

# RECHT **RdM** DER MEDIZIN

Schriftleitung **Christian Kopetzki**

Redaktion **Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Meinhild Hausreither, Thomas Holzgruber, Dietmar Jähnel, Matthias Neumayr, Reinhard Resch, Hannes Schütz, Lukas Stärker, Felix Wallner, Johannes Zahrl**

**August 2011**

**04**

105 – 136

## Beiträge

### **Betriebsvereinbarung über Arbeitszeit – Einvernehmen mit Ärztevertretern**

*Reinhard Resch* ➤ 115

Fortbildungspflicht der angestellten Spitalsärzte –

rechtliche Rahmenbedingungen *Manuela Stadler* ➤ 108

VfGH: Zur Auflösung der außerordentlichen Rücklage  
im Ausgleichsfonds der WGKK *Thomas Krammer* ➤ 119

## Der praktische Fall

### **Verweigerung der Sectio trotz dringender medizinischer Indikation**

*Anita Polzer, Gabriele Dinhof, Aline Leischner, Hannes Schütz und Erwin Bernat* ➤ 123

## Gesetzgebung und Verwaltung

Medizinische Assistenzberufe ➤ 129

## Rechtsprechung

Zum Umfang der gerichtlichen Kontrolle nach § 34 a UBG  
*Christian Kopetzki* ➤ 134

# Der praktische Fall

## Verweigerung der Sectio trotz dringender medizinischer Indikation

RdM 2011/87

### Sachverhalt

Frau G. wird samstagsabends in unserem Krankenhaus in der 40. Schwangerschaftswoche bei klarem Bewusstsein mit unregelmäßigen Eröffnungswehen und einer Öffnung des Muttermunds von nur 2 cm aufgenommen. Frau G. ist bereits Mutter eines Kindes. Mit ihrer ersten Geburt verbindet sie traumatische Erinnerungen: Damals ist sie bewusstlos nach einem erlittenen Schlaganfall eingeliefert und von ihrem Kind mithilfe eines Notkaiserschnitts entbunden worden.

Im Rahmen der CTG-Kontrolle zeichnet sich zunächst ein spektres, später zunehmend ein pathologisches Herztonmuster des ungeborenen Kindes ab. Eine Überprüfung des Gesundheitszustands des Kindes über eine vaginale Untersuchung ist mangels ausreichender Muttermundöffnung nicht möglich. Aufgrund des pathologischen Herztonmusters des Kindes bei regelmäßiger Wehentätigkeit und keinem Geburtsfortschritt (der Muttermund hat sich nur auf 3 cm geöffnet), verständige ich als diensthabende Hebamme den diensthabenden Oberarzt, der die medizinische Indikation für einen Kaiserschnitt stellt. Frau G. ist dem Oberarzt bereits von ihrer ersten Geburt persönlich bekannt. In Kenntnis ihrer Vorgeschichte bespricht der Oberarzt mit ihr und ihrem Ehemann ausführlich die Notwendigkeit der Kaiserschnittentbindung und versucht, ihnen den Ernst der Lage für das Kind zu vermitteln. Es bestehen zwar keine Zweifel, dass Frau G. und ihr Ehemann die Informationen verstanden haben, trotzdem lehnen Frau G. und auch ihr Ehemann die Vornahme einer Sectio kategorisch ab. Beide wiederholen immer wieder: „Wir brauchen keinen Kaiserschnitt“.

In den darauffolgenden Stunden verschlechtert sich der Zustand des Kindes weiter. Es besteht aber trotz sichtlich bestehender Besorgnis der werdenden Eltern – Frau G. fragt mehrmals nach, wie es ihrem Kind gehe und ihr Mann betet während der ganzen Nacht im Hintergrund – keine Einsicht hinsichtlich der Dringlichkeit der Kaiserschnittentbindung. Schließlich verfassen der Oberarzt und ich einen Revers, mit dem Frau G. ausdrücklich erklären soll, dass sie entgegen dem ärztlichen Rat eine Kaiserschnittentbindung ablehne. Eine solche schriftliche Bestätigung will Frau G. aber nicht abgeben, sodass der Oberarzt und ich ihre mündliche Ablehnung sowie die Weigerung zur Unterzeichnung des Reverses in der Krankengeschichte dokumentieren.

Unerwartet willigt Frau G. schließlich in der Früh in die Sectio ein. Die Sectio verläuft komplikationslos. In der Folge können sowohl Mutter als auch Kind gesund entlassen werden.

*Anita Polzer,  
Hebamme an der Gynäkologischen und  
Geburtshilflichen Abteilung,  
Wilhelminenspital der Stadt Wien*

### Medizinische Stellungnahme

Die Dringlichkeit einer Sectio caesarea ist sowohl von mütterlichen als auch von kindlichen Faktoren abhängig. Mütterliche Faktoren können zB eine Wehenschwäche mit damit verbundener ungenügender Öffnung des Muttermunds sein. In solch ei-

nem Fall kann – bei normaler fetaler Herzfrequenz – durchaus auch eine Zeit von ungefähr einer Stunde bis zur Kindsentwicklung durch Sectio akzeptiert werden (je nach organisatorischen Möglichkeiten). Eine kindliche Indikation für einen Kaiserschnitt ohne besondere Dringlichkeit wäre zB ein vorzeitiger Blasenprung bei Beckenendlage des Kindes – wiederum natürlich nur bei normaler fetaler Herzfrequenz und Wohlbefinden der Mutter.

Jede geburtshilfliche Notfallsituation hingegen, unabhängig davon, ob von mütterlicher oder kindlicher Seite bedingt, erfordert die Beendigung der Geburt so schnell wie möglich, um das Leben bzw die Gesundheit von Mutter und Kind nicht zu gefährden. Solche Situationen sind zB ein Krampfanfall der Mutter oder auch ein Einreißen der Gebärmutter-Muskulatur, was schwere innere Blutungen zur Folge hat.

Von kindlicher Seite zwingt jeder länger andauernde Abfall der Herzfrequenz oder auch periodisch auftretende Frequenzabfälle (Dezelerationen) mit folgender Azidose des Kindes zu unmittelbarem Handeln. Mit Hilfe einer sog fetalen Blutgasanalyse, wobei durch den Geburtskanal ein Blutstropfen vom kindlichen Köpfchen entnommen und dessen Sauerstoffgehalt gemessen wird, kann über die Stoffwechselsituation und Belastung des Kindes eine sehr genaue Aussage gestellt werden. Je nach gemessenem Wert kann unter weiterer Kontrolle der kindlichen Herztöne zumindest eine halbe Stunde zugewartet werden, oder man ist gezwungen, die Geburt zu beenden.

Falls im Verlauf einer Geburt nun eine solche Notsituation – unmittelbare Gefährdung der Mutter oder Verdacht auf intrauterine Azidose des Kindes – vorliegt und ist der Muttermund nicht vollständig geöffnet oder der kindliche Kopf noch nicht so tief im Becken, dass eine vaginal operative Geburt möglich ist, so ist die Geburt unverzüglich durch eine Sectio zu beenden, um Folgeschäden zu vermeiden.

Besonderes Augenmerk wird hier auf die sog Entscheidungs-Entwicklungs-Zeit (E-E-Zeit) gelegt, die angibt, wie viele Minuten vom Zeitpunkt der Indikationsstellung zur Sectio bis zur Kindsentwicklung vergehen. In der Literatur wird hierfür bei notfallmäßigem Kaiserschnitt ein Maximalwert von 20 Minuten angegeben. Dabei muss allerdings bedacht werden, dass nach 20 Minuten bereits mit schweren Schäden sowohl bei Mutter als auch beim Kind gerechnet werden muss. Es sollte daher das Ziel sein, die E-E-Zeit so kurz wie möglich zu halten. Bei entsprechenden räumlichen und personellen Bedingungen und auch regelmäßigen Trainings-Einheiten für das gesamte Team ist es durchaus möglich, Zeiten von um die 5 Minuten zu erreichen.

Die Folgeschäden für Mutter oder Kind ergeben sich aus den Ursachen für die Notfall-Situation. Das kann für die Mutter zB von einer milden Anämie bis zum Tod durch Verbluten, von vorübergehenden Blutdruckschwankungen bis zu Hirnblutungen mit schwersten neurologischen Schäden reichen. Für das Kind sind mögliche Schäden – je nach der Zeit, die es einer belastenden Situation ausgesetzt war und va nach dem Schweregrad der Azidose – ebenfalls breit gefächert. Mögliche Folgen sind unterschiedlich ausgeprägte Entwicklungsverzögerungen, Teilleistungsschwächen bis hin zu schweren körperlichen und geistigen Behinderungen, Multiorganversagen und Tod unter der Geburt.

Im angeführten Fall handelte es sich um eine kindliche Not-situation, da es zu wiederholten Abfällen der kindlichen Herz-frequenz kam. Ein zusätzlicher Risikofaktor war die vorangegan-gene Kaiserschnitt-Entbindung bei der ersten Schwangerschaft der Patientin, was zusätzliche Komplikationen im Geburtsver-lauf erwarten lassen konnte. Aufgrund des hochgradig patholo-gischen Herzfrequenz-Musters des Kindes bereits zu Beginn der Geburt war mit einer deutlichen Azidose des Kindes bei Fortset-zen eben dieser Belastungssituation zu rechnen. Wie beschrie-ben willigte die werdende Mutter allerdings auch nach nach-drücklicher Aufklärung über Folgeschäden nicht in die dringend indizierte Sectio ein, womit bei klarer Bewusstseinslage der Frau eine Operation zum entsprechenden Zeitpunkt nicht möglich war.

*Gabriele Dinhof  
Oberärztin an der Gynäkologischen und  
Geburtshilflichen Abteilung,  
Wilhelminenspital der Stadt Wien*

## Juristische Stellungnahme aus österreichischer Sicht

### 1. Grundrechtliche Vorbemerkungen

Im Zentrum des vorliegenden Falles steht das Spannungsverhält-nis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Frau und dem Le-bensschutz des Kindes während des Geburtsvorgangs. Die Ableh-nung einer zur Rettung des Kindes erforderlichen Kaiserschnitt-entbindung der Frau fällt als Ausübung ihres Rechts, über ihre körperliche Integrität zu verfügen, in den Schutzbereich des Rechts auf Privatleben gem Art 8 EMRK.<sup>1)</sup> Nicht völlig gesichert ist hingegen, ob das beginnende Leben während der Geburt be-reits in den Schutzbereich des Art 2 EMRK fällt. Folgt man dem VfGH<sup>2)</sup> und OGH,<sup>3)</sup> so besteht vor der Geburt noch kein grundrechtlicher Schutz.<sup>4)</sup> Diese Ansicht ist mit der EGMR-Rsp vereinbar, weil den Vertragsstaaten aufgrund des fehlenden Kon-senses in der Staatengemeinschaft ein Ermessensspielraum einge-räumt ist. Es bleibt den nationalen Rechtsordnungen überlassen,<sup>5)</sup> ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt dem Ungeborenen ein grundrechtlich verankertes Lebensrecht zukommt.<sup>6)</sup> In erster Linie obliegt es daher dem nationalen Gesetzgeber, einen ange-messenen Ausgleich zwischen den konfligierenden Interessen zu verankern.<sup>7)</sup>

### 2. Der gesetzliche Lebensschutz während des Geburtsvorgangs Anwendbarkeit der strafrechtlichen Delikte gegen Leib und Leben

Fallkonstellationen rund um den Geburtsvorgang sind nicht nur allgemein, sondern gerade aus strafrechtlicher Sicht eine beson-dere juristische Herausforderung, denn der dabei vollzogene Übergang zum Menschsein bildet eine entscheidende Zäsur: Da-vor wird das werdende Leben lediglich durch die Regeln über den Schwangerschaftsabbruch geschützt, danach besteht ein unmit-telbarer Schutz wie bei jedem anderen Menschen, sodass die Kör-perverletzungs- und Tötungsdelikte des gerichtlichen Strafrechts voll anwendbar sind. Nach einhelliger Auffassung wird diese ent-scheidende Trennlinie aus strafrechtlicher Sicht nicht erst mit dem Austritt des Kindes aus dem Mutterleib, sondern schon frü-her, und zwar bereits mit dem Beginn der Eröffnungswehen gezo-gen.<sup>8)</sup> Damit ist das Kind schon während des Geburtsvorgangs ge-gen schädigendes Verhalten – auch bei bloßer Fahrlässigkeit – durch die Delikte des StGB gegen Leib und Leben geschützt. Da

im vorliegenden Fall diese Schwelle eindeutig überschritten ist,<sup>9)</sup> kommt bei einer Schädigung des Kindes prinzipiell eine Strafbar-keit nach diesen Delikten in Betracht.

### Begehung der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte durch Unterlassen

Die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte des StGB können nicht nur durch ein schädliches Tun, sondern auch durch ein Un-terlassen begangen werden, sofern für die betreffende Person in der konkreten Situation eine spezielle Pflicht zur Erfolgsabwen-dung, also eine Garantenpflicht besteht (§ 2 StGB).<sup>10)</sup> Diese beson-dere Erfolgsabwendungspflicht zu Gunsten des Kindes wird bei der Hebamme und beim behandelnden Arzt in erster Linie aus der Behandlungsvereinbarung<sup>11)</sup> mit der Schwangeren/Mut-ter abzuleiten sein,<sup>12)</sup> daneben sind aber grundsätzlich auch an-dere, von ihrem Willen unabhängige Quellen für die Konstituie-rung einer spezifischen Rechtspflicht im Auge zu behalten.<sup>13)</sup> Ein Nichthandeln während des Geburtsvorgangs, wie zB die Unter-lassung einer zur Rettung des Kindes erforderlichen Kaiser-schnittentbindung, kann für Hebammen und Ärzte daher prinzi-piell strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Konkret kommt für den Fall, dass das Kind während oder nach der Geburt stirbt, eine

1) MwN nur *Wiederin*, Art 8 EMRK, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfas-sungsrecht Rz 34 (2002). Vgl die zur medizinisch indizierten Abtreibung entstan-dene EGMR-Rsp: zuletzt EGMR 20. 3. 2007, *Tysiac*, Appl 5410/03 (Z 107); 16. 12. 2010, *A, B und C*, Appl 25579/05 (Z 212).

2) VfSlg 7400/1974.

3) OGH 25. 5. 1999, 1 Ob 91/99 k RdM 1999, 177 (182).

4) MwN *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Art 2 EMRK Rz 18; *Aicher* in *Rummel* § 22 Rz 12.

5) EGMR 8. 7. 2004, *Vo*, Appl 53924/00 (Z 82); 10. 4. 2007, *Evans*, Appl 6339/05 (Z 54); 16. 12. 2010, *A, B, und C*, Appl 25579/05 (Z 222).

6) Das Meinungsspektrum, wann der Lebensschutz des Ungeborenen beginnt, reicht von der Nidation der befruchteten Eizelle im Uterus bis hin zur Lebensfähig-keit des Nasciturus, mwN *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Art 2 EMRK Rz 15; *Frowein*, Art 2 EMRK, in *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar<sup>3</sup> (2009) Rz 3 f; *Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz 368; *ders*, Lehrbuch Verfassungsrecht<sup>2</sup> (2008) Rz 1339 ua.

7) Vgl zuletzt EGMR 16. 12. 2010, *A, B und C*, Appl 25579/05 (Z 213, 237 ff).

8) Vgl *Moos*, WK StGB<sup>2</sup> Vorbem §§ 75 – 79 Rz 12; *Schmoller*, SK StGB § 96 Rz 7; *Bertel/Schwaighofer*, BT I<sup>11</sup> (2010) § 79 Rz 1 und § 96 Rz 3; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>9</sup> (2009) 5; *Kienapfel/Schroll*, BT I<sup>5</sup> (2003) Vorbem 75 ff Rz 6; *Lewisch*, BT I<sup>2</sup> 5; *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I (2011) Vorbem §§ 75 ff und §§ 96 ff Rz 4.

9) Auf die Frage, wann der entscheidende Übergang zum Menschsein bei einer Kai-serschnittentbindung anzusetzen wäre, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, vgl dazu die Ausführungen bei *Pscheidl/Gerstner*, Die Bedeutung der Geburt im Strafrecht, RdM 2006/90 sowie *Bertel/Schwaighofer*, BT I<sup>11</sup> § 96 Rz 3; *Schmoller*, SK StGB § 96 Rz 7; *Lewisch*, BT I<sup>2</sup> 5 und *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I Vorbem §§ 75 ff und §§ 96 ff Rz 4.

10) Darüber hinaus ist unabhängig vom Bestehen einer aus § 2 StGB abzuleitenden spezifischen Pflicht zum Tätigwerden auch an eine mögliche Strafbarkeit wegen Unterlassen der Hilfeleistung nach § 95 Abs 1 StGB zu denken.

11) Grundlage für die Behandlungsvereinbarung bildet im vorliegenden Fall ein Krank-hausaufnahmevertrag zwischen werdender Mutter und Krankenanstaltenträger. Die beigezogene Hebamme und der behandelnde Arzt werden als Erfüllungsgel-ehilfen gem § 1313 a ABGB für den Krankenhausträger tätig. Dieser Vertrag entfal-tet auch Schutzwirkungen (Handlungs- und Schutzpflichten) zugunsten des Nas-citurus: OGH 7. 11. 1995, 4 Ob 554/95 RdM 1996, 54. Dazu auch *Kopetzki*, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67 (72). Zur ähnlichen Rechtslage in D vgl zB *Schramm*, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht (1992) 108 ff.

12) Dabei kann davon ausgegangen werden, dass eine Behandlungsübernahme bei einer Schwangeren oder bei einer Mutter während des Geburtsvorgangs zu einer Garantenstellung von beteiligtem Arzt und beteiligter Hebamme führt (vgl § 49 Abs 1 ÄrzteG; § 6 Abs 1 HebG und *Hilf*, WK StGB<sup>2</sup> § 2 Rz 88 mwN), die als Ne-beneffekt auch umfassende Erfolgsverhinderungspflichten hinsichtlich der Lei-befrucht bzw hinsichtlich des Kindes bewirkt.

13) Die aus § 48 ÄrzteG und § 6 Abs 2 HebG ableitbare allgemeine Hilfeleistungs-pflicht im Notfall reicht für eine Garantenstellung nicht aus, vgl *Hilf*, WK StGB<sup>2</sup> § 2 Rz 70. Vgl zuletzt, im Hinblick auf einen Schadenersatzprozess: OGH 8. 6. 2010, 4 Ob 71/10 k RdM 2010, 154 (*Leischner*). Eine Garantenstellung kann sich aber aus den Regeln über die Unabweisbarkeit iSd § 22 Abs 4 KAKUG oder zB auch aus konkreten Pflichten zur Behandlungsübernahme bei Ärzten, die Bereitschaftsdienst haben, ergeben: vgl zuletzt OGH 11. 5. 2010, 4 Ob 36/10 p RdM 2010, 149 (*Bernat*).

Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung nach § 80 StGB, uU auch „unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ nach § 81 StGB in Betracht.

### Garantenstellung der Mutter während der Geburt?

Ungeklärt ist die für den vorliegenden Fall bedeutsame Frage, inwieweit auch für die Mutter während der Geburt eine besondere rechtliche Pflicht besteht, auftretende Gefahren für das Kind durch aktives Tätigwerden, etwa durch die Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlung abzuwenden. Für die Zeit davor, also während der Schwangerschaft, wird eine Garantenstellung zum Teil überhaupt,<sup>14)</sup> zum Teil explizit für die Frage des Verpflichtetseins, medizinische Behandlungen zum Schutz der Leibesfrucht vorzunehmen, verneint.<sup>15)</sup> Vertreten wird aber auch die gegenteilige Auffassung: Danach könnte die Schwangere prinzipiell auch zur Inanspruchnahme von medizinischen Behandlungen verpflichtet sein.<sup>16)</sup> Auch in der Literatur zur vergleichbaren Problematik in Deutschland lassen sich Beispiele für die prinzipielle Annahme einer solchen Rechtspflicht während der Schwangerschaft finden.<sup>17)</sup> In der hier besonders interessierenden Phase nach dem Einsetzen der Eröffnungswehen erhalten die Argumente für das Bestehen einer Garantenstellung der Mutter gegenüber dem Kind freilich noch größeres Gewicht. Konkret gibt es zB in einer E des dBGH Belege für die Annahme, dass nach Einsetzen der Geburtswehen eine besondere Pflicht der Mutter bestehen kann, sich im Bedarfsfall im Interesse einer optimalen gesundheitlichen Versorgung des Kindes in medizinische Behandlung zu begeben.<sup>18)</sup>

Die dogmatische Begründung einer besonderen Rechtspflicht der Mutter, während der Geburt zum Schutz des Kindes tätig zu werden, bereitet aber durchaus Schwierigkeiten: Aus zivilrechtlicher Sicht ist der Nasciturus bis zur vollendeten Geburt als ungeboren iSd §§ 16, 22 ABGB anzusehen.<sup>19)</sup> Damit erscheint es aber zweifelhaft, die Annahme einer Garantenstellung in dieser Phase bereits auf die Beistandspflicht nach § 137 Abs 2 ABGB zu stützen.<sup>20)</sup> Im Übrigen ist auch davon auszugehen, dass die Regeln über die Obsorge im Hinblick auf das Kind erst ab dessen vollendeter Geburt anzuwenden sind (§§ 16 iVm 144 ff ABGB). Immerhin postuliert § 22 ABGB aber bereits ab Empfängnis einen hochrangigen (wenn auch mit dessen Lebendgeburt bedingten) Schutz des Ungeborenen<sup>21)</sup> und damit ein Recht auf körperliche Unversehrtheit und Leben, sodass jede Verletzung des Ungeborenen

grundsätzlich rechtswidrig ist.<sup>22)</sup> Das Kind kann sohin nach Erlangung seiner Rechtspersönlichkeit Schadenersatzforderungen gegen den Schädiger stellen, der vor oder während der Geburt seine körperliche Integrität verletzt hat, sofern ein Schaden nach der Geburt vorhanden ist.<sup>23)</sup> Eine Kuratorbestellung für den Nasciturus (§ 22 iVm § 269 ABGB) zur Wahrung seiner körperlichen Integrität scheidet aber aus, weil eine solche nur zur Vertretung seiner Erbrechte in Betracht kommt, nicht aber um die Entscheidungsbefugnisse der werdenden Mutter zu nehmen. Für die Frage, ob für die werdende Mutter eine Garantenpflicht gegenüber ihrem Kind besteht, lässt sich somit aus § 22 ABGB nichts Verlässliches ableiten. Denn § 22 ABGB begründet für sich genommen nur Enthaltungspflichten, aber noch keine eigenständigen Handlungspflichten der werdenden Mutter zu Gunsten des Nasciturus.<sup>24)</sup>

Trotz dieser Unsicherheiten wird man aber in gewissem Umfang doch eine Garantenstellung der Mutter zum Schutz des Kindes während der Geburt zu bejahen haben. Einen Anhaltspunkt dafür könnte zum einen § 3 Abs 1 HebG bieten, wonach die Schwangere zumindest verpflichtet ist, bei der Geburt eine Hebamme beizuziehen.<sup>25)</sup> Darüber hinaus könnten Garantenpflichten in besonderen Fällen einer selbst zu verantwortenden Gefahrenlage auf gefahrbe gründendes Vorverhalten gestützt werden.<sup>26)</sup>

### 3. Selbstbestimmungsrecht der Mutter während der Geburt

#### Begrenzungen der Behandlungspflicht

Die weit reichenden Rettungs- und Hilfspflichten von beigezogener Hebamme und behandelndem Arzt zu Gunsten des Kindes können durch das Selbstbestimmungsrecht der Mutter Begrenzungen erfahren. Zum einen sind die Pflichten Ausfluss der Behandlungsvereinbarung mit der Mutter und können durch diese daher auch bis zu einem gewissen Grad modifiziert werden.<sup>27)</sup>

14) Vgl *Nowakowski* in der Voraufgabe des WK StGB<sup>1</sup> § 2 Rz 18.

15) *Kienapfel/Schroll*, BT I<sup>5</sup> § 96 Rz 11.

16) *Schmoller*, SK StGB § 96 Rz 31 und – darauf verweisend – *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I §§ 96 – 98 Rz 3.

17) Dabei variieren die dogmatischen Begründungen für die Annahme einer Garantenstellung und die Reichweite der durch sie begründeten Erfolgsabwendungspflichten beträchtlich; zum unterschiedlichen Meinungsspektrum vgl vor allem *Merkel* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch<sup>3</sup> (2010) § 218 Rz 92 ff.

18) Vgl aus jüngerer Zeit das Urteil des deutschen BGH v 12. 11. 2009, 4 StR 227/09 NSZ 2010, 214.

19) Der volle Schutz der Gesetze besteht sohin erst mit (vollständigem) Austritt des (lebenden) Kindes aus dem Mutterleib: *Aicher* in *Rummel*<sup>6</sup> § 16 Rz 5; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 16 Rz 7 ([www.rdb.at](http://www.rdb.at)); *Posch* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 16 Rz 9 f; aA *Wolff* in *Klang* I/12 127 (ab Ausstoßung des Kindes aus dem Mutterleib, nicht erst mit Durchtrennung der Nabelschnur). Vgl dazu auch § 1 dBGB.

20) *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I<sup>5</sup> 20 verweisen zwar auf diese Bestimmung iZm der Möglichkeit der Begehung von § 79 StGB durch Unterlassen, führen dies jedoch nur bei den (insoweit unproblematischen) Fallkonstellationen einer unterlassenen Rettungshandlung nach der Geburt (§ 79 2. Fall StGB) explizit aus. Vgl auch *Barth* in *Klang*<sup>3</sup> § 137 Rz 14, der nur auf die Garantenstellung zwischen Eltern und (volljährigen) Kindern eingeht.

21) § 22 ABGB: „Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an, einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre [...] Rechte [...] zu tun ist, werden sie als Geborene angesehen.“ dazu *Aicher* in *Rummel*<sup>6</sup> § 22 Rz 1 f; *Posch* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 22 Rz 2.

22) *Posch* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 16 Rz 18 und § 22 Rz 6; *Aicher* in *Rummel*<sup>6</sup> § 22 Rz 1 und 3; *Kozioł/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> (2010) § 22 Rz 3; *F. Bydlinski*, Der Schutz des Ungeborenen in zivilrechtlicher Sicht, in *Pammer/Weiler* (Hrsg), Volle Menschenrechte für das ungeborene Kind (1980) 89 (91); *Kopetzki*, RdM 1994, 68 f mwN.

23) *Wolff* in *Klang* I/12 156 f; *Aicher* in *Rummel*<sup>6</sup> § 22 Rz 7 f; *Posch* in *Schwimmann*<sup>3</sup> § 22 Rz 6 f; OGH 13. 9. 1979, 8 Ob 106/79 SZ 52/136; 25. 3. 1980, 2 Ob 27/80 ZVR 1980/299. Vgl mwN zur Schweizer und deutschen Rechtslage: zB *Hofmann*, AJP/PJA 7/2008, 862; *Brüggemeier*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich (2006) 254 ff. Kein Schadenersatzanspruch des behindert geborenen Kindes besteht wegen verabsäumter Abtreibung und dadurch Nichtverhinderung der eigenen Existenz: OGH 1 Ob 91/99 k RdM 1999/23. Eine Schadenersatzpflicht der fährlässig handelnden Mutter gegenüber ihrem geborenen Kind ist aber wohl aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts zurückhaltend zu behandeln. Dazu *Selb*, Schädigung des Menschen vor Geburt – ein Problem der Rechtsfähigkeit? AcP 166 (1966) 76 (110 ff, insb 116 ff); *Stoll*, Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschäden, in *Dietz* (Hrsg), in FS Nipperdey I (1965) 758: „Fehlt es am Vorsatz, so ist bei gesundheitsschädigenden Einwirkungen auf eine Leibesfrucht die Grenze zwischen Recht und Unrecht schwer zu ziehen, weil dem Lebensrecht des Nasciturus das Persönlichkeitsrecht der Mutter gegenübersteht.“ AA *Dullinger/Kerschner* in *Loderbauer* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht<sup>4</sup> (2011) 3.

24) In dS auch *Kopetzki*, RdM 1994, 70 und 72. Dies gilt wohl auch dann, wenn man aus § 22 ABGB eine „Sorgepflicht“ der Eltern gegenüber dem Ungeborenen ableitet: *F. Bydlinski* in *Pammer/Weiler* 91 f.

25) Vgl dazu ErläutRV 1461 BgNR 18. GP 28.

26) Zu weitgehend erscheint es, schon in dem zur Schwangerschaft führenden Geschlechtsverkehr den Entstehungsgrund für die Garantenpflicht zu erblicken; vgl dazu allerdings *Merkel* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch<sup>3</sup> (2010) § 218 Rz 92 ff. Dagegen hätte eine maßvolle Aktivierung des (ansonsten zu Recht überwiegend abgelehnten) Entstehungsgrundes „enger natürlicher Verbundenheit“ für die Annahme einer Garantenstellung (generell befürwortet bei *Kienapfel/Höpfel*, AT I<sup>3</sup> Z 30 Rz 12 f) gerade in der vorliegenden Situation einiges für sich; vgl zum Meinungsstand *Hilf*, WK StGB<sup>2</sup> § 2 Rz 73.

27) Grenze der Behandlungspflicht bilden der ablehnende Patientenwille nach § 110 Abs 1 StGB sowie die *leges artis* nach § 8 Abs 2 KAKuG, im Detail dazu *Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruches (2010) 9 (19 f) mwN.

Zum anderen ist die Ausübung von Rettungshandlungen für das Kind praktisch immer mit einer medizinischen Behandlung auch der Mutter verbunden und setzt damit ihre Einwilligung voraus.

Mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen zum Bestehen einer Garantenstellung der Mutter ist freilich zu überlegen, ob nicht in bestimmten Fällen eine Pflicht besteht, eine medizinische Behandlung in Anspruch zu nehmen, die für sie selbst nur mit begrenztem Risiko verbunden ist, die zugleich aber im dringenden gesundheitlichen Interesse des Kindes liegt. Soweit man eine solche – mit Blickrichtung auf das Selbstbestimmungsrecht bei medizinischen Behandlungen generell problematische – Opferpflicht bejaht, ist diese aber jedenfalls durch ein allgemeines Zutunbarkeitsverbot begrenzt.<sup>28)</sup> Eine Verpflichtung zur Duldung eines so schwerwiegenden Eingriffs in die körperliche Integrität wie bei einer Kaiserschnittbindung wird damit nicht bestehen.

### Behandlungsverbot bei Vorliegen einer Behandlungsverweigerung

Liegt eine eindeutige Verweigerung einer Kaiserschnittbindung durch die Mutter vor, ist dies zu respektieren. Eine trotzdem erfolgte Behandlung der Mutter wäre als eigenmächtige Heilbehandlung nach § 110 Abs 1 StGB tatbestandsmäßig und prinzipiell auch als solche strafbar.<sup>29)</sup> Das gilt im Übrigen sogar dann, wenn man in Bezug auf eine bestimmte medizinische Behandlung im Einzelfall doch eine Duldungspflicht der Mutter bejahen sollte. Denn selbst wenn man die Rechtswidrigkeit einer Behandlungsverweigerung durch die Mutter unterstellt, bedeutet das nicht, dass damit die Durchsetzung der Behandlung gegen ihren Willen durch die Hebamme und den Arzt erlaubt wäre.<sup>30)</sup> Zum einen wird eine Berufung auf Notwehr in Form der Nothilfe ausscheiden, weil ein Unterlassen in einer solchen Situation regelmäßig nicht als ein rechtswidriger Angriff angesehen werden kann.<sup>31)</sup> Aber auch eine Berufung auf rechtfertigenden Notstand wird im Hinblick auf das Angemessenheitsverbot der Rettungshandlung<sup>32)</sup> zumindest für schwerere Eingriffe nicht in Betracht kommen.

### Voraussetzungen einer Behandlungsverweigerung

Primäre Voraussetzung für eine wirksame Behandlungsverweigerung ist freilich, dass die werdende Mutter einwilligungsfähig ist. Dies hat in erster Linie der behandelnde Arzt einzuschätzen. Entscheidend ist, dass die Patientin die Bedeutung und Tragweite der Durchführung oder Unterlassung der Behandlung für sich und für das Kind erfassen und demgemäß ihre Entscheidung treffen kann.<sup>33)</sup> Dass die Ablehnung unvernünftig ist, lässt für sich jedenfalls noch nicht auf ein Fehlen ihrer Einwilligungsfähigkeit schließen.<sup>34)</sup>

Aufgrund der Ablehnung erhöhen sich die ärztlichen Informationspflichten dahingehend, dass insb auf die negativen Folgen der Unterlassung für die Frau und das Kind hinzuweisen ist. Die Belehrung hat dabei umso ausführlicher und eindringlicher zu sein, je klarer für den Arzt die schädlichen Folgen des Unterbleibens des Eingriffs sind und je dringlicher die weitere Behandlung aus der Sicht eines vernünftigen und einsichtigen Patienten erscheinen muss. Vor allem ist die Patientin über die nur dem Fachmann erkennbaren Gefahren aufzuklären, weil sie andernfalls die Tragweite ihrer (Handlung oder) Unterlassung nicht überschauen und daher ihr Selbstbestimmungsrecht nicht in zurechenbarer Eigenverantwortung wahrnehmen kann.<sup>35)</sup>

Der Ehemann darf aufgrund der Schweigepflicht im Rahmen des Aufklärungsgesprächs jedenfalls nur bei (auch wenn nur konkludentem) Einverständnis der Ehefrau bzw auf ihr Verlangen beigezogen werden (§ 54 ÄrzteG; § 7 HebG; § 9 KAKuG).<sup>36)</sup>

### Formfreiheit der Ablehnung und Dokumentationspflichten

Die Einholung einer schriftlichen Ablehnung der Schwangeren ist nicht notwendig. Es reicht eine ausdrückliche mündliche Erklärung aus.<sup>37)</sup> Eine unmittelbar vor der fraglichen Behandlung abgegebene Erklärung stellt somit auch in mündlicher Form eine zu respektierende Ablehnung dar.<sup>38)</sup>

Vor allem aus Beweissicherungszwecken ist eine umfassende Dokumentation über die stattgefundene Aufklärung, den Zustand der Schwangeren und des Kindes sowie der Willenserklärung der Frau in der Krankengeschichte unbedingt geboten (§ 51 ÄrzteG; § 10 Abs 1 Z 2 KAKuG).<sup>39)</sup> Würde eine diesbezügliche Dokumentation verabsäumt werden, begründet dies grundsätzlich die Vermutung, dass die Aufklärung oder die Ablehnung nicht erfolgten.<sup>40)</sup> Eine – wie im vorliegenden Fall – gemeinsame Dokumentation der Ablehnung durch den Arzt und durch die Hebamme ist daher zu empfehlen.<sup>41)</sup>

### Handlungspflichten trotz wirksamer Ablehnung

Die fehlende Möglichkeit, entgegen dem Willen der einwilligungsfähigen Schwangeren vorzugehen, befreit die behandelnden Ärzte jedoch nicht von jeglicher (Be)handlungspflicht. Vielmehr ist eine kontinuierliche Überwachung des Gesundheitszustands der Frau und des Kindes durch den Arzt bzw nach ärztlicher Anordnung durch die Hebamme (§ 4 Abs 1 iVm Abs 3 Z 5 HebG) weiterhin geboten (§ 49 Abs 1 ÄrzteG; § 6 Abs 1 HebG). Nur dadurch kann der Krankenanstaltenträger seinen (vertraglichen)

28) Vgl zu diesem Gedanken auch *Schmoller*, SK § 96 Rz 31, die Regelung des § 95 Abs 2 StGB und – allgemein für das Unterlassungsdelikt – *Fuchs*, AT I<sup>7</sup> 359.

29) Falls der Eingriff ausschließlich im gesundheitlichen Interesse des Kindes liegt, wäre es auch denkbar, ihn als eine (schwere) Körperverletzung nach §§ 83, 84 Abs 1 StGB an der Mutter, die einer Einwilligung nach § 90 StGB bedürfte, aufzufassen. Im Hinblick auf die (noch) bestehende physische Gemeinschaft von Mutter und Kind vor vollendeter Geburt ist aber die Sichtweise vorzuziehen, einen medizinisch indizierten Eingriff, der insgesamt im gemeinsamen besten gesundheitlichen Interesse von Mutter und Kind liegt, als Heilbehandlung und nicht als Körperverletzung anzusehen.

30) Vgl aus der deutschen Literatur zB *Eser* in *Schönke/Schröder*, dStGB<sup>28</sup> (2010) § 218 Rz 41.

31) Prinzipiell ist es zwar denkbar, im Unterlassen eines Garanten einen Angriff zu erblicken, vgl *Kienapfel/Höpfel*, AT<sup>13</sup> Z 11 Rz 5; für die Fälle der Nichtinanspruchnahme medizinischer Hilfe für einen seiner Obhut unterliegenden Schützling kommt dies aber – bei nicht selbst zu verantwortender Behandlungsbedürftigkeit – wohl nicht in Betracht, vgl dazu die Kriterien bei *Fuchs*, AT I<sup>7</sup> 151 und *Lewis*, WK StGB<sup>2</sup> § 3 Rz 16.

32) Zu diesem Erfordernis vgl *Lewis*, WK StGB<sup>2</sup> Nachbem zu § 3 Rz 93 ff; *Kienapfel/Höpfel*, AT<sup>13</sup> Z 12 24; *Fuchs*, AT I<sup>7</sup> 165 ff; krit dazu allerdings *Triffterer*, AT<sup>2</sup> 233. Erlaubt wäre allenfalls die – unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens erfolgende – Ausübung „sanfter Drucks“, um doch noch die Einwilligung zu erlangen. Eine Strafbefreiung wegen entschuldigenden Notstands nach § 10 StGB erscheint freilich möglich.

33) *Stabentheiner* in *Rummel*<sup>3</sup> § 146 c ABGB Rz 3; *Barth* in *Klang*<sup>3</sup> § 146 c ABGB Rz 19 ff; *Barth/Dokalk* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht<sup>2</sup> 179 ff.

34) OGH 21. 10. 1987, 8 Ob 652/87 ÖJZ 1988/6. Vgl mwN nur *Kopetzki*, Behandlungsablehnung trotz vitaler Indikation. Juristische Stellungnahme, RdM 2010/4, 15 ff.

35) OGH 4. 8. 2009, 9 Ob 64/08 i RdM 2009/156, 217 = *Hubinger*, RdM 2010, 30; OGH 3 Ob 77/10 k RdM-LS 2010/52 = iFamZ 2010/235.

36) *Aigner/Kierein/Kopetzki*, ÄrzteG 1998<sup>3</sup> (2007) § 54 Anm 7; *Leitner* in *Emberger/Wallner*, ÄrzteG<sup>2</sup> (2008) § 54 Anm 12.

37) MwN nur *Barth/Dokalk* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht<sup>2</sup> 177; *Emberger* in *Emberger/Wallner*, ÄrzteG<sup>2</sup> § 49 Anm 5.2.5.

38) Unabhängig davon, ob man hier von einer qualifiziert beachtlichen Patientenverfügung oder einer aktuellen Willenserklärung iSd § 110 StGB spricht, ist diese für den Arzt verbindlich. MwN *Barth/Dokalk* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht<sup>2</sup> 419; *Kopetzki*, Das Patientenverfügungsgesetz im System der Rechtsordnung, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 127 (137); *Kopetzki*, RdM 2010/4, 15 ff.

39) *Leischner*, Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen (2007) 63 ff; *Juen*, Arzthaftungsrecht<sup>2</sup> (2005) 143 ff.

40) Die stattgefundene ordnungsgemäße Aufklärung und die Ablehnung der Sectio ist durch den Vertragspartner (hier: Krankenanstaltenträger) zu beweisen: Dazu *Leischner*, Streitbeilegung 137 ff; *Juen*, Arzthaftungsrecht<sup>2</sup> 245 ff; OGH 12. 8. 2004, 1 Ob 139/04 d RdM 2004, 188.

41) Dies entspricht auch dem „Teamgedanken als Garant für eine gute Zusammenarbeit zwischen Ärzten und Hebammen“ bei Vorliegen einer regelwidrigen Geburt: ErläutRV 1461 BlgNR 18. GP 28.

Informations- und Sorgfaltspflichten<sup>42)</sup> entsprechen. Verschlechtert sich der Zustand des Kindes, ist die Frau neuerdings über die Sachlage aufzuklären und ihr die Gelegenheit zu geben, ihre Meinung zu ändern. Ein Widerruf der zuvor abgegebenen Ablehnung ist nämlich jederzeit – auch nach Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit – formlos möglich (§ 10 Abs 2 PatVG).<sup>43)</sup> Eine umfassende Dokumentation über die durchgeführten Behandlungsmaßnahmen ist auch hier geboten.<sup>44)</sup>

Aline Leischner/Hannes Schütz  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Abteilung  
Medizinrecht/Institut für Strafrecht und Kriminologie,  
Universität Wien

## Anmerkungen zur Diskussion in den USA

1. Eltern haben die Obsorge über ihre minderjährigen Kinder. Im Rahmen dieser Befugnis sind sie berechtigt – aber auch verpflichtet – ihre Kinder zu vertreten, ihr Vermögen zu verwalten, sie zu erziehen und für ihr leibliches und seelisches Wohl zu sorgen.<sup>45)</sup> Weil Eltern zur Wahrung der körperlichen Integrität ihrer minderjährigen Kinder verpflichtet sind, haben diese gegen ihre Eltern im Krankheitsfall auch den gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Gewährung angemessener Heilbehandlung. Verletzen die Eltern ihre diesbezüglich einschlägigen Pflichten, kann ihnen (zumindest für diesen Teilbereich) die Obsorge vom Gericht entzogen werden. Geschieht dies, bestimmt das Gericht regelmäßig einen neuen Obsorgeträger, dem aufgetragen wird, bestimmte ärztliche Maßnahmen zu veranlassen, für deren Vornahme eine medizinische Indikation besteht.<sup>46)</sup>

Die soeben geschilderten Prinzipien sind nicht nur im österreichischen Recht verankert, über ihre Geltung besteht grundsätzlich wohl weltweit Einigkeit.<sup>47)</sup> Demgegenüber wird in der internationalen Diskussion mehr als strittig beurteilt, ob schwangere Frauen ihre allgemeine Handlungsfreiheit zugunsten des Kindes, dessen Geburt geplant ist, einschränken müssen. Haben sie die Rechtspflicht, Verhaltensweisen zu unterlassen, die potentiell geeignet sind, der Gesundheit des künftigen Kindes zu schaden?<sup>48)</sup> Müssen sie sich uU sogar einem aktiven Verhaltensprogramm unterwerfen, das im Dienste der Gesundheit dieses Kindes steht?

Diese Fragen stehen seit Beginn der 1980er Jahre im Zentrum einer sehr lebhaft geführten Diskussion unter amerikanischen Rechtswissenschaftlern, die durch eine Entscheidung des Supreme Court des Staates Georgia ausgelöst worden ist. In der Rs *Jefferson v Griffin Spalding County Hospital Authority*<sup>49)</sup> musste dieses Höchstgericht – soweit zu sehen erstmalig in den Vereinigten Staaten von Amerika – zwei Fragen entscheiden: Ist eine Frau überhaupt dazu verpflichtet, in die Vornahme einer Schnittentbindung (Sectio) einzuwilligen, wenn dieser Eingriff notwendig erscheint, um das Leben des Fötus zu retten? Und bejahendfalls: Darf die Sectio zwangsweise vorgenommen werden, wenn sich die Frau – im Widerspruch zu einem gerichtlich ergangenen Befehl – weigert, sich einem solchen Eingriff zu unterziehen?

2. In *Jefferson v Griffin Spalding County Hospital Authority* ging es um eine Frau in der 39. Schwangerschaftswoche, bei der eine Vaginalgeburt aufgrund von Placenta praevia<sup>50)</sup> nicht möglich erschien. Seitens des Spitals meinte man, dass das Kind eine Vaginalgeburt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht überleben würde, der Schwangeren gab man eine bloß 50%ige Überlebenschance. Demgegenüber wurde festgestellt, dass sowohl das Überleben der Mutter als auch das ihres Kindes bei Vornahme der Sectio mehr oder weniger garantiert werden

könne – und dass die Gefahren dieses Eingriffs für beide minimal seien. Die voll einwilligungsfähige Schwangere verweigerte jedoch aus religiösen Gründen sowohl die Vornahme der Schnittentbindung als auch eine allenfalls erforderliche Transfusion von Blut. Daraufhin rief der Spitalsträger ein für Jugendwohlfahrtsangelegenheiten zuständiges Gericht an, das die zeitlich befristete Obsorge für den Ungeborenen sowie die spezielle Befugnis, der zwangsweisen Vornahme einer Sectio zuzustimmen, auf eine Behörde des Staates Georgia übertrug. Des weiteren trug dieses Gericht der Schwangeren auf, sich einer Ultraschalluntersuchung zu unterziehen und für den Fall, dass der Geburtskanal weiterhin nicht durchgängig sei, „to submit to a Caesarian section and related procedures considered necessary by the attending physician to sustain the life of this child.“<sup>51)</sup> Zur Begründung dieses Spruches brachte das Gericht vor, „that the State has an interest in the life of this unborn, living human being“ und dass „the intrusion involved into the life of [the mother] is outweighed by the duty of the State to protect a living, unborn human being from meeting his or her death before being given the opportunity to live.“<sup>52)</sup> Das gegen diese Entscheidung gerichtete Rechtsmittel der Schwangeren blieb erfolglos, der Spruch des Erstgerichts wurde vom Supreme Court des Staates Georgia ohne nähere Begründung bestätigt.<sup>53)</sup>

3. Die Entscheidung in der Rs *Jefferson* wird vom amerikanischen Schrifttum überwiegend kritisiert,<sup>54)</sup> teilweise wird ihr aber mit nicht uninteressanten Argumenten zugestimmt. *Robertson* betont, dass das vom US Supreme Court 1973 anerkannte Grundrecht auf Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs<sup>55)</sup> die Rechtsordnung nicht daran hindere, Frauen, die sich einmal zum Austragen des Kindes entschieden haben, zu verpflichten, „to assure that the fetus is born as healthy as possible.“<sup>56)</sup> Anders gewendet: Sobald Frauen im dritten Trimester schwanger sind, ist es ihnen

42) Siehe FN 11.

43) Siehe nur *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, HB Sachwalterrecht<sup>2</sup> 430 mwN.

44) Zu den Beweiserleichterungen beim Beweis eines Behandlungsfehlers: *Leischner*, Streitbeilegung 129 ff, 136 f; *Juen*, Arzthaftungsrecht<sup>2</sup> 229 ff; OGH 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94 SZ 67/9.

45) Vgl für österr Recht nur *Kozial/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I<sup>9</sup> (2006) 539 f.

46) Dazu aus österr Sicht *Zankl*, Eigenmächtige Heilbehandlung und Gefährdung des Kindeswohls, ÖJZ 1989, 299 ff; *Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681 ff; *Bernat*, Die medizinische Behandlung Minderjähriger im österreichischen Recht, VersR 2002, 1467 (1472); OGH 23. 11. 1993, 5 Ob 565/93 SZ 66/153.

47) Vgl für englisches und amerikanisches Recht nur *Bainham*, Children: The Modern Law<sup>2</sup> (1998) 241 ff; *McHale et al*, Health Care Law. Text and Materials<sup>2</sup> (2007) 405 ff.

48) Bejahend: *Grodin v Grodin*, 301 NW2d 869 (Court of Appeals of Michigan, 1980).

49) 274 SE2d 457 (Georgia Supreme Court, 1981).

50) Bei totaler Placenta praevia ist der innere Muttermund vom Mutterkuchen vollständig bedeckt, eine Vaginalgeburt ist mit extremen Risiken sowohl für die Schwangere als auch das Kind verbunden; siehe *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch<sup>258</sup> (1998) 1249.

51) 274 SE2d 457, 460.

52) 274 SE2d 457, 460.

53) Im Sinne von *Jefferson v Griffin Spalding County Hospital Authority*, 274 SE2d 457, auch *In re Madyun*, 114 Daily Wash L Rptr 2233 (District of Columbia Superior Court, 1986); dagegen: *In re AC*, 573 A2d 1235 (District of Columbia Court of Appeals, 1990); *In re Baby Boy Doe*, 632 NE2d 326 (Appellate Court of Illinois, First District, Second Division, 1994); für englisches Recht: *Scott*, Maternal duties toward the unborn? Soundings from the law of tort, Medical L Rev 8 (2000) 1 ff; *dies*, The pregnant woman and the good Samaritan. Can a woman have a duty to undergo a Caesarian section? Oxford J Leg Studies 20 (2000) 407 ff.

54) Siehe bloß stellvertretend, *Annas*, Forced Cesiarians: The most unkindest cut of all, Hastings Center Report 12/3 (1982) 16 f 45; *Gallagher*, Prenatal invasions & interventions: What's wrong with fetal rights, Harv Women's L J 10 (1987) 9 ff; *Rhoden*, The judge in the delivery room: The emergence of court-ordered cesarians, California L Rev 74 (1986) 1951 ff; für englisches Recht: *Scott*, Maternal duties toward the unborn? Soundings from the law of tort, Medical L Rev 8 (2000) 1 ff; *dies*, The pregnant woman and the good Samaritan. Can a woman have a duty to undergo a Caesarian section? Oxford J Leg Studies 20 (2000) 407 ff.

55) *Roe v Wade*, 410 US 113, 153 (1973): „The right of privacy [ . . . ] is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy.“

56) *Robertson*, The right to procreate and in utero fetal therapy, J Legal Med 3 (1982) 333 (352).

nach amerikanischem Recht grds verboten, eine Abtreibung vornehmen zu lassen. Sobald sie nicht mehr abtreiben dürfen, sind sie aber Garanten für die Gesundheit des künftigen Kindes und nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verpflichtet, alles zu tun, um sicherzustellen, dass das Recht dieses Kindes auf geistige und körperliche Integrität nicht beeinträchtigt werde.<sup>57)</sup> Aus diesem Grund spricht sich *Robertson* – nach vorsichtigem Abwägen – für die Legitimität der nichtkonsentierten Sectio aus, und zwar in Anknüpfung an Präjudizien, die ihm analogiefähig erscheinen: In *Jacobson v Massachusetts*<sup>58)</sup> bejahte der US Supreme Court die Verfassungskonformität der Zwangsimpfung und in *Commissioner of Correction v Myers*<sup>59)</sup> sprach das Höchstgericht des Staates Massachusetts aus, dass die Zwangsernährung von Strafgefangenen zwar in deren „right of privacy and interest of bodily integrity“ eingreife, dass sie aber gerechtfertigt sei, um die Gefängnisdisziplin sowie die „institutional security, and the rehabilitation of prisoners“ zu gewährleisten.<sup>60)</sup> Und schließlich haben einige Staatengerichte die zwangsweise Verabreichung von Bluttransfusionen in Fällen befürwortet, in denen die Schwangere einen solchen Eingriff aus religiösen Gründen verweigerte, die Nichtgabe von Fremdblut aber entweder zur Totgeburt oder zu einem schweren gesundheitlichen Schaden des Kindes geführt haben würde.<sup>61)</sup> In all diesen Fällen haben die Gerichte betont, dass das Interesse des Staates, das Leben eines bereits außerhalb des Mutterleibs lebensfähigen Fötus zu schützen, ähnlich zu beurteilen sei wie das Interesse des Staates am Schutz des geborenen Kindes. Daher sei in solchen Fällen dem Schutz des Lebens und der Gesundheit des künftigen Kindes Vorrang gegenüber den Rechten der Schwangeren auf Schutz ihrer Privatsphäre, ihrer Körperintegrität und ihrer Selbstbestimmung einzuräumen.<sup>62)</sup>

4. Gegen die Zulässigkeit der zwangsweisen Vornahme der Sectio werden im amerikanischen Schrifttum schwerwiegende Einwände vorgebracht, die im Ergebnis überzeugen.<sup>63)</sup> Der von *Robertson* gezogene Analogieschluss erscheint schon deshalb fragwürdig zu sein, weil der Vergleich zwischen den soeben zitierten Fällen und dem Fall der Schnittentbindung wohl hinkt. Einerseits standen in *Jacobson v Massachusetts* und in *Commissioner of Correction v Myers* nicht Individual-, sondern Kollektivinteressen auf dem Prüfstand, derentwegen die Gerichte sich für die Legitimität von Zwangsmaßnahmen ausgesprochen haben.<sup>64)</sup> Und andererseits könnte die zwangsweise Vornahme der Schnittentbindung nur dann gerechtfertigt werden, wenn Frauen zum Wohle ihrer bereits geborenen Kinder vergleichbaren Eingriffen unterworfen werden dürften. Man mag mit Recht darüber streiten, ob Eltern verpflichtet sind, ihren Kindern Blut oder Knochenmark zu spenden, weil die körperliche Integrität bei den hierzu erforderlichen Eingriffen nur geringfügig beeinträchtigt wird.<sup>65)</sup> In-

des handelt es sich bei der Sectio um einen schwerwiegenden medizinischen Eingriff, bei dem das Morbiditäts- und das Mortalitätsrisiko weit höher liegen als bei einer Vaginalentbindung.<sup>66)</sup> Daher ist die Schwangere *rechtlich* ebenso wenig zur Einwilligung in die Vornahme der Sectio verpflichtet, wie Kinder, deren Leben aufgrund Nierenversagens akut gefährdet ist, gegen ihre Eltern einen *Rechtsanspruch* auf Spende einer Niere haben.<sup>67)</sup>

Selbst wenn man annehmen wollte, Frauen hätten – wenn auch nur in besonderen Fällen<sup>68)</sup> – die Rechtspflicht, in die Vornahme der Sectio einzuwilligen, so erscheint es doch alles andere als überzeugend, eine solche Rechtspflicht *zwangsweise* durchzusetzen.<sup>69)</sup> Schließlich wird in der amerikanischen Diskussion auch auf die gesundheitspolitisch absehbar negativen Folgen einer verbreiteten Praxis von erzwungenen Schnittentbindungen hingewiesen: „Forced Caesarians may actually work against the asserted state interest in healthy children. Introduction of the physically controlling and invasive policies proposed by fetal rights advocates could be expected to aggravate existing patterns of avoidance of prenatal care.“<sup>70)</sup> – Dem kann nur vorbehaltlos zugestimmt werden.

Erwin Bernat,  
Institut für Zivilrecht, Ausländisches und  
Internationales Privatrecht, Universität Graz

57) Vgl *Smith v Brennan*, 157 A2d 497, 503 (New Jersey Supreme Court, 1960).

58) 197 US 11 (1905).

59) 399 NE2d 452 (Mass 1979).

60) 399 NE2d 452, 457 (Mass 1979).

61) *Raleigh-Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v Anderson*, 201 A2d 537 (New Jersey Supreme Court, 1964); *In the Matter of Jamaica Hospital*, 491 NYS2d 898 (Supreme Court of New York, Special Term, Queens County, 1985); *Crouse-Ingling Memorial Hospital v Stacey Paddock et al*, 485 NYS2d 443 (Supreme Court of New York, Onondaga County, 1985).

62) Grds zustimmend: *Finer*, Toward guidelines for compelling Caesarian surgery: Of rights, responsibilities, and decisional authenticity, *Minnesota L Rev* 76 (1991) 239 ff; *Matthieu*, Respecting liberty and preventing harm: Limits of state intervention in prenatal choice, *Harv J L & Pub Pol'y* 8 (1985) 19 ff; *Myers*, Abuse and neglect of the unborn: Can the State intervene? *Duq L Rev* 23 (1984) 1 ff.

63) Siehe zusätzlich zu den in FN 54 genannten Autoren *Curran*, Court-ordered Caesarian sections receive judicial defeat, *NEJM* 323 (1990) 489 ff; *Kolder/Gallagher/Parsons*, Court-ordered obstetrical interventions, *NEJM* 316 (1987) 1192 ff.

64) *Gallagher*, *Harv Women's L J* 10 (1987) 9 (22).

65) *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I<sup>3</sup> (1997) § 16 Rz 43 hält sogar die von einem Arzt erzwungene Blutentnahme in einer konkreten Gefahrensituation unter dem Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstands (§ 34 dStGB) ganz allgemein (also nicht nur zugunsten eines Pflegebefohlenen) für zulässig.

66) *Rhoden*, *California L Rev* 74 (1986) 1951 (1958); *Gallagher*, *Harv Women's L J* 10 (1987) 9 (59 FN 211); *Finer*, *Minnesota L Rev* 76 (1991) 239 (277 FN 210).

67) Ebenso *McFall v Shimp*, 10 Pa D & C 3 d 90 (Common Pleas Court of Allegheny County, Pennsylvania, 1978).

68) Wenn etwa, wie im Jefferson-Fall (274 SE2d 457), nicht nur das Leben des künftigen Kindes, sondern auch das Leben der Schwangeren gefährdet ist; s *Finer*, *Minnesota L Rev* 76 (1991) 239 (282 ff).

69) *Rhoden*, *California L Rev* 74 (1986) 1951 (2005).

70) *Gallagher*, *Harv Women's L J* 10 (1987) 9 (53).