGB vor (§§ 146c, 146d, 154 Abs 2, 154b ABGB idF des Entwurfes).¹⁹⁷ Danach hätte – im Sinne der bisherigen Strafrechtslehre – der einsichts- und urteilsfähige Minderjährige die Einwilligung selbst (ohne parallele Einwilligung der Eltern)¹⁹⁸ zu erteilen, wobei diese Einwilligungsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen (ab 14 Jahren) vermutet wird (§ 146c Abs 2 ABGB idF des Entwurfes); bei Entwicklungsverzögerungen, psychischer Krankheit oder geistiger Behinderung könnte das Gericht allerdings gem § 154b (konstitutiv) das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit aussprechen.

A 108 3. **Einwilligungskompetenzen Dritter** aa) Welche Person anstelle des einwilligungsunfähigen (bzw gemeinsam mit dem einwilligungsfähigen) Minderjährigen das Recht zur Erteilung der Einwilligung hat, ist ebenfalls strittig, was mit der fruchtlosen Diskussion um die Rechtsnatur der Einwilligung (rechtsgeschäftliche Erklärung versus Akt der Personensorge)¹⁹⁹ und deren angeblichem höchstpersönlichen und vertretungsfeindlichen Charakter zusammenhängt. Fraglich ist namentlich, ob die Einwilligung als Vertretungsakt dem **gesetzlichen Vertreter** oder als sorgerechtlicher Akt dem **Sorge- und Erziehungsberechtigten** (im eigenen Namen) zusteht; diese beiden Funktionen sind nach dem System des ABGB zwar im Regelfall in den Eltern vereint (was das Problem in der Praxis mindert), sie können aber auch von unterschiedlichen Personen wahrgenommen werden (zB Mutter/Vormund).²⁰⁰ Die überwiegende Zivilrechtslehre spricht die Einwilligungsbefugnis (als Element der Wahrung des körperlichen Wohls und der Gesundheit im

¹⁹⁵ § 42 AMG; ähnlich § 51 MPG.

¹⁹⁶ § 8 Abs 2 FMedG.

¹⁹⁷ Ausführlich *Barth*, Die Patientenrechte nach dem Entwurf zum neuen Kindschaftsrecht, ÖAV 1999, 155.

¹⁹⁸ Bei nicht bloß geringfügigen Eingriffen wäre die Zustimmung des (einwilligungsfähigen) Minderjährigen allerdings nur wirksam, wenn die Eltern Gelegenheit hatten, die Behandlung mit dem Kind und dem Arzt erschöpfend zu erörtern: § 146c Abs 2 ABGB idF des Entwurfes.

¹⁹⁹ Dazu zuletzt *Resch*, Einwilligung 13 ff; *Barth*, Einwilligung 104 ff.

²⁰⁰ So kann etwa kraft gerichtlicher Verteilung der Mutter bloß Pflege und Erziehung, einem Vormund bzw dem Jugendwohlfahrtsträger hingegen die Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung zustehen; vgl *Schwimann* in: *Schwimann*, ABGB² I § 151 Rz 24. Näher zu den möglichen Trägern des Sorgerechts: *Pichler* in: *Rummel*, ABGB §§ 137 ff; *Schwimann* in: *Schwimann*, ABGB² I §§ 137 ff. Grundsätzlich sind die Eltern gemeinsam Träger der Obsorge (§ 144), bei unehelichen Kindern die Mutter (§ 166), bei Verhinderung der elterlichen Obsorge die Großeltern (§ 145), kraft gerichtlicher Verfügung weiters

Sinne des § 146 ABGB) dem (den) Obsorgeberechtigten zu,²⁰¹ eine Reihe von Autoren (insb, aber nicht nur im Strafrecht) nehmen hingegen die Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters an,²⁰² die Rechtsprechung verfolgt keine klare Linie.²⁰³

bb) Die unklare rechtliche Situation wird dadurch noch um einiges komplizierter, daß der **Gesetzgeber** dort, wo er die Einwilligungskompetenz des Vertreters für Teilbereiche ausdrücklich geregelt hat, ebenfalls keinem einheitlichen Konzept folgt: In der für alle Krankenanstalten geltenden und daher praktisch wichtigsten Bestimmung des § 8 Abs 3 KAG wird die Einwilligungsbefugnis – im Gegensatz zur herrschenden Zivilrechtslehre – dem „gesetzlichen Vertreter“ eingeräumt,²⁰⁴ in anderen Vorschriften dem Erziehungsberechtigten,²⁰⁵ mitunter alternativ einem von beiden,²⁰⁶ und gelegentlich beiden zugleich.²⁰⁷ Für die alltägliche Rechtsanwendung hat dieser Befund unter anderem dazu geführt, daß derartige Differenzierungen – mangels einer nachvollziehbaren Logik – oft einfach nicht mehr wahrgenommen werden und daß der Ratschlag an die Praxis nur lauten kann, so viele Einwilligungen wie möglich einzuholen.

cc) Kommt die Einwilligungsbefugnis mehreren Personen zu (zB den Eltern), so genügt die Einwilligung einer von ihnen (**Einzelvertretungsrecht**).²⁰⁸ Nur im Innenverhältnis haben die Eltern einvernehmlich vorzugehen (§ 144 ABGB). Widersprechende Erklärungen der Eltern heben einander grundsätzlich auf; wegen des in § 144 zweiter Satz verankerten Vorrangs des haushaltsführenden Elternteils ist jedoch letztlich dessen Erklärung maßgeblich.²⁰⁹

Gem § 178 Abs 1 ABGB hat der Elternteil, dem die Obsorge nicht zukommt

der Jugendwohlfahrtsträger (§ 176a); Pflegeeltern (§ 186a), ein Sachwalter (§ 145b) oder Vormund (§ 187).

²⁰¹ Grundlegend dazu *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 373; *Schwimann* in: *Schwimann*, ABGB² I § 151 Rz 23; *Menardi*, ÖAV 1998/1, 4. Freilich bedarf es dann neben der Einwilligung in die Behandlung durch den Sorgeberechtigten immer noch zusätzlich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum (rechtsgeschäftlichen) Behandlungsvertrag!

²⁰² ZB aus strafrechtlicher Sicht *Bertel*, WK § 110 Rz 21; aus zivilrechtlicher Sicht *Aicher* in: *Rummel*, ABGB § 16 Rz 17.

²⁰³ Nachweise bei *Menardi*, ÖAV 1998/1, 4; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 140 ff. Vgl etwa OGH SZ 57/207, wo von der Zustimmung der sorgeberechtigten Eltern gesprochen wird, und KrSig 705, wo der OGH die Zustimmung des „sorgeberechtigten gesetzlichen Vertreters“ [sic] verlangt.

²⁰⁴ Ebenso in § 8 Abs 2 FMG (medizinisch unterstützte Fortpflanzung). Auf den gesetzlichen Vertreter kommt es auch beim Widerspruch gegen die Organentnahme beim Verstorbenen (Minderjährigen) gem § 62a Abs 1 KAG an.

²⁰⁵ ZB § 2a des BG über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung; § 65 Abs 4 GTG (Genanalyse).

²⁰⁶ ZB § 36 Abs 2 UbG (Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder Erziehungsberechtigten).

²⁰⁷ § 42 Z 4 AMG; § 51 MPG (klinische Prüfung).

²⁰⁸ *Pichler* in: *Rummel*, ABGB §§ 154, 154a Rz 2, 11.

²⁰⁹ *Menardi*, ÖAV 1998/1, 6; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 683.

A 109

A 110

A 111

(zB nach gerichtlichem Entzug; außerehelicher Vater)²¹⁰, das Recht, von wichtigen Maßnahmen – zB riskanten Behandlungen einschließlich Operationen – verständigt zu werden und sich in angemessener Frist zu äußern. Diese Äußerung ist zu berücksichtigen, wenn der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl des Kindes besser entspricht.²¹¹

A 112 Nach dem Entwurf des **Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes** 1999 bedürfte die Einwilligung eines Elternteils in Eingriffe, die mit einer besonders schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit verbunden sind und die vom nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen nachdrücklich und entschieden abgelehnt werden, der Zustimmung des anderen Elternteils (§ 154 Abs 2 ABGB idF des Entwurfes) und der Genehmigung des Pflschaftsgerichts (§§ 146c Abs 3 ABGB idF des Entwurfes).

A 113 **dd)** Die Einwilligung der Eltern in die Heilbehandlung eines Minderjährigen bedarf **nicht** der **gerichtlichen Genehmigung**; § 216 Abs 2 ABGB betreffend die pflschaftsgerichtliche Genehmigung wichtiger Angelegenheiten gilt für sie nicht. Eltern können daher auch in schwerwiegende Eingriffe (zB Sterilisationen) allein einwilligen. Sie unterliegen nur insofern einer gewissen kontrollierenden gerichtlichen Aufsicht, als das Gericht gem § 176 ABGB bei jeder Gefährdung des Kindeswohls (von Amts wegen) einschreiten und den Eltern erforderlichenfalls das Einwilligungensrecht entziehen kann (dazu unten [4], S. 42).

A 114 Der Entwurf eines **Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes** 1999 sieht allerdings auch für die Eltern eine weitergehende Genehmigungspflicht vor, wenn ein nicht einsichts- oder urteilsfähiger Minderjähriger eine medizinische Behandlung ablehnt, die mit einer besonders schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit verbunden ist (§ 146c Abs 3 ABGB idF des Entwurfes). Sterilisationen an Minderjährigen sollen gem § 146d überhaupt ausgeschlossen werden (selbst bei Einwilligung des Minderjährigen).

A 115 Eine Einwilligung des **Vormunds** eines Minderjährigen – ausgenommen des Jugendwohlfahrtsträgers als amtlicher Vormund (§ 214 Abs 1 ABGB) – bedarf schon nach geltendem Recht der pflschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn es sich um eine „wichtige Angelegenheit“ handelt (§ 216 Abs 2 ABGB zB bei Operationen; diesfalls gelten die gleichen Grundsätze wie für den Sachwalter).

4. Rechtliche Maßstäbe für die Einwilligungsentscheidung der Eltern bzw des

A 116 **Vormunds aa)** Die Eltern haben sich (ebenso wie alle anderen Träger des Sorgerechts) bei der Ausübung der Einwilligungsbefugnis am „**Kindeswohl**“ zu orientieren.²¹² Sie unterliegen dabei zwar keiner genehmigenden, sehr wohl aber einer be-

²¹⁰ Näher *Schwimmann* in: *Schwimmann*, ABGB² I § 178 Rz 2 ff.

²¹¹ *Schwimmann* in: *Schwimmann*, ABGB² I § 178 Rz 4 ff.

²¹² Gem § 178a ABGB sind bei Beurteilung des Kindeswohls die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, sowie die Lebensverhältnisse der Eltern angemessen zu berücksichtigen. Zum unbestimmten Begriff des „Kinderwohls“ mwN *Schwimmann* in: *Schwimmann*,

aufsichtigenden **gerichtlichen Kontrolle**²¹³: Gefährden die Eltern (Vormund etc) durch ihr Verhalten – zB die Verweigerung der Zustimmung – das Wohl des Kindes, so kann gem § 176 ABGB jedermann (Minderjähriger, Arzt etc) das Pflschaftsgericht anrufen, das die zur Sicherung des Wohles des Kindes nötigen Verfügungen zu treffen hat (§ 176 Abs 1 ABGB). Eine typische Verfügung wäre in diesem Kontext etwa der (ganze oder partielle) Entzug der Obsorge und deren Übertragung auf eine andere Person oder die Bestellung eines Sachwalters (insb des staatlichen **Jugendwohlfahrtsträgers** gem §§ 176a, 213 ff ABGB)²¹⁴ zur Erteilung der konkreten Einwilligung.²¹⁵ Vertreten wird auch die direkte Ersetzung der Einwilligung durch das Gericht.²¹⁶

Wo die Grenze zwischen einer noch legitimen Ausübung des Sorgerechts und der „**Gefährdung des Kindeswohls**“ (und damit dem Mißbrauch des Sorgerechts) genau verläuft, ist schwer abzustecken; oft verquickt sich die Frage – etwa im spektakulären „Fall Olivia“ – mit jener nach der Therapiefreiheit bei „unwissenschaftlichen“ oder „alternativen“ Heilmethoden.²¹⁷ Feststeht einerseits, daß die Sorgeberechtigten nicht „privates Belieben“ ausüben dürfen;²¹⁸ feststeht aber andererseits auch, daß eine Bindung des Sorgeberechtigten an religiöse oder weltanschauliche Ziele, die dem Wohl des Kindes zuwiderlaufen, für sich genommen noch nicht den vorsorglichen Entzug der Obsorge rechtfertigen können, etwa weil sich eine möglicherweise in Zukunft zu befürchtende religiös motivierte Verweigerung einer Bluttransfusion aus rechtlichen Gründen ohnehin nicht durchsetzen kann.²¹⁹

Eine Gefährdung des Kindeswohls²²⁰ liegt nach ganz herrschender Auffassung

ABGB² I § 178a; *Bernat*, Das Kindeswohl auf dem Prüfstand des Rechts – Gedanken zur Funktionsbestimmung einer familienrechtlichen Generalklausel, ÖAV 1994/2, 43.

²¹³ Dazu und zum folgenden näher *Schwimmann* in: *Schwimmann*, ABGB² I § 151 25; *Menardi*, ÖAV 1998/1 5 f; *Aicher* in: *Rummel*, ABGB § 16 Rz 17; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 681 ff; *Zankl*, ÖJZ 1989, 299; *Barth*, Einwilligung 135 ff.

²¹⁴ Jugendwohlfahrtsträger ist das jeweils örtlich zuständige (§ 215a ABGB) Bundesland, als dessen Organ das Bezirksjugendamt handelt (näher *Schwimmann* in: *Schwimmann*, ABGB² I vor § 137 Rz 3).

²¹⁵ mwN *Schwimmann* in: *Schwimmann*, ABGB² I § 176 Rz 16.

²¹⁶ Vgl *Schwimmann* in: *Schwimmann*, ABGB² I § 176 Rz 16.

²¹⁷ Dazu und zum Fall „Olivia“ vgl nur *Schick*, Die kriminologische und arztrechtliche Problematik unwissenschaftlicher Heilmethoden, FS Schneider (1998) 255; *Barth*, Einwilligung 1 ff. Im „Fall Olivia“ verweigerten die Eltern unter dem Einfluß der „Schule der Neuen Medizin“ von Hamer die „schulmedizinische“ (chemotherapeutische und chirurgische) Behandlung eines Tumors bei einem sechsjährigen Mädchen. Nach zunehmender Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Mädchens wurde den Eltern letztlich vom Gericht das Einwilligungsrecht entzogen und auf die Jugendwohlfahrtsbehörde übertragen.

²¹⁸ Vgl *Köck*, Vom Elternrecht zum Recht der nächsten Familienangehörigen. Folgerungen aus Art 8 MRK, ÖJZ 1995, 481 (492), der auf die „Unvertretbarkeit“ der Rechtsausübung im Sinne einer praktischen Ungleichwertigkeit der konkurrierenden Lösungen abstellt.

²¹⁹ Vgl EGMR JBI 1994, 465; OGH JBI 1996, 714; EvBl 1997/1; *Pichler*, Religionsfreiheit – Elternrechte – Kinderrechte, ÖJZ 1997, 455; *ders*, Die Kinder der Zeugen Jehovas –

jedenfalls dann vor, wenn die Sorgeberechtigten die notwendige medizinische Betreuung unterlassen,²²¹ insb wenn sie (zB aus religiösen Gründen) die **Zustimmung** zu einer das Leben des Minderjährigen rettenden oder seine Gesundheit bewahrenden Heilbehandlung **verweigern**. In einem solchen Fall müssen sich die Ärzte über die Weigerung des Vertreters hinwegsetzen und gem § 176 ABGB das Pflschaftsgericht anrufen, welches nach entsprechender Prüfung einen Sachwalter (Jugendwohlfahrtsträger) zur Erteilung der Einwilligung bestellt.²²² Käme die Entscheidung des Gerichts oder die Einwilligung des neuen Vertreters zu spät, und entsteht dadurch Lebensgefahr oder die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung für den Minderjährigen, so dürfen und müssen die Ärzte in Anwendung der Regeln des § 110 Abs 2 StGB und § 8 Abs 3 KAG (Behandlung ohne Einwilligung bei Gefahr im Verzug) die Behandlung unbeschadet der (mißbräuchlichen) Weigerung des Vertreters vornehmen.²²³

A 119 **bb)** Da sich die Einwilligung des Sorgeberechtigten am Wohl des Minderjährigen zu orientieren hat, ist eine Einwilligung in **fremdnützige Maßnahmen** grundsätzlich unzulässig. Das gilt insb auch für Sterilisationen, die ausschließlich durch das individuelle Interesse der Betroffenen – und nicht etwa durch ökonomische oder gesellschaftspolitische Zielsetzungen – legitimiert werden können.²²⁴ Diesen Grundsätzen folgen auch die bestehenden Sonderbestimmungen über klinische Prüfungen, indem sie diese auf Heilversuche im Interesse der Minderjährigen beschränken (§ 42 AMG; § 51 MPG). Als einzige Durchbrechung wird diskutiert, ob Eltern möglicherweise in eine Knochenmarkspende zwischen minderjährigen Geschwistern einwilligen können, obwohl der Eingriff aus der Sicht des Spenders keinen therapeutischen Nutzen hat.²²⁵

A 120 **cc)** Hinsichtlich der **Mitwirkung des Minderjährigen** bei der Behandlungsentcheidung der Sorgeberechtigten und der Berücksichtigung seines „natürlichen Willens“ ist danach zu unterscheiden, ob der Minderjährige in Bezug auf die Behandlung einwilligungsunfähig ist oder nicht. Im Fall der eigenen Einwilligungsfähigkeit steht das Mitwirkungsproblem weniger im Vordergrund,²²⁶ weil der Minderjährige ja ein eigenes Entscheidungsrecht hat (zur Frage widersprechender Erklärungen gleich unten). Im folgenden geht es daher zunächst nur um Minderjährige **ohne Ein-**

Probleme der Obsorgezuteilung und der Bluttransfusion, ÖAV 1994, 171; *Schwimann* in: *Schwimann*, ABGB² I § 176 Rz 7; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 681; *Schick*, FS Schneider (1998) 274; *Zankl*, ÖJZ 1989, 299 ff.

²²⁰ Vgl den Überblick bei *Schwimann* in: *Schwimann*, ABGB² I § 176 Rz 4 ff.

²²¹ MwN *Schwimann* in: *Schwimann*, ABGB² I § 176 Rz 6.

²²² ZB *Menardi*, ÖAV 1998/1, 6; *Schick*, FS Schneider (1998) 275; *Schwimann* in: *Schwimann*, ABGB² I § 151 Rz 25.

²²³ Dazu zB *Aicher* in: *Rummel*, ABGB § 16 Rz 17; *Pichler* in: *Rummel*, ABGB § 151 Rz 16; *Zankl*, ÖJZ 1989, 299; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 683 ff; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 846.

²²⁴ MwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 862.

²²⁵ Vgl *Aigner*, Einwilligung Minderjähriger in eine Knochenmarkspende, RdM 1998, 144.

²²⁶ AM *Resch*, Einwilligung 133.

willigungsfähigkeit (insb – aber nicht nur – um unmündige Minderjährige unter 14 Jahre):

Eine ausdrückliche **Berücksichtigung der Meinung des Kindes** sieht § 178b ABGB nur für **gerichtliche** Verfügungen vor, die die Pflege oder Erziehung eines Kindes – somit auch Behandlungsentscheidungen – betreffen. Danach hat das Gericht „das Kind tunlichst persönlich zu hören; ein noch nicht zehnjähriges Kind kann auch durch den Jugendwohlfahrtsträger oder in anderer geeigneter Weise befragt werden. Das Kind ist nicht zu hören, wenn durch die Befragung oder durch einen Aufschub der Verfügung das Wohl des Kindes gefährdet wäre oder im Hinblick auf das Alter oder die Entwicklung des Kindes eine Meinungsäußerung nicht zu erwarten ist“. Es handelt sich um ein bloßes Anhörungsrecht zur Verbesserung des richterlichen Informationsstandes, nicht um ein Mitbestimmungsrecht.²²⁷ Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung bezieht sich freilich nur auf anstehende gerichtliche Entscheidungen (zB im Vorfeld einer Entziehung des Sorgerechts wegen Gefährdung des Kindeswohls durch die Eltern gem § 176 ABGB). Ein Anhörungsrecht bei gerichtlichen Pflege- und Erziehungsmaßnahmen hat gem § 215 Abs 2 ABGB auch der **Jugendwohlfahrtsträger**.²²⁸

Daß eine gleichgelagerte Pflicht zur Mitberücksichtigung der Meinung des Minderjährigen auch **im Verhältnis zu den Eltern** (oder anderen Obsorgeberechtigten) besteht, ist nicht ernsthaft bestritten.²²⁹ Begründet wird dies aus der Wertung des § 178b und ganz allgemein aus dem Grundsatz des Kindeswohls gem § 178a ABGB und der darin festgelegten Berücksichtigung der „Neigungen“ des Minderjährigen. Das leuchtet bei Heilbehandlungen umso mehr ein, als ja bereits die entscheidende Frage nach der Einwilligungsfähigkeit ohne Einbeziehung des Kindes kaum zu lösen sein wird. Auch hier gilt aber, daß es sich im Kern nur um ein **Anhörungsrecht** handelt, nicht um eine Pflicht, die Meinung des Kindes tatsächlich zu berücksichtigen.²³⁰ Das Kind hat daher – abgesehen von gesetzlich besonders geregelten echten Mitentscheidungsrechten²³¹ – auch **kein Vetorecht**.

Bei **Meinungsverschiedenheiten** steht in Extremfällen aber auch dem einwilligungsunfähigen und/oder unmündigen Minderjährigen der Weg zum Pflschaftsgericht gem § 176 ABGB offen, wenn eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr und damit eine „Gefährdung des Kindeswohls“ zu befürchten ist.²³² Unterhalb dieser Schwelle der „Gefährdung des Kindeswohls“ wird in Analogie zu § 147 ABGB ver-

²²⁷ Näher *Schwimann* in: *Schwimann*, ABGB² I § 178b Rz 1 ff; *Resch*, Einwilligung 122.

²²⁸ Dazu *Schwimann* in: *Schwimann*, ABGB² I § 215 Rz 2, dort auch zur interimistischen Notkompetenz des Jugendwohlfahrtsträgers bei Gefahr im Verzug.

²²⁹ *Resch*, Einwilligung 133; zum „Kindeswohl“ als Verfahrensrichtlinie vgl auch *Bernat*, ÖAV 1994, 43 ff. Umfassend jüngst mit beachtlichen Differenzierungen *Barth*, Einwilligung 145 ff.

²³⁰ *Resch*, Einwilligung 133; *Pichler* in: *Rummel*, ABGB § 176b Rz 6.

²³¹ Vgl § 42 AMG, § 51 MPG (obligate Einwilligung ab 8 Jahren bei klinischen Prüfungen).

²³² Sei es durch die Verweigerung einer notwendigen Behandlung durch die Eltern oder auch durch die Durchführung einer bestimmten Behandlung gegen den Willen des Kindes.

treten, daß ein bereits mündiger Minderjähriger das Gericht anrufen kann, welches dann die zum Wohle des Kindes angemessenen Verfügungen zu treffen hat.²³³

5. Meinungsverschiedenheiten zwischen Minderjährigem und Sorgeberechtigtem

Folgende Fallgruppen sind zu unterscheiden:

- A 124 **aa)** Ist der Minderjährige **nicht einwilligungsfähig**, so steht ihm nur ein Anhörungsrecht zu; sein Wille ist rechtlich nicht verbindlich, sondern bloß als Informationsquelle mitzubersichtigen (dazu oben [4], S. 42). Eine Durchsetzung des „natürlichen Willens“ des Minderjährigen kommt allenfalls über Einschaltung des Pflschaftsgerichts in Betracht (gerichtliche Verfügung gem § 176 ABGB bei Gefährdung des Kindeswohls;²³⁴ Anrufung durch mündige Minderjährige analog § 147 ABGB).
- A 125 **bb)** Ist der Minderjährige **einwilligungsfähig** - sei es kraft Bejahung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, sei es kraft ausdrücklicher Zuerkennung des Einwilligungrechts ab bestimmten Altersstufen durch gesetzliche Sonderbestimmungen -, so ist weiter zu differenzieren:
- A 126 **aa) Ausschließliche Einwilligungsbefugnis** des Minderjährigen: Handelt es sich um leichtere Eingriffe, für welche eine parallele Zustimmung der Sorgeberechtigten nach hA entbehrlich ist, oder liegt ein Fall vor, bei dem kraft Gesetzes die Zustimmung des einwilligungsfähigen Minderjährigen allein ausreicht (zB § 36 UbG), so kommt es auf einen allenfalls gegenläufigen Willen des Sorgeberechtigten nicht an. Der Minderjährige entscheidet allein.²³⁵
- A 127 **bb) Parallele Einwilligungsbefugnis von Minderjährigem und Sorgeberechtigtem:** Handelt es sich um einen schwereren Eingriff, für welchen nach hA sowohl die Zustimmung des einwilligungsfähigen Minderjährigen als auch jene des Sorgeberechtigten bzw gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, oder liegt ein Fall vor, bei dem kraft Gesetzes beide Zustimmungen nötig sind (insb in Krankenanstalten gem § 8 Abs 3 KAG), so gilt folgendes:

Verweigert der Minderjährige die Einwilligung in eine vom Sorgeberechtigten gewünschte Behandlung, dann setzt sich nach überwiegender Auffassung die Meinung des (einwilligungsfähigen!) Minderjährigen gegen die Eltern durch.²³⁶

Komplizierter ist der umgekehrte Fall: **Wünscht der Minderjährige** die Behandlung, und wird diese vom Sorgeberechtigten abgelehnt, so gilt ähnliches wie bei gleichgelagerten Meinungsverschiedenheiten beim nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen: Ist die Behandlung aus medizinischer Sicht nicht unbedingt erforderlich, wird dem Minderjährigen in analoger Anwendung des § 147 ABGB das Recht zugesprochen, das Gericht anzurufen, das nach Abwägung der vorgetragenen Argumente die dem Wohl des Kindes angemessene Verfügung zu treffen hat.

²³³ Vgl Resch, Einwilligung 133; mwN Schwimann in: Schwimann, ABGB² I § 151 Rz 25.

²³⁴ Eine besondere Handlungsfähigkeit ist nicht erforderlich.

²³⁵ Vgl Schwimann in: Schwimann, ABGB² I § 151 Rz 25.

²³⁶ Schwimann in: Schwimann, ABGB² I § 151 Rz 25; Aicher in: Rummel, ABGB § 16 Rz 17; Menardi, ÖAV 1998/1, 5 f.

Droht bei Unterbleiben der Behandlung hingegen Lebens- oder Gesundheitsgefahr, kann der Minderjährige (oder ein Dritter) gem § 176 ABGB das Gericht anrufen, welches einen Sachwalter (Jugendwohlfahrtsträger) zur Erteilung der Einwilligung bestellt.²³⁷

6. Spezielle Regeln über besondere Behandlungen **aa)** Auf die wichtigsten speziellen gesetzlichen Regelungen für die **medizinische Behandlung** Minderjähriger wurde im Zusammenhang mit der Einwilligungsfrage bereits hingewiesen (vgl zur psychiatrischen Unterbringung § 36 UbG, für klinische Prüfungen § 42 AMG; § 51 MPG, für Genanalysen § 65 GTG, für Impfungen gegen Kinderlähmung § 2a Kinderlähmungs-Schutzimpfungsgesetz, sowie für die Behandlung in Krankenanstalten § 8 Abs 3 KAG). Eine (verbotende) Regelung über Sterilisationen ist im Entwurfsstadium. Besonders umstritten, jedoch nicht eigens geregelt, ist die Einwilligung beim Schwangerschaftsabbruch Minderjähriger.²³⁸ Auch für Entscheidungen am Lebensende bestehen keine Sonderbestimmungen.

bb) Weitergehende Möglichkeiten als bei Erwachsenen bestehen für **freiheitsbeschränkende Maßnahmen** bei Minderjährigen. Neben dem Jugendstrafrecht und dem Jugendwohlfahrtsrecht kommen hierfür insb die Bestimmungen des UbG über die freiheitsbeschränkende **psychiatrische Unterbringung** in Betracht: Danach können Minderjährige nicht nur – wie Erwachsene – zwangsweise („ohne Verlangen“) untergebracht werden; das UbG sieht auch bei Minderjährigen eine „freiwillige“ Unterbringung („auf Verlangen“) vor. Materielle Voraussetzungen sind psychische Krankheit, ernstliche und erhebliche Gefährdung von (eigenem oder fremdem) Leben oder Gesundheit und Mangel an Alternativen (§ 3 UbG). Das erforderliche Aufnahmeverlangen muß – im Fall eines mündigen Minderjährigen – von diesem selbst und vom Sorgeberechtigten gestellt werden.²³⁹ beim unmündigen Minderjährigen (unter 14 Jahren) genügt aber gem § 5 Abs 2 UbG das Verlangen des Erziehungsberechtigten und die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, was im Ergebnis daraus hinausläuft, daß es sich hier aus der Sicht des Minderjährigen um eine freiheitsentziehende Maßnahme handelt.²⁴⁰

Die wichtigste Rechtsgrundlage für Freiheitsbeschränkungen beim Minderjährigen ist aber das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** des § 146b ABGB, das grundsätzlich jedem Obsorgeberechtigten (Eltern, aber auch Jugendwohlfahrtsträger) zukommt.²⁴¹ Da die Ausübung dieses Rechts übertragen werden kann,²⁴² lassen sich auf diese Weise freiheitsbeschränkende Aufenthalte in Krankenanstalten oder Hei-

²³⁷ Näher Schwimann in: Schwimann, ABGB² I § 151 Rz 25; Menardi, ÖAV 1998/1, 6.

²³⁸ Dazu hier nur Schwimann in: Schwimann, ABGB² I § 151 Rz 28 mwN.

²³⁹ Näher § 5 UbG; zusätzlich bedarf es der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Zum Ganzen ausführlich Kopetzki, Unterbringungsrecht II 605 ff.

²⁴⁰ Dazu Kopetzki, Unterbringungsrecht II 606 ff.

²⁴¹ Schwimann in: Schwimann, ABGB² I § 146b Rz 1.

²⁴² Pichler im Rummel, ABGB § 146b Rz 1.

men rechtlich legitimieren.²⁴³ Eine bestimmte Altersgrenze besteht nicht, die Aufenthaltbestimmung muß aber „notwendig“ sein,²⁴⁴ was eine Bedachtnahme auf die Reife und den Entwicklungsstand des Kindes impliziert.

- A 131 cc) Auf die besondere Situation von Kindern in Krankenanstalten wurde schließlich auch in den Patientenrechtskatalogen des **Krankenanstaltenrechts** (§ 5a KAG) und in der jüngsten **Patientencharta** Bedacht genommen.²⁴⁵ Aus beiden Rechtsquellen ergeben sich aber keine direkten Rechte oder Pflichten der Betroffenen, weil sie entweder als bloße Organisationspflichten der Anstaltsträger formuliert sind (§ 5a KAG) oder überhaupt nicht unmittelbar anwendbares Recht darstellen (Patientencharta). Letzteres gilt im übrigen auch für das völkerrechtliche Übereinkommen über die Rechte des Kindes (BGBl 1993/7).

C. Praktische Erfahrungen und Reformbestrebungen

I. Praktische Erfahrungen

- A 132 In welchem Ausmaß sich die Praxis an den rechtlichen Grundsätzen orientiert, läßt sich mangels flächendeckender gesicherter empirischer Untersuchungen nicht seriös abschätzen.²⁴⁶ Da die rechtliche Ausbildung in den Gesundheitsberufen defizitär ist, sprechen jedoch gute Gründe für die Annahme, daß es um die praktische Umsetzung der rechtlichen Vorgaben recht unterschiedlich bestellt ist. Das gilt insbesondere für den Schutz der Patientenrechte im allgemeinen und jenen der Patientenautonomie im besonderen, auf dessen Lückenhaftigkeit regelmäßig hingewiesen wird.²⁴⁷ Vielfach spiegelt die Unsicherheit der Praxis freilich nur die Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten der Rechtsordnung wider. Die Sensibilität für medizinethische und medizinrechtliche Fragestellungen hat aber in den letzten Jahren zweifellos be-

²⁴³ Diesfalls gelten nicht die strengen Unterbringungs Voraussetzungen, die das UbG für die psychiatrische Anhaltung vorsieht; maßgeblich ist das „Kindeswohl“. Dazu und zu Abgrenzungsfragen in psychiatrischen Anstalten *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 467 ff.

²⁴⁴ Vgl *Pichler* in: *Rummel*, ABGB § 146b Rz 1.

²⁴⁵ Art 23 ff der Patientencharta.

²⁴⁶ Rechtssoziologische Studien gibt es für manche Teilbereiche, etwa zum Unterbringungs- und Sachwalterrecht (Nachweise bei *Kopetzki*, Grundriß des Unterbringungsrechts [1997] Rz 11) oder zur Situation in Heimen (mwN *Barta/Ganner*, Alter, Recht und Gesellschaft [1998]).

²⁴⁷ Vgl statt vieler die Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Patientencharta, 1824 BlgNR 20. GP 8; *Speiser*, Einflüsse auf die Rechtsposition des Patienten, ÖJZ 1988, 744; *Pichler*, Einführung in die Patientenrechtspolitik, in: *Pichler* (Hg), Einführung in die Patientenrechtspolitik (1990) 7 ff; *ders*, Internationale Entwicklungen in den Patientenrechten (1992); *Kopetzki*, Bestandsaufnahme der Patientenrechte, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1991) 34 ff; *ders*, Rechtspolitik der Zukunft – Medizinrecht, in: *Holoubek/Lienbacher* (Hg), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik (1999) 221 (265).

trächtlich zugenommen,²⁴⁸ wenngleich dies in der Rechtsprechung – abgesehen von der überbordenden Judikatur zur Aufklärungspflicht²⁴⁹ und zur psychiatrischen Unterbringung²⁵⁰ – noch nicht hinreichend zum Ausdruck kommt; insbesondere spielt der strafrechtliche Schutz des Selbstbestimmungsrechts durch § 110 StGB (eigenmächtige Heilbehandlung) forensisch keine Rolle, was auf die Qualifikation als Privatanklagdelikt zurückzuführen ist.

II. Reformbestrebungen

Die rechtspolitische Kritik und die Reformvorschläge zum Gesundheits- und Medizinrecht – auch und gerade im Hinblick auf die Absicherung der Patientenautonomie – sind vielfältig und kaum mehr überblickbar. Die Stoßrichtung der Diskussion zielt unter anderem auf die Harmonisierung und Vereinheitlichung widersprüchlicher zivil-, straf- und öffentlichrechtlicher Normen,²⁵¹ auf den Ausbau der Patientenrechte²⁵² sowie auf die Schaffung neuartiger Haftungsmodelle²⁵³ und Durchsetzungsinstrumente²⁵⁴ ab. Mit besonderer Emotionalität und unter ausdrücklicher Berufung auf den Autonomiegedanken wird seit 1998 auch in Österreich über eine gewisse Liberalisierung bzw Entkriminalisierung der aktiven Sterbehilfe (insb der derzeit strafbaren „Tötung aus Verlangen“) debattiert, wenngleich die Chancen einer Veränderung des geltenden Rechtszustandes bei realistischer Betrachtung eher als gering eingeschätzt werden müssen.²⁵⁵ Verwirklichte legisistische Vorhaben

A 133

²⁴⁸ Vgl zB *Kopetzki*, Rechtspolitik der Zukunft – Medizinrecht, in: *Holoubek/Lienbacher*, 238 ff.

²⁴⁹ Dazu nur *Engljähringer*, Aufklärungspflicht.

²⁵⁰ Nachweise bei *Kopetzki*, Grundriß des Unterbringungsrechts.

²⁵¹ Nachweise zB bei *Kopetzki*, Rechtspolitik der Zukunft – Medizinrecht, in: *Holoubek/Lienbacher*, 249 ff.

²⁵² Vgl statt vieler *Pichler*, Internationale Entwicklungen in den Patientenrechten; *Kopetzki*, Bestandsaufnahme der Patientenrechte, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1991) 34 ff. Diskutiert wird etwa auch die Schaffung eines Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte der Patienten.

²⁵³ ZB *Pichler*, Rechtsentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich I: Die Patientenversicherungsrechte in Schweden, Finnland und Dänemark (1994); *Barta*, Medizinhaftung (1995); *Koziol*, Verschuldensunabhängige Ersatzansprüche bei Behandlungsfehlern?, RdM 1994, 3; *Bernat*, Das Recht des Patientenschadens in der Reformdiskussion: ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück?, VR 1997/1-2, 24.

²⁵⁴ Vgl insb *Pichler*, Entwicklungen in den Patientenrechten 561 ff.

²⁵⁵ Vgl – neben unübersehbaren Beiträgen in den Massenmedien (jüngst etwa *R. Burger*, Den Sklaven nicht erlaubt, Die Presse 11. 9. 1999, Spektrum IV; *Bydlinski*, Denn man stirbt nur einmal, Die Presse 10. 10. 1998, Spektrum IV) – aus juristischer und ethischer Sicht nur die Beiträge zum Schwerpunkt „Euthanasie“ in *Imago hominis* 1999/2 und 1999/3, 209 ff (insb *Schmoller*, Euthanasie und Rechtsordnung, *Imago hominis* 1999/2, 115 ff) sowie in: *Bernat/Kröll* (Hg), Intensivmedizin als Herausforderung für Recht und Ethik (1999); weiters *Kneihls*, Grundrechte und Sterbehilfe (1997); *ders*, Das Recht auf Leben in Österreich,

der letzten Jahre betreffen vor allem die Regelung neuartiger Technologien (Organtransplantation²⁵⁶, künstliche Befruchtung²⁵⁷, Gentechnik²⁵⁸) oder Krankheiten (HIV-Infektion²⁵⁹), die psychiatrische Unterbringung²⁶⁰, die Verankerung von Patientenrechtskatalogen im KAG²⁶¹ bzw in sogenannten Gliedstaatsverträgen²⁶² und die Einrichtung von alternativen Modellen der Streitschlichtung und Konfliktbereinigung.²⁶³

A 134 Unter den derzeit noch in konkreter Diskussion stehenden rechtspolitischen Projekten ist vor allem der schon erwähnte Entwurf eines **Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes** 1999 zu erwähnen;²⁶⁴ die darin enthaltenen zivilrechtlichen Bestimmungen über die Einwilligung bei der Behandlung Minderjähriger nehmen einige Präzisierungen und Feinjustierungen vor, ohne sich jedoch grundlegend vom bisherigen Rechtszustand zu entfernen. Ob und in welcher Form dieser Entwurf Gesetzeskraft erlangt, ist derzeit ungewiß. Das gilt umso mehr für jene Reformvorhaben, die noch nicht einmal das Stadium eines veröffentlichten Entwurfes erreicht haben, nämlich für die seit langem anstehende Reform des **Sachwalterrechts** (insb im Hinblick auf die Konkretisierung der völlig unzureichenden Regelung der Behand-

JBl 1999, 76 (85); *Bernat*, ARSP Beiheft 73 (1997) 184; *Schick*, Fremd- und Selbstbestimmung zum Tode, GedS Zipf (1999) 393; *Haslinger*, ÖKZ 1999/4, 47 ff; *Moeschl*, Das Sterben der anderen – ein liberales Paradoxon (1999); *Virt*, Leben bis zum Ende. Zur Ethik des Sterbens und des Todes (1998); *Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende?, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 1 ff.

²⁵⁶ §§ 62a ff KAG idF BGBl 1982/273, dazu *Kopetzki* Organgewinnung; *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999).

²⁵⁷ Vgl das Fortpflanzungsmedizinengesetz, BGBl 1992/275, dazu zB *Bernat*, Das Fortpflanzungsmedizinengesetz – ein erster Tour d'horizon, JAP 1992/93, 38.

²⁵⁸ Vgl das Gentechnikgesetz, BGBl 1994/510 idF BGBl I 1998/73.

²⁵⁹ Vgl das AIDS-Gesetz, BGBl 1993/728 (WV) idF BGBl I 1997/117; dazu zB *Kopetzki*, Medizinrechtliche Aspekte von AIDS, Imago hominis 1995, 195.

²⁶⁰ Vgl das Unterbringungsgesetz, BGBl 1990/155 idF BGBl I 1997/12, dazu *Kopetzki*, Grundriß des Unterbringungsrechts.

²⁶¹ § 5a KAG und Ausführungsgesetze.

²⁶² Vgl die (vorerst nur zwischen dem Bund und dem Land Kärnten abgeschlossene) Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta), BGBl I 1999/195.

²⁶³ Insb Patientenanzwaltschaften (vgl § 11a KAG und Ausführungsgesetze; Vereinssachwalter- und Patientenanzwaltschaftsgesetz, BGBl 1990/156), aber auch Ethikkommissionen (§ 8c KAG; §§ 40 f AMG; §§ 57 ff MPG; § 61b UOG 1993); vgl den Überblick bei *Kopetzki*, Rechtspolitik der Zukunft – Medizinrecht, in: *Holoubek/Lienbacher*, 261 ff.

²⁶⁴ BM für Justiz, JMZ 4601A/1-I.1/1999; dazu *Barth*, ÖAV 1999, 155.

lungszustimmung und der Aufenthaltsbestimmung im ABGB)²⁶⁵ sowie – damit eng zusammenhängend – des **Heimrechts**.²⁶⁶

Ein beträchtlicher Reformschub könnte schließlich mittelfristig vom europäischen **Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin** und seinen Zusatzprotokollen ausgehen. Eine rasche Unterzeichnung bzw Ratifikation ist zwar aus derzeitiger Sicht – aus ähnlichen politischen Gründen wie in Deutschland – unwahrscheinlich;²⁶⁷ auf Dauer wird sich aber auch Österreich einem Beitritt nicht entziehen können.

A 135

²⁶⁵ Vgl zB *Kopetzki*, FS Rill (1995) 153; *Ramharter*, Zur Reformdiskussion im Sachwalterschafts- und Behindertenrecht, ÖJZ 1995, 858; *ders.*, Dürfen geistig Behinderte zu Recht in ihrer Freiheit beschränkt werden?, ÖJZ 1997, 259; *Schauer*, RZ 1998/5, 100.

²⁶⁶ Derzeit (aus kompetenzrechtlichen Gründen) Gegenstand von Landesgesetzen. Zu Ansätzen einer bundesweiten Vereinheitlichung umfassend und mit Nachweisen *Barta/Ganner*, Alter, Recht und Gesellschaft.

²⁶⁷ Zur rechtspolitischen Auseinandersetzung vgl mwN *Körtner*, Die ethische Dimension der Menschenrechtskonvention des Europarates zur Biomedizin, RdM 1998, 206; *Kopetzki*, Rechtspolitik der Zukunft – Medizinrecht, in: *Holoubek/Lienbacher*, 270 ff; *Dujmovits*, Das österreichische Transplantationsrecht und die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin, in: *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 55.

D. Anhang: Gesetzesauszüge

§ 110 StGB, § 90 StGB
 § 5a, § 8 Abs 3, § 10 Abs 1 Z 7 KAG
 § 36 UbG
 § 282 ABGB
 Patientencharta

§ 110 StGB

Eigenmächtige Heilbehandlung

- (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.
- (2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können.
- (3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

(BGBl 1974/60)

§ 90 StGB

Einwilligung des Verletzten

- (1) Eine Körperverletzung oder Gefährdung der körperlichen Sicherheit ist nicht rechtswidrig, wenn der Verletzte oder Gefährdete in sie einwilligt und die Verletzung oder Gefährdung als solche nicht gegen die guten Sitten verstößt.
- (2) Die von einem Arzt an einer Person mit deren Einwilligung vorgenommene Sterilisation ist nicht rechtswidrig, wenn entweder die Person bereits das fünf- und zwanzigste Lebensjahr vollendet hat oder der Eingriff aus anderen Gründen nicht gegen die guten Sitten verstößt.

(BGBl 1974/60)

§ 5a KAG

Patientenrechte

Durch die Landesgesetzgebung sind die Träger von Krankenanstalten unter Beachtung des Anstaltszwecks und des Leistungsangebotes zu verpflichten, daß

1. Pfleger Informationen über die ihnen zustehenden Rechte erhalten sowie ihr Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte ausüben können;

2. Pfleger ihr Recht auf Aufklärung und Information über die Behandlungsmöglichkeiten samt Risiken ausüben können;
3. auf Wunsch des Pfleglings ihm oder Vertrauenspersonen medizinische Informationen durch einen zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Arzt in möglichst verständlicher und schonungsvoller Art gegeben werden;
4. ausreichend Besuchs- und Kontaktmöglichkeiten mit der Außenwelt bestehen und Vertrauenspersonen des Pfleglings im Fall einer nachhaltigen Verschlechterung seines Gesundheitszustandes auch außerhalb der Besuchszeiten Kontakt mit dem Pflegling aufnehmen können;
5. auf Wunsch des Pfleglings eine seelsorgerische Betreuung möglich ist;
6. Auf Wunsch des Pfleglings eine psychologische Unterstützung möglich ist;
7. auch in Mehrbetträumen eine ausreichende Wahrung der Intimsphäre gewährleistet ist;
8. neben der Erbringung fachärztlicher Leistungen auch für allgemeine medizinische Anliegen des Pfleglings ein zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Arzt zur Verfügung steht;
9. ein würdevolles Sterben sichergestellt ist und Vertrauenspersonen Kontakt mit dem Sterbenden pflegen können;
10. bei der Leistungserbringung möglichst auf den im allgemeinen üblichen Lebensrhythmus abgestellt wird;
11. bei der stationären Versorgung von Kindern eine möglichst kindergerechte Ausstattung von Krankenzimmern gegeben ist.

(BGBl 1993/801)

§ 8 Abs 3 KAG

- (3) Besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe dürfen an einem Pflegling nur mit dessen Zustimmung, wenn aber der Pflegling das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat oder er mangels geistiger Reife oder Gesundheit die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Behandlung nicht beurteilen kann, nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters durchgeführt werden. Die Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, daß der mit der Einholung der Zustimmung des Pfleglings oder seines gesetzlichen Vertreters oder mit der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters verbundene Aufschub das Leben gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre. Über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Behandlung entscheidet der ärztliche Leiter der Krankenanstalt oder der für die Leitung der betreffenden Anstaltsabteilung verantwortliche Arzt.

(BGBl 1957/1)

§ 10 Abs 1 Z 7 KAG

Führung von Krankengeschichten und sonstigen Vormerkungen

(1) Durch die Landesgesetzgebung sind die Krankenanstalten zu verpflichten:

7. bei der Führung der Krankengeschichte Verfügungen des Pflégelings, durch die dieser erst für den Fall des Verlustes seiner Handlungsfähigkeit das Unterbleiben bestimmter Behandlungsmethoden wünscht, zu dokumentieren, um darauf bei all-fälligen künftigen medizinischen Entscheidungen Bedacht nehmen zu können;

(BGBl 1993/801)

§ 36 UBG

- (1) Kann der Kranke den Grund und die Bedeutung einer Behandlung einsehen und seinen Willen nach dieser Einsicht bestimmen, so darf er nicht gegen seinen Willen behandelt werden; besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe dürfen nur mit seiner schriftlichen Zustimmung durchgeführt werden.
- (2) Kann der Kranke den Grund und die Bedeutung einer Behandlung nicht einsehen oder seinen Willen nicht nach dieser Einsicht bestimmen, so darf er, wenn er minderjährig oder ihm ein Sachwalter bestellt ist, dessen Wirkungskreis Willenserklärungen zur Behandlung des Kranken umfaßt, nicht gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters oder Erziehungsberechtigten behandelt werden; besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe dürfen nur mit schriftlicher Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder Erziehungsberechtigten durchgeführt werden. Hat der Kranke keinen gesetzlichen Vertreter oder Erziehungsberechtigten, so hat auf Verlangen des Kranken oder seines Vertreters das Gericht über die Zulässigkeit der Behandlung unverzüglich zu entscheiden; besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe bedürfen der Genehmigung des Gerichtes.

(BGBl 1990/155)

§ 282 ABGB

Rechte und Pflichten

Soweit nicht anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen für den Vormund auch für die Rechte und Pflichten des Sachwalters (Kurators) maßgebend. Der Sachwalter einer behinderten Person hat auch die erforderliche Personensorge, besonders auch die ärztliche und soziale Betreuung, sicherzustellen, soweit das Gericht nicht anderes bestimmt.

(BGBl 1983/136)

Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta)

(BGBl 1999/195)

Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte (Patientencharta)

Der Bund, vertreten durch die Bundesregierung, und das Land Kärnten, vertreten durch den Landeshauptmann, – im folgenden Vertragsparteien genannt – kommen überein, gemäß Art. 15a B-VG die nachstehende Vereinbarung zu schließen:

Zielsetzung und Definition**Artikel I**

- (1) Die Vertragsparteien verpflichten sich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit in Gesetzgebung und Vollziehung dafür zu sorgen, daß die folgenden Patientenrechte sichergestellt sind.
- (2) Träger von Patientenrechten im Sinne dieser Vereinbarung ist jede Person, die Leistungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens in Anspruch nimmt oder ihrer auf Grund ihres Gesundheitszustandes bedarf.
- (3) Leistungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens werden durch freiberuflich tätige Angehörige der Gesundheitsberufe und Einrichtungen erbracht, die der Erhaltung und dem Schutz der Gesundheit, der Feststellung des Gesundheitszustandes, der Behandlung von Krankheiten, der Vornahme operativer Eingriffe, der Geburtshilfe sowie der Pflege und Betreuung von Kranken und Genesenden dienen.

Abschnitt 1
Grundsätzliches

Artikel 2 Die Persönlichkeitsrechte der Patienten und Patientinnen sind besonders zu schützen. Ihre Menschenwürde ist unter allen Umständen zu achten und zu wahren.

Artikel 3 Patienten und Patientinnen dürfen auf Grund des Verdachtes oder des Vorliegens einer Krankheit nicht diskriminiert werden.

Abschnitt 2
Recht auf Behandlung und Pflege

Artikel 4

- (1) Die Vertragsparteien verpflichten sich, die zweckmäßigen und angemessenen Leistungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens für alle Patienten und Patientinnen ohne Unterschied des Alters, des Geschlechts, der Herkunft, des Vermögens, des Religionsbekenntnisses, der Art und Ursache der Erkrankung oder ähnliches rechtzeitig sicherzustellen.

- (2) Durch die zuständige Gesetzgebung kann unter Beachtung der Verpflichtungen der Republik Österreich angeordnet werden, daß die Behandlung nichtösterreichischer Staatsangehöriger nur dann zu erfolgen hat, wenn die Kosten der Behandlung von den Patienten und Patientinnen oder einem Dritten getragen werden; dies gilt nicht in den Fällen drohender Lebensgefahr, unmittelbar bevorstehender Entbindung oder schwerer gesundheitlicher Schädigung, die eine sofortige Behandlung gebieten.

Artikel 5

- (1) Die Leistungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens (Art. 4 Abs. 1) sind durch Krankenanstalten, ambulante Einrichtungen, Dienste der extramuralen medizinischen Betreuung einschließlich der Hauskrankenpflege sowie durch freiberuflich tätige Angehörige der Gesundheitsberufe und Apotheken sicherzustellen. Dies gilt insbesondere auch für die Betreuung psychisch Kranker.
- (2) Die Leistungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens sind auch auf den Gebieten der Gesundheitsförderung, der Vorsorge- und Arbeitsmedizin sowie der Rehabilitation und des Kurwesens sicherzustellen.
- (3) Die Kontinuität der Behandlung und Pflege ist durch organisatorische Maßnahmen zu wahren.

Artikel 6

- (1) Die medizinisch gebotene, nach den Umständen des Einzelfalles jeweils mögliche notärztliche Versorgung, Rettung und Transport sind sicherzustellen.
- (2) Weiters ist die notwendige Versorgung mit Arzneimitteln und Medizinprodukten sicherzustellen.

Artikel 7

- (1) Diagnostik, Behandlung und Pflege haben entsprechend dem jeweiligen Stand der Wissenschaften bzw. nach anerkannten Methoden zu erfolgen. Dabei ist auch der Gesichtspunkt der bestmöglichen Schmerztherapie besonders zu beachten.
- (2) Kann nach dem Anstaltszweck und dem Leistungsangebot einer Krankenanstalt eine dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechende Versorgung eines Patienten oder einer Patientin nicht gewährleistet werden, ist sicherzustellen, daß der Patient oder die Patientin mit seiner bzw. ihrer Zustimmung in eine geeignete andere Krankenanstalt überstellt wird.
- (3) In Krankenanstalten hat die ärztliche Betreuung grundsätzlich auf fachärztlichem Niveau zu erfolgen.

Artikel 8 Die Vertragsparteien kommen überein, daß Leistungen im Bereich des Gesundheitswesens einer Qualitätskontrolle unterzogen und dem Stand der Wissenschaft entsprechend Qualitätssicherungsmaßnahmen gesetzt werden.

Abschnitt 3 Recht auf Achtung der Würde und Integrität

Artikel 9

- (1) Die Privatsphäre der Patienten und Patientinnen ist zu wahren.
- (2) Bei der Aufnahme oder Behandlung mehrerer Patienten oder Patientinnen in einem Raum ist durch angemessene bauliche oder organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, daß die Intim- und die Privatsphäre gewahrt werden.
- (3) Insbesondere bei stationärer Aufnahme von Langzeitpatienten und -patientinnen ist dafür zu sorgen, daß eine vertraute Umgebung geschaffen werden kann.

Artikel 10 Die Organisations-, Behandlungs- und Pflegeabläufe in Kranken- und Kuranstalten sind soweit wie möglich dem allgemein üblichen Lebensrhythmus anzupassen.

Artikel 11 Die Vertragsparteien verpflichten sich, daß klinische Prüfungen von Arzneimitteln, von Medizinprodukten sowie die Anwendung neuer medizinischer Methoden erst nach eingehender ethischer Beurteilung vorgenommen werden dürfen.

Artikel 12 Die religiöse Betreuung stationär aufgenommener Patienten und Patientinnen ist auf deren Wunsch zu ermöglichen.

Artikel 13

- (1) Gesundheitsbezogene Daten sowie sonstige Umstände, die aus Anlaß der Erbringung von Leistungen im Bereich des Gesundheitswesens bekannt werden und an denen Patienten und Patientinnen ein Geheimhaltungsinteresse haben, unterliegen dem Datenschutzgesetz.
- (2) Ausnahmen sind nur in den im Datenschutzgesetz vorgesehenen Fällen zulässig.
- (3) Auskunfts- und Richtigstellungsrechte sind auch für Daten vorzusehen, die nicht automationsunterstützt verarbeitet werden.

Artikel 14

- (1) Es ist sicherzustellen, daß im Rahmen stationärer Versorgung Besuche empfangen werden können und sonstige Kontakte gepflogen werden können. Weiters ist der Wunsch eines Patienten oder einer Patientin zu respektieren, keinen Besuch oder bestimmte Personen nicht empfangen zu wollen.
- (2) Es ist dafür zu sorgen, daß die Patienten und Patientinnen Vertrauenspersonen nennen können, die insbesondere im Fall einer nachhaltigen Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu verständigen sind und denen in solchen Fällen auch außerhalb der Besuchszeit ein Kontakt mit den Patienten und Patientinnen zu ermöglichen ist.

Artikel 15

- (1) In stationären Einrichtungen ist ein Sterben in Würde zu ermöglichen. Auch dabei ist dem Gebot der bestmöglichen Schmerztherapie Rechnung zu tragen.
- (2) Vertrauenspersonen der Patienten und Patientinnen ist Gelegenheit zum Kontakt mit Sterbenden zu geben. Andererseits sind Personen vom Kontakt auszuschließen, wenn der Sterbende dies wünscht.

Abschnitt 4
Recht auf Selbstbestimmung und Information

Artikel 16

- (1) Patienten und Patientinnen haben das Recht, im Vorhinein über mögliche Diagnose- und Behandlungsarten sowie deren Risiken und Folgen aufgeklärt zu werden. Sie haben das Recht auf Aufklärung über ihren Gesundheitszustand, weiters sind sie über ihre erforderliche Mitwirkung bei der Behandlung sowie eine therapieunterstützende Lebensführung aufzuklären.
- (2) Die Art der Aufklärung hat der Persönlichkeitsstruktur und dem Bildungsstand der Patienten und Patientinnen angepaßt und den Umständen des Falles entsprechend zu erfolgen.
- (3) Ist eine Behandlung dringend geboten und würde nach den besonderen Umständen des Einzelfalles durch eine umfassende Aufklärung das Wohl des Patienten oder der Patientin gefährdet werden, so hat sich der Umfang der Aufklärung am Wohl des Patienten oder der Patientin zu orientieren.
- (4) Auf die Aufklärung kann von den Patienten und Patientinnen verzichtet werden; sie dürfen zu einem Verzicht nicht beeinflußt werden.
- (5) Patienten und Patientinnen sind im Vorhinein über die sie voraussichtlich treffenden Kosten zu informieren.

Artikel 17

- (1) Patienten und Patientinnen dürfen nur mit ihrer Zustimmung behandelt werden.
- (2) Ohne Zustimmung darf eine Behandlung nur vorgenommen werden, wenn eine Willensbildungsfähigkeit der Patienten oder Patientinnen nicht gegeben ist und durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit der Patienten oder der Patientinnen ernstlich gefährdet würde.
- (3) Für Patienten und Patientinnen, die den Grund und die Bedeutung einer Behandlung nicht einsehen oder ihren Willen nach dieser Einsicht bestimmen können, ist sicherzustellen, daß eine Behandlung nur mit Zustimmung eines nach Maßgabe der Gesetze zu bestimmenden Vertreters und erforderlichenfalls mit Genehmigung des Gerichtes durchgeführt wird.

- (4) Ohne Zustimmung des Vertreters und allenfalls erforderlicher Genehmigung des Gerichtes darf eine Behandlung nur bei Gefahr in Verzug vorgenommen werden, wenn der mit der Einholung der Zustimmung oder der Genehmigung verbundene Zeitaufwand für den Patienten oder die Patientin eine Lebensgefahr oder die Gefahr einer schweren gesundheitlichen Schädigung bedeuten würde.
- (5) Maßnahmen, die mit einer Beschränkung der persönlichen Freiheit oder sonstigen Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte der Patienten und Patientinnen verbunden sind und ohne deren gültige Zustimmung vorgenommen werden, sind – sofern nicht der mit der Einholung der Zustimmung verbundene Aufschub mit Lebensgefahr oder mit der Gefahr einer schweren gesundheitlichen Schädigung für den Patienten oder die Patientin verbunden wäre – nur nach entsprechender Befassung des gesetzlichen Vertreters, erforderlichenfalls des Gerichtes, zulässig.

Artikel 18 Patienten und Patientinnen haben das Recht, im Vorhinein Willensäußerungen abzugeben, durch die sie für den Fall des Verlustes ihrer Handlungsfähigkeit das Unterbleiben einer Behandlung oder bestimmter Behandlungsmethoden wünschen, damit bei künftigen medizinischen Entscheidungen soweit wie möglich darauf Bedacht genommen werden kann.

Artikel 19

- (1) Das Recht der Patienten und Patientinnen auf Einsichtnahme in die über sie geführte Dokumentation der diagnostischen, therapeutischen und pflegerischen Maßnahmen einschließlich allfälliger Beilagen, wie Röntgenbilder, ist sicherzustellen.
- (2) Einschränkungen sind nur insoweit zulässig, als sie auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles zum Wohl des Patienten oder der Patientin unvermeidlich sind. Einem Vertreter des Patienten oder der Patientin kommt auch in einem solchen Fall ein uneingeschränktes Einsichtsrecht zu, sofern der Patient oder die Patientin dies nicht ausgeschlossen hat.

Artikel 20

- (1) Niemand darf ohne seine ausdrückliche Zustimmung zu klinischen Prüfungen und zu Forschungs- und Unterrichtszwecken herangezogen werden. Die Zustimmung kann jederzeit widerrufen werden.
- (2) Die Verwendung personenbezogener Daten für medizinische Forschungszwecke bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Betroffenen. Dabei ist besonders zu achten, daß die aus dem Grundrecht auf Datenschutz erfließenden Rechte des Betroffenen gewahrt werden.

Abschnitt 5 Recht auf Dokumentation

Artikel 21

- (1) Die notwendige Dokumentation der diagnostischen, therapeutischen und pflegerischen Maßnahmen ist sicherzustellen. Weiters ist die Aufklärung der Patienten und Patientinnen und ihre Zustimmung zur Behandlung oder die Ablehnung einer Behandlung zu dokumentieren.
- (2) Es ist sicherzustellen, daß in der Dokumentation auch Willensäußerungen der Patienten und Patientinnen festgehalten werden.
- (3) Willensäußerungen nach Abs. 2 können insbesondere Widersprüche gegen die Entnahme von Organen gemäß § 62a KAG oder Willensäußerungen gemäß Artikel 18 sein.

Artikel 22 Patienten und Patientinnen haben das Recht, auf ihren Wunsch gegen angemessenen Kostenersatz Abschriften aus der Dokumentation zur Verfügung gestellt zu bekommen. Artikel 19 Abs. 2 gilt sinngemäß.

Abschnitt 6 Besondere Bestimmungen für Kinder

Artikel 23 Die Aufklärung von Minderjährigen hat ihrem jeweiligen Entwicklungsstand entsprechend zu erfolgen.

Artikel 24 Eine Behandlung, die wegen Lebensgefahr oder Gefahr einer schweren gesundheitlichen Schädigung geboten ist, ist bei Gefahr im Verzug auch gegen den erklärten Willen des Erziehungsberechtigten durchzuführen, ansonsten ist die Genehmigung des Gerichtes einzuholen.

Artikel 25

- (1) Unter Berücksichtigung der jeweiligen Gegebenheiten ist unmündigen Minderjährigen eine Begleitung durch eine Bezugsperson zu ermöglichen.
- (2) Bei der stationären Aufnahme von unmündigen Minderjährigen bis zur Vollendung des 10. Lebensjahres ist auf Wunsch die Mitaufnahme einer Begleitperson zu ermöglichen. Sofern dies aus räumlichen Gründen nicht möglich ist, ist Bezugspersonen ein umfassendes Besuchsrecht einzuräumen, das lediglich aus zwingenden medizinischen oder organisatorischen Gründen eingeschränkt werden darf.
- (3) Bezugspersonen sollen auf ihren Wunsch soweit wie möglich an der Betreuung beteiligt werden.

Artikel 26 Einrichtungen, Abteilungen und Bereiche, die überwiegend der Behandlung von Minderjährigen dienen, sind altersgerecht auszustatten.

Artikel 27

- (1) Soweit dies organisatorisch möglich ist, hat eine stationäre Aufnahme von unmündigen Minderjährigen getrennt von erwachsenen Patienten zu erfolgen.
- (2) Angehörige der Gesundheitsberufe, denen die Behandlung und Pflege von Minderjährigen obliegt, sollen durch ihre Ausbildung befähigt werden, auf die alters- und entwicklungsbedingten Bedürfnisse von Minderjährigen eingehen zu können.

Artikel 28 Die Träger von Krankenanstalten haben organisatorisch dafür vorzusehen, daß schulpflichtigen Kindern bei einem längeren stationären Aufenthalt nach Maßgabe schulrechtlicher Bestimmungen Unterricht erteilt werden kann.

Abschnitt 7 Vertretung von Patienteninteressen

Artikel 29

- (1) Zur Vertretung von Patienteninteressen sind unabhängige Patientenvertretungen einzurichten und mit den notwendigen Personal- und Sachverordnungen auszustatten. Die unabhängigen Patientenvertretungen sind bei ihrer Tätigkeit weisungsfrei zu stellen und zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Es ist ihnen die Behandlung von Beschwerden von Patienten und Patientinnen und Angehörigen, die Aufklärung von Mängeln und Mißständen und die Erteilung von Auskünften zu übertragen. Patientenvertretungen können Empfehlungen abgeben.
- (2) Die unabhängigen Patientenvertretungen haben mit Patientenselbsthilfegruppen, die Patienteninteressen wahrnehmen, die Zusammenarbeit zu suchen.
- (3) Patienten und Patientinnen haben das Recht auf Prüfung ihrer Beschwerden und auf Vertretung ihrer Interessen durch die unabhängigen Patientenvertretungen. Sie sind vom Ergebnis der Überprüfung zu informieren. Die Inanspruchnahme der Patientenvertretungen ist für die Patienten und Patientinnen mit keinen Kosten verbunden.

Artikel 30

- (1) Es ist sicherzustellen, daß unabhängigen Patientenvertretungen Gelegenheit geboten wird, vor Entscheidungen in grundlegenden allgemeinen patientenrelevanten Fragen ihre Stellungnahme abzugeben. Dies gilt insbesondere vor der Errichtung neuer stationärer und ambulanter Versorgungsstrukturen, für die öffentliche Mittel eingesetzt werden, für die Durchführung von Begutachtungsverfahren zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen sowie für grundlegende Planungsvorhaben.

- (2) Dachorganisationen von Patientenselbsthilfegruppen ist Gelegenheit zu geben, in Begutachtungsverfahren zu patientenrelevanten Gesetzes- und Verordnungsentwürfen gehört zu werden.

Artikel 31

- (1) Die Vertragsparteien haben sicherzustellen, daß Informationen über Leistungen im Bereich des Gesundheitswesens für jedermann zur Verfügung stehen.
- (2) Es ist sicherzustellen, daß freiberuflich tätige Angehörige der Gesundheitsberufe und Träger von Einrichtungen im Bereich des Gesundheitswesens über ihre Leistungen in sachlicher Weise informieren.

Abschnitt 8

Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen

Artikel 32 Im Zusammenhang mit der Haftung für Leistungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens dürfen Abweichungen vom Schadenersatzrecht und von allgemeinen Beweislast- und Gewährleistungsregeln im Sinne der Bestimmungen des ABGB nur zugunsten der Patienten und Patientinnen getroffen werden.

Artikel 33 Vergleichsgespräche vor ärztlichen Schlichtungsstellen und vergleichbaren Einrichtungen hemmen den Ablauf der Verjährung bis zum Verstreichen einer angemessenen Klagsfrist nach Abbruch des Verfahrens oder nach einer sonstigen, zuungunsten des Patienten oder der Patientin erfolgender Beendigung des Schlichtungsverfahrens.

Abschnitt 9

Schlußbestimmungen

Artikel 34 Inkrafttreten

- (1) Diese Vereinbarung tritt mit dem Monatsersten nach Einlangen der Mitteilungen der Vertragsparteien beim Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales, daß die nach der Bundesverfassung bzw. nach der Verfassung des Landes Kärnten erforderlichen Voraussetzungen für das Inkrafttreten erfüllt sind, in Kraft.
- (2) Das Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales hat die Vertragsparteien in Kenntnis zu setzen, wenn die Mitteilungen nach Abs. 1 eingelangt sind.

Artikel 35 Durchführung Die Vertragsparteien verpflichten sich, die in ihre jeweiligen Kompetenzbereiche fallenden gesetzlichen Regelungen, die zur Durchführung dieser Vereinbarung erforderlich sind zu erlassen.

Artikel 36 Abänderung Eine Abänderung dieser Vereinbarung ist nur schriftlich im Einvernehmen der Vertragsparteien möglich.

Artikel 37 Hinterlegung Diese Vereinbarung wird in einer Urschrift ausgefertigt. Die Urschrift wird beim Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales hinterlegt. Dieses hat dem Land Kärnten eine beglaubigte Abschrift der Vereinbarung zu übermitteln.