



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Patientenrechte und Kultursensibilität –
Eine Analyse ausgewählter Patientenrechte mit
Schwerpunkt Selbstbestimmung“

verfasst von / submitted by

Mag. iur Mag. phil Katharina Leitner

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, August 2018 / Vienna, August 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Ao. Univ. Prof. Dr. Michael Memmer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	iv
1 Einleitung	1
1.1 Der Untersuchungsgegenstand.....	1
1.2 Schwerpunkte innerhalb des Untersuchungsgegenstandes	4
2 Wesentliche Begriffsklärungen.....	6
2.1 Kultur.....	6
2.2 Kultursensibilität.....	7
2.3 Patientenrechte.....	8
2.4 DolmetscherIn – ÜbersetzerIn – SprachmittlerIn	10
2.5 AusländerIn – Asylwerbende/r – Asylberechtigte/r – Flüchtling – Person mit Migrationshintergrund – MigrantIn	11
3 Grundlagen der Behandlung	13
3.1 Anzuwendendes Recht bei Patienten/Patientinnen mit ausländischer Staatsbürgerschaft.....	13
3.2 Geschäftsfähigkeit von ausländischen Patienten/Patientinnen	14
4 Recht auf Behandlung und Pflege	15
4.1 Recht auf Erste Hilfe.....	16
4.2 Unabweisbare und anstaltsbedürftige Personen.....	19
4.3 Recht auf Gesundheitsfürsorge und gleichen Zugang zu Behandlung und Pflege	21
4.3.1 Diskriminierungsschutz.....	23
4.3.1.1 Ärzte/Ärztinnen	23
4.3.1.2 Krankenanstalten	24
4.3.2 Zugang zum Gesundheitssystem für Flüchtlinge	25
4.4 Recht auf sachgerechte medizinische Behandlung	26
4.5 Zwischenresümee Recht auf Behandlung und Pflege	30
5 Recht auf freie Arztwahl/Krankenanstaltenwahl	32
5.1 Freie Wahl einer Krankenanstalt	32
5.2 Freie Arztwahl	33
5.3 Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung.....	36
5.4 Zwischenresümee Recht auf freie Arztwahl/Krankenanstaltenwahl.....	38
6 Recht auf Aufklärung.....	39
6.1 Rechtsgrundlagen	40
6.2 Klärung der deutschen Sprachkenntnisse	41
6.2.1 Rechtslage in Deutschland	42
6.2.2 Ableitungen für Österreich	45
6.3 Herrschende Lösungsstrategien zur Aufklärung von nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen..	46
6.3.1 Aufklärung in einer Fremdsprache durch eine/n mehrsprachige/n Arzt/Ärztin	47
6.3.2 Delegation der Aufklärung an fremdsprachige MitarbeiterInnen der Gesundheitseinrichtung....	50
6.3.3 Aufklärung unter Einsatz von mehrsprachigem Informationsmaterial.....	53
6.3.3.1 Mehrsprachige Aufklärungsbögen.....	53
6.3.3.2 Mehrsprachige Aufklärungsvideos	55
6.3.3.3 Gesetzlich vorgesehene besondere Formen der Aufklärung	56
6.3.4 Aufklärung von deutschsprachigen Begleitpersonen des Patienten/der Patientin mit der Bitte, die Informationen weiterzugeben.....	58
6.3.5 Aufklärung unter Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin.....	60
6.3.5.1 Pflicht zur Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin	62
6.3.5.1.1 Rechtslage in Deutschland	62
6.3.5.1.2 Ableitungen für Österreich.....	63
6.3.5.2 Qualifikation des Dolmetschers/der Dolmetscherin bzw Qualität der Dolmetschung.....	63
6.3.5.3 Minderjährige als LaiendolmetscherInnen.....	67
6.3.5.4 Fragen der Verschwiegenheitspflicht bei Heranziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin	69
6.3.5.5 Haftung bei fehlerhafter Dolmetschung.....	72
6.3.5.5.1 Haftung des Arztes/der Ärztin bzw der Krankenanstalt.....	72

6.3.5.5.2	Haftung des Dolmetschers/der Dolmetscherin.....	73
6.3.5.6	Kostentragung für die Dolmetschung	74
6.3.5.6.1	Krankenanstaltenrecht.....	75
6.3.5.6.2	Sozialversicherungsrecht	77
6.3.5.6.3	Privat versicherte und selbstzahlende Patienten/Patientinnen.....	79
6.3.5.6.4	RL 2011/24/EU	80
6.3.5.6.5	Sozialhilfe/Bedarfsorientierte Mindestsicherung	80
6.3.5.6.6	Geschäftsführung ohne Auftrag	81
6.3.5.7	Dolmetschung via Telefon oder Video	82
6.4	Beachtung von kulturellen bzw migrationsspezifischen Besonderheiten bei der Aufklärung	86
6.4.1	Psychische Verfasstheit des Patienten/der Patientin	87
6.4.2	Kulturelle Prägung des Patienten/der Patientin	88
6.4.3	Vorinformationen des Patienten/der Patientin.....	89
6.5	Umgang mit Sprach- bzw Kulturrestrierungen bei der therapeutischen Aufklärung	90
6.6	Aufklärungsverzicht.....	92
6.6.1	Genereller Verzicht auf die Selbstbestimmungsaufklärung	92
6.6.2	Verzicht auf weitergehende Aufklärung	94
6.6.3	Verzicht auf Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin	95
6.7	Unmöglichliche Aufklärung aufgrund unüberwindbarer Sprach- und/oder Kulturrestrierungen.....	96
6.7.1	Ablehnung der Behandlungsübernahme.....	96
6.7.2	Behandlung trotz unmöglichkeit der Aufklärung	98
6.8	Zwischenresümee Recht auf Aufklärung	99
7	Recht auf Einwilligung.....	102
7.1	Rechtsgrundlagen	103
7.2	Einwilligungsfähigkeit bei migrantischen Patienten/Patientinnen.....	106
7.2.1	Anzuwendendes Recht	106
7.2.2	Mangelnde Entscheidungsfähigkeit aufgrund von Sprach- oder Kulturrestrierungen	107
7.2.3	Äußerungsunfähigkeit aufgrund von Sprachbarriere.....	109
7.3	Einwilligung unter Einsatz von mehrsprachigen Einwilligungsformularen	110
7.4	Besonderheiten bei Entscheidungsfindungsprozessen bei migrantischen Patienten/Patientinnen	112
7.4.1	Stellvertreter-Einwilligung.....	112
7.4.2	Family und Community Consent	114
7.4.3	Fatwa.....	116
7.5	Instrumente zur Selbstbestimmung sowie Erwachsenenvertretung und ihre Besonderheiten bei migrantischen Patienten/Patientinnen	117
7.5.1	Patientenverfügung.....	117
7.5.1.1	Patientenverfügung als kultursensibles Instrument zur Selbstbestimmung	119
7.5.1.2	Im Ausland errichtete Patientenverfügung	121
7.5.1.3	Errichtung einer Patientenverfügung in Österreich durch ausländische Staatsangehörige	123
7.5.1.4	Bindungswirkung einer österreichischen Patientenverfügung im Ausland	124
7.5.2	Vorsorgevollmacht	124
7.5.3	Gewählte Erwachsenenvertretung	126
7.5.4	Gesetzliche Erwachsenenvertretung	126
7.5.5	Gerichtliche Erwachsenenvertretung.....	128
7.5.5.1	Gerichtliche Erwachsenenvertretung für ausländische Staatsangehörige mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich	128
7.5.5.2	Kultursensible Betreuung durch gerichtliche/n ErwachsenenvertreterIn	130
7.6	Ablehnung einer Heilbehandlung aus kulturellen/religiösen Gründen	131
7.6.1	Entscheidungsfähige/r PatientIn.....	131
7.6.2	Nicht allein entscheidungsfähige/r PatientIn	136
7.6.3	Nicht entscheidungsfähige/r PatientIn.....	137
7.6.4	Minderjährige	139
7.7	Mutmaßliche Einwilligung in eine Behandlung	142
7.8	Mutmaßliche Behandlungsverweigerung	143
7.9	Einwilligung in eine Organentnahme nach dem Tod.....	145
7.9.1	Ablehnung der Organspende aus religiösen oder kulturellen Gründen	146
7.9.2	Hirntodkriterium	147
7.9.3	Ausländische Staatsangehörige als OrganspenderInnen in Österreich.....	147
7.10	Einwilligung in eine Obduktion	150
7.11	Einwilligung in eine Beschneidung	152
7.11.1	FGM bei Mädchen/Frauen	153

7.11.2	Beschneidung von Knaben/Männern.....	155
7.12	Überprüfung und Wiederherstellung der „Jungfräulichkeit“	160
7.12.1	Überprüfung des Hymens.....	161
7.12.2	Hymenrekonstruktion	163
7.13	Einwilligung in Untersuchungen im Rahmen des Asylverfahrens.....	164
7.13.1	Erstuntersuchung	164
7.13.2	Impfungen	165
7.13.3	Multifaktorielle Untersuchungsmethodik zur Altersdiagnose	167
7.13.4	DNA-Analyse zur Klärung des Verwandtschaftsverhältnisses	169
7.13.5	Zwangsernährung in der Schubhaft.....	170
7.14	Zwischenresümee Recht auf Einwilligung.....	171
8	Recht auf Dokumentation und Einsicht in die Krankengeschichte.....	173
8.1	Rechtsgrundlagen	173
8.2	Besonderheiten der Dokumentation bei migrantischen Patienten/Patientinnen.....	174
8.3	Dokumentation von Folter: Istanbul-Protokoll	175
8.4	Einsicht in die Krankengeschichte.....	176
8.5	Zwischenresümee Recht auf Dokumentation und Einsicht in die Krankengeschichte	177
9	Recht auf Patientenvertretung durch Patienten- und Pflegeanwaltschaften in den Bundesländern	179
9.1	Patientenentschädigungsfonds	180
9.1.1	Patientenentschädigungsfonds der Länder	180
9.1.2	Freiwilliger Wiener Härtefonds.....	181
9.1.3	Solidarfonds für den niedergelassenen Bereich.....	182
9.2	Zwischenresümee Recht auf Patientenvertretung	182
10	Spezielle Patientenrechte in Krankenanstalten.....	183
10.1	Recht auf Information über Patientenrechte.....	184
10.2	Gebetszeiten und -räume.....	184
10.3	Krankenbesuch.....	185
10.4	Speiseangebote.....	186
10.5	Recht auf Wahrung der Privat- und Intimsphäre des Patienten/der Patientin	188
10.6	Sterben in Würde	188
10.7	Recht auf seelsorgerische bzw religiöse Betreuung	190
10.7.1	Anstaltsseelsorge	191
10.7.2	Datenschutz	194
10.8	Religiöse Symbole im Krankenzimmer	194
10.9	Zwischenresümee Spezielle Patientenrechte in Krankenanstalten.....	197
11	Conclusio	198
12	Rechtspolitisches Petitum	201
13	Rechtsquellenverzeichnis	206
13.1	Gesetzesquellen.....	206
13.2	Landesrechtliche Bestimmungen	209
13.3	Materialien	211
13.4	Rechtsquellen aus Deutschland.....	211
14	Judikaturverzeichnis	212
14.1	EGMR	212
14.2	Judikatur aus Österreich.....	212
14.3	Judikatur aus Deutschland	214
15	Literaturverzeichnis	216
16	Abstract	237
16.1	Englisch	237
16.2	Deutsch	238

Abkürzungsverzeichnis

AB	Ausschussbericht
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AG	Amtsgericht (Deutschland)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHRS	Arzthaftpflicht-Rechtsprechung (Fachzeitschrift)
AKH	Allgemeines Krankenhaus
ANetPAS	Austrian Network for Patient Safety (Österreichische Plattform für Patientensicherheit)
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt (Fachzeitschrift)
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis (Fachzeitschrift)
Art	Artikel
ÄrzteG 1998	ÄrzteG
ArztR	ArztRecht (Fachzeitschrift)
AsylGH	Asylgerichtshof
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
Bgld	Burgenland
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMASGK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMGF	Bundesministerium für Gesundheit und Frauen
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs	Bundestag-Drucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Deutschland)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
B-ZK	Bundes-Zielsteuerungskommission
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CT-Untersuchung	Computertomographie-Untersuchung
Dako	Datenschutz konkret (Fachzeitschrift)
DAG	Österreichische Zeitschrift für das Ärztliche Gutachten
ders	derselbe
DFZ	Der Freie Zahnarzt (Fachzeitschrift)
dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit (Fachzeitschrift)
DSM 5	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Diagnostischer und statistischer Leitfaden psychischer Störungen) 5. Auflage
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ELGA	Elektronische Gesundheitsakte
Erläut	Erläuterungen
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwSchG	Erwachsenenschutzgesetz
etc	et cetera
Ethik Med	Ethik in der Medizin (Fachzeitschrift)
Ethn Health	Ethnicity & Health (Fachzeitschrift)
EU	Europäische Union
EUGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

f	und die folgende
FABL	fremden- und asylrechtliche Blätter (Fachzeitschrift)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff	und die folgenden
FGM	Female Genital Mutilation (weibliche Genitalverstümmelung)
FN	Fußnote
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht (Fachzeitschrift)
FS	Festschrift
GesR	Zeitschrift für Gesundheitsrecht
gem	gemäß
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
ggf	gegebenenfalls
GK	Große Kammer
GÖG	Gesundheit Österreich GmbH
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht
HAVE/REAS	Haftung und Versicherung/Responsabilité et Assurance (Fachzeitschrift)
HB	Handbuch
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
hRsp	herrschende Rechtsprechung
ICD 10	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme) 10. Ausgabe
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
IERM	Institut für Ethik und Recht in der Medizin
iFamZ (bis 2007 FamZ)	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
inkl	inklusive
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Fachzeitschrift)
JBl	Juristische Blätter
JMG	Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht
JRP	Journal für Rechtspolitik
Jud	Judikatur
JZ	Juristenzeitung (Deutschland)
Kap	Kapitel
KG	Kammergericht
KRES	Konsumentenrecht-Entscheidungssammlung
krit	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Krnt	Kärnten
KRSIg	Sammlung von Entscheidungen in Krankenanstaltenfragen
LG	Landesgericht
LGBI	Landesgesetzblatt
lit	litera (Buchstabe)
Lit	Literatur
LKF	Leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung
LKH	Landeskrankenhaus
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf

MedR	Zeitschrift für Medizinrecht
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
nA	nach Ansicht
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Fachzeitschrift)
NÖ	Niederösterreich
Nr	Nummer
ÖA	Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt
ÖÄK	Österreichische Ärztekammer
ÖAKR	Österreichisches Archiv für Kirchenrecht (Fachzeitschrift)
öarr	Österreichisches Archiv für Recht & Religion
ÖBIG	Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OÖ	Oberösterreich
ÖPZ	Österreichische Pflegezeitschrift
österr	österreichisch/e/r
OVG	Oberverwaltungsgericht (Deutschland)
ÖZPR	Österreichische Zeitschrift für Pflegerecht
ÖZVV	Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis
PEG	perkutane endoskopische Gastrostomie
RdM	Recht der Medizin (Fachzeitschrift)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Fachzeitschrift)
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
RZ	Österreichische Richterzeitung
Sbg	Salzburg
SG	Sozialgericht
SozSi	Soziale Sicherheit, Zeitschrift für die österreichische Sozialversicherung
SPRW	Spektrum der Rechtswissenschaften (Fachzeitschrift)
SSt	Sammlung Strafsachen
SSV-NF	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Sozialrechtssachen
StGBl	Staatsgesetzbuch
Stmk	Steiermark
StProtNR	Stenographische Protokolle der Sitzungen des Nationalrates
stRsp	ständige Rechtsprechung
StV	Staatsvertrag
SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
TBC	Tuberkulose
Tir	Tirol
ua	und andere, unter anderem
UNAIDS	Joint United Nations Programme on HIV/AIDS
uU	unter Umständen
va	vor allem
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Fachzeitschrift, Deutschland)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH
Vlbg	Vorarlberg
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Entscheidungen des VwGH
W	Wien
WGKK	Wiener Gebietskrankenkasse

WHO	World Health Organisation
Wien Klin Wochenschr	Wiener Klinische Wochenschrift (Fachzeitschrift)
WK StPO	Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (Fachzeitschrift)
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfG	Zeitschrift für Gesundheitsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZfVB	Zeitschrift für Verwaltung, Beilage
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1 Einleitung

1.1 Der Untersuchungsgegenstand

15,3 % der österr Gesamtbevölkerung haben keine österr Staatsbürgerschaft, 18,9 % wurden im Ausland geboren und 22 % haben so genannten Migrationshintergrund (Stand 1. 1. 2017).¹ War in den 1960er Jahren der Anteil an Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit oder Migrationshintergrund noch relativ gering, ist die Zuwanderung heute eine dominierende Komponente der Bevölkerungsentwicklung und wird dies – auch aufgrund der niedrigen Geburtenraten im Inland – voraussichtlich auch bleiben. Ein Anstieg an migrantischen Personen in der Bevölkerung führt zu einem entsprechenden Anstieg an migrantischen Patienten/Patientinnen. Hinzu kommen jährlich rund 13 Millionen Touristen/Touristinnen aus dem nicht deutschsprachigen Ausland² sowie zahlreiche Personen, die Österreich, das aufgrund der geografischen Lage häufig als Transitland fungiert, lediglich durchqueren.³ Auch sie müssen gelegentlich ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen. Aus Kosten- oder Qualitätsgründen ist Österreich zudem Zielland von Medizintouristen/Medizintouristinnen, um die teilweise auch aktiv geworben wird.⁴ Schließlich ist es eine Folge der fortschreitenden europäischen Integration, dass nicht deutschsprachige Personen medizinische Versorgungsansprüche in Österreich haben und diese geltend machen.

Die Angehörigen der Gesundheitsberufe sind somit regelmäßig⁵ mit Patienten/Patientinnen konfrontiert, die nicht oder nur gebrochen Deutsch sprechen, bei denen aufgrund der Staatsangehörigkeit bisweilen nicht klar ist, auf welcher Rechtsgrundlage die Behandlung erfolgen muss, denen die Funktionsweise des österr Gesundheitssystems nicht bekannt ist oder die aufgrund kultureller und/oder religiöser Prägung ein anderes Verständnis von Krankheit und Gesundheit bzw ein anderes Gesundheitsverhalten als der/die BehandlerIn

¹ Statistik Austria, Migration und Integration. Zahlen Daten Indikatoren 2017 (2017) 22.

² Statistik Austria, Tourismusstatistik erstellt am 18. 2. 2016: Ankünfte und Übernachtungen nach Herkunfts ländern im Kalenderjahr 2015, endgültige Ergebnisse Österreich.

³ Kurier, Alpen: Österreich trägt größte Transitlast, Kurier am 19. 1. 2012, <https://kurier.at/wirtschaft/alpen-oesterreich-traegt-groesste-transitlast/755.330> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁴ Die Plattform Austrian Health bietet beispielsweise internationalen Patienten/Patientinnen an, „einen einfachen, kompetenten und direkten Weg zur österreichischen Spitzenmedizin“ zu vermitteln und die Behandlung zu organisieren. Außerdem kooperiert sie mit ausländischen Patientenvermittlern, um Österreich als Zielland für Behandlungen attraktiv zu machen (<http://www.austrianhealth.at/index.php/ueber-uns> (abgefragt am 8. 4. 2018)).

⁵ Umfassende Statistiken, wie viele ausländische und/oder nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen in Österreich behandelt werden, gibt es nicht. Das Uniklinikum Salzburg gibt zB an, dass in den vergangenen Jahren jährlich etwa 14-18 % der stationär oder ambulant versorgten Patienten/Patientinnen nicht österr Staatsangehörige waren (Uniklinikum Salzburg, Integration und Transkulturalität. Auf dem Weg zum kultursensiblen Krankenhaus (2016) 7).

haben und nicht an die Paradigmen der westlichen Medizin angepasst sind.⁶ Hinzu kommt, dass die genannten Gruppen (ausländische Staatsangehörige, Personen mit Migrationshintergrund, Touristen/Touristinnen, Angehörige bestimmter Religionen) sehr heterogen sind und die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft oder einem Nationalstaat keine Rückschlüsse auf Werthaltungen zu bestimmten Themen zulässt. Die einzelnen Personen unterscheiden sich hinsichtlich Herkunftsland, Aufenthaltsdauer, Migrationsgrund, Sprachkenntnissen, Bildungsstand, Alter und Aufenthaltsstatus. Religiöse Überzeugungen können unterschiedlich weitreichend, Sprachen unterschiedlich gefärbt und kulturelle Prägungen unterschiedlich ausgestaltet sein. Diese Faktoren führen einerseits dazu, dass migrantische Patienten/Patientinnen auf Unsicherheit und Unzufriedenheit auf Seiten der BehandlerInnen stoßen und Ärzte/Ärztinnen angeben, bei der Behandlung von Patienten/Patientinnen mit Migrationshintergrund unzufriedener zu sein als bei der Behandlung von Patienten/Patientinnen ohne Migrationshintergrund.⁷ Andererseits führen diese Faktoren zu Unsicherheiten auf der Seite der migrantischen Patienten/Patientinnen. Eine Studie aus 2011 hat gezeigt, dass 60 % der Patienten/Patientinnen in der Marienambulanz, einer Einrichtung, die kostenlose medizinische Versorgung für marginalisierte und nicht versicherte Personen – in der Mehrheit Migranten/Migrantinnen – anbietet, versichert waren. Sie hätten die Möglichkeit gehabt, eine reguläre Einrichtung des Gesundheitswesens zu besuchen, haben sich jedoch für die Marienambulanz entschieden. Es wird davon ausgegangen, dass Sprach- und Kulturreibrieren dazu führen, dass herkömmliche Einrichtungen von Migranten/Migrantinnen nicht in Betracht gezogen werden.⁸ Nicht nur der Faktor Migration an sich, sondern vielmehr die damit einhergehenden sozioökonomischen und psychosozialen Verknüpfungen haben zur Folge, dass Migranten/Migrantinnen ihren physischen und psychischen Gesundheitszustand schlechter einschätzen als Nicht-Migranten/Nicht-Migrantinnen, sie tatsächlich häufiger an chronischen Erkrankungen leiden,

⁶ Greifeld, Einführung in die Medizinethnologie, in Greifeld (Hrsg), Ritual und Heilung. Eine Einführung in die Medizinethnologie³ (2003) 11 (20 ff); Kutalek, Kulturelle Aspekte von Gesundheit und Krankheit. Medizinanthropologische Ansätze, in Peintinger (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 23 (26); Löschke-Yaldiz/Özsoy/San/Ünsal/Keegan, „Gesund in allen Sprachen“. Health Literacy bei MigrantInnen, in Wolf/Endler/Wimmer-Puchinger (Hrsg), Frauen Gesundheit Soziale Lage (2010) 143 (146 f).

⁷ Babitsch/Braun/Borde/David, Doctor's perception of doctor-patient relationships in emergency departments: What roles do gender and ethnicity play? BMC Health Services Research 2008, 8:82; Kern/Pruckner, Schwangerschaft, Geburt und Wochenbett als psychosoziales Risiko? Gesundheitsförderung und Prävention für sozial benachteiligte Schwangere mit und ohne Migrationshintergrund, in Wolf/Endler/Wimmer-Puchinger (Hrsg), Frauen Gesundheit Soziale Lage (2010) 120 (122) mwN; Kronenthaler/Eissler, Assoziationen zu muslimischen Patienten in der Hausarztpfaxis – Eine Befragung deutscher Allgemeinmediziner, Das Gesundheitswesen 2014, 434 (436); Wesselmann/Lindemeyer/Lorenz, Wenn wir uns nicht verstehen, verstehen wir nichts. Übersetzen im Krankenhaus. Der hausinterne Dolmetschdienst (2004).

⁸ Muckenhuber/Freidl/Rásky, Healthcare for migrants and for marginalized individuals: The Marienambulanz in Graz, Austria, Wien Klin Wochenschr 2011, 559.

häufiger über erhebliche Schmerzen berichten, eine schlechtere Zahngesundheit sowie insgesamt eine niedrigere Durchimpfungsrate aufweisen. Zudem sind die Säuglingssterblichkeit sowie die Rate der Totgeburten bei Kindern mit Müttern, die im Ausland geboren wurden, höher als bei Kindern inländischer Frauen.⁹ Migranten/Migrantinnen sind gleichzeitig unter-, über- und fehlversorgt. Die Unterversorgung äußert sich in mangelnder Prävention und Aufklärung. Bei der Verordnung von Medikamenten kommt es hingegen zu einer Überversorgung. Die Fehlversorgung entsteht dadurch, dass aufgrund der Sprach- und/oder Kulturrelle die eigentliche Krankheit nicht behandelt wird, sondern unnötige Medikamente verordnet und Therapiemaßnahmen eingeleitet werden.¹⁰

In der Praxis wird mit den angesprochenen Unsicherheiten und Herausforderungen unterschiedlich umgegangen. Während versucht wird, die Sprachbarriere mit diversen Lösungsansätzen zu umgehen, werden die soziokulturellen Unterschiede oftmals nicht wahrgenommen oder ignoriert und führen zu Frustrationen sowohl auf Behandler- als auch auf Patientenseite.

In der Lit wird das Thema umfassend diskutiert und resultiert meist in einer Forderung nach mehr Kultursensibilität auf Seiten der BehandlerInnen. Dieser Forderung wurde von der EU beispielsweise mit der Finanzierung des Forschungsprojekts RESTORE nachgekommen, das dazu beitragen soll, die medizinische und psychosoziale Grundversorgung für Migranten/Migrantinnen in Europa zu optimieren.¹¹ Die österr Politik hat sich dem Thema ebenfalls angenommen und das damalige BMGF hat 2005 eine Arbeitsgruppe zum Thema „Interkulturelle Kompetenz im Gesundheitswesen“ eingesetzt. Diese hat große Mängel bei der medizinischen Versorgung von Migranten/Migrantinnen festgestellt und ua festgehalten, dass „die gesamte Kommunikation und Information zwischen medizinischem Personal und Migrant/innen schlecht und ungenügend abläuft“.¹² Seither gibt es zahlreiche Projekte, Arbeitsgruppen und Schulungen – va im Bereich der Pflege –, die die Wichtigkeit von Kultursensibilität thematisieren.¹³ Auch die Gesundheits- und Krankenpflege-

⁹ Anzenberger/Bodenwinkler/Breyer, Migration und Gesundheit. Literaturbericht zur Situation in Österreich. Im Auftrag der Arbeiterkammer Wien und des Bundesministeriums für Gesundheit (2015) 6 ff; Statistik Austria, Migration 12.

¹⁰ Schmidt-Glenewinkel, Kinder als Dolmetscher in der Arzt-Patienten-Interaktion (2013) 27 mwN.

¹¹ MacFarlane/O'Reilly-de Brún/de Brún/Dowrick/O' Donnell/Mair/Spiegel/van den Muijsenbergh/van Weel Baumgarten/Lionis/Clissmann, Healthcare for migrants, participatory health research and implementation science – better health policy and practice through inclusion. The RESTORE project, European Journal of General Practice 2014, 148.

¹² Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, Interkulturelle Kompetenz im Gesundheitswesen (2005) 5.

¹³ Arbeitskreis „Charta für eine kultursensible Altenpflege“, Für eine kultursensible Altenpflege. Eine Handreichung (2002), <http://www.bagso.de/fileadmin/Aktuell/Themen/Pflege/handreichung.pdf> (abgefragt am 8. 4. 2018); Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Deutschland, Handbuch für eine kultursensible Altenpflege (2006), <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/publikationen,did=80754.html>

Weiterbildungsverordnung¹⁴ sieht als Weiterbildung sowohl im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege, als auch in der Pflegehilfe das Thema „Kultur- und gendersensible Pflege“ vor (Anlage 1 Z 21, Anlage 2 Z 7 GuK-WV).

Bislang mangelt es jedoch an einer juristisch fundierten Beschäftigung mit dem Thema. Die Frage, ob die Rechtsordnung Möglichkeiten oder die Verpflichtung dazu bietet, Patienten/Patientinnen kultursensibel zu behandeln, wurde bis dato nicht gestellt. Ebenso wenig ist geklärt, ob Patienten/Patientinnen ein subjektives Recht auf diese vielfach geforderte kultursensible Behandlung haben. Vorliegende Dissertation versucht diese Lücke zu schließen und beleuchtet die einzelnen Patientenrechte dahingehend, inwieweit sie Besonderheiten bei der Behandlung von migrantischen Patienten/Patientinnen aufweisen bzw. aufweisen müssen.

1.2 Schwerpunkte innerhalb des Untersuchungsgegenstandes

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf österr Recht, wenngleich in Einzelfällen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ausländisches Recht anwendbar sein kann. Da die deutsche Rechtslage mit der österr durchaus vergleichbar ist, wird – wenn es sinnvoll scheint – auch auf bundesdeutsche Lit und Jud zurückgegriffen. Obwohl der Blick nach Deutschland nicht „allein seligmachend“¹⁵ ist, können wertvolle Hilfestellungen daraus gewonnen werden.

Rechte und Pflichten von Medizintouristen/Medizintouristinnen, also von Personen, die vorwiegend zum Zweck einer medizinischen Behandlung nach Österreich kommen, liegen nicht im Fokus der vorliegenden Dissertation. Vielmehr werden die Patientenrechte in Hinblick auf Personen geprüft, die sich ständig in Österreich aufhalten, jedoch keine österr Staatsbürgerschaft besitzen, der deutschen Sprache nicht mächtig sind und/oder kulturell nicht westlich geprägt sind. Dabei wird nicht auf bestimmte Kulturen oder Religionen und deren Verständnis von Gesundheit, Krankheit und Behandlung eingegangen, sondern auf einer abstrakten Ebene beleuchtet, ob Kultursensibilität den Patientenrechten inhärent ist.

Eine weitere thematische Eingrenzung ist insofern vorzunehmen, als es im Folgenden

(abgefragt am 8. 4. 2018); *FH Oberösterreich Studienbetriebs GmbH* (Hrsg), 1. Symposium „Interkulturalität & Pflege – ein Querschnittsthema“. Abstraktband (2015); *Forum für eine kultursensible Altenhilfe*, <https://www.kultursensible-altenhilfe.de> (abgefragt am 8. 4. 2018); *Forschungsprojekt KURVE*, <http://home.pflegeundmigration.de/> (abgefragt am 30. 9. 2016); *Kultursensible Pflege BAZ (Berufs-Ausbildungs-Zentrum) Selbelang e.V.*, <http://www.kultursensiblepflege.de/kontakt.html> (abgefragt am 8. 4. 2018); *Transkulturelle Pflege/Kultursensible Pflege*, <http://www.transkulturellepflege.de/> (abgefragt am 8. 4. 2018); *14. Gesundheitspflege-Kongress mit Schwerpunkt kultursensible Pflege*, <http://www.gesundheitskongresse.de/hamburg/2016/> (abgefragt am 30. 9. 2016).

¹⁴ VO der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über Weiterbildungen für Gesundheits- und Krankenpflegeberufe (Gesundheits- und Krankenpflege-Weiterbildungsverordnung – GuK-WV) BGBl II 2006/453 idF BGBl II 2010/359.

¹⁵ Neumayr, Zur Rolle der Gerichte bei der Entwicklung des Medizinrechts, RdM 2014/50 (57).

um migrantische Patienten/Patientinnen geht, nicht jedoch um migrantische Angehörige der Gesundheitsberufe. Eine Stichprobenerhebung im Jahr 2011 hat ergeben, dass österreichweit rund 18 % der Erwerbstätigen in Gesundheitsberufen Migrationshintergrund und 9,7 % keine österr Staatsbürgerschaft haben.¹⁶ Am Uniklinikum Salzburg stammten 2016 rund 14 % der Belegschaft nicht aus Österreich, sondern aus 42 sonstigen Ländern.¹⁷ Unter den Pflegekräften ist der Anteil an Migranten/Migrantinnen besonders hoch. Aufgrund der benötigten Sprach- und Kulturkenntnisse wird auch aktiv um Pflegepersonen mit Migrationshintergrund geworben.¹⁸ Im Bereich der 24-Stunden-Betreuung lag der Anteil an ausländischen Betreuern/Betreuerinnen im Jahr 2015 bei 99 %.¹⁹ Umgekehrt wandern viele in Österreich ausgebildete Ärzte/Ärztinnen ins Ausland ab, um dort einer ärztlichen Tätigkeit nachzugehen oder eine Facharztausbildung zu absolvieren. Die Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2015²⁰ nimmt darauf Rücksicht und sieht vor, die Ausbildungscurricula und Sonderfächer so zu gestalten, dass eine bestmögliche Migration innerhalb Europas gewährleistet ist.²¹

Im Fokus nachstehender Ausführungen stehen jene Patientenrechte, die den Patienten/Patientinnen Selbstbestimmung ermöglichen sollen. Zunächst wird geprüft, inwieweit Migranten/Migrantinnen ein Recht auf Behandlung zukommt und welche Möglichkeiten der Arzt- bzw Krankenanstaltenwahl sie haben. Kernstück der vorliegenden Dissertation bildet das Recht auf Selbstbestimmung, das sich in der Aufklärung über und der Einwilligung in konkrete Heilbehandlungen manifestiert. Darüber hinaus werden Besonderheiten des Patientenrechts auf Dokumentation, auf Patientenvertretung durch Patienten/Patientinnen- und Pflegeanwaltschaften in den Bundesländern sowie spezielle Patientenrechte in Krankenanstalten bei der Behandlung von Migranten/Migrantinnen überblicksmäßig dargestellt.

¹⁶ Medien Servicestelle Neue ÖsterreicherInnen, Gesundheit: Über 53.000 MigrantInnen beschäftigt (2012), http://medienservicestelle.at/migration_bewegt/2012/06/20/gesundheit-uber-53-000-beschäftigte-mit-migrationshintergrund/ (abgefragt am 8. 4. 2018).

¹⁷ Uniklinikum Salzburg, Integration 7.

¹⁸ Grünstäudl, Aufgaben und Projekte der Integrationskoordination in Österreich, in FH Oberösterreich Studienbetriebs GmbH (Hrsg), 1. Symposium „Interkulturalität & Pflege – ein Querschnittsthema“. Abstraktband (2015) 8; krit dazu Kaelin, A question of justice: assessing nurse migration from a philosophical perspective, Developing World Bioethics 2011, 30 sowie Ärzte Zeitung (Deutschland), Eingliederung von Migranten braucht Geduld. Wie lassen sich Migranten in den Pflegemarkt integrieren? Ein Schwerpunkt beim 14. Gesundheitspflege-Kongress von Springer Pflege, 8. 11. 2016. In Deutschland werden mit dem Programm *triple win* gezielt ausländische Pflegepersonen angeworben (<http://www.triple-win-pflegekraefte.de/> (abgefragt am 8. 4. 2018)).

¹⁹ Hundstorfer, Interkulturalität und Pflege, in FH Oberösterreich Studienbetriebs GmbH (Hrsg), 1. Symposium „Interkulturalität & Pflege – ein Querschnittsthema“. Abstraktband (2015) 6 (6).

²⁰ VO der Bundesministerin für Gesundheit über die Ausbildung zur Ärztin für Allgemeinmedizin/zum Arzt für Allgemeinmedizin und zur Fachärztin/zum Facharzt (Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2015 – ÄAO 2015) BGBl II 2015/147.

²¹ Kropf/Aigner/Hausreither, Ärztliche Ausbildung NEU, RdM 2015/94 (147).

2 Wesentliche Begriffsklärungen

2.1 Kultur

Zahlreiche Definitionen versuchen den Begriff „Kultur“ zu erfassen. Eine der bekanntesten stammt von *Tylor*, der „Kultur“ als „that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society“ definiert.²² Diese Definition wurde als zu wenig abstrakt und daher als unbrauchbar kritisiert, sie zeigt allerdings auf, dass Kultur nicht angeboren ist, sondern von den Mitgliedern einer Gesellschaft erworben wird.²³ Dieses Merkmal wird als zentral für die Definition von Kultur gesehen. Kultur gilt zudem nicht als homogenes, abgeschlossenes Gebilde, sondern repräsentiert Vielfalt, Vermischung und Verflechtung. Sie lässt sich nicht auf nationale Grenzen beschränken, sondern ist Ausdruck von Verflochtenheit und gegenseitiger Durchdringung.²⁴ Kultur wird weiters als dynamisch und prozessual und im politischen, sozialen, ökonomischen und historischen Kontext eingebettet gesehen. Jedes Individuum lebt Kultur auf seine eigene Art und Weise, weshalb nicht von einer „türkischen“ oder „österreichischen“ Kultur gesprochen werden kann.²⁵

In der vorliegenden Dissertation wird Kultur häufig als Erklärungsansatz für Verhalten von Patienten/Patientinnen, das von der Norm abweicht, herangezogen. Dabei soll jedoch nicht der Eindruck erweckt werden, dass alle Schwierigkeiten, die sich bei der Behandlung von Migranten/Migrantinnen ergeben, kulturell bedingt seien. Ohne Zweifel sind zB der Grad des Schamgefühls bei der ärztlichen Untersuchung oder die Lokalisation bzw das Ausdrücken von Schmerz²⁶ auf eine bestimmte kulturelle Prägung zurückzuführen. Andere Schwierigkeiten ergeben sich hingegen aufgrund von sozialer und struktureller Ungleichheit, werden jedoch gerne auf die „Kultur“ zurückgeführt.²⁷ So ist etwa die viel kritisierte Tatsache, dass Migranten/Migrantinnen häufiger Notfallambulanzen anstelle von niedergelassenen Ärzten/Ärztinnen aufsuchen²⁸, keine „kulturelle“ Eigenheit, sondern

²² *Tylor, The origins of culture* (1958) 1.

²³ *Beer, Ethnos, Ethnie, Kultur*, in *Fischer/Beer* (Hrsg), *Einführung und Überblick*⁵ (2003) 53 (62).

²⁴ *Schreiner, Von was reden wir? Interkulturalität, Transkulturalität, Kultursensibilisierung. Versuch einer Begriffsdefinition*, in *FH Oberösterreich Studienbetriebs GmbH* (Hrsg), 1. Symposium „Interkulturalität & Pflege – ein Querschnittsthema“. Abstraktband (2015) 10 (10).

²⁵ *Kutalek* in *Peintinger* 27.

²⁶ Vertiefend siehe dazu *Aigner M., Schmerz im kulturellen Kontext*, in *Peintinger* (Hrsg), *Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte* (2011) 159.

²⁷ *Kutalek* in *Peintinger* 24.

²⁸ *Babitsch/Braun/Borde/David*, *BMC Health Services Research* 2008, 8:82; *Borde/Braun/David*, Unterschiede in der Inanspruchnahme klinischer Notfallambulanzen durch deutsche Patienten/innen und Migranten/innen. Problembeschreibung, Ursachenanalyse, Lösungsansätze. Schlussbericht (2003) 136 f; *David/Borde*, *Kranksein in der Fremde? Türkische Migrantinnen im Krankenhaus* (2001) 264 ff mwN; *Ganahl/Dahlyk/Röthlin/Alpagu/Sikic-Fleischhacker/Peer/Pelikan*, *Gesundheitskompetenz bei Personen mit Migrationshintergrund aus der Türkei und Ex-Jugoslawien in Österreich. Ergebnisse einer quantitativen und*

Ausdruck eines Nicht-Wissens um den Aufbau des österr Gesundheitssystems, oder anders ausgedrückt mangelnder Gesundheitskompetenz (*Health Literacy*)²⁹.

2.2 Kultursensibilität

Kultursensibilität oder kulturelle Sensibilität ist eng mit kultureller oder interkultureller Kompetenz verknüpft und wird in der Lit unterschiedlich definiert. *Ilkilic* versteht unter interkultureller Kompetenz in medizinethischen Konfliktfällen die Fähigkeit zur Feststellung und Analyse der im interkulturellen Konflikt stehenden Güter sowie ihre Integration in die medizinethische Entscheidungsfindung.³⁰ Unter Kultursensibilität versteht er die Offenheit für die Wünsche und Entscheidungen des Patienten/der Patientin, die auf seine/ihre kulturell-religiöse Wertvorstellungen zurückzuführen sind.³¹ Für *Schreiner* bedeutet Kultursensibilisierung, kulturelle Aspekte in Verhalten und Interaktion zu erkennen und einfühlsam darauf zu reagieren. Konkret für den Gesundheits- und Pflegebereich sieht sie es als Ziel, einerseits den kulturellen Hintergrund des Patienten/der Patientin zu erkennen und sich andererseits der kulturell unterschiedlichen Gesundheits- und Krankheitskonzepte bewusst zu sein.³² Auch *Kutalek* versteht unter kultureller Sensitivität im medizinischen Kontext, dass Ärzte/Ärztinnen mit Patienten/Patientinnen unterschiedlichster Herkunft adäquat umgehen können, indem sie kulturelle Unterschiede akzeptieren, ihren eigenen kulturellen Hintergrund reflektieren und ihr Wissen in entsprechendes Verhalten umsetzen.³³

Den genannten Definitionen ist gemeinsam, dass Kultursensibilität nicht ein konkretes Wissen über konkrete Kulturen bezeichnet, sondern eine Haltung gegenüber migrantischen Patienten/Patientinnen. *Knischewitzki/Machleidt/Graef-Calliess* bringen es auf den Punkt, wenn sie eine Auseinandersetzung mit jeder Kultur oder die Kenntnis einer jeden Kultur nicht als Voraussetzung für interkulturelle Kompetenz im medizinischen Kontext bezeichnen. Vielmehr setzt interkulturelle Kompetenz eine gewisse Sensibilisierung auf drei Ebenen voraus: (1) Zunächst ist ein Wissen und ein Bewusstsein über das Vorhandensein

qualitativen Studie (2016) 130 mwN; *O'Donnell/Burns/Dowrick/Lionis/MacFarlane*, Health-care access for migrants in Europe, *The Lancet* 2013, 393.

²⁹ Die Österreichische Plattform Gesundheitskompetenz definiert Gesundheitskompetenz wie folgt: „Gesundheitskompetenz [basiert] auf allgemeinen Lese-, Schreib- und Rechenfähigkeiten (Literacy) und umfasst das Wissen, die Motivation und die Kompetenzen von Menschen, relevante Gesundheitsinformationen in unterschiedlicher Form zu finden, zu verstehen, zu beurteilen und anzuwenden, um im Alltag in den Domänen der Krankheitsbewältigung, der Krankheitsprävention und der Gesundheitsförderung Urteile fällen und Entscheidungen treffen zu können, die ihre Lebensqualität während des gesamten Lebensverlaufs erhalten oder verbessern (*Österreichische Plattform Gesundheitskompetenz*, Jahresbericht der Österreichischen Plattform Gesundheitskompetenz 2015. Bericht über weitere Schritte in Bezug auf das Umsetzungsprogramm des Rahmen-Gesundheitsziels 3 „Gesundheitskompetenz der Bevölkerung stärken“ (2016)).

³⁰ *Ilkilic*, Kulturelle Aspekte bei ethischen Entscheidungen am Lebensende und interkulturelle Kompetenz, *Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz* 2008, 857 (860).

³¹ *Ilkilic*, *Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz* 2008, 857 (862).

³² *Schreiner* in *FH Oberösterreich Studienbetriebs GmbH* 10 f.

³³ *Kutalek* in *Peintinger* 32.

verschiedener Lebenswelten und Umwelten, die kulturell geprägt sein können und ihren Niederschlag in Symptomvariationen, Krankheitskonzepten und Heilungsverläufen finden, gefordert. (2) Zudem beinhaltet interkulturelle Kompetenz eine Haltung, die von Offenheit, Neugier und dem Respekt vor anderen und deren Biografien getragen wird. Dabei ist es unumgänglich, dass der/die BehandlerIn das eigene Werte- und Normensystem kritisch hinterfragt und sich der eigenen kulturell geprägten Systeme und ihrer Praktiken bewusst wird. (3) Zuletzt beinhaltet interkulturelle Kompetenz im medizinischen Setting Fertigkeiten in der Gestaltung eines therapeutischen Prozesses. Davon umfasst sind Fertigkeiten im Umgang mit Behandlungsschwierigkeiten oder der eigenen empfundenen Hilflosigkeit, indem etwa professioneller Rat eingeholt wird sowie eine flexible Anpassung des Behandlungskonzeptes an den kulturellen Hintergrund des Patienten/der Patientin, zB durch die verstärkte Einbindung von Angehörigen.³⁴

Schaupp fordert eine über die kulturelle Sensibilisierung hinausgehende „spirituelle Kompetenz“ des Arztes/der Ärztin, deren Ziel es ist, mit dem Phänomen Spiritualität/Religiosität im Rahmen einer Arzt-Patienten-Beziehung in Hinblick auf die individuelle Person und das Krankheitsgeschehen angemessen umzugehen.³⁵

Ausgehend von diesen Ausführungen wird im Folgenden unter Kultursensibilität die Berücksichtigung von sprachlichen, kulturellen und religiösen bzw spirituellen Besonderheiten bei der Anwendung von Patientenrechten verstanden.

2.3 Patientenrechte

Patientenrechte sind in einer Vielzahl von Materien- und Berufsgesetzen zu finden und durch Jud und Lehre über Jahrzehnte hinweg abgesichert.³⁶ *Kopetzki* spricht davon, dass sich das Thema „Patientenrechte“ teils in Anwendung allgemeiner Grundsätze, zunehmend aber auch aufgrund umfassender kodifikatorischer Tendenzen in einzelnen Rechtsordnungen zu einem der zentralen und literarisch gut dokumentierten Leitthemen des Medizinrechts entwickelt hat.³⁷

Für den Krankenanstaltenbereich enthält § 5a KAKuG³⁸ einen Katalog von Patientenrechten. Die Ausführungsbestimmungen der Länder zu § 5a KAKuG garantieren

³⁴ Knischewitzki/Machleidt/Graef-Calliess, Interkulturelle Öffnung des psychiatrisch-psychotherapeutischen Versorgungssystems, Nervenheilkunde 2014, 434.

³⁵ Schaupp, Spiritualität als wesentliches Element in der Arzt-Patient-Beziehung mit unterschiedlichen kulturellen Werthaltungen? in Peintinger (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 89 (95).

³⁶ Aigner, Zur Situation der Patientenrechte in Österreich. Bestandsaufnahme und Perspektiven, RdM 2000, 77 (77); Kerschner, Patientenrechte und Behandlungsbegrenzung (Abbruch, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht), in Resch/Wallner F. (Hrsg), Handbuch Medizinrecht² (2015) 147 (Rz 1).

³⁷ Kopetzki, Entwicklung des Medizinrechts: Blick über die Grenzen, in Eser/Just/Koch (Hrsg), Perspektiven des Medizinrechts (2004) 79 (95).

³⁸ Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG) BGBI 1957/1 idF BGBI I 2018/37.

zwar keine subjektiven Rechte, die ex lege auf das Anstaltsverhältnis anwendbar sind, einige der dort angeführten Rechte sind auf Grundlage anderer gesetzlicher Bestimmungen jedoch tatsächlich subjektive Rechte. Das Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte sowie das Recht auf Aufklärung (Z 1 und 2) erfließen sowohl aus dem Behandlungsvertrag als auch aus § 8 Abs 3 KAKuG. Das in Z 4 enthaltene Besuchsrecht ist ebenfalls ein subjektives Recht, da nähere Bestimmungen über den Besuch von Pfleglingen in die Anstaltsordnung aufzunehmen sind und daher im Wege der darin enthaltenen „Hausordnung“ Nebenpflichten des Behandlungsvertrages werden. Die in Z 3 sowie 5 bis 11 beschriebenen Rechte können von dem Patienten/der Patientin dann durchgesetzt werden, wenn die dort vorgesehenen Maßnahmen iSd § 8 Abs 2 KAKuG medizinisch geboten sind. In diesem Fall wird die Erfüllung der Patientenrechte eine Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag.³⁹

Im Zusammenhang mit der freiberuflichen Tätigkeit von Ärzten/Ärztinnen ergeben sich die Rechte des Patienten/der Patientin ua aus dem ÄrzteG⁴⁰. Diese werden – ebenso wie die spitalsrelevanten Patientenrechte – durch eine Vielzahl an Bestimmungen, die in anderen Vorschriften auf dem Gebiet des Gesundheitswesens bestehen, vervollständigt bzw abgerundet.⁴¹ Ua sichert das Strafrecht einzelne Patientenrechte, wie das Recht auf Selbstbestimmung (§ 110 StGB⁴²) und das Recht auf Verschwiegenheit (§ 121 StGB).

Um diese „Zersplitterung der Patientenrechte“ übersichtlich zu gestalten⁴³, schloss der Bund mit den neun Ländern zwischen 1999 und 2006 einen auf Art 15a B-VG⁴⁴ beruhenden Vertrag: die „Vereinbarung zur Sicherstellung der Patientenrechte“ (Patientencharta).⁴⁵ Die Patientencharta berechtigt und verpflichtet jedoch nicht die Patienten/Patientinnen, sondern lediglich Bund und Länder. *Kopetzki* bezeichnet die Patientencharta daher als „symbolische Beschwichtigungsgesetzgebung“ und kritisiert, dass diese nicht auf konsequente Umsetzung angelegt sei.⁴⁶

³⁹ *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008) 662 f.

⁴⁰ Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz 1998 – ÄrzteG 1998) BGBl I 1998/169 idF BGBl I 2018/37.

⁴¹ *Aigner*, RdM 2000, 77.

⁴² Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBl 1974/60 idF BGBl I 2017/117.

⁴³ *Aigner*, RdM 2000, 77.

⁴⁴ Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 idF BGBl I 2018/22.

⁴⁵ *Bernat*, Entwicklungslinien des Medizinrechts. Eine Bestandsaufnahme aus Anlass von 20 Jahren „Recht der Medizin“ (1994-2014), RdM 2014/49 (37).

⁴⁶ Krit *Kopetzki*, Verfassungsfragen des Patientenschutzes, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Patientenrechte in Österreich (2001) 19 (22 f); *Kopetzki*, Patientenrechte in Österreich – Entwicklungen und Fehlentwicklungen, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung. Über Patientenverfügungen, Patientenvertretungen und Mediation (2006) 13 (24 ff). In Bezug darauf die Vorteile der Patientencharta aufzeigend *Aigner*, Zur Situation der Patientenrechte in Österreich, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Patientenrechte in Österreich (2001) 31; *Aigner*, Kind und Recht in der Medizin, in *Kerbl/Thun-Hohenstein/Damm/Waldhauser* (Hrsg), Kind und Recht. 3. Jahrestagung Politische Kindermedizin 2009 (2010) 1 (1 f).

2.4 DolmetscherIn – ÜbersetzerIn – SprachmittlerIn

Das Gesetz kennt im Zusammenhang mit dem Strafprozess eine Legaldefinition des Begriffes „Dolmetscher“. Nach § 125 Z 2 StPO⁴⁷ ist „Dolmetscher“ eine Person, die aufgrund besonderer Kenntnisse in der Lage ist, aus der Verfahrenssprache in eine andere Sprache oder von einer anderen in die Verfahrenssprache zu übersetzen. Nach § 13 SDG⁴⁸ ist unter dem Begriff „Dolmetscher“ auch der Begriff „Übersetzer“ zu verstehen. DolmetscherIn und ÜbersetzerIn unterscheiden sich insofern, als ein/e DolmetscherIn ein/e SprachmittlerIn ist, der/die den gesprochenen Text mündlich oder mittels Gebärdensprache von der Ausgangs- in die Zielsprache übersetzt, wohingegen ein/e **ÜbersetzerIn** ein/e SprachmittlerIn ist, der/die einen fixierten, zumeist schriftlichen Text von der Ausgangssprache in die Zielsprache übersetzt.⁴⁹ **SprachmittlerIn** gilt als Überbegriff für DolmetscherIn und ÜbersetzerIn. Im offiziellen Sprachgebrauch werden die Begriffe DolmetscherIn, ÜbersetzerIn und SprachmittlerIn allerdings synonym verwendet.⁵⁰

Die Lit unterscheidet professionelle DolmetscherInnen von Laiendolmetschern/Laiendolmetscherinnen. **Professionelle DolmetscherInnen** zeichnen sich durch eine Reihe von (primär universitär⁵¹) erworbenen Kompetenzen aus, wobei *Pöchhacker* Sprachkompetenz, Kulturkompetenz und translatorische Kompetenz als die drei zentralen nennt. Ein/e professionelle/r DolmetscherIn sollte über das Beherrschung von zumindest zwei Sprachen hinaus (Sprachkompetenz), jedenfalls über gute Kenntnisse der betreffenden Kultur und die damit verbundenen kulturspezifischen Verhaltensweisen sowie deren Bedeutung für die kommunikative Interaktion (Kulturkompetenz) verfügen. Die translatorische Kompetenz baut auf der Sprach- und Kulturkompetenz auf und schließt va auch den kognitiven und sprachlichen Umgang mit dem jeweiligen Wissensgebiet, Sachgebiet oder Gegenstand der Kommunikation mit ein.⁵² Ein obligatorischer Nachweis dieser Qualifikation und somit eine verbindliche Regelung des Berufszugangs existiert für das Dolmetschen in Österreich jedoch nicht.⁵³ Im Folgenden werden daher unter professionellen Dolmetschern/Dolmetscherinnen all jene Personen verstanden, die über die angeführten Kompetenzen verfügen und für ihre Tätigkeit bezahlt werden.

⁴⁷ Strafprozeßordnung 1975 (StPO) BGBI 1975/631 idF BGBI I 2018/32.

⁴⁸ Bundesgesetz über die allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetscher (Sachverständigen- und Dolmetschergesetz – SDG) BGBI 1975/137 idF BGBI I 2017/10.

⁴⁹ Bachner-Foregger in Fuchs/Ratz, WK StPO § 56 Rz 3 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at).

⁵⁰ Flubacher, Schweizer Erfahrungen mit Dolmetschern im Gesundheitswesen. Anstrengungen, den Einsatz kompetenter Dolmetscher zu fördern, in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner (Hrsg), Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit (2013) 119 (122).

⁵¹ Etwa an der Uni Wien, <https://spl.univie.ac.at/index.php?id=17585> (abgefragt am 8. 4. 2018) oder an der Uni Graz, <https://translationswissenschaft.uni-graz.at/de/studieren/studienangebot-am-itat/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁵² Pöchhacker, Dolmetschen. Konzeptuelle Grundlagen und deskriptive Untersuchungen (2000) 42 ff.

⁵³ Pöchhacker, Dolmetschen 46.

LaiendolmetscherInnen verfügen zwar oftmals über Sprachkompetenz, eventuell über eine gewisse Kulturkompetenz, es mangelt ihnen jedoch an der translatorischen Kompetenz.⁵⁴ Dies äußert sich insofern, als LaiendolmetscherInnen dazu neigen, selbst Antworten zu geben, in der Ich-Form zu sprechen oder Sätze zusammenzufassen und Informationen nur selektiv weiterzugeben. Sie vermischen wortwörtliche Übersetzung, kulturelle Vermittlung, Patienten-Fürsprache und Co-Therapie, was die Kommunikation zwischen Arzt/Ärztin, PatientIn und LaiendolmetscherIn sehr undurchsichtig macht.⁵⁵ In der medizinischen Praxis fungieren mehrsprachige BegleiterInnen von Patienten/Patientinnen einschließlich Minderjährige, mehrsprachige MitarbeiterInnen der Gesundheitseinrichtung, Mitpatienten/Mitpatientinnen oder sonstige, zufällig anwesende Personen als LaiendolmetscherInnen. Dabei wird fälschlicherweise davon ausgegangen, dass Mehrsprachigkeit auch eine „natürliche“ Dolmetschkompetenz beinhaltet.⁵⁶

2.5 AusländerIn – Asylwerbende/r – Asylberechtigte/r – Flüchtling – Person mit Migrationshintergrund – MigrantIn

Als **AusländerInnen** werden Personen bezeichnet, die nicht die österr Staatsbürgerschaft besitzen (§ 2 Abs 1 AuslBG⁵⁷).

Als **Asylwerbende/r** wird „ein/e Fremde/r ab Einbringung eines Antrags auf internationalen Schutz bis zum rechtskräftigen Abschluss, zur Einstellung oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens“ bezeichnet (§ 2 Abs 1 Z 14 AsylG 2005⁵⁸). Gem § 3 Abs 1 AsylG 2005 ist einer solchen Person der Status der **Asylberechtigten** zuzuerkennen, wenn glaubhaft ist, dass ihr im Herkunftsstaat Verfolgung iSd Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK⁵⁹ droht.

Ein **Flüchtling** ist nach dem AsylG 2005 eine Person, die Asyl erhalten hat. Nach Art 1 GFK gilt hingegen als Flüchtling, wer sich aus Furcht vor Verfolgung aufgrund eines in der Konvention genannten Grundes außerhalb des Herkunftslandes befindet und um Schutz in einem anderen Land ansucht.

Nach Definition der Statistik Austria sind **Personen mit Migrationshintergrund** jene Personen, die selbst oder deren beide Elternteile im Ausland geboren wurden. Oftmals wird

⁵⁴ Menz, Ärztliche Gespräche mit PatientInnen mit geringen Deutschkenntnissen, in Peintinger (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 225 (230).

⁵⁵ Schmidt-Glenewinkel, Kinder als Dolmetscher 22.

⁵⁶ Pöllabauer, „Im Wilden Westen des Dolmetschens. Ausbildung als Schritt zur Professionalisierung des Community Interpreting“, in Ráska (Hrsg), Gesundheit hat Bleiberecht: Migration und Gesundheit (2009) 97 (98).

⁵⁷ Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG) BGBl 1975/218 idF BGBl I 2018/1.

⁵⁸ Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (AsylG 2005) BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2017/145.

⁵⁹ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. 7. 1951 (Genfer Flüchtlingskonvention – GFK) BGBl 1955/55.

diese Gruppe weiter in die „erste Zuwanderergeneration“, die noch im Ausland geboren wurde, und die „zweite Zuwanderergeneration“, die bereits in Österreich geboren wurde, unterteilt.⁶⁰

In den Sozialwissenschaften werden unter Migration Bewegungen von Personen oder Personengruppen im Raum verstanden, die einen dauerhaften Wohnortwechsel bedingen. Die hM nimmt einen dauerhaften Wechsel immer dann an, wenn der ständige Wohnsitz für mindestens ein Jahr vom Herkunftsland in ein anderes Land verlegt wird. Darüber hinaus ist Migration jedoch stets ein Prozess, der nicht in einem engen zeitlichen Rahmen gedacht werden kann und idR nicht mit dem Wohnortwechsel abgeschlossen ist. Vielmehr umfasst Migration auch eine innere psychosoziale Migration, die oft zeitintensiver und schwieriger als die äußere physische Migration ist.⁶¹ Ausgehend davon, wird der Begriff **MigrantIn** im Folgenden als Überkategorie verwendet. Darunter subsumiert werden AusländerInnen, Personen mit Migrationshintergrund, Asylwerbende, Asylberechtigte und Flüchtlinge. Dabei soll jedoch nicht der Eindruck erweckt werden, Migranten/Migrantinnen seien eine real existierende Bevölkerungsgruppe, die innere Gemeinsamkeiten aufweist. Vielmehr wird aus Gründen der Vereinfachung MigrantIn als Überbegriff für die genannten heterogenen Gruppen verwendet.⁶²

⁶⁰ Statistik Austria, Migration 22.

⁶¹ Han, Soziologie der Migration. Erklärungsmodelle, Fakten, politische Konsequenzen, Perspektiven⁴ (2016) 5 ff.

⁶² Knipper, Migrationshintergrund? Plädoyer für eine zeitgemäße Beachtung der sozialen und kulturellen Hintergründe von Kindergesundheit in Deutschland, in Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte e. V. (Hrsg), Migrantinnen und Migranten in der Pädiatrie (2013) 65.

3 Grundlagen der Behandlung

Der Behandlungsvertrag bildet idR die rechtliche Grundlage für das Verhältnis zwischen BehandlerIn und PatientIn. Er wird entweder zwischen einem/einer freiberuflichen Angehörigen der Gesundheitsberufe, dem Träger einer Krankenanstalt oder einer Gesellschaft, die eine Gruppenpraxis betreibt, und dem Patienten/der Patientin geschlossen.⁶³ Besonderheiten können sich dann ergeben, wenn der/die PatientIn keine österr Staatsbürgerschaft besitzt.

3.1 Anzuwendendes Recht bei Patienten/Patientinnen mit ausländischer Staatsbürgerschaft

Der medizinische Behandlungsvertrag wird als privatrechtlicher Vertrag angesehen, unabhängig davon, ob der/die PatientIn gesetzlich, privat oder gar nicht krankenversichert ist.⁶⁴ Damit ist er grds einer Rechtswahl durch die Parteien zugänglich (Art 3 Rom I-VO⁶⁵). Erfolgt – wie in der Praxis in der überwiegenden Mehrheit der Fälle – keine Rechtswahl, so unterliegt der Behandlungsvertrag als im Gesetz nicht näher typisiertes Vertragsverhältnis⁶⁶ gem Art 4 Abs 2 Rom I-VO dem Recht des Staates, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Somit unterliegt der Behandlungsvertrag zwischen einem/einer ausländischen Patienten/Patientin und einem/einer freiberuflichen BehandlerIn oder einer Krankenanstalt mit Sitz in Österreich österr Recht.

Denkbar wäre, den Behandlungsvertrag als Verbrauchervertrag iSd Art 6 Rom I-VO zu qualifizieren. Patienten/Patientinnen schließen den Behandlungsvertrag nicht im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit, weshalb sie VerbraucherInnen iSd Art 6 Abs 1 Rom I-VO sind. Art 6 Abs 4 lit a Rom I-VO sieht allerdings vor, dass Dienstleistungen, die ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden, in dem der/die VerbraucherIn den gewöhnlichen Aufenthalt hat, keine Verbraucherverträge sind. Bietet daher der/die BehandlerIn die Dienstleistungen lediglich in Österreich und nicht im Herkunftsland des Patienten/der Patientin an, handelt es sich nicht um einen Verbrauchervertrag. Hat der/die ausländische PatientIn hingegen den gewöhnlichen

⁶³ Emberger in Emberger/Wallner F., Ärztegesetz mit Kommentar² § 49 Erläut 1; Kletečka-Pulker, Rechtsgrundlagen der Behandlung, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/1 (I/14).

⁶⁴ Emberger in Emberger/Wallner F., Ärztegesetz² § 49 Erläut 1; Wenzel, Das Recht der medizinischen Behandlung, in Wenzel (Hrsg), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007) 221 (232). In Deutschland hat der BGH Zweifel an der privatrechtlichen Natur des Behandlungsvertrages aus dem Weg geräumt: BGH 18. 3. 1980, VI ZR 247/78; 10. 1. 1984, VI ZR 297/81.

⁶⁵ VO (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 2008/177, 6.

⁶⁶ OGH 4. 7. 1991, 6 Ob 558/91; 21. 4. 2016, 9 Ob 19/16 h; RIS-Justiz RS0021335, zuletzt OGH 22. 3. 2018, 4 Ob 208/17 t; Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/4.

Aufenthalt in Österreich, handelt es sich um einen Verbrauchervertrag, für den nach Art 6 Abs Abs 1 lit a Rom I-VO österr Recht anwendbar ist.

Neben privatrechtlich begründeten, gibt es auch öffentlich-rechtlich begründete Behandlungsverhältnisse, wie etwa Behandlungs- und Untersuchungspflichten nach öffentlich-rechtlichen Normen (zB § 2 TubG⁶⁷; §§ 5, 17 EpG⁶⁸; § 69 StVG⁶⁹; § 5 StVO⁷⁰). Werden in diesem Rahmen ausländische Staatsangehörige behandelt, ist aufgrund des Territorialitätsprinzips (Art 3 B-VG) österr Recht anzuwenden.

3.2 Geschäftsfähigkeit von ausländischen Patienten/Patientinnen

Der/die PatientIn muss zum Zweck des Abschlusses des Behandlungsvertrages geschäftsfähig sein.⁷¹ § 12 IPRG⁷² legt fest, dass die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach deren Personalstatut zu beurteilen sind. Art 13 Rom I-VO schränkt diesen Grundsatz allerdings ein. Danach können sich Personen, die sich in demselben Staat befinden und einen Vertrag abschließen, nur dann auf die Rechts-, Geschäfts-, und Handlungsfähigkeit eines anderen Staates berufen, wenn die andere Vertragspartei bei Vertragsschluss diese Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Schließen Arzt/Ärztin und ausländische/r PatientIn also in Österreich einen Behandlungsvertrag ab, so ist österr Recht anzuwenden, sofern der Arzt/die Ärztin die mangelnde Handlungsfähigkeit des Patienten/der Patientin weder kannte noch kennen musste.

⁶⁷ Tuberkulosegesetz BGBl 1968/127 idF BGBl I 2016/63.

⁶⁸ Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186 idF BGBl I 2018/37.

⁶⁹ Bundesgesetz vom 26. März 1969 über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahmen (Strafvollzugsgesetz – StVG) BGBl 1969/144 idF BGBl I 2018/32.

⁷⁰ Bundesgesetz vom 6. Juli 1960, mit dem Vorschriften über die Straßenpolizei erlassen werden (Straßenverkehrsordnung 1960 – StVO 1960) BGBl 1969/159 idF BGBl I 2018/42.

⁷¹ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/17.

⁷² Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) BGBl 1978/304 idF BGBl I 2015/87.

4 Recht auf Behandlung und Pflege

Migranten/Migrantinnen nehmen Gesundheitsdienstleistungen weniger häufig in Anspruch als die nicht migrantische österr Bevölkerung, wobei eher kurative als präventive Angebote genutzt werden.⁷³ Der Bericht „Migration und Gesundheit“ im Auftrag des BMG und der Arbeiterkammer Wien hat beispielsweise gezeigt, dass im Durchschnitt der Jahre 2010 bis 2012 8,2 % der in Österreich lebenden Drittstaatsangehörigen, 4,8 % der EU-AusländerInnen aber nur 3,3 % der ÖsterreicherInnen einen Zahnarztbesuch trotz Zahnbeschwerden unterlassen haben. Dies wird einerseits auf mangelndes Wissen der Migranten/Migrantinnen über das Gesundheitssystem zurückgeführt, andererseits auf Diskriminierung.⁷⁴ Tatsächlich finden sich in den Medien plakative Beispiele, in denen Personen aufgrund ihres „Fremdseins“ der Zugang zu Behandlungen verweigert wird. Ein niedergelassener Arzt in Wien hatte beispielsweise im Jänner 2016 mittels Zettel auf der Ordinationstür sowie via Facebook mitgeteilt, keine „Asylanten“⁷⁵ zu behandeln und dadurch sehr viel (mediale) Aufmerksamkeit erregt.⁷⁶ Auch in Deutschland hatte ein Arzt „Spielregeln“ für Migranten/Migrantinnen in seinem Wartezimmer ausgehängt, die ua ein Kopftuchverbot beinhalteten sowie Familien mit mehr als fünf Kindern als unerwünscht auswiesen.⁷⁷ Aufgrund der digitalen Möglichkeiten, die Plattformen wie Facebook bieten, werden derartige Behandlungsverweigerungen weit verbreitet und erreichen neben den direkt betroffenen Personen eine breite Öffentlichkeit.

Im Folgenden wird daher geprüft, inwieweit das Patientenrecht auf Behandlung und Pflege Migranten/Migrantinnen Zugang zur Gesundheitsversorgung gewährleistet und vor welchen Formen der Diskriminierung der Gesetzgeber migrantische Patienten/Patientinnen schützt.

⁷³ Ganahl/Dahlvik/Röthlin/Alpagut/Sikic-Fleischhacker/Peer/Pelikan, Gesundheitskompetenz 130 ff mwN; Statistik Austria, Migration 12; Speziell zur Situation von Migrantinnen siehe Wimmer-Puchinger/Wolf/Engleder, Migrantinnen im Gesundheitssystem. Inanspruchnahme, Zugangsbarrieren und Strategien zur Gesundheitsförderung, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2006, 884.

⁷⁴ Anzenberger/Bodenwinkler/Breyer, Migration und Gesundheit 46 f.

⁷⁵ Der Begriff „Asylant“ steht unter Anführungszeichen, weil es sich dabei nicht um einen Rechtsbegriff, sondern – wie auch der VwGH kürzlich festgestellt hat – um eine abwertende Bezeichnung für Personen, die Asyl suchen, handelt (VwGH 24. 4. 2018, Ro 2017/03/0016).

⁷⁶ Reibenwein/Pachner, Disziplinarverfahren: Wiener Arzt behandelt keine Asylwerber, Kurier 14. 1. 2016, <https://kurier.at/chronik/wien/disziplinarverfahren-wiener-arzt-behandelt-keine-asylwerber/174.871.977> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁷⁷ Fokus online, Migration. Kopftücher und Großfamilien in Arztpraxis verboten, 3. 9. 2010, http://www.focus.de/politik/deutschland/migration-kopftuecher-und-grossfamilien-in-arztpraxis-verboten_aid_548571.html (abgefragt am 8. 4. 2018); Mück-Raab, Arzt will Regelungen für Patientinnen mit Kopftuch, Der Tagesspiegel 10. 9. 2010, <http://www.tagesspiegel.de/weltspiegel/hessen-arzt-will-regelungen-fuer-patientinnen-mit-kopftuch/1930054.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Allgemein ist dazu festzuhalten, dass das Recht auf Gesundheit ein anerkanntes soziales Menschenrecht ist und etwa in Art 25 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte⁷⁸ oder rechtlich bindend in Art 12 des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁷⁹ verankert ist⁸⁰, in dem es als Recht auf höchstmögliche körperliche und geistige Gesundheit sowie das Recht auf medizinische Versorgung für jeden Menschen definiert ist. Zusätzlich zu den genannten Verpflichtungen auf UN-Ebene, enthalten Art 2, 3 EMRK⁸¹ einschlägige Bestimmungen und ist in Art 35 EU-Grundrechtecharta⁸² festgehalten, dass jede Person das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten hat.⁸³

Vom Patientenrecht auf Behandlung und Pflege sind das Recht auf Erste Hilfe, das Recht auf Gesundheitsfürsorge und gleichen Zugang zur Behandlung sowie das Recht auf sachgerechte medizinische Behandlung umfasst.⁸⁴

4.1 Recht auf Erste Hilfe

Ärzte/Ärztinnen dürfen die Erste Hilfe im Fall drohender Lebensgefahr nicht verweigern (§ 48 ÄrzteG). Dies gilt sowohl für Ärzte/Ärztinnen für Allgemeinmedizin, Turnusärzte/Turnusärztinnen, Fachärzte/Fachärztinnen oder approbierte Ärzte/Ärztinnen und unabhängig davon, ob der Beruf im niedergelassenen Bereich, in einer Gruppenpraxis oder in einem Angestelltenverhältnis ausgeübt wird.⁸⁵ Spitalsärzte/Spitalsärztinnen sowie niedergelassene Ärzte/Ärztinnen haben auch im engen Umkreis der Krankenanstalt bzw der Ordination Erste Hilfe zu leisten, sofern dadurch ihre Patienten/Patientinnen nicht in Lebensgefahr geraten.⁸⁶ Von dieser Hilfeleistungspflicht sind nicht nur Fälle von erkannter Lebensgefahr umfasst, sondern auch Verdachtsäußerungen, die bei Zutreffen Lebensgefahr indizieren. Der Arzt/die Ärztin hat sich persönlich zu überzeugen, ob sich der Verdacht bestätigt und die Notwendigkeit zur Ersten-Hilfe-Leistung besteht.⁸⁷ Es reicht daher grds nicht aus, die Rettung zu verständigen, ohne persönlich tätig zu werden. Eine Ausnahme

⁷⁸ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III).

⁷⁹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte BGBl 1978/590.

⁸⁰ Gregoritsch, Zur Gesundheitsversorgung von Asylwerbern in Österreich, SozSi 2006, 55.

⁸¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210 idF BGBl III 2010/47.

⁸² Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2010/C 83/02.

⁸³ Zum Umfang des Art 35 siehe Handstanger, Grundrecht auf Gesundheitsschutz, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 101.

⁸⁴ Memmer, Rechte und Pflichten – Patient und Behandler, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/27 (I/34/a ff).

⁸⁵ Leischner, Schockschaden naher Angehöriger in Folge unterlassener Erster Hilfe, RdM 2010/153 (155).

⁸⁶ Aigner, Rechtsgrundlagen auf dem Sektor der Notfallmedizin, RdM 1996, 67 (68); Wallner in GmundKomm § 48 ÄrzteG 1998 Rz 1.

⁸⁷ VwGH 2. 6. 1965, Z 1817/64; Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz 1998 samt erläuternden Anmerkungen³ (2007) § 48 Anm 3; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/49; Rebhahn, Wann dürfen Vertragsärzte die Behandlung von Versicherten ablehnen? RdM 2013/140 (237).

besteht nur dann, wenn der/die telefonisch informierte Arzt/Ärztin berechtigterweise annehmen kann, dass dem Rettungsteam ein Arzt/eine Ärztin angehört und dieses vor ihm/ihr am Unfallort eintreffen werde.⁸⁸ Darüber hinaus ist die im Gesetz vorgesehene Einschränkung auf drohende Lebensgefahr zu relativieren, da auch Ärzte/Ärztinnen zur Hilfeleistung gem § 94 StGB (Imstichlassen eines Verletzten) sowie § 95 StGB (Unterlassung der Hilfeleistung) verpflichtet sind und diese nicht auf drohende Lebensgefahr beschränkt ist. Zudem sieht das Disziplinarrecht den Tatbestand der Beeinträchtigung des Ansehens der in Österreich tätigen Ärzteschaft vor und dieser kann auch dann verwirklicht werden, wenn ein Arzt/eine Ärztin die offensichtlich notwendige Hilfe bei drohender schwerer Gesundheitsschädigung – auch ohne drohende Lebensgefahr – verweigert.⁸⁹ Das Recht auf Erste Hilfe beinhaltet einen ausdrücklichen Kontrahierungzwang für Ärzte/Ärztinnen, weshalb sie Personen, die Erste Hilfe benötigen, unabhängig von Staatsbürgerschaft, Geschlecht, sozialem Status usw behandeln müssen.⁹⁰ Auch undocumented Migranten/Migrantinnen bzw Flüchtlinge, die lediglich auf der Durchreise sind und sich nicht registrieren lassen, haben somit das Recht auf ärztliche Erste Hilfe.

Krankenanstalten mit Öffentlichkeitsrecht dürfen niemandem die unbedingt notwendige erste ärztliche Hilfe verweigern (§ 23 Abs 1 KAKuG).⁹¹ Davon umfasst sind nicht nur Fälle, in denen Lebensgefahr besteht, sondern auch solche, in denen Personen dringend behandlungsbedürftig sind.⁹² Die Hilfeleistungspflicht bezieht sich auf *alle* dringend behandlungsbedürftigen Personen – unabhängig von Wohnsitz, Nationalität oder Versicherung. Der VwGH hat explizit festgehalten, dass auch Personen, die über keinen Wohnsitz im Inland verfügen und die voraussichtlichen Behandlungskosten nicht erlegen oder sicherstellen können, ein Recht auf unbedingt notwendige erste ärztliche Hilfe in öffentlichen Krankenanstalten haben.⁹³ Undocumented Migranten/Migrantinnen oder Flüchtlinge haben somit ebenfalls das Recht auf unbedingt notwendige erste ärztliche Hilfe in Krankenanstalten. Gem § 40 Abs 1 lit c KAKuG trifft auch private Krankenanstalten und damit auch selbstständige Ambulatorien diese Hilfeleistungspflicht.⁹⁴

Sprechen PatientIn und BehandlerIn keine gemeinsame Sprache, kann es sich als schwierig erweisen, die dringende Behandlungsbedürftigkeit zu erkennen. Der OGH hatte

⁸⁸ VwGH 12. 12. 1967, 564/3/67.

⁸⁹ Aigner, Das ärztliche Berufsrecht, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2018) III/1 (III/29).

⁹⁰ Emberger in Emberger/Wallner F., Ärztegesetz² § 48 Erläut 2.

⁹¹ Rebhahn, RdM 2013/140 (236 f).

⁹² Kopetzki, Krankenanstaltenrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht³ (2013) 277 (449).

⁹³ VwGH 23. 4. 2007, 2004/10/0192.

⁹⁴ Aigner, Zur Aufnahmepflicht öffentlicher Krankenanstalten, RdM 1996, 111; Kopetzki in Holoubek/Potacs 277.

einen Fall zu entscheiden, bei dem eine ebensolche Situation vorlag. Zwei Patienten mit Muttersprache Serbokroatisch wurden in einer Krankenanstalt vorstellig, waren der deutschen Sprache jedoch nicht mächtig und konnten daher ihre Beschwerden nicht schildern. Der Dienst habende Oberarzt konnte keine Krankheitssymptome erkennen, nahm daher keine Anstaltsbedürftigkeit an und schickte die beiden Patienten nach Hause. Der OGH wertete dieses Verhalten als rechtmäßig. Er hielt fest, dass die Behandlungspflicht nach § 23 Abs 1 KAKuG zwar keine Lebensgefahr voraussetzt, sondern schon bei dringender Behandlungsbedürftigkeit des Patienten/der Patientin zum Tragen kommt, dass dem Arzt jedoch im konkreten Einzelfall keine schuldhafte Verletzung der Behandlungspflicht nach § 23 Abs 1 KAKuG vorgeworfen werden könne, da dieser nicht mit den Patienten kommunizieren konnte und diese nach außen keine Krankheitssymptome aufwiesen. Allerdings erschienen die Patienten kurz nach der Behandlungsablehnung durch den Arzt erneut in der Krankenanstalt, wobei sie nun von einer der deutschen Sprache mächtigen Bekannten begleitet wurden. Diese gab dem anwesenden Krankenpfleger zu verstehen, dass es den beiden Patienten körperlich schlecht gehe und sie ersuchte um deren Behandlung. Der Krankenpfleger verwies jedoch auf die vorherige Behandlungsablehnung durch den Arzt und schickte die Patienten neuerlich weg, woraufhin diese in der Folgenacht aufgrund einer Kohlenmonoxidvergiftung verstarben. Dieses Verhalten des Krankenpflegers wertete der OGH als rechtswidrig. Da durch die Laiendolmetschleistung der Bekannten nun klar war, dass sich die Patienten selbst als behandlungsbedürftig ansahen und ein Anamnesegespräch nun möglich gewesen wäre, hätte vom Arzt neuerlich entschieden werden müssen, ob ein Behandlungsbedarf vorliegt. Der Krankenpfleger wäre somit verpflichtet gewesen, einen Arzt zu informieren. Da es sich bei der Entscheidung über einen Behandlungsbedarf um eine den Ärzten/Ärztinnen vorbehaltene Tätigkeit gem § 2 Abs 2 Z 1 ÄrzteG handelt, kann diese ausschließlich von einem Arzt/einer Ärztin und nicht von einer Pflegeperson getroffen werden.⁹⁵ *Resch* qualifiziert im Gegensatz zum OGH mE zu Recht bereits das erstmalige Wegschicken der Patienten als rechtswidrig. Er sieht es angesichts der großen Zahl von Personen mit serbokroatischer Muttersprache in Österreich als Verpflichtung des Krankenanstaltenträgers, DolmetscherInnen in dieser Sprache zur Verfügung zu stellen, wobei im konkreten Fall wohl bereits eine telefonische Beziehung eines Dolmetschdienstes entscheidend geholfen hätte. Da die Krankenanstalt keine Dolmetschdienste anbieten konnte, liegt *Resch* zufolge ein Organisationsverschulden⁹⁶ des Krankenanstaltenträgers vor.⁹⁷

⁹⁵ OGH 11. 5. 2010, 4 Ob 36/10 p.

⁹⁶ Zum Organisationsverschulden von Krankenanstalten siehe *Resch*, Organisationsverschulden der Krankenanstalt aus Sicht des Arbeitnehmers, RdM 2010/64.

⁹⁷ *Resch*, Abweisung eines Kranken durch einen Krankenpfleger, ÖZPR 2010/93 (94).

Die deutsche Rsp verlangt, dass bereits für die Befunderhebung die Sprachbarriere überwunden werden muss: Zwar sah das LG Berlin zunächst keine Pflicht zur Beziehung eines Dolmetschers zur Befunderhebung beim niedergelassenen Augenarzt. Im konkreten Fall hatte es Verständigungsschwierigkeiten mit dem Patienten gegeben, weshalb der Augenarzt nicht erkannte, dass eine Netzhautablösung vorlag und dem Patienten lediglich eine Brille verschrieb. Da der Patient darüber klagte, schlecht sehen zu können, jedoch keine eindeutigen Symptome einer Netzhautablösung schilderte, sah das Gericht keinen groben Anamnesefehler auf Seiten des Augenarztes. Im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht hätte der Patient die vorhandenen Symptome beschreiben müssen. Die Pflicht zur Hinzuziehung eines Dolmetschers für die Übersetzung der Symptome beurteilte das Gericht als „überzogen“ und „kaum praktikabel“. Ebenso verneinte es eine Pflicht des Augenarztes, den Patienten mit der Bemerkung, dieser solle mit einer sprachkundigen Person wieder erscheinen, wegschicken zu müssen.⁹⁸ Im Jahr 2008 entschied der Senat hingegen konträr und stellte fest, dass sich der Arzt nunmehr auch im Rahmen der Behandlungspflichten – nicht nur der Aufklärungspflichten – versichern muss, dass der/die PatientIn in der Lage ist, die für eine ordnungsgemäße Behandlung erforderlichen Angaben zu machen. Andernfalls ist die Behandlung abzulehnen oder für eine Sprachmittlung zu sorgen.⁹⁹ Das OLG Oldenburg bestätigte diese Rsp im Jahr 2011.¹⁰⁰

4.2 Unabweisbare und anstaltsbedürftige Personen

Öffentliche Krankenanstalten müssen „unabweisbare“ Personen in Anstaltspflege nehmen. Das sind Personen, deren geistiger oder körperlicher Zustand wegen Lebensgefahr oder wegen Gefahr einer sonst nicht vermeidbaren schweren Gesundheitsschädigung sofortige Anstaltsbehandlung erfordert, sowie jedenfalls Frauen, wenn die Entbindung unmittelbar bevorsteht (§ 22 Abs 4 KAKuG). Die Aufnahmepflicht besteht unabhängig von den Kapazitäten der Krankenanstalt: Ist die Aufnahme eines Patienten/einer Patientin in die allgemeine Gebührenklasse wegen Platzmangels nicht möglich, hat die Krankenanstalt diese/n ohne Verrechnung von Mehrkosten in die Sonderklasse aufzunehmen (§ 22 Abs 5 KAKuG) oder auf Kosten des Krankenanstaltenträgers in ein anderes (ausländisches) Spital zu überstellen.¹⁰¹ Unabweisbare Patienten/Patientinnen sind auch dann zu behandeln, wenn sie keinen Wohnsitz in Österreich haben, wenn sie ausländische

⁹⁸ LG Berlin 15. 1. 1998, 20 U 3654/96.

⁹⁹ KG Berlin 8. 5. 2008, 20 U 202/06.

¹⁰⁰ OLG Oldenburg 17. 1. 2011, 5 U 187/10.

¹⁰¹ OGH 30. 7. 2001, 10 ObS 151/01 f; 29. 3. 2001, 2 Ob 60/01 i; Kopetzki in Holoubek/Potacs 465 mwN.

Staatsangehörige sind, wenn sie nicht versichert sind und/oder wenn sie die Behandlungskosten voraussichtlich nicht aufbringen können.¹⁰²

Von der Aufnahmepflicht von unabweisbaren Personen in Krankenanstalten ist die „allgemeine“ Aufnahmepflicht gegenüber anstaltsbedürftigen Personen zu unterscheiden (§ 22 Abs 2 KAKuG). Anstaltsbedürftig sind Personen, deren aufgrund ärztlicher Untersuchung feststellter geistiger oder körperlicher Zustand die Aufnahme in Krankenanstaltspflege erfordert, Personen, die ein Sozialversicherungsträger oder ein Gericht im Zusammenhang mit einem Verfahren über Leistungssachen zum Zweck einer Befundung oder einer Begutachtung in die Krankenanstalt einweist, gesunde Personen zur Vornahme einer klinischen Prüfung eines Arzneimittels oder eines Medizinproduktes sowie Personen, die der Aufnahme in die Krankenanstalt zur Vornahme von Maßnahmen der Fortpflanzungsmedizin bedürfen (§ 22 Abs 3 KAKuG). Da EWR-BürgerInnen, die in einem anderen Mitgliedstaat krankenversichert sind, Behandlungsansprüche aus der VO (EWG) 1408/71¹⁰³ ableiten können, sind sie ebenfalls von der Aufnahmepflicht nach § 22 Abs 2 KAKuG umfasst.¹⁰⁴ Diese Personen dürfen nur dann abgewiesen werden, wenn in der von ihnen gewünschten Gebührenklasse zum gewünschten Aufnahmezeitpunkt keine Kapazitäten frei sind bzw frei werden oder wenn der Zweck der Krankenanstalt sachliche Argumente gegen die Aufnahme bietet.¹⁰⁵ Nicht unabweisbare, allerdings anstaltsbedürftige Personen, die ihren Wohnsitz nicht in Österreich haben, können gem § 29 Abs 1 KAKuG durch Landesgesetz von der Aufnahmepflicht ausgeschlossen werden, wenn sie die voraussichtlichen Behandlungskosten nicht erlegen oder sicherstellen können. Ist ein inländischer Sozialversicherungsträger (allenfalls für einen ausländischen Träger) zahlungspflichtig, kann die Person somit grds nicht ausgeschlossen werden.¹⁰⁶

Nach § 29 Abs 1a KAKuG dürfen anstaltsbedürftige, aber nicht unabweisbare Personen ohne Wohnsitz in Österreich allerdings abgelehnt werden, wenn sie zwar zahlungsfähig bzw sozialversichert sind, die Krankenanstalt durch deren Aufnahme ihren Versorgungsauftrag für Personen mit Sitz im Inland nach dem Landeskrankenanstaltenplan jedoch nicht mehr erfüllen kann.¹⁰⁷

¹⁰² VwGH 23. 4. 2007, 2004/10/0192.

¹⁰³ VO (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1992/2006.

¹⁰⁴ Windisch-Graetz, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das österreichische Krankenanstaltenrecht Teil I, ZfV 2002, 628.

¹⁰⁵ Steiner, Zum Versorgungsauftrag öffentlicher Krankenanstalten, RdM 2010/157 (166); Stöger, Krankenanstaltenrecht 635; Windisch-Graetz, ZfV 2002, 628.

¹⁰⁶ Stöger, Krankenanstaltenrecht 638; Windisch-Graetz, ZfV 2002, 628.

¹⁰⁷ Stöger in GmundKomm § 30 Rz 3.

4.3 Recht auf Gesundheitsfürsorge und gleichen Zugang zu Behandlung und Pflege

Weder der/die PatientIn noch der/die BehandlerIn ist grds zum Abschluss eines Behandlungsvertrages verpflichtet.¹⁰⁸ Der/die BehandlerIn muss die Behandlung sogar ablehnen, wenn diese nicht medizinisch indiziert ist oder er/sie dafür nicht die entsprechende Qualifikation aufweist.¹⁰⁹ Kontrahierungszwang kann sich allerdings – neben den genannten Fällen der Pflicht zur Leistung von Erster Hilfe sowie bei unabweisbaren und anstaltsbedürftigen Patienten/Patientinnen – aus einer Monopolstellung sowie aus dem Vertragspartnerrecht ergeben.

Monopolstellung liegt immer dann vor, wenn der Arzt/die Ärztin im weiten Umkreis der/die einzige facheinschlägige Arzt/Ärztin ist¹¹⁰, oder ein Ärztestreik herrscht¹¹¹, wobei ein totaler Ärztestreik ohne Einrichtung eines Notdienstes rechtswidrig wäre.¹¹²

Im Rahmen kassenvertragsärztlicher Tätigkeiten ergeben sich durch die Gesamtverträge zwischen den Krankenversicherungsträgern und den freiberuflich tätigen Ärzten/Ärztinnen sowie den Gruppenpraxen bedeutsame Einschränkungen der Vertragsabschlussfreiheit. So sieht etwa der Gesamtvertrag zwischen Ärzten/Ärztinnen und der Wiener Gebietskrankenkasse¹¹³ vor, dass gegenüber allen Anspruchsberechtigten, die den Vertragsarzt/die Vertragsärztin aufsuchen, Behandlungspflicht besteht (§ 17 Gesamtvertrag WGKK). Behandlungsansprüche von Anspruchsberechtigten können aber keine/n BehandlerIn dazu zwingen, Behandlungen durchzuführen, die er/sie nicht ausreichend beherrscht oder die er/sie sich nicht zumuten darf. Ebenso sehen die Gesamtverträge vor, die Behandlung eines/einer Anspruchsberechtigten in begründeten Fällen abzulehnen (zB § 26 Gesamtvertrag WGKK). Begründet ist ein Fall dann, wenn der Grund für die Behandlungsablehnung objektiv nachvollziehbar ist.¹¹⁴ So ist etwa ein Ablehnungsrecht gegenüber Anspruchsberechtigten anzunehmen, wenn sich der/die PatientIn weigert, Anordnungen des Behandlers/der Behandlerin zu befolgen. Dieses Ablehnungsrecht des Arztes/der Ärztin wird damit begründet, dass er/sie sich keinem zivil- und strafrechtlich relevanten Haftungsrisiko aussetzen muss.¹¹⁵ Es kann auch geboten sein, eine/n nicht deutschsprachige/n Patienten/Patientin abzulehnen, weil keine Verständigung und somit keine

¹⁰⁸ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/1.

¹⁰⁹ Kletečka-Pulker, Neue Formen der Selbstbestimmung, J Hyperton 2010/4, 12 (16).

¹¹⁰ Emberger in Emberger/Wallner F., Ärztegesetz² § 50 Erläut 1; Rebhahn, RdM 2013/140 (238); Stellamor/Steiner, Handbuch des österreichischen Arztrechts I (1999) 31 f.

¹¹¹ Leischner-Lenzhofer, Die ärztliche Aufklärung bei fremdsprachigen Patienten, RdM 2013/4 (17) mwN.

¹¹² Stellamor/Steiner, Arztrecht I 76.

¹¹³ WGKK, Gesamtvertrag vom 1. Jänner 2004,

<http://www.hauptverband.at/portal27/portal/hvbportal/content/contentWindow?contentid=10007.693863&action=2&viewmode=content> (abgefragt am 8. 4. 2018).

¹¹⁴ Rebhahn, RdM 2013/140 (239).

¹¹⁵ Aigner, Risiko und Recht der Gesundheitsberufe, RdM 2004/23 (38).

Aufklärung und Behandlung möglich ist.¹¹⁶ *Rebhahn* hält eine Ablehnung aufgrund fehlender Möglichkeit der Kommunikation nur dann für möglich, wenn dieser Grund bei anderen Ärzten/Ärztinnen voraussichtlich nicht oder weniger vorliegt. Kann der/die PatientIn die ärztliche Hilfe auch bei einem Arzt/einer Ärztin mit Fremdsprachenkenntnissen in Anspruch nehmen, so darf der Arzt/die Ärztin die Behandlungsübernahme ablehnen. Fehlt hingegen voraussichtlich auch bei anderen Ärzten/Ärztinnen die Möglichkeit zur Kommunikation, darf die Behandlung von Anspruchsberechtigten nicht abgelehnt werden. Muss der Arzt/die Ärztin erkennen, dass der/die PatientIn in dem Zeitraum, in dem eine ärztliche Untersuchung oder Behandlung erkennbar erforderlich ist, voraussichtlich keinen Kollegen/keine Kollegin wird aufsuchen können, mit dem/der eine Kommunikation möglich ist, darf die Behandlung nicht abgelehnt werden. In diesem Fall ist es geboten, ärztliche Hilfe mit unvollständiger Kommunikation, anstatt keine ärztliche Hilfe zu leisten.¹¹⁷ Schwierigkeiten werden sich in der Praxis bereits bei der Abschätzung des Arztes/der Ärztin ergeben, wie dringend die Behandlung ist und wie rasch ein/e sprachlich geeignete/r Arzt/Ärztin gefunden werden kann. Hinsichtlich der Dringlichkeit der Behandlung sieht *Rebhahn* keine Verpflichtung des Arztes/der Ärztin zu einer Untersuchung, sondern er/sie darf sich mit dem Anschein begnügen.¹¹⁸ Bezuglich der Verfügbarkeit eines Behandlers/einer Behandlerin mit Fremdsprachenkenntnissen wird wohl auf die geografische Lage (Stadt – Land), die Tages- und Uhrzeit (Wochenende, Nacht) sowie die Wahrscheinlichkeit, dass jemand diese Fremdsprache spricht (English – Mandarin) Bedacht zu nehmen sein.

Hat der Arzt/die Ärztin einen Behandlungsvertrag abgeschlossen, so ist er/sie verpflichtet, jede/n in ärztliche Betreuung oder Behandlung übernommenen Gesunde/n oder Kranke/n ohne Unterschied der Person gewissenhaft zu betreuen (§ 49 Abs 1 ÄrzteG).¹¹⁹ Im Ergebnis inhaltsgleiche Vorschriften finden sich in anderen Gesetzen der Gesundheitsberufe (zB § 4 Abs 1 GuKG¹²⁰; § 6 Abs 1 HebG¹²¹; § 5 Abs 1 KTG¹²²; § 11 Abs 1 MTD-Gesetz¹²³; § 4 Abs 1 SanG¹²⁴). Die gebotene Beratung und Betreuung ohne Unterschied der Person

¹¹⁶ Siehe dazu ausführlich Kap 6.7 Unmögliche Aufklärung aufgrund unüberwindbarer Sprach- und/oder Kulturrestrierungen.

¹¹⁷ *Rebhahn*, RdM 2013/140. Siehe dazu Kap 6.7.2 Behandlung trotz unmöglichkeit der Aufklärung.

¹¹⁸ *Rebhahn*, RdM 2013/140 (245).

¹¹⁹ *Rebhahn*, RdM 2013/140 (236).

¹²⁰ Bundesgesetz über Gesundheits- und Krankenpflegeberufe (Gesundheits- und Krankenpflegegesetz – GuKG) BGBI I 1997/108 idF 2018/37.

¹²¹ Bundesgesetz über den Hebammenberuf (Hebammengesetz – HebG) BGBI 1994/310 idF BGBI I 2018/37.

¹²² Bundesgesetz über den kardiotechnischen Dienst (Kardiotechnikergesetz – KTG) BGBI I 1998/96 idF BGBI I 2018/37.

¹²³ Bundesgesetz über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-Gesetz) BGBI 1992/460 idF BGBI I 2018/37.

¹²⁴ Bundesgesetz über Ausbildung, Tätigkeiten und Beruf der Sanitäter (Sanitätergesetz – SanG) BGBI I 2002/30 idF BGBI I 2018/37.

bedeutet, dass der/die BehandlerIn keinen Unterschied zwischen Nationalitäten, Geschlechtern, sozialem Status oder Art der Krankheit machen darf.¹²⁵

Auch öffentliche Krankenanstalten haben die Pflicht, alle Patienten/Patientinnen ohne Unterschied des Alters, des Geschlechts, der Herkunft, des Vermögens oder der Religion zu behandeln und eine zweckmäßige sowie angemessene Leistung im Bereich des Gesundheitswesens sicherzustellen (§ 2 Abs 1 Z 1 bis 3 iVm § 22 KAKuG).¹²⁶

4.3.1 Diskriminierungsschutz

4.3.1.1 Ärzte/Ärztinnen

In Umsetzung der RL 2000/43/EG¹²⁷ und 2004/113/EG¹²⁸ hat der österr Gesetzgeber in §§ 30 ff GlBG¹²⁹ die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sowie der ethnischen Herkunft verboten. Vom Anwendungsbereich dieser Diskriminierungsverbote sind ua „der Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ erfasst. Darunter fallen nach hA auch Dienstleistungen von freiberuflichen Ärzten/Ärztinnen.¹³⁰ Die Ankündigung oder der tatsächliche Ausschluss von Personen aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit zieht somit Konsequenzen nach dem GlBG nach sich. Lehnt ein/e BehandlerIn pauschal die Behandlung von Asylwerbenden oder Migranten/Migrantinnen ab, liegt daher ein Verstoß gegen das GlBG vor. Der Begriff „ethnische Zugehörigkeit“ ist dabei weit auszulegen. Das Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit ist nicht vom Bestehen tatsächlicher Unterschiede abhängig. Es genügt die durch herabsetzende Bezugnahme auf die ausländische Herkunft zum Ausdruck gebrachte „Fremdzuschreibung“. Umfasst sind alle Merkmale, die jemanden als fremd erscheinen lassen, unabhängig von der tatsächlichen Zugehörigkeit zu einer Ethnie. *Tichy* nennt als solche Merkmale die Sprache, körperliche Merkmale, die Religionszugehörigkeit, aber auch das Hören von Musik oder sonstige Verhaltensweisen, die als typisch für die Tradition einer Ethnie gelten.¹³¹ Eine Ablehnung von Flüchtlingen oder Asylwerbenden – die ja keine

¹²⁵ *Emberger* in *Emberger/Wallner F.*, Ärztegesetz² § 49 Erläut 1.

¹²⁶ *Kerschner* in *Resch/Wallner F.* Rz 25; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/35.

¹²⁷ RL 2000/43/EG des Rates vom 29. 7. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 2000/180, 22.

¹²⁸ RL 2004/113/EG des Rates vom 13. 12. 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl L 2004/373, 37.

¹²⁹ Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GlBG) BGBl I 2004/66 idF BGBl I 2017/40.

¹³⁰ *Ludwig/Frey*, „Kein Eintritt für Flüchtlinge“ – Diskriminierungsschutz beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, VbR 2016/26 (48).

¹³¹ *Tichy*, Die Abgrenzung zwischen religiöser und ethnischer Diskriminierung nach den EU-Gleichbehandlungsrichtlinien, öarr 2008, 266 (272 ff).

homogene Gruppe oder Ethnie darstellen – fällt daher unter den Tatbestand der Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit.¹³²

Nicht nur Ärzte/Ärztinnen können gegen das GlBG verstößen, auch Mitpatienten/Mitpatientinnen können wegen Verletzung eines Persönlichkeitsrechts haften. Schafft beispielsweise ein/e MitpatientIn ein negatives Umfeld iSd § 35 GlBG für die migrantische Person und beeinträchtigt damit deren Zugang bzw Versorgung, kommt eine deliktische Haftung in Frage.¹³³

4.3.1.2 Krankenanstalten

Die RL 2000/43/EG verpflichtet derzeit nur zur Verwirklichung eines ethnizitätsbezogenen Diskriminierungsschutzes. Diesen hat der Bund im Rahmen seiner Grundsatzgesetzgebungskompetenz nach Art 12 B-VG für Krankenanstalten in den §§ 40a-40c GlBG umgesetzt. Konkret findet sich der Diskriminierungsschutz in Krankenanstalten für Patienten/Patientinnen im Antidiskriminierungsrecht der Länder. Dieses sieht in den Bundesländern Bgld, Krnt, NÖ, Sbg, Stmk, Tir, VbG und W für den Bereich Gesundheit nicht nur die unionsrechtliche Mindestvorgabe vor, sondern einen umfassenden Diskriminierungsschutz: Jegliche Diskriminierung von Personen aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit, ihrer Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Orientierung oder des Geschlechts ist verboten.¹³⁴ OÖ sieht alle genannten Gründe außer dem Geschlecht vor.¹³⁵ Vom Geltungsbereich dieser Bestimmungen sind ausdrücklich auch die Tätigkeiten von natürlichen und juristischen Personen, die der Regelungskompetenz der Länder unterliegen, umfasst sowie ausgegliederte oder sonstige private Rechtsträger, die vom Land, von einer Gemeinde oder von einem Gemeindeverband mit der Besorgung von öffentlichen Aufgaben beauftragt wurden.¹³⁶ Somit sind die Träger der Krankenanstalten sowie deren Personal bei der Erbringung von Anstaltsleistungen gegenüber Patienten/Patientinnen an die Diskriminierungsverbote gebunden. Durch das einschlägige

¹³² OGH 24. 7. 2013, 9 ObA 40/13 t; *Ludwig/Frey*, VbR 2016/26 (49).

¹³³ *Beclin*, Gutachtliche Stellungnahme zur Frage der Haftpflichtigen und der Verantwortung für Dritte nach dem III. Teil des GlBG, <http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=42873> (abgefragt am 8. 4. 2018).

¹³⁴ Burgenländisches Antidiskriminierungsgesetz (Bgld ADG) LGBI 2005/84 idF LGBI 2018/39; Kärntner Antidiskriminierungsgesetz (K-ADG) LGBI 2004/63 idF 2017/44; NÖ Antidiskriminierungsgesetzes (NÖ ADG) LGBI 2017/24; Salzburger Gleichbehandlungsgesetz (S.GBG) LGBI 2006/31 idF LGBI 2018/1; Stmk Landes-Gleichbehandlungsgesetz (L-GBG) LGBI 2004/66 idF LGBI 2017/104; Tiroler Antidiskriminierungsgesetz 2005 (TADG 2005) LGBI 2005/25 idF LGBI 2017/127; Vbg Gesetz über das Verbot der Diskriminierung LGBI 2005/17 idF LGBI 2017/16; Wiener Antidiskriminierungsgesetz (Wr ADG) LGBI 2004/35 idF LGBI 2018/39.

¹³⁵ OÖ Antidiskriminierungsgesetz (Oö ADG) LGBI 2005/50 idF LGBI 2017/51.

¹³⁶ § 23 Abs 2 Bgld ADG; § 12 Abs 2 K-ADG; § 2 Abs 2 NÖ ADG; § 2 Abs 3 Oö ADG; § 28 Abs 1 S.GBG; § 32 Stmk L-GBG; § 1 TADG 2005; § 1 Abs 4 Vbg Gesetz über das Verbot der Diskriminierung; § 1 Abs 3 Wr ADG.

Antidiskriminierungsrecht der Länder werden auch wesentliche Aspekte der im KAKuG geregelten Patientenrechte in subjektive Rechte transformiert.¹³⁷

4.3.2 Zugang zum Gesundheitssystem für Flüchtlinge

Für Flüchtlinge, die unter die GFK fallen, sieht diese das Recht auf Fürsorge vor, welches auch die medizinische Versorgung umfasst (Art 23). Art 19 der AufnahmeRL¹³⁸ verpflichtet die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass AntragstellerInnen die erforderliche medizinische Versorgung erhalten, die zumindest die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten und schweren psychischen Störungen umfasst. Diese Verpflichtung spiegelt sich in der Grundversorgungsvereinbarung¹³⁹, einer Art 15a B-VG-Vereinbarung zwischen Bund und Länder über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde, wider. Darin ist die Durchführung einer medizinischen Untersuchung im Bedarfsfall bei der Erstaufnahme nach den Vorgaben der gesundheitsbehördlichen Aufsicht vorgesehen (Art 6 Abs 1 Z 4 Grundversorgungsvereinbarung), die Sicherung der Krankenversorgung iSd ASVG¹⁴⁰ durch Bezahlung der Krankenversicherungsbeiträge (Art 6 Abs 1 Z 5 Grundversorgungsvereinbarung) sowie die Gewährung allenfalls darüber hinausgehender notwendiger, durch die Krankenversicherung nicht abgedeckter Leistungen nach Einzelfallprüfung (Art 6 Abs 1 Z 6 Grundversorgungsvereinbarung). Asylwerbende haben daher im Rahmen der Versicherung bei der Gebietskrankenkasse Zugang zur medizinischen Versorgung. Asylberechtigte sind – sofern sie nicht zB durch Erwerbstätigkeit anspruchsberechtigt sind – idR im Rahmen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung krankenversichert.¹⁴¹

Die Gewährleistung der geeigneten psychologischen Betreuung stößt allerdings auf Schwierigkeiten. Aufgrund ihrer Fluchterfahrung bzw den Erlebnissen im Herkunftsland sind viele Flüchtlinge traumatisiert und bedürfen psychologischer Betreuung. Beim Verein *Hemayat*, dem Betreuungszentrum für Folter- und Kriegsüberlebende, beträgt die Wartezeit

¹³⁷ Ulrich, Religiöse Freiheit als Grundrecht im Krankenhaus, in Kröll/Schaupp (Hrsg), Medizin im Konflikt der Kulturen (2011) 37 (49).

¹³⁸ RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl L 2013/180, 96.

¹³⁹ Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) in Österreich (Grundversorgungsvereinbarung – Art. 15a B-VG) BGBl I 2004/80.

¹⁴⁰ Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG) BGBl 1955/189 idF BGBl I 2018/37.

¹⁴¹ Lukits, Die gesetzliche Krankenversicherung von Asylwerbern und Asylberechtigten, migalex 2017, 14.

für einen Therapieplatz derzeit ca ein Jahr, 400 Personen stehen auf der Warteliste.¹⁴² Nach Zahlen der deutschen Bundespsychotherapeutenkammer konnten 2014 lediglich 4 % der psychisch kranken Flüchtlinge psychotherapeutisch versorgt werden. Grund dafür sind ein Mangel an muttersprachlichen Psychotherapeuten/Psychotherapeutinnen bzw die Kosten für die DolmetscherInnen.¹⁴³ Diese werden nicht von der Krankenkasse getragen, da nach deutscher Rsp eine fremdsprachliche Psychotherapie grds nicht vom Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung umfasst werde.¹⁴⁴ Sprechen PsychotherapeutIn und PatientIn jedoch keine gemeinsame Sprache, ist der Einsatz von professionellen Dolmetschdiensten unumgänglich. Eine Therapie unter Beiziehung eines Laiendolmetschers/einer Laiendolmetscherin entspricht nicht dem Stand der Wissenschaft, da eine möglichst ungefilterte Wiedergabe der sprachlichen Interaktion zwischen TherapeutIn und PatientIn sowie die Beibehaltung des emotionalen Charakters der Wörter sowie des Sprachniveaus des Patienten/der Patientin für eine Psychotherapie unumgänglich sind.¹⁴⁵

4.4 Recht auf sachgerechte medizinische Behandlung

Jede/r PatientIn hat das Recht auf Behandlung nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft. Dieser Grundsatz ist für Pfleglinge in Krankenanstalten in § 8 Abs 2 KAKuG normiert und beinhaltet auch eine Fortbildungspflicht für Ärzte/Ärztinnen.¹⁴⁶ § 49 Abs 1 ÄrzteG legt fest, dass der Arzt/die Ärztin „nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung sowie unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften und der fachspezifischen Qualitätsstandards, insb aufgrund des GQG¹⁴⁷, das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren“ hat. Auch aus dem Behandlungsvertrag ergibt sich das Recht für den Patienten/die Patientin auf Anwendung der nach dem Stand der Wissenschaft zu fordernden sichersten Maßnahme.¹⁴⁸ Die Begriffe „Grundsatz der anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft“ und „Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung“ werden heute im Medizinrecht überwiegend durch

¹⁴² Daneshmandi, „Sie sind keine tickende Zeitbombe“. Schätzungen zufolge ist jeder zweite Asylwerber traumatisiert – die Wartezeit für eine Behandlung dauert bis zu ein Jahr, kurier.at 26. 7. 2016, <https://kurier.at/wissen/fluechtinge-und-asylwerber-traumatisiert-aber-deshalb-keine-potenzielle-attentaeter/211.805.760> (abgefragt am 8. 4. 2018); ORF, Hemayat: 400 Flüchtlinge warten auf Betreuung, 8. 1. 2018, <https://wien.orf.at/news/stories/2888073/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

¹⁴³ Wächter-Raquet, Gesundheitsversorgung von Asylsuchenden. Gesundheitskarte und psychotherapeutische Versorgung: ein Sachstandsbericht (2016).

¹⁴⁴ SG Hamburg 10. 12. 2003, S 27 KA 251/01; BSG 6. 2. 2008, B 6 KA 40/06 R.

¹⁴⁵ Koch/Assion/Bender/Siefen, Interkulturelle Öffnung der psychiatrischen Kliniken in Deutschland, Nervenheilkunde 2014/6, 427 (431); Morina/Maier/Mast, Lost in Translation? – Psychotherapie unter Einsatz von Dolmetschern, Psychother Psych Med 2010, 104.

¹⁴⁶ Emberger in Emberger/Wallner F., Ärztegesetz² § 49 Erläut 2. Zum Umfang und zur Ausgestaltung der Fortbildungspflicht siehe Stadler, Rechtliche Rahmenbedingungen für die berufliche Fortbildung von angestellten Spitalsärzten, RdM 2011/84.

¹⁴⁷ Bundesgesetz zur Qualität von Gesundheitsleistungen (Gesundheitsqualitätsgesetz – GQG) BGBl I 2004/179 idF BGBl I 2013/81.

¹⁴⁸ OGH 4. 11. 2010, 8 Ob 123/10 m.

den Begriff des „Standards“ ersetzt.¹⁴⁹ Der medizinische Standard an sich ist keine statische Größe¹⁵⁰, sondern vielmehr eine dynamische Bezugsgröße.¹⁵¹ Dass sich der Standard im Laufe der Zeit ändert, ist klar, die Bestimmung eines konkreten Zeitpunktes, ab dem eine bestimmte Behandlungsmethode nicht mehr dem Standard entspricht, gestaltet sich jedoch schwierig. Der OGH vertritt die Auffassung, dass eine Behandlungsmethode so lange als fachgerecht angesehen werden kann, „wie sie von einer anerkannten Schule medizinischer Wissenschaft vertreten wird“.¹⁵²

Religiöse und/oder kulturelle Vorstellungen des Patienten/der Patientin über Behandlung und Behandlungsmethoden können mit dem medizinischen Standard in Konflikt geraten. Ein solcher Konflikt kann sich in zweierlei Hinsicht ergeben: (1) Der/die PatientIn lehnt eine medizinisch indizierte, dem Stand der Wissenschaft entsprechende Behandlung ab oder (2) der/die PatientIn äußert den Wunsch nach einer konkreten Behandlung.

(1) Die Rechtsordnung erlaubt dem Patienten/der Patientin die Ablehnung jeglicher Heilbehandlungen (§ 110 StGB), was dazu führt, dass Ärzte/Ärztinnen das vom medizinischen Standard Gebotene zu unterlassen haben, wenn der/die PatientIn dazu keine Einwilligung erteilt.¹⁵³ Ein Sonderfall liegt dann vor, wenn mehrere Methoden möglich wären, der/die PatientIn jedoch die Methode erster Wahl (aktuell oder antizipiert) ablehnt. *Kern* bezeichnet die grundsätzliche Zustimmung des Patienten/der Patientin zu einer Behandlung, verbunden mit einer Ablehnung bestimmter Behandlungsmethoden als „limitierte Einwilligung“.¹⁵⁴ Ist eine Methode medizinisch vertretbar und noch mit dem medizinischen Standard vereinbar, jedoch nicht die Methode erster Wahl und als einzige von dem Patienten/der Patientin akzeptiert, so darf der Arzt/die Ärztin diese Methode anwenden, auch wenn sie zB ein höheres Risiko birgt (zB Operation ohne Fremdblut; Ablehnung nur eines von zwei verschriebenen Medikamenten).¹⁵⁵ Voraussetzung ist jedoch stets, dass die Behandlung medizinisch indiziert ist und der/die betroffene Arzt/Ärztin diese Methode auch

¹⁴⁹ Bernat, RdM 2014/49 (39); Kopetzki, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in Pfeil (Hrsg), Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruchs (2010) 9 (10 f).

¹⁵⁰ Kopetzki in Pfeil 13.

¹⁵¹ Emberger in Emberger/Wallner F., Ärztegesetz² § 49 Erläut 2.

¹⁵² OGH 16. 3. 1989, 8 Ob 525/88 (8 Ob 526/88).

¹⁵³ Kopetzki in Pfeil 19. Siehe dazu Kap 7.6 Ablehnung einer Heilbehandlung aus kulturellen/religiösen Gründen.

¹⁵⁴ Kern, Limitierte Einwilligung. Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden (1999); Kern, Vernunft – Gewissen – Heilbehandlung, in Kern/Mazal (Hrsg), Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 169. Siehe dazu auch Kap 4.4 Recht auf sachgerechte medizinische Behandlung.

¹⁵⁵ Brandstetter, Die Begrenzung medizinischer Behandlungspflicht durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in Mazal (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 45 (51). Zur Frage, welche Leistungen die Sozialversicherung deckt, siehe Rebhahn, Krankenversicherung zwischen Leistungsanspruch und Selbstbestimmung. Verfassungsrecht, Unionsrecht und Ethik, in Pfeil/Prantner (Hrsg), Krankenversicherung zwischen Leistungsanspruch und Selbstbestimmung der Versicherten (2015) 1.

fachlich beherrscht (§ 49 Abs 1 ÄrzteG; § 8 Abs 2 KAKuG).¹⁵⁶ Die Grenze der noch durchzuführenden Behandlung, weil der/die PatientIn alle anderen Behandlungen abgelehnt hat, liegt in einer kontraindizierten Behandlung.¹⁵⁷

Bei Minderjährigen darf der Arzt/die Ärztin eine Alternativbehandlung nur dann durchführen, wenn sie ebenso verlässlich ist, wie die Methode erster Wahl, in die die Eltern jedoch nicht einwilligen. *Brandstetter* schildert in diesem Zusammenhang den Fall, dass Eltern einer Bluttransfusion an ihrem Kleinkind aus religiösen Gründen nicht zustimmten, weshalb die Ärzte/Ärztinnen eine andere Behandlungsmethode gewählt haben, die aber letztlich den Tod des Kindes nicht verhindern konnte. Diese Vorgehensweise ist nur dann vertretbar, wenn die Ärzte/Ärztinnen davon ausgehen konnten, dass die alternative Behandlungsmethode ebenso verlässlich ist und denselben Erfolg herbeiführen wird wie die Bluttransfusion.¹⁵⁸

(2) Verlangen migrantische Patienten/Patientinnen bestimmte medizinische Maßnahmen, die in ihrem Herkunftsland üblich sind, oder von denen sie aufgrund religiöser oder kultureller Prägung überzeugt sind, steht der Arzt/die Ärztin vor der Herausforderung, mit diesem Behandlungswunsch umzugehen. So hat eine Studie in Deutschland gezeigt, dass bestimmte Gruppen von Migranten/Migrantinnen die Vorstellung haben, dass lediglich eine „vernünftige Spritze“ die Verschlechterung des Gesundheitszustandes verhindern könnte oder dass eine andere Gruppe stets erwartet, Tabletten verschrieben zu bekommen. Umgekehrt wollen manche Migrantengruppen die Einnahme von Medikamenten möglichst gering halten und bitten den Arzt/die Ärztin um entsprechende alternative Behandlungsmethoden.¹⁵⁹ Zunennen sind hier zudem Behandlungswünsche, die aufgrund traditioneller Vorstellungen von Therapie als Austreibung der Krankheit aus dem Körper entstehen, wie etwa Aderlass oder Harntreiben. Va Patienten/Patientinnen, die aus dem südeuropäischen und kleinasiatischen Raum kommen, äußern solche Wünsche. Die genannten Praktiken waren auch in Österreich jahrhundertelang verbreitet.¹⁶⁰ Die Frage, ob der/die BehandlerIn einem Behandlungswunsch nachkommen muss bzw darf, stellt sich weiters stets dann, wenn Patienten/Patientinnen ihr Leben oder gesetzliche VertreterInnen das Leben des/der Vertretenen (zB Eltern bei

¹⁵⁶ Kletečka-Pulker, J Hyperton 2010/4, 12 (16); Spickhoff, Sonderpersonen: Kinder und Jugendliche, ältere Patienten, Bewusstlose, Ausländer, Sektenanhänger, in Deutsch/Spickhoff (Hrsg), Medizinrecht⁷ (2014) 770.

¹⁵⁷ OGH 29. 1. 2001, 3 Ob 87/00 s; Kopetzki in Pfeil 19.

¹⁵⁸ Brandstetter in Mazal 51. Siehe zur Problematik der Ablehnung von Behandlungen aus religiösen oder kulturellen Gründen bei Minderjährigen Kap 7.6.4 Minderjährige.

¹⁵⁹ Lampert/Voth, Gesundheits(informations)verhalten von älteren Migrantinnen und Migranten. Eine Expertise im Auftrag der Hamburger Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz (2009).

¹⁶⁰ Zimmermann, Kulturelle Missverständnisse in der Medizin. Ausländische Patienten besser versorgen (2000) 69 ff.

frühgeborenen Kindern an der Grenze der Lebensfähigkeit¹⁶¹⁾ aus religiösen Gründen um jeden Preis durch medizinische Maßnahmen verlängern wollen, auch wenn eine Lebensverlängerung nur um ein paar Stunden oder Tage möglich wäre. Va muslimische Patienten/Patientinnen oder deren gesetzliche VertreterInnen wollen oftmals das Leben um jeden Preis erhalten oder verlängern, da nach islamischem Glauben „Gott das Leben gibt und nur er es nehmen kann“. Die Menschen seien daher verpflichtet, das Leben mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln zu verlängern.¹⁶²

Zwar kann der/die PatientIn durch eine Verweigerung oder einen Widerruf der Einwilligung die Nichtaufnahme bzw den Abbruch der Behandlung rechtlich erzwingen, er/sie kann rechtlich jedoch keinen Behandlungswunsch durchsetzen. Dies deshalb nicht, weil die Behandlung einem rechtlich anerkannten Zweck dient, idR dem Heilzweck. Ist daher die gewünschte Maßnahme nicht medizinisch indiziert und/oder nicht nach den fachlichen Regeln durchführbar, so muss und darf der Arzt/die Ärztin die Behandlung nicht durchführen. Gleches gilt, wenn der Arzt/die Ärztin die gewünschte Methode nicht beherrscht oder die zur Durchführung des Eingriffes benötigten Rahmenbedingungen (zB Ausstattung der Krankenanstalt) nicht vorliegen.¹⁶³

Je nach Wunsch des Patienten/der Patientin ist jedoch zu unterscheiden, ob der/die BehandlerIn diesem zwar nicht nachkommen *muss*, er/sie dies jedoch *darf*. Jedenfalls ablehnen muss der/die BehandlerIn die Behandlung dann, wenn diese kontraindiziert ist.¹⁶⁴ Ist die Behandlung zwar nicht medizinisch indiziert, aber auch nicht kontraindiziert, so darf der/die BehandlerIn diese durchführen, da der/die PatientIn einer Körperverletzung grds wirksam zustimmen kann. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Einwilligung rechtmäßig erfolgt und die Behandlung nicht gegen die guten Sitten verstößt.¹⁶⁵

Der medizinische Standard kann somit innerhalb gewisser Grenzen abbedungen werden, wodurch auch Methoden der Alternativmedizin unter bestimmten Voraussetzungen

¹⁶¹ Siehe dazu *Leitner*, Fragen zur Kultursensibilität bei Behandlung und Behandlungsabbruch in der Neonatologie – eine juristische Perspektive, in *Körnner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Müller* (Hrsg), Entscheidungsfindung und Entscheidungshilfen am Lebensanfang (2017) 117.

¹⁶² *Ilkilic/Schmidtke*, Medizin-ethische Aspekte der Kultur in der Neonatologie, *pädiat prax* 2007, 569 (570 f).

¹⁶³ *Jungbecker*, Aufklärung, Verständnishorizont und Compliance beim ausländischen Patienten aus rechtlicher Sicht, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 93 (99); *Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in *Taupitz* (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens – Eine internationale Dokumentation (2000) 1 (4 f); *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten. Praktische Auswirkungen der gesetzlichen Neuerungen durch PatVG und SWRÄG, *iFamZ* 2007, 197 (198).

¹⁶⁴ OLG Karlsruhe 11. 9. 2002, 7 U 102/01; *Biermann*, Der Wille des Patienten ist oberstes Gebot: Wie weit reicht die Behandlungspflicht tatsächlich? in *Kröll/Pateter/Schweppé* (Hrsg), Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin. Festschrift für Univ.-Prof. Dr. Helfried Metzler (2009) 20 (31 f).

¹⁶⁵ *Biermann* in *Kröll/Pateter/Schweppé* 32 ff. Siehe dazu auch Kap. 7.11 Einwilligung in eine Beschneidung.

angewendet werden dürfen.¹⁶⁶ § 8 Abs 2 KAKuG und § 49 ÄrzteG unterscheiden sich allerdings insofern, als § 49 ÄrzteG dem/der freiberuflich tätigen Arzt/Ärztin die Anwendung so genannter alternativer oder komplementärer Behandlungsmethoden erlaubt, während Patienten/Patientinnen in Krankenanstalten ausschließlich nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft behandelt werden dürfen.¹⁶⁷ Zwar ist dadurch die Anwendung von alternativen Methoden weiter eingeschränkt als bei freiberuflichen Ärzten/Ärztinnen, ein striktes Verbot neuartiger Verfahren besteht allerdings auch für Krankenanstalten nicht. Sie dürfen Heilversuche immer dann durchführen, wenn keine allgemein anerkannte konventionelle Methode besteht oder diese geringere Erfolgsaussichten und/oder ein höheres Risiko aufweist.¹⁶⁸ Will der/die freiberufliche Arzt/Ärztin alternative oder komplementäre Behandlungsmethoden anwenden, muss er/sie den Patienten/die Patientin darauf hinweisen, weil er/sie diese/n ansonsten über die Grundlage der Behandlung täuscht.¹⁶⁹ Zudem ist er/sie sehr wohl primär an die Befolgung schulmedizinischer Maßnahmen gebunden, darf jedoch alternativmedizinische Methoden verwenden, wenn erstere nicht zur Verfügung stehen oder die alternativmedizinischen Maßnahmen nur komplementär eingesetzt werden.¹⁷⁰ Lehnen daher Patienten/Patientinnen aus kulturellen oder religiösen Gründen bestimmte Methoden ab oder äußern den Wunsch nach bestimmten Methoden, darf der/die freiberufliche Arzt/Ärztin auch alternative Methoden verwenden. Handelt es sich bei den alternativen Methoden um nicht-therapeutische Eingriffe, müssen diese zumindest der Sittenwidrigkeitsschranke des § 90 StGB standhalten.¹⁷¹

4.5 Zwischenresümee Recht auf Behandlung und Pflege

Das Patientenrecht auf Behandlung und Pflege weist im Lichte der Kultursensibilität durchaus Besonderheiten auf. Zunächst gewährleistet der Gesetzgeber mit diesem Patientenrecht allen behandlungsbedürftigen Personen – unabhängig von Ethnizität, Staatsbürgerschaft, Wohnort, Aufenthalts- oder Versicherungsstatus – ein Recht auf ärztliche Erste Hilfe sowohl durch freiberuflich tätige Ärzte/Ärztinnen als auch durch Krankenanstalten. Ungeklärt ist jedoch die Frage, inwieweit die Behandlungsbedürftigkeit festgestellt werden kann bzw muss, wenn PatientIn und BehandlerIn keine gemeinsame Sprache sprechen. Der OGH hat in einem derartigen Fall lediglich festgestellt, dass ein Arzt/eine Ärztin die Behandlungsbedürftigkeit überprüfen muss und nicht eine Pflegeperson,

¹⁶⁶ OGH 18. 10. 2006, 9 Ob 72/06 p; *Kopetzki* in *Pfeil* 20.

¹⁶⁷ *Stärker* in *Emberger/Wallner F.*, *Ärztegesetz*² § 2 Erläut 4.

¹⁶⁸ *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs* 447.

¹⁶⁹ *Flora*, Die Anwendung nicht-wissenschaftlicher Behandlungsmethoden durch Ärzte – ein Betrug? RdM 1997, 109.

¹⁷⁰ *Wallner F.* in *GmundKomm* § 49 Rz 9.

¹⁷¹ *Kopetzki* in *Taupitz* 4.

zur Sprachbarriere an sich hat er sich jedoch nicht geäußert. Die deutsche Rsp verlangt hingegen, dass bereits für die Befunderhebung die Sprachbarriere überwunden werden muss. In der österr Lit vertritt *Resch*, dass Krankenanstalten eine Verpflichtung zur Bereitstellung von Dolmetschdiensten auf ihre Kosten in den von den Patienten/Patientinnen im Einzugsgebiet der Krankenanstalt am häufigsten gesprochenen Sprachen trifft, um eine Behandlungsbedürftigkeit auch bei nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen feststellen zu können.¹⁷²

Unabweisbaren Personen gewährleistet das Recht auf Behandlung und Pflege Anstaltpflege auch dann, wenn sie keinen Wohnsitz in Österreich haben, ausländische Staatsangehörige sind, nicht versichert sind und/oder die Behandlungskosten voraussichtlich nicht aufbringen können. Nicht unabweisbare, allerdings anstaltsbedürftige Personen, die ihren Wohnsitz nicht in Österreich haben, können gem § 29 Abs 1 KAKuG durch Landesgesetz von der Aufnahmepflicht ausgeschlossen werden, wenn sie die voraussichtlichen Behandlungskosten nicht erlegen oder sicherstellen können und nach § 29 Abs 1a KAKuG dürfen sie auch dann abgelehnt werden, wenn sie zwar zahlungsfähig bzw sozialversichert sind, durch ihre Aufnahme die Krankenanstalt ihren Versorgungsauftrag für Personen mit Sitz im Inland nach dem Landeskrankenanstaltenplan jedoch nicht mehr erfüllen kann.

Abgesehen von Fällen, in denen Kontrahierungszwang besteht, steht es Behandlern/Behandlerinnen grds frei, Behandlungsverträge abzuschließen oder abzulehnen. Allerdings sind dabei sowohl freiberuflich Tätige, als auch Krankenanstaltenträger an Diskriminierungsverbote gebunden. Ethnische Zugehörigkeit oder Religion dürfen kein Grund für eine Behandlungsablehnung sein.

Flüchtlinge haben einen Anspruch auf Gesundheitsversorgung nach dem ASVG, im Bereich der psychischen Betreuung von Flüchtlingen bestehen jedoch große Defizite.

Schließlich beinhaltet das Recht auf Behandlung und Pflege das Recht auf sachgerechte medizinische Behandlung. Der medizinische Standard kann jedoch in Grenzen abbedungen werden, sodass kulturell oder religiös geprägte Vorstellungen von Behandlung und Behandlungsmethoden umgesetzt werden können. Voraussetzung dafür ist jedoch stets, dass der/die BehandlerIn die vereinbarte Methode beherrscht und diese nicht kontraindiziert ist.

¹⁷² Siehe zu den damit zusammenhängenden Fragen zB welche Sprachen zur Verfügung gestellt werden sollen und wer die Kosten dafür trägt Kap 6.3.5.1 Pflicht zur Beziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin sowie Kap 6.3.5.6 Kostentragung für die Dolmetschung.

5 Recht auf freie Arztwahl/Krankenanstaltenwahl

Migrantische Patienten/Patientinnen suchen überdurchschnittlich oft die Notfallambulanz auf¹⁷³ und wählen im niedergelassenen Bereich Ärzte/Ärztinnen nach bestimmten Kriterien, wie der Mehrsprachigkeit des Arztes/der Ärztin, dem Angebot von Sprach- und/oder Kulturmittlungen oder der Zugehörigkeit des Arztes/der Ärztin zu einer bestimmten Glaubensgemeinschaft.¹⁷⁴ Dass Patienten/Patientinnen BehandlerInnen entsprechend ihren Bedürfnissen auswählen, ist nicht ungewöhnlich, Schwierigkeiten können jedoch auftreten, wenn sich Patienten/Patientinnen in Krankenanstalten weigern, von Ärzten/Ärztinnen aufgrund deren Geschlechts, Religion oder Herkunft behandeln zu lassen.

Aus rechtlicher Sicht gilt es daher in Hinblick auf die Kultursensibilität zu prüfen, wie weit das Recht auf freie Arzt- bzw Krankenanstaltenwahl geht und ob BehandlerInnen aus kulturellen oder religiösen Gründen abgelehnt werden dürfen.

5.1 Freie Wahl einer Krankenanstalt

Patienten/Patientinnen haben im Allgemeinen das Recht, die Krankenanstalt, in der sie behandelt werden möchten, frei zu wählen. Nach § 16 Abs 1 lit b KAKuG kommt es darauf an, dass jede/r Aufnahmsbedürftige iSd § 22 Abs 2 KAKuG aufgenommen wird, keineswegs jedoch nur Personen aus einem bestimmten regionalen Einzugsbereich. Jede Person kann sich daher grds unabhängig vom Bundesland an eine öffentliche Krankenanstalt wenden.¹⁷⁵ Wählen daher Migranten/Migrantinnen eine Krankenanstalt nach vorhandenen Dolmetschdiensten oder nach der Infrastruktur (zB Gebetsräume, Besuchsräume für Großfamilien) aus, steht ihnen dies frei. Krankenanstalten werben teilweise auch mit derartigen Angeboten.¹⁷⁶

Eine Ausnahme besteht bei Notfällen, welche über den Notruf 144 von einer Rettungsleitstelle koordiniert und einer bestimmten Krankenanstalt zugewiesen werden.¹⁷⁷ Grds kann der Transport durch eine Rettungsorganisation auf Wunsch des Patienten/der Patientin allerdings auch in eine von dem Patienten/der Patientin gewünschte Krankenanstalt erfolgen. Zu beachten sind dabei allerdings ggf sozialversicherungsrechtliche Erwägungen

¹⁷³ Babitsch/Braun/Borde/David, BMC Health Services Research 2008, 8:82; Borde/Braun/David, Unterschiede 136 f; David/Borde, Kranksein 264 ff mwN; Ganahl/Dahlvik/Röhlin/Alpagu/Sikic-Fleischhacker/Peer/Pelikan, Gesundheitskompetenz 130 mwN; O'Donnell/Burns/Dowrick/Lionis/MacFarlane, The Lancet 2013, 393.

¹⁷⁴ Leitner, „Tschuschen-Ordi“ oder „Vorzeigepraxis“? Dolmetschen im niedergelassenen ärztlichen Bereich, in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner (Hrsg), Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit (2013) 135.

¹⁷⁵ Stellamor/Steiner, Arztrecht I 32.

¹⁷⁶ ZB Salzburger Landeskliniken, <http://salk.at/6129.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).

¹⁷⁷ Pilz/Gribl, Rechte von Patienten und Patientinnen. Selbstbestimmung/Vertretungsbefugnisse, in Pfeil/Prantner (Hrsg), Krankenversicherung zwischen Leistungsanspruch und Selbstbestimmung der Versicherten (2015) 79 (80).

sowie die Ressourcen der Rettungsorganisation.¹⁷⁸ So kann die Krankenversicherung die Übernahme der Transportkosten für die Fahrt in die Wunschkrankenanstalt ablehnen, wenn diese höher sind als die Kosten für die Fahrt in die zugewiesene Anstalt (§ 133 Abs 2 iVm § 135 Abs 4 und 5 ASVG).

5.2 Freie Arztwahl

Für manche Patientengruppen sind aufgrund ihrer kulturellen Prägung das Geschlecht und/oder die Religion eines Arztes/einer Ärztin von Bedeutung. Dies hängt ua damit zusammen, dass das Schamgefühl vom kulturellen und religiösen Hintergrund geprägt ist und körperlicher Kontakt bzw eine Entkleidung vor einem/einer (andersgeschlechtlichen) Arzt/Ärztin für manche Migranten/Migrantinnen Scham und Unwohlsein auslöst.¹⁷⁹ Muslimische Patienten/Patientinnen bevorzugen idR von einem/einer gleichgeschlechtlichen Arzt/Ärztin behandelt zu werden.¹⁸⁰ Dies auch deshalb, weil Musliminnen aus islamrechtlicher Sicht empfohlen wird, in erster Linie eine muslimische Ärztin aufzusuchen. Nur falls dies nicht möglich ist, soll ein muslimischer Arzt aufgesucht werden und erst wenn auch kein solcher verfügbar ist, eine nicht muslimische Ärztin oder ein nicht muslimischer Arzt.¹⁸¹ Auch Mitglieder extrem patriarchaler Gesellschaften wollen nicht, dass Frauen von Ärzten untersucht werden.¹⁸² Eine Studie hat gezeigt, dass es in Österreich für 30 % der Frauen mit türkischem Migrationshintergrund und für 20 % der Frauen mit Migrationshintergrund aus Ex-Jugoslawien sehr oder ziemlich wichtig ist, von einer Ärztin behandelt zu werden. Hingegen ist es nur für ca 13 % der Männer mit türkischem und ca 4 % der Männer mit ex-jugoslawischem Migrationshintergrund sehr oder ziemlich wichtig, von einem Arzt behandelt zu werden.¹⁸³

Grds ist der/die PatientIn völlig frei darin, den Arzt/die Ärztin zu wählen. Für den niedergelassenen Bereich herrscht das Prinzip der freien Arztwahl.¹⁸⁴ Zwar ergeben sich für

¹⁷⁸ *Halmich*, Recht für Sanitäter und Notärzte. Die Praxis der präklinischen Notfallversorgung² (2016) 149.

¹⁷⁹ *Schmidhuber*, Hosen runter! Körperliche Durchsuchung und Untersuchung von Strafgefangenen mit besonderer Berücksichtigung der Gender-Perspektive und kultureller/religiöser Aspekte, SPRW 2014, 310 (313).

¹⁸⁰ *Ilkilic*, Medizinethische Aspekte im Umgang mit muslimischen Patienten, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2007, 1587 (1588); *Kronenthaler/Eissler*, Das Gesundheitswesen 2014, 434 (436); *Tosun*, Kulturelle und religiöse Aspekte in der Patientenbetreuung, Journal für Urologie und Urogynäkologie 2013/20, 19 (20).

¹⁸¹ *David/Borde*, Kranksein 274.

¹⁸² Beispiele für Schwierigkeiten in Zusammenhang mit der Untersuchung von migrantischen Frauen durch Ärzte lassen sich der Presse entnehmen: zB *Hasler*, Mann drohte Spital mit Bombe weil ein Arzt seine Frau nackt sah, Tagesanzeiger 29. 10. 2013, <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/Mann-drohte-Spital-mit-Bombe-weil-ein-Arzt-seine-Frau-nackt-sah/story/21544538> (abgefragt am 8. 4. 2018); *Hetzler*, Kulturmampf: Wenn der Arzt kein Mann sein darf, Die Presse 12. 8. 2007, http://diepresse.com/home/panorama/welt/323042/Kulturmampf_Wenn-der-Arzt-kein-Mann-sein-darf (abgefragt am 8. 4. 2018).

¹⁸³ *Ganahl/Dahlvik/Röthlin/Alpagu/Sikic-Fleischhacker/Peer/Pelikan*, Gesundheitskompetenz 157.

¹⁸⁴ OGH 7. 4. 1992, 10 ObS 22/92; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/39; *Radner*, Freie Arztwahl und Krankenversicherung, SozSi 1993, 625; *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I 32.

sozialversicherte Patienten/Patientinnen Unterschiede hinsichtlich der Kosten bei der Konsultation eines Vertragsarztes/einer Vertragsärztin und eines Privatarztes/einer Privatärztin, dies ändert jedoch nichts am Prinzip der freien Arztwahl.¹⁸⁵ Bevorzugen daher Angehörige einer bestimmten Glaubensgemeinschaft Ärzte/Ärztinnen, die dieser ebenfalls angehören, steht es ihnen völlig frei, ausschließlich diese Ärzte/Ärztinnen aufzusuchen. Gleichermaßen gilt für die Wahl eines Arztes/einer Ärztin des gleichen oder vielleicht des unterschiedlichen Geschlechts. Ärzte-Suchportale bieten entsprechend die Möglichkeit, das Geschlecht als Auswahlkriterium anzugeben.¹⁸⁶ Für nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen – va für bestimmte Gruppen – stellen auch die Sprachkenntnisse des Arztes/der Ärztin ein wichtiges Auswahlkriterium dar. Eine Studie aus 2016 hat gezeigt, dass es in Österreich für 53,9 % der türkeistämmigen Personen und für 19,1 % der Personen aus Ex-Jugoslawien sehr wichtig oder wichtig ist, eine/n muttersprachliche/n Arzt/Ärztin zu haben. Tatsächlich hat jede/r fünfte PatientIn mit Migrationshintergrund einen Arzt/eine Ärztin, der/die die eigene Muttersprache spricht.¹⁸⁷ Den Arzt/die Ärztin aufgrund der Sprachkenntnisse zu wählen, steht dem Patienten/der Patientin ebenfalls frei. Auch für dieses Bedürfnis bieten Ärzte-Suchportale Unterstützung an.¹⁸⁸

Für Gruppenpraxen gilt das Prinzip der freien Arztwahl ebenso (§ 52a Abs 3 Z 11 ÄrzteG). Obwohl Vertragspartnerin des Behandlungsvertrages die Gruppenpraxis ist, hat der/die PatientIn das Recht, auf einer Behandlung durch eine/n bestimmte/n, die für den Behandlungsfall einschlägige Fachrichtung vertretende/n GesellschafterIn zu bestehen.¹⁸⁹

Innerhalb gemeinnütziger Krankenanstalten besteht hingegen weder in der allgemeinen Gebührenklasse noch in der Sonderklasse¹⁹⁰ ein Recht, den Arzt/die Ärztin frei zu wählen.¹⁹¹

¹⁸⁵ VfGH 18. 3. 2000, G 24/98 ua, V 38/98 ua; *Mosler*, Die freie Arztwahl in der Krankenversicherung, DRdA 2015, 139.

¹⁸⁶ <http://www.praxisplan.at/>; <http://www.docfinder.at/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

¹⁸⁷ *Ganahl/Dahlvik/Röthlin/Alpagu/Sikic-Fleischhacker/Peer/Pelikan*, Gesundheitskompetenz 150.

¹⁸⁸ Die Ärztekammer bietet für die Bundesländer Krnt, OÖ, Stmk, Tir, Vbg und W die Möglichkeit, Ärzte/Ärztinnen nach Fremdsprachenkenntnissen zu suchen: <http://www.aerztekammer.at/arztsuche> (abgefragt am 8. 4. 2018); Die Plattform DocFinder ermöglicht keine Suche nach Sprachkenntnissen, gibt diese jedoch als Information zu dem/der jeweiligen Arzt/Ärztin an: zB <http://www.docfinder.at/kinderarzt/1160-wien/dr-daniela-kasparek>; <http://www.docfinder.at/praktischer-arzt/1120-wien/dr-kambiz-modarressy> (abgefragt am 8. 4. 2018). Einige Ärzte/Ärztinnen werben selbst auf ihrer Website mit Sprachkenntnissen und/oder bieten dort mehrsprachige Informationen an, zB <http://dr-hartl.at/patienten/fremdsprachen.php>; <http://www.drboh.at/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

¹⁸⁹ *Karollus* Vergesellschaftung von Ärzten und Zahnärzten in *Resch/Wallner F.* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht² (2015) 1037 (Rz 60).

¹⁹⁰ Zur Diskussion um die freie Arztwahl in der Sonderklasse siehe OGH 5. 6. 2003, 12 Os 73/03; *Aigner*, Sonderklasse – freie Arztwahl, RdM 1998, 21; *Mazal*, Die Behandlung in der Sonderklasse, in *Schrammel* (Hrsg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 75 (91 ff); *Radner*, Die Anstaltpflege im Wechselspiel von Sozialversicherungsrecht, Krankenanstaltenrecht und Krankenanstaltenvertrag (1995) 256 ff; *Resch*, Freie Arztwahl in der allgemeinen Gebührenklasse im Umweg des Arzthaftungsrechts? RdM 2004/102; *Schrammel*, Die Sonderklasse in öffentlichen Krankenanstalten, in *Martinek/Wachter* (Hrsg), Arbeitsleben und

Durch den Abschluss des Behandlungsvertrages mit der Krankenanstalt stimmt der/die PatientIn zu, durch deren kompetentes Personal – ohne Einschränkung auf bestimmte Ärzte/Ärztinnen oder Pflegepersonen – behandelt zu werden. Grds ist der Krankenanstaltenträger auch nicht dazu verpflichtet, darüber aufzuklären, welcher Arzt/welche Ärztin behandeln wird.¹⁹² Allerdings darf ein/e andere/r Arzt/Ärztin den Eingriff nicht vornehmen, wenn der/die PatientIn erklärt, er/sie wolle sich nur von einem/einer bestimmten Arzt/Ärztin operieren lassen. Bei einer solchen Erklärung ist die Einwilligung in die Operation auf die Durchführung durch eine/n bestimmten Arzt/Ärztin beschränkt. Steht diese/r dann doch nicht zur Verfügung, ist der/die PatientIn darüber aufzuklären. Andernfalls erfolgt der Eingriff rechtswidrig.¹⁹³ Hatte der OGH in früheren Entscheidungen¹⁹⁴ ua von „schlüssigen Vereinbarungen“ zwischen Krankenanstaltenträger und PatientIn gesprochen, ist nunmehr klar, dass eine ausreichend deutliche, einseitige, empfangsbedürftige Einwilligungserklärung des Patienten/der Patientin gegenüber dem Arzt/der Ärztin bzw dem Krankenanstaltenträger maßgeblich ist.¹⁹⁵

Wenngleich gegenüber dem Krankenanstaltenträger kein Recht auf Arztwahl besteht, kommt dem Patienten/der Patientin das Recht zu, eine Behandlung durch eine/n bestimmte/n Arzt/Ärztin abzulehnen. Daraus resultiert jedoch kein Recht auf Behandlung durch eine/n anderen oder bestimmte/n Arzt/Ärztin.¹⁹⁶

Fraglich ist, inwieweit der/die PatientIn die Behandlung durch eine bestimmte Pflegeperson, etwa aufgrund des Geschlechts oder der Religion ablehnen kann. Eine Studie des Sachverständigenrates in Deutschland hat gezeigt, dass 74 % der muslimischen Frauen, 51 % der christlichen Frauen und 33 % der Frauen ohne Bekenntnis von einer Frau gepflegt werden möchten. Von den Männern wünschen sich 14 % der Muslime, 4 % der Christen und 3 % derer, die keiner Glaubensrichtung angehören, eine gleichgeschlechtliche Pflege.¹⁹⁷ In

Rechtsordnung. Festschrift Gerhard Schnorr zum 65. Geburtstag (1988) 421 (424 ff); *Stärker*, Freie Arztwahl – Vorschlag einer Neuregelung, RdM 2007/28. Der VfGH hat mehrfach ausgesprochen, dass die medizinische Versorgung in der allgemeinen Gebührenklasse und in der Sonderklasse gleichwertig sein muss: VfGH 23. 6. 1989, B 1973/88; 16. 3. 1995, G 247, 248/94.

¹⁹¹ Memmer in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/39; *Resch*, RdM 2004/102; *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I 32.

¹⁹² *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 ABGB Rz 23b (Stand 1. 1. 2007, rdb.at).

¹⁹³ RIS-Justiz RS0118356, zuletzt OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a; *Fleisch*, Der chirurgische Eingriff aus Sicht des Juristen, ÖJZ 1965, 421 (436); *Huber*, Wenn der „falsche“ Arzt operiert – und dann Komplikationen entstehen. Überlegungen aus Anlass der E OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14a RdM 2015/111, RdM 2015/91. Für Deutschland hat der BGH ebenfalls entschieden, dass eine vereinbarte Operation durch den Chefarzt von diesem und nicht von seiner Vertretung durchzuführen ist (BGH 19. 7. 2016, VI ZR 75/15).

¹⁹⁴ OGH 26. 9. 2003, 3 Ob 131/03 s; 4. 10. 2005, 4 Ob 121/05 f.

¹⁹⁵ OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a; *Huber*, RdM 2015/91.

¹⁹⁶ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 ABGB Rz 23b (Stand 1. 1. 2007, rdb.at).

¹⁹⁷ *Forschungsbereich beim Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration*, In Vielfalt altern. Pflege und Pflegepräferenzen im Einwanderungsland Deutschland, Policy Brief des SVR-Forschungsbereichs 2015-2 (2015) 12.

einer Krankenanstalt besteht kein Recht auf freie Wahl der BehandlerInnen. Nach § 16 Abs 1 lit d KAKuG ist in gemeinnützigen Krankenanstalten für die ärztliche Behandlung einschließlich der Pflege sowie für Verpflegung und Unterbringung ausschließlich der Gesundheitszustand der Pfleglinge maßgeblich. Grds hat der/die einwilligungsfähige PatientIn jedoch die Möglichkeit, jede – auch pflegerische – Maßnahmen ohne Angabe von Gründen abzulehnen. Eine Ablehnung von Pflegehandlungen kann allerdings dazu führen, dass die Behandlung nicht ordnungsgemäß ausgeübt werden kann und die Krankenanstalt den Behandlungsvertrag kündigt.

Von der Behandlung in gemeinnützigen Krankenanstalten ist die Behandlung in Belegspitälern zu unterscheiden, wo der/die PatientIn den Behandlungsvertrag direkt mit dem Belegarzt/der Belegärztin abschließt und diese/n somit frei wählen kann.¹⁹⁸ Da der Krankenanstaltenträger des Belegspitals allerdings das Pflegepersonal zur Verfügung stellt¹⁹⁹, gelten hinsichtlich der Behandlung durch eine bestimmte Pflegeperson die Ausführungen zu den gemeinnützigen Krankenanstalten.

5.3 Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung

Ausländischen Staatsangehörigen steht es grds frei, einen Behandlungsvertrag mit österr Behandlern/Behandlerinnen abzuschließen. Umgekehrt dürfen ÖsterreicherInnen beliebig Behandlungsverträge im Ausland schließen.

Für EU-BürgerInnen, die in einem EU-Mitgliedstaat versichert sind, sind die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung und die Voraussetzungen der Kostenerstattung durch den Versicherungsträger des Heimatstaates eigens geregelt (VO (EG) 883/2004²⁰⁰; RL (EU) 2011/24²⁰¹).

Im Rahmen der VO (EG) 883/2004 muss der/die in einem EU-Mitgliedsstaat Versicherte für alle Behandlungen, die er/sie in Österreich in Anspruch nehmen will, eine Vorabgenehmigung beim Versicherungsträger im Heimatstaat beantragen. Liegt eine solche vor, erhält der/die PatientIn die bewilligten Behandlungen in Österreich und die Kostenabrechnung erfolgt direkt zwischen dem ausländischen und dem nationalen Versicherungsträger.

Im Rahmen der RL (EU) 2011/24/EU können medizinische Dienstleistungen grds ohne Vorabgenehmigung in Anspruch genommen werden. In fondsfinanzierten Krankenanstalten

¹⁹⁸ Kunz, Belegarzt – Beleghebamme – Belegspital, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) IV/217 (IV/217 ff); Mazal in Schrammel 93 ff.

¹⁹⁹ Fuchs L., Zur Haftung des Belegarztes, RdM 2002/43.

²⁰⁰ VO (EG) 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 2004/166, 1.

²⁰¹ RL 2011/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 9. 3. 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABl L 2011/88, 45 (Patientenmobilitätsrichtlinie).

werden ausländische Patienten/Patientinnen gegen Barleistung (zB Barzahlung, Zahlung mit Kreditkarte) behandelt. Die Behandlungskosten werden anhand des österr LKF-Systems errechnet. Bezuglich der Rückerstattung der Kosten müssen sich die in einem EU-Mitgliedsstaat Versicherten direkt an den jeweils zuständigen Sozialversicherungsträger im Heimatstaat wenden.²⁰² Die Pfleglinge müssen klare Preisinformationen sowie eine Rechnung über die Leistung erhalten (§§ 39, 40 KAKuG). In welcher Sprache sie diese Informationen erhalten müssen, ist nicht ausdrücklich geregelt.

Als Umsetzung der Patientenmobilitätsrichtlinie wurde mit dem EU-Patientenmobilitätsgesetz²⁰³ 2014 eine nationale Kontaktstelle für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung eingeführt. Die GÖG nimmt seither die Aufgaben der nationalen Kontaktstelle über das öffentliche Gesundheitsportal wahr. Sie stellt Informationen über nationale GesundheitsdienstleisterInnen, geltende Qualitätsstandards und Sicherheitsbestimmungen, Patientenrechte einschließlich der Möglichkeit ihrer Durchsetzung, Rechte und Ansprüche der Versicherten bei Inanspruchnahme grenzüberschreitender Leistungen in anderen Mitgliedstaaten des EWR, die Anforderungen an Verschreibungen, die in einem anderen Mitgliedstaat eingelöst werden sollen, Kontaktstellen in anderen Mitgliedstaaten sowie die Unterschiede zwischen den Rechten der Patienten/Patientinnen im Rahmen der RL 2011/24/EU und den Rechten aufgrund der VO (EG) 883/2004 zur Verfügung (§ 15b Abs 1 GÖGG²⁰⁴). Laut Materialien soll das Gros dieser Informationen über Websites und per E-Mail zur Verfügung gestellt werden, wobei die Beauskunftungen in deutscher, allenfalls auch in englischer Sprache erfolgen können.²⁰⁵ Tatsächlich finden sich die Informationen der nationalen Kontaktstelle derzeit lediglich in deutscher Sprache auf der Website.²⁰⁶

²⁰² ErläutRV 33 BlgNR 25. GP 1; Kontaktstelle Patientenmobilität, <https://www.gesundheit.gv.at/service/patientenmobilitaet/behandlungsmitgliedstaat/behandlungskosten> (abgefragt am 8. 4. 2018).

²⁰³ Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Gesundheit Österreich GmbH, das Sozialversicherungs-Ergänzungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Apothekengesetz, das Medizinproduktegesetz, das Ärztegesetz 1998, das Musiktherapiegesetz, das Psychotherapiegesetz, das EWR-Psychologengesetz, das EWR-Psychotherapiegesetz, das Psychologengesetz 2013, das Kardiotechnikergesetz, das Medizinische Assistenzberufe-Gesetz, das Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz, das Sanitätergesetz, das Zahnärztegesetz und das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 geändert werden (EU-Patientenmobilitätsgesetz – EU-PMG) BGBl I 2014/32.

²⁰⁴ Bundesgesetz über die Gesundheit Österreich GmbH (GÖGG) BGBl I 2006/132 idF BGBl I 2018/37.

²⁰⁵ ErläutRV 33 BlgNR 25.GP 3.

²⁰⁶ Kontaktstelle Patientenmobilität.

5.4 Zwischenresümee Recht auf freie Arztwahl/Krankenanstaltenwahl

Patienten/Patientinnen steht es grds frei, den Behandlungsvertrag mit einer bestimmten Krankenanstalt oder einem/einer BehandlerIn zu schließen. Bevorzugen migrantische Personen daher BehandlerInnen, mit denen sie eine gemeinsame Sprache sprechen, die der gleichen Glaubensgemeinschaft angehören oder das gleiche Geschlecht aufweisen, steht es ihnen frei, BehandlerInnen mit den gewünschten Eigenschaften aufzusuchen.

In gemeinnützigen Krankenanstalten besteht hingegen kein Recht auf freie Arztwahl oder Wahl einer Pflegeperson. Willigt der/die PatientIn allerdings nur in eine Behandlung durch eine/n bestimmte/n Arzt/Ärztin ein, muss er/sie darüber aufgeklärt werden, wenn ein/e andere/r Arzt/Ärztin eine Behandlung vornimmt. Auch Maßnahmen, die von Angehörigen der Pflegeberufe durchgeführt werden, darf der/die PatientIn grds ablehnen. Führt dies allerdings dazu, dass die Betreuung des Patienten/der Patientin nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden kann, hat die Krankenanstalt die Möglichkeit, den Behandlungsvertrag mit dem Patienten/der Patientin aufzulösen.

6 Recht auf Aufklärung

Die ärztliche Aufklärung erfüllt zwei Funktionen: (1) Einerseits hält der OGH fest, dass es „Aufgabe der ärztlichen Aufklärung ist, dem Patienten die für seine Entscheidung maßgebenden Kriterien zu liefern und ihn in die Lage zu versetzen, die Tragweite seiner Zustimmung zum geplanten Eingriff zu überblicken“.²⁰⁷ Diese Funktion der Aufklärung wird in der Lit als Selbstbestimmungsaufklärung bezeichnet.²⁰⁸ (2) Andererseits soll die Aufklärung dem Patienten/der Patientin all jene Informationen vermitteln, die zur Sicherstellung des Heilerfolges erforderlich sind.²⁰⁹ Patienten/Patientinnen sind „über ihre erforderliche Mitwirkung bei der Behandlung sowie eine therapieunterstützende Lebensführung aufzuklären“ (Art 16 Abs 1 Patientencharta). Diese Funktion der Aufklärung wird als Sicherungsaufklärung bzw therapeutische Aufklärung bezeichnet.²¹⁰ Die Aufklärung darf nur dann entfallen, wenn durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des/der Behandelten ernstlich gefährdet wäre (§ 110 Abs 2 StGB; § 8 Abs 3 KAKuG; § 173 Abs 3, § 252 Abs 4 ABGB; § 12 PatVG²¹¹).²¹² Nach gefestigter Rsp hat der Arzt/die Ärztin zu beweisen, dass die Aufklärung rechtmäßig erfolgt ist.²¹³

Besteht zwischen BehandlerIn und PatientIn eine Sprach- und/oder Kulturbarriere, so ergeben sich für beide Funktionen der Aufklärung Schwierigkeiten. Einerseits ist es eine Herausforderung, durch das Aufklärungsgespräch die Voraussetzungen für einen *Informed Consent* des Patienten/der Patientin zu schaffen oder ihm/ihr jene Informationen zu vermitteln, die zur Sicherstellung des Heilerfolges erforderlich sind, wenn der/die PatientIn der deutschen Sprache nicht in einem Ausmaß mächtig ist, das eine reibungslose Kommunikation ermöglicht. Es ist daher zu prüfen, in welcher Sprache das Aufklärungsgespräch geführt bzw inwieweit dieses an die Sprachkenntnisse des Patienten/der Patientin angepasst werden muss. In der Praxis haben sich zahlreiche Lösungsstrategien zur Überwindung der Sprachbarriere etabliert, die im Folgenden einer rechtlichen Prüfung unterzogen werden. Andererseits können kulturelle Barrieren das Aufklärungsgespräch erschweren. Mögliche Unterschiede zwischen dem Krankheitsverständnis des/der

²⁰⁷ OGH 15. 3. 2001, 6 Ob 258/00 k; RIS-Justiz RS0026413; RIS-Justiz RS0026473.

²⁰⁸ Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 7 ff; Juen, Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für den Behandlungsfehler – der Arzthaftungsprozess in Österreich² (2005) 97; Memmer, Aufklärung, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/71 (I/77).

²⁰⁹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/84/c.

²¹⁰ Engljähringer, Aufklärungspflicht 7 ff; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/77.

²¹¹ Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG) BGBl I 2006/55.

²¹² Für viele OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82.

²¹³ OGH 12. 11. 1992, 8 Ob 628/92; 12. 3. 1996, 10 Ob 1530/96; Engljähringer, Aufklärungspflicht 125 mwN in FN 260; krit zur Beweislast des Arztes/der Ärztin: Radner W./Kiss/Diendorfer/Richter-Müksch/Stifter/Radner A., Ärztliche Aufklärungspflicht, RdM 2003/34.

migrantischen Patienten/Patientin und dem Krankheitskonzept des Behandlers/der Behandlerin führen zu Missverständnissen in der medizinischen Praxis.²¹⁴ Es gilt daher zu klären, inwieweit kulturelle Prägungen im Rahmen des Aufklärungsgesprächs berücksichtigt werden müssen.

Wenngleich kulturelle Unterschiede bei der Aufklärung eine wichtige Rolle spielen, stellen Probleme bei der sprachlichen Verständigung eine der Hauptschwierigkeiten bei der medizinischen Versorgung von Migranten/Migrantinnen dar²¹⁵, weshalb darauf im Folgenden der Schwerpunkt liegt.

6.1 Rechtsgrundlagen

Auf verfassungsrechtlicher Ebene wird das Selbstbestimmungsrecht des Patienten/der Patientin durch Art 8 Abs 1 EMRK normiert. Auf Ebene des Unionsrechts gewähren Art 3 Abs 1 und 2 EU-Grundrechtecharta das Recht auf Aufklärung. § 16 ABGB²¹⁶ normiert die Persönlichkeitsrechte, die durch die Rechtsordnung näher ausgestaltet werden müssen.²¹⁷ Diese Ausgestaltung erfolgt auf einfachgesetzlicher Ebene durch § 5a Z 2 KAKuG, der die ärztliche Aufklärung als Patientenrecht formuliert. Zudem enthält das KAKuG die Verpflichtung zur „Dokumentation der Aufklärung des Pfleglings“ (§ 10 Abs 1 Z 2 lit a KAKuG). Hinzu kommen zahlreiche berufs- und materienspezifische Aufklärungspflichten (zB § 51 Abs 1 ÄrzteG; § 9 Abs 1 GuKG; § 69 GTG²¹⁸).²¹⁹

Darüber hinaus ergibt sich das Recht auf Aufklärung aus dem Behandlungsvertrag. Der/die PatientIn schließt den Behandlungs- bzw Krankenhausaufnahmevertrag mit dem Arzt/der Ärztin oder dem Träger der Krankenanstalt. Damit wird die vertragliche Pflicht der Aufklärung des Patienten/der Patientin über Art und Schwere der Krankheit, über die möglichen Gefahren und schädlichen Folgen der Behandlung oder ihrer Unterlassung begründet.²²⁰ Die Aufklärung und Beratung haben nach den Regeln der ärztlichen Kunst,

²¹⁴ Ilkilic, Religiöser Glaube – Islam. Mögliche Konflikte im klinisch-gynäkologischen Alltag, Gynäkologe 2010/43, 53 (53).

²¹⁵ David, Besonderheiten bei der Versorgung von zugewanderten Patientinnen. Ergebnisse aktueller Studien und praktische Erfahrungen in Frauenheilkunde und Geburtshilfe, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 1; Kletečka-Pulker/Parrag, Qualitätssicherung in der Versorgung nicht-deutschsprachiger PatientInnen. Videodolmetschen im Gesundheitswesen. Endbericht (2015); Maier, Mutter werden in der Fremde. Eine afghanische Asylwerberin in Niederösterreich, Hebammen Zeitung 2015/01, 14.

²¹⁶ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946 idF BGBl I 2017/161.

²¹⁷ Koziol/Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 277.

²¹⁸ Bundesgesetz, mit dem Arbeiten mit gentechnisch veränderten Organismen, das Freisetzen und Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und die Anwendung von Genanalyse und Gentherapie am Menschen geregelt werden (Gentechnikgesetz – GTG) BGBl 1994/510 idF BGBl I 2018/37.

²¹⁹ Für eine Auflistung sämtlicher materien- und berufsspezifischer Aufklärungspflichten siehe Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/75.

²²⁰ OGH 18. 3. 1981, 1 Ob 743/80; 23. 5. 1984, 1 Ob 550/84; 21. 9. 1989, 8 Ob 535/89; 25. 1. 1990, 7 Ob 727/89; 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94; 17. 2. 2014, 4 Ob 27/14 w; RIS-Justiz RS0038270, zuletzt OGH 27. 9. 2017, 7 Ob

wofür der aktuell anerkannte Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft maßgeblich ist, zu erfolgen.²²¹

Art 16 Patientencharta sieht ebenfalls das Recht auf Aufklärung über den Gesundheitszustand vor. Diese Vereinbarung begründet jedoch keine subjektiven Rechte des Patienten/der Patientin.²²²

Spezielle Gesetze oder Verordnungen zur Aufklärung nicht deutschsprachiger oder kulturell nicht westlich geprägter Patienten/Patientinnen existieren nicht. Besonderheiten bei der Aufklärung dieser Patientengruppen sind daher aus den allgemeinen Grundsätzen abzuleiten. Da im Gesetz konkrete Aufklärungsinhalte und -anforderungen nicht explizit geregelt sind, sondern im Rahmen der umfangreichen Jud des OGH entwickelt wurden²²³, ist auch die Frage, ob es je nach Sprache oder Kultur besondere Aufklärungsanforderungen gibt, im Lichte der Rsp zu erläutern. Da zu diesem Thema kaum österr Jud vorhanden ist, wird auch Jud aus Deutschland herangezogen. Dort haben sich allgemeine Ansichten in Bezug auf die Aufklärung fremdsprachiger Patienten/Patientinnen herausgebildet, die aufgrund der ähnlichen Rechtslage auch für Österreich von Bedeutung sind.²²⁴

6.2 Klärung der deutschen Sprachkenntnisse

Zur Beurteilung der Frage, welche Anforderungen an ein Aufklärungsgespräch zu stellen sind, wenn BehandlerIn und PatientIn nicht dieselbe Sprache sprechen, ist es zunächst notwendig zu beleuchten, wie das Vorliegen einer Sprachbarriere überhaupt erkannt bzw erfragt werden muss.

Der/die behandelnde Arzt/Ärztin trägt die Aufklärungsverantwortung. Er/sie muss das Aufklärungsgespräch individuell an die Bedürfnisse des Patienten/der Patientin anpassen (Art 16 Abs 2 Patientencharta) und es treffen ihn/sie Kontroll- bzw Erkundigungspflichten über den konkreten Wissensstand des Patienten/der Patientin.²²⁵ Damit ist zwangsläufig auch die Erkundigungs- und Kontrollpflicht nach dem Sprachverständnis verbunden.²²⁶ Spricht der/die PatientIn gar nicht Deutsch, wird es für den Arzt/die Ärztin ersichtlich sein, dass eine Aufklärung ohne Hilfsmaßnahmen zur Überwindung der Sprachbarriere nicht erfolgen kann. Schwierigkeiten bei der Beurteilung der deutschen Sprachkenntnisse treten jedoch dann auf,

70/17w; *Englähringer*, Aufklärungspflicht 59 mwN; *Hofmann*, Die Aufklärungspflicht des Arztes im Lichte der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, RZ 1998, 80 mwN; *Leischner*, Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen (2007) 8 ff mwN; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/73.

²²¹ OGH 11. 12. 2007, 5 Ob 148/07 m; 10. 6. 2008, 4 Ob 87/08 k; 8. 3. 2011, 5 Ob 231/10 x.

²²² *Aigner*, RdM 2000, 77 (88); *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/33.

²²³ *Hofmann*, RZ 1998, 80; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 97.

²²⁴ *Leischner-Lenzhofer*, RdM 2013/4 (13).

²²⁵ *Englähringer*, Aufklärungspflicht 137; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/109.

²²⁶ *Leischner-Lenzhofer*, RdM 2013/4 (14).

wenn der/die PatientIn zwar grundlegende Kenntnisse der deutschen Sprache hat, komplexeren Inhalten, wie etwa dem ärztlichen Aufklärungsgespräch, jedoch nicht folgen kann. Wie sich der Arzt/die Ärztin in solchen Situationen davon überzeugen soll, dass der/die PatientIn der Aufklärung sprachlich folgen kann, ist in Österreich nicht geklärt. Der OGH hat lediglich festgestellt, dass die Frage, ob ein/e PatientIn in der Lage war, dem ärztlichen Aufklärungsgespräch aufgrund ausreichender Deutschkenntnisse zu folgen, im Rahmen der Beweiswürdigung des Gerichts auf dessen Wahrnehmung und auf die Angaben des gerichtlichen Sachverständigen gestützt werden kann.²²⁷

6.2.1 Rechtslage in Deutschland

Die deutsche Rsp hat Indizien für ein ausreichendes Sprachvermögen von Patienten/Patientinnen herausgearbeitet. Bereits 1978 stellte das OLG München fest, dass bei einem Patienten, der Angaben über frühere Erkrankungen und neue Beschwerden in einfacher Sprache machen kann, davon ausgegangen werden darf, dass er die ärztliche Aufklärung verstehen kann. Dies wurde ua damit begründet, dass erfahrungsgemäß bei mangelhaften Kenntnissen einer fremden Sprache die Fähigkeit, die fremde Sprache zu verstehen, deutlich größer sei, als die Fähigkeit sich selbst in der fremden Sprache auszudrücken. Zudem sei es dem Patienten/der Patientin zuzumuten, den Arzt/die Ärztin auf Verständigungsprobleme hinzuweisen. Denn, so das OLG München, so groß seien die Sprachkenntnisse des Patienten mit Sicherheit gewesen, dass er den Versuch des Arztes, ihm etwas zu erklären, habe erkennen und dem Arzt seinerseits habe bedeuten können, dass er ihn nicht verstehe.²²⁸ Das OLG Hamm stellte 1979 fest, dass der Arzt/die Ärztin bei offensichtlich mangelhaften Sprachkenntnissen des Patienten/der Patientin das Sprachniveau an die vorhandenen Sprachkenntnisse anpassen und die Entscheidungsgrundlagen deutlich und ausführlich mitteilen müsse.²²⁹ Der Arzt/die Ärztin haftet dafür, wenn er/sie die mangelhafte Sprachkundigkeit zwar feststellt, bei der Art und Weise der Aufklärung dies jedoch nicht berücksichtigt und insb keine Anstrengungen unternimmt, die Entscheidungsgrundlagen deutlich, ausführlich und auch bei geringem Sprachniveau allgemein verständlich darzulegen.²³⁰

Weitere Entscheidungen des OLG Hamm²³¹ und des OLG Karlsruhe²³² stellten ebenfalls fest, dass der Arzt/die Ärztin davon ausgehen darf, der/die PatientIn könne der in einfachen

²²⁷ OGH 28. 2. 2011, 9 Ob 4/11 w.

²²⁸ OLG München 26. 7. 1978, 12 U 1879/78.

²²⁹ OLG Hamm 19. 12. 1979, 13 U 268/78.

²³⁰ Muschner, Die haftungsrechtliche Stellung ausländischer Patienten und Medizinalpersonen in Fällen sprachbedingter Missverständnisse (2002) 54.

²³¹ OLG Hamm 15. 3. 1982, 3 U 184/81.

²³² OLG Karlsruhe 17. 12. 1986, 7 U 43/84.

Worten gehaltenen Aufklärung folgen, wenn er/sie Angaben zur Anamnese in deutscher Sprache machen konnte und während der Aufklärung nicht zu erkennen gab, diese nicht (vollständig) zu verstehen.

Gingen also die bisher zitierten Entscheidungen davon aus, dass der/die PatientIn zu erkennen geben müsse, wenn er/sie die Aufklärung nicht versteht, urteilte das OLG Düsseldorf, dass es Sache des Arztes/der Ärztin sei, „im Rahmen des notwendigen Aufklärungsgesprächs festzustellen, ob die Klägerin überhaupt in der Lage war, die gegebenen Erklärungen zu verstehen, und ein etwa bei ihr bestehendes Aufklärungsbedürfnis zu artikulieren“.²³³ Obwohl die Patientin im konkreten Fall in der Lage war, Fragen im Rahmen der Anamneseerhebung auf Deutsch zu beantworten und auch eine in deutscher Sprache verfasste Einverständniserklärung unterzeichnete, hätte der Arzt sich vergewissern müssen, dass keine sprachbedingten Missverständnisse vorlagen, als die Patientin einwilligte. Dies hätte er laut Urteil entweder durch Beizeichen eines Dolmetschers erreicht oder durch gezieltes Nachfragen beim einweisenden Arzt. Anders als in den vorausgegangenen Urteilen wird hier nicht angenommen, dass der Arzt/die Ärztin darauf vertrauen darf, dass der/die PatientIn die Aufklärung versteht, wenn diese/r Anamneseangaben auf Deutsch machen kann und nicht nachfragt.

Diese Entscheidung wurde in der Lit heftig kritisiert. Sowohl *Muschner*²³⁴ als auch *Kern*²³⁵ gehen davon aus, dass im konkreten Fall kein Aufklärungsfehler vorliegt, da der Arzt aufgrund des Verhaltens der Patientin darauf vertrauen durfte, dass sie seinen Ausführungen folgen konnte.

Die diesem Urteil folgende Rsp relativierte die strengen Anforderungen an den Arzt/die Ärztin bei der Überprüfung der deutschen Sprachkenntnisse. Das OLG München zitiert zwar die Entscheidung des OLG Düsseldorf, gesteht dem Arzt/der Ärztin allerdings wiederum zu, darauf vertrauen zu dürfen, dass der/die PatientIn die Aufklärung versteht, wenn diese/r nicht das Gegenteil zu erkennen gibt und zB nicht die Beziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin oder zumindest eines sprachkundigen Familienmitglieds verlangt.²³⁶

Späteren Urteile²³⁷ gehen ebenfalls nicht vom strengen Maßstab des OLG Düsseldorf aus und halten fest, dass der Arzt/die Ärztin annehmen dürfe, der/die PatientIn verstehe

²³³ OLG Düsseldorf 12. 10. 1989, 8 U 60/88.

²³⁴ *Muschner*, haftungsrechtliche Stellung in Fällen sprachbedingter Missverständnisse 61.

²³⁵ *Kern*, Schwachstellenanalyse der Rechtsprechung, in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch* (Hrsg), Die Entwicklung der Arzthaftung (1997) 313.

²³⁶ OLG München 31. 5. 1990, 24 U 961/89.

²³⁷ OLG Frankfurt a. M. 19. 5. 1993, 13 U 138/92; OLG München 23. 6. 1994, 1 U 7286/93; OLG Nürnberg 28. 6. 1995; 30. 10. 2000, 5 U 319/00; OLG Hamm 11. 9. 2000, 3 U 109/99; KG Berlin 8. 5. 2008, 20 U 202/06.

ausreichend Deutsch, wenn er/sie das Vorbringen in deutscher Sprache mache und nicht darauf hinweise, dass er/sie der Aufklärung nicht folgen könne.

1998 stellte das OLG Brandenburg fest, dass es bei ausländischen Patienten/Patientinnen zwar zu den Pflichten des Arztes/der Ärztin gehöre, sich davon zu überzeugen, dass diese den Ausführungen zu folgen vermögen. Ärzte/Ärztinnen dürfen aber gleichzeitig aufgrund eines mehrjährigen Deutschlandaufenthaltes des Patienten/der Patientin und unstreitig gegebener Beherrschung der Alltagssprache auf den Eindruck vertrauen, verstanden worden zu sein. Es sei, so das OLG Brandenburg, dem Patienten/der Patientin zumutbar bei Verständigungsschwierigkeiten nachzufragen.²³⁸

Das OLG Karlsruhe nimmt auf diese Entscheidung Bezug und fasst zusammen: „Beherrscht der Patient jedoch die deutsche Sprache, darf der Arzt darauf vertrauen, dass er nachfragt, wenn er einzelne Begriffe nicht versteht“.²³⁹ Zudem konkretisiert das OLG Karlsruhe bezugnehmend auf die Entscheidung OLG Saarbrücken 1 U 126/92: „Der hier aufgewachsene und die deutsche Sprache beherrschende Ausländer steht insoweit einem Deutschen, der ebenfalls nicht immer die medizinischen Fachwörter versteht, gleich. Ist der Patient in einer insgesamt verständlichen Weise aufgeklärt worden, ist es seine Sache, dem Arzt mitzuteilen, wenn er etwas nicht verstanden hat und um Erläuterungen zu bitten.“ Das OLG Saarbrücken hatte entschieden, dass ein Patient, der in leicht verständlicher Umgangssprache über die Komplikationsmöglichkeiten eines Eingriffes aufgeklärt worden war, sich nicht darauf berufen kann, dass er wegen seines geringen Bildungsstands die mündlichen und schriftlichen Informationen über den Eingriff nicht habe verstehen und würdigen können.²⁴⁰

In den Erläut zum „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“²⁴¹ wurde schließlich klargestellt, dass der/die PatientIn immer dann der deutschen Sprache für ein Aufklärungsgespräch nicht hinreichend mächtig ist, wenn er/sie dies angibt oder der/die BehandlerIn davon überzeugt ist.²⁴² Somit kommt es entweder auf die Angaben des Patienten/der Patientin an, oder es obliegt dem Arzt/der Ärztin nach den beschriebenen Kriterien die Sprachkenntnisse zu beurteilen.

²³⁸ OLG Brandenburg 10. 6. 1998, 1 U 3/98.

²³⁹ OLG Karlsruhe 11. 9. 2002, 7 U 102/01.

²⁴⁰ OLG Saarbrücken 24. 3. 1993, 1 U 126/92.

²⁴¹ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013, d. BGBl 2013 I Nr. 9, 277.

²⁴² BT-Drs 17/10488, 25.

6.2.2 Ableitungen für Österreich

Gibt der/die PatientIn selbst zu verstehen, dass er/sie nicht ausreichend Deutsch spricht, um dem Aufklärungsgespräch folgen zu können, so darf nicht von ausreichenden Deutschkenntnissen ausgegangen werden.

Legt er/sie hingegen seine/ihre mangelnden Sprachkenntnisse nicht offen, ist eine mangelnde Schutzwürdigkeit anzunehmen.²⁴³ In Anlehnung an die deutsche Rsp ist wohl auch für Österreich anzunehmen, dass der Arzt/die Ärztin darauf vertrauen darf, dass der/die PatientIn ausreichend Deutsch spricht, um ein in einfacher Sprache gehaltenes Aufklärungsgespräch zu verstehen, wenn der/die PatientIn der Alltagssprache mächtig ist und das Anamnesegespräch in deutscher Sprache zu führen vermag und auch in weiterer Folge – etwa durch Nachfragen – nicht zu erkennen gibt, dass er/sie dem Gespräch nicht (mehr) folgen kann. Mangelnde Schutzwürdigkeit ist mE allerdings nur dann anzunehmen, wenn der Arzt/die Ärztin seinen/ihren Kontrollpflichten, ob das Aufklärungsgespräch verstanden wurde, nachgekommen ist und der/die PatientIn dennoch die mangelnden Sprachkenntnisse nicht offenlegt. Es ist dem Arzt/der Ärztin jedenfalls zumutbar, gezielt Kontrollfragen zu stellen, die das Verständnis des Patienten/der Patientin überprüfen sollen. Bloße Rückschlüsse – ohne gezielte Kontrollfragen – vom Beherrschung der Alltagssprache auf das Verständnis eines Aufklärungsgesprächs sind mE unzulässig. Ein Aufklärungsgespräch – auch wenn es in einfacher Sprache gehalten wird – beinhaltet idR ein anderes Vokabular als die Alltagssprache. Orientiert man sich am Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen, der sechs Sprachniveaus umfasst, so wird deutlich, dass die niedrigsten Niveaus A1 und A2 zwar dazu befähigen, sich in einfachen, routinemäßigen Situationen wie etwa Einkaufen oder Small-Talk zu verständigen, für das Verstehen eines simpel gehaltenen Aufklärungsgesprächs allerdings mindestens Sprachniveau B1, eher B2, benötigt wird.²⁴⁴ Begrüßt der/die PatientIn den/die BehandlerIn und macht Angaben zur eigenen Person, muss dies daher noch nicht bedeuten, dass er/sie auch dem in einfacher Sprache gehaltenen Aufklärungsgespräch folgen kann. Die Situation ist hier mE ähnlich gelagert wie bei gerichtlichen Verfahren. § 56 Abs 1 StPO und § 39a AVG²⁴⁵ sehen vor, dass ein Beschuldigter bzw. eine Partei oder eine zu vernehmende Person, der/die die Verfahrenssprache nicht spricht oder versteht, das Recht auf Dolmetschleistungen hat. Dies umfasst allerdings nicht nur das Recht auf Dolmetschleistungen, wenn die Person Deutsch gar

²⁴³ Dullinger, Mitwirkungspflichten des Patienten im Rahmen der ärztlichen Behandlung, RdM 2012/136 (226); Leischner-Lenzhofer, RdM 2013/4.

²⁴⁴ Gemeinsamer Europäischer Referenzrahmen für Sprachen, <http://www.europaeischer-referenzrahmen.de/sprachniveau.php> (abgefragt am 8. 4. 2018).

²⁴⁵ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBI 1991/51 idF BGBI I 2013/161.

nicht versteht, sondern auch dann, wenn sie sich auf Deutsch nicht hinreichend verständigen kann. Die hL besagt, dass auch, wenn die Person in der Lage ist, im gewöhnlichen Alltag erfolgreich auf Deutsch zu kommunizieren, dies nicht heißen muss, dass sie sich im komplexeren institutionellen Rahmen eines Verfahrens hinreichend verständigen kann.²⁴⁶ Rabussay hält darüber hinaus fest, dass im Zweifel das Vorliegen nicht hinreichender Deutschkenntnisse und damit ein Anspruch auf Übersetzungshilfe angenommen werden sollte. Zudem kann und sollte der Beurteilungsmaßstab für die Deutschkenntnisse nur das sein, was der Beschuldigte nach außen transportiert.²⁴⁷ Das entspricht auch der Aussage des OLG Düsseldorf, dass im Zweifel eine sprachkundige Person beizuziehen sei.²⁴⁸

Die RL 2010/64/EU²⁴⁹ sieht vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass es Verfahren oder Mechanismen gibt, um festzustellen, ob verdächtige oder beschuldigte Personen die Sprache des Strafverfahrens sprechen und verstehen und ob sie die Unterstützung durch eine/n DolmetscherIn benötigen. Ein solches Verfahren oder ein solcher Mechanismus beinhaltet, dass die zuständigen Behörden auf geeignete Weise, einschließlich durch Befragung der betroffenen verdächtigen oder beschuldigten Personen, diese Überprüfung vornehmen (Erwägungsgrund 21 RL 2010/64/EU). Die Lit schlägt zur Erfüllung dieser Ansprüche ein „halb-strukturiertes“ Gespräch vor, sodass die Einschätzung der Sprachkenntnisse zumindest in groben Zügen einheitlich verlaufen könnte.²⁵⁰

Eine derartige Vorgehensweise wäre auch für das Arzt-Patienten-Gespräch denkbar und sinnvoll. So könnten Ärzte/Ärztinnen speziell darin geschult werden, mit einfachen und im Gespräch verpackten Kontrollfragen die Sprachkenntnisse zu überprüfen. Methoden dazu gibt es – Personalen überprüfen beispielsweise mit wenigen Kontrollfragen die im Lebenslauf der BewerberInnen angegebenen Sprachkenntnisse.²⁵¹

6.3 Herrschende Lösungsstrategien zur Aufklärung von nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen

Wie Studien des IERM in Kooperation mit der ANetPAS gezeigt haben, greifen sowohl Ärzte/Ärztinnen im niedergelassenen Bereich als auch MitarbeiterInnen im Krankenanstalten-Setting auf unterschiedliche und großteils nicht qualitätsgesicherte Lösungsstrategien zurück,

²⁴⁶ Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz § 39a Rz 7 (Stand 1. 7. 2005, rdb.at); Rabussay, Das Recht auf Übersetzungshilfe vor dem Hintergrund der RL 2010/64/EU und des Budgetbegleitgesetzes 2011, RZ 2011, 263 (264 f).

²⁴⁷ Rabussay, RZ 2011, 263 (265).

²⁴⁸ OLG Düsseldorf 12. 10. 1989, 8 U 60/88.

²⁴⁹ RL 2010/64/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 10. 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABl L 2010/280, 1.

²⁵⁰ Rabussay, RZ 2011, 263 (266).

²⁵¹ Mader, Angst vor Englisch, zeit.de 16. 1. 2010, <http://www.zeit.de/karriere/bewerbung/2010-01/bewerbungsgespraech-englisch> (abgefragt am 8. 4. 2018); Pütz, Wie Arbeitgeber Blender und Aufschneider entlarven, welt.de 19. 7. 2011, <https://www.welt.de/wirtschaft/karriere/tipps/article13495184/Wie-Arbeitgeber-Blender-und-Aufschneider-entlarven.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).

um die Sprachbarriere zwischen ihnen und nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen im Rahmen des Aufklärungsgesprächs zu überwinden.²⁵² Folgende Lösungsstrategien werden an dieser Stelle beleuchtet und aus rechtlicher Sicht geprüft:

- Aufklärung in einer Fremdsprache durch eine/n mehrsprachige/n Arzt/Ärztin;
- Delegation der Aufklärung an fremdsprachige MitarbeiterInnen der Gesundheitseinrichtung;
- Aufklärung unter Einsatz von mehrsprachigem Informationsmaterial;
- Aufklärung von deutschsprachigen Begleitpersonen des Patienten/der Patientin mit der Bitte, die Informationen weiterzugeben;
- Aufklärung unter Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin, wobei zwischen Laiendolmetschern/Laiendolmetscherinnen und professionellen Dolmetschern/Dolmetscherinnen unterschieden werden muss.

6.3.1 Aufklärung in einer Fremdsprache durch eine/n mehrsprachige/n Arzt/Ärztin

Nach § 4 Abs 2 Z 5 ÄrzteG 1998 ist es Voraussetzung für das Recht zur selbstständigen Berufsausübung, dass der Arzt/die Ärztin über ausreichende Kenntnis der deutschen Sprache verfügt. Jede/r PatientIn hat daher das Recht auf eine Aufklärung in deutscher Sprache.²⁵³ Dies stellte auch das AG Leipzig fest. In dem hier entschiedenen Fall war der Arzt der deutschen Sprache nicht mächtig und wollte daher die Aufklärung schriftlich unter Zuhilfenahme eines Aufklärungsbogens in deutscher Sprache vornehmen. Das AG Leipzig stellte fest, dass gebrochenes Deutsch des aufklärenden Arztes eine denkbar schlechte Voraussetzung für die Durchführung eines Aufklärungsgesprächs sei und bewertete die in gebrochenem Deutsch stattgefundene Aufklärung als unzureichend.²⁵⁴ Nichts anderes wird für Österreich gelten.

Ein Aufklärungsgespräch kann jedoch ebenso in einer Fremdsprache stattfinden, wenn sich Arzt/Ärztin und PatientIn darauf einigen.²⁵⁵ Ärzte/Ärztinnen sind nicht verpflichtet, Fremdsprachen zu beherrschen, *Rebhahn* sieht es allerdings als Verpflichtung der Gesamtvertragsparteien bei der Auswahl der Vertragsärzte/Vertragsärztinnen Fremdsprachenkenntnisse als Auswahlkriterium und Aspekt der fachlichen Eignung heranzuziehen. Die Auswahl der Fremdsprachen soll sich nA *Rebhahns* daran orientieren,

²⁵² IERM/ANetPAS, Teil-Projekt „Sprachbarriere – Eine Befragung von Wiener KinderärztInnen zu Lösungsstrategien bei der Versorgung nicht-deutschsprachiger PatientInnen im niedergelassenen Bereich“, (2013); Leitner/Parrag, Sprachbarriere – (k)ein Problem? Lösungsstrategien bei Wiener KinderärztInnen, Wien Klin Wochenschr [Suppl 1] DOI 10.1007/s00508-013-0462-8, 2014/126, 64.

²⁵³ Kletečka-Pulker in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner 49.

²⁵⁴ AG Leipzig 30. 5. 2003, 17 C 344/03.

²⁵⁵ Mangold/Mascherbauer/Peintinger/Kopetzki, Behandlungsablehnung trotz vitaler Indikation, RdM 2010/4 (17).

welche Personen mit welcher Muttersprache gegenüber den Krankenkassen leistungsberechtigt sind. Sprechen beispielsweise 5 % der Versicherten einer bestimmten Kasse, für die ein Gesamtvertrag abgeschlossen ist, ausschließlich oder primär die Sprache A, so müssten auch 5 % der Vertragsärzte/Vertragsärztinnen in der Sprache A kommunizieren können. Zu berücksichtigen seien dabei auch jene Patienten/Patientinnen, die nach Unionsrecht in Österreich leistungsberechtigt sind.²⁵⁶ Rebhahn führt seinen Vorschlag nicht im Detail aus, es ist jedoch anzunehmen, dass die Prozentsätze jeweils für Regionen berechnet werden müssten. Da es derzeit keine Daten zu den Sprachkenntnissen der Anspruchsberechtigten gibt, wäre wohl eine repräsentative quantitative Erhebung nötig auf deren Grundlage die Auswahl und die Anzahl der benötigten Sprachen erfolgt.

Unterstützend für das Heranziehen der Fremdsprachenkenntnisse als Auswahlkriterium der fachlichen Eignung könnte man hier die Argumentation übernehmen, die verwendet wird, um in der Reihungskriterien-Verordnung²⁵⁷ Frauen im Bereich der Vertragsvergabe von Einzelverträgen für Frauenheilkunde und Geburtshilfe zu bevorzugen.²⁵⁸ In den Erläut findet sich dafür folgende Begründung: „Viele Frauen haben das Bedürfnis, gynäkologische Untersuchungen und Behandlungen von einer Ärztin durchführen zu lassen. Dabei stehen sie häufig vor dem Problem, dass in ihrer Versorgungsregion alle Vertragsarztstellen im Sonderfach Frauenheilkunde und Geburtshilfe durch Männer besetzt sind. [...] Wird eine Wahlärztin aufgesucht, so sind die Kosten für die in Anspruch genommenen Leistungen zunächst zur Gänze von der Patientin zu tragen und können in der Folge nur teilweise vom Krankenversicherungsträger erstattet werden. Ferner ist die Rückerstattung der Kosten für die Patientin mit einem administrativen Aufwand verbunden, da die Kostenerstattung einen entsprechenden Antrag voraussetzt. Durch die vorgeschlagene Änderung, wonach die durch das gleiche Geschlecht von Ärztin und Patientin zusätzlich vermittelbare besondere Vertrauenswürdigkeit als Kriterium für die Reihung mit zehn Prozent der nach der jeweiligen Richtlinie erreichbaren Punkten bewertet werden soll, soll der Frauenanteil im Fachgebiet Frauenheilkunde und Geburtshilfe erhöht werden. In der Folge soll Patientinnen, die eine/n Fachärztin/Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe aufsuchen möchten, ermöglicht werden, in ihrer Versorgungsregion zwischen einem Vertragsarzt und einer Vertragsärztin zu wählen.“²⁵⁹

²⁵⁶ Rebhahn, RdM 2013/140 (245).

²⁵⁷ VO des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über die Kriterien für die Reihung der ärztlichen und zahnärztlichen BewerberInnen um Einzelverträge mit den Krankenversicherungsträgern (Reihungskriterien-Verordnung) BGBI II 2002/487 idF BGBI II 2015/64.

²⁵⁸ Siehe dazu auch Gregoritsch, Frauenärztinnen bevorzugt – Warum? SozSi 2015, 100.

²⁵⁹ Erläut Reihungskriterien-Verordnung, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Begut/BEGUT_COO_2026_100_2_531790/COO_2026_100_2_531804.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018).

Sinnvoll wäre mE in Anlehnung daran eine Aufnahme der Kriterien „Sprachkenntnisse“ und „kulturelle Kompetenz“ im Reihungsverfahren zur Vergabe von Kassenvertragsstellen, ähnlich wie das Reihungskriterium der „durch das weibliche Geschlecht zusätzlich vermittelbaren besonderen Vertrauenswürdigkeit“ (§ 2 Abs 1 Z 5 iVm § 3 Abs 1 Reihungskriterien-Verordnung). Der VfGH hat entschieden, dass diese Bevorzugung von Gynäkologinnen bei der Vertragsvergabe von Einzelverträgen rechtmäßig ist und Bewerber dadurch nicht diskriminiert werden.²⁶⁰ Umso weniger können die Kriterien „Sprachkenntnisse“ oder „kulturelle Kompetenz“ einen Diskriminierungstatbestand erfüllen, da sie von jedem/jeder BewerberIn erfüllt werden können. Auch nicht migrantische BewerberInnen können Sprachkenntnisse oder kulturelle Kompetenz erworben haben. Problematisch wäre hingegen das Kriterium „Migrationshintergrund“. Hier könnte § 17 GlBG schlagend werden, wonach niemand aufgrund seiner ethnischen Zugehörigkeit unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden darf.

Das SG Hamburg stellte hingegen fest, dass das Beherrschen einer bestimmten Lautsprache (hier: der türkischen) keinen Sonderbedarf für die Zulassung als PsychotherapeutIn begründen könne. Im System der gesetzlichen Krankenversicherung gebe es keinen generellen Anspruch auf muttersprachliche (hier psychotherapeutische) Behandlung, weshalb auch die Nichterfassung einer ausreichenden Versorgung mit muttersprachlichen Behandlern/Behandlerinnen in Ordnung sei. Zwar bestehe eine faktische Unterversorgung für nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen, nicht jedoch eine medizinische. Auch besondere Kenntnisse und Erfahrungen migrationsbedingter Krankheitsbilder könnten keinen besonderen Bedarf zur Zulassung begründen.²⁶¹

Einen Sonderfall der Aufklärung durch eine/n sprachkundige/n Arzt/Ärztin stellt die Telediagnose bzw Fernbehandlung dar: Gibt es in der Nähe des Patienten/der Patientin keinen Arzt/keine Ärztin, mit dem/der eine gemeinsame Sprache besteht, ist es denkbar, dass der/die PatientIn via Internetverbindung (zB E-Mail, Chat, Videozuschaltung) oder telefonisch eine/n fremdsprachige/n Arzt/Ärztin im In- oder Ausland konsultiert. Befindet sich der Arzt/die Ärztin im Ausland, ist gem Art 4 Abs 2 Rom I-VO ausländisches Recht anzuwenden. In der Praxis häufiger – auch aus sozialversicherungsrechtlichen Gründen – wird jedoch die Telekonsultation eines/einer mehrsprachigen Arztes/Ärztin im Inland sein. Ob eine derartige „Distanzbehandlung“ bzw lediglich eine Aufklärung über Telefon oder Video möglich ist, ist im österr Recht nicht explizit geregelt und im Einzelfall zu prüfen. § 49 Ab 2 ÄrzteG verpflichtet Ärzte/Ärztinnen dazu, ihren Beruf nicht nur persönlich, sondern auch

²⁶⁰ VfGH 9. 12. 2014, V54/2014.

²⁶¹ SG Hamburg 10. 12. 2003, S 27 KS 251/01.

„unmittelbar“ auszuüben. Eine Definition von „unmittelbar“ in diesem Zusammenhang lässt der Gesetzgeber offen, die hL geht jedoch davon aus, dass Konsultationen unter Zwischenschaltung von technischen Medien zulässig sind, sofern der Arzt/die Ärztin die Situation auch über die Distanz zu beherrschen vermag und auf Grundlage des gegebenen Kontaktes eine hinreichende Entscheidungsgrundlage hat.²⁶² Zu achten ist hierbei va auf die Wahrung der Verschwiegenheitspflicht sowie auf den Informationsschutz²⁶³ durch entsprechende technische Vorkehrungen und eine entsprechende Aufklärung des Patienten/der Patientin über die Besonderheiten einer Telediagnose bzw Telebehandlung.²⁶⁴ Auch der OGH hat eine telefonische Operationsaufklärung als ausreichend angesehen.²⁶⁵ Es wäre also durchaus möglich, die Sprachbarriere auf diese Weise zu umgehen. Pilot-Projekte und Angebote zu Video-Sprechstunden mit Ärzten/Ärztinnen im Inland gibt es bereits.²⁶⁶

6.3.2 Delegation der Aufklärung an fremdsprachige MitarbeiterInnen der Gesundheitseinrichtung

Aufgrund des Behandlungsvertrages liegt die Pflicht zur Aufklärung bei dem/der niedergelassenen Arzt/Ärztin selbst.²⁶⁷ Auch aus § 49 Abs 2 ÄrzteG ergibt sich die Aufklärungspflicht in erster Linie für den/die behandelnde/n Arzt/Ärztin. Findet die Behandlung in einer Krankenanstalt statt, so schließt der/die PatientIn den Behandlungsvertrag idR mit dem Krankenanstaltenträger. Aufgrund der Behandlungsübernahme des/der einzelnen Krankenhausarztes/Krankenhausärztin obliegt die Aufklärung aber auch in diesem Fall diesem/dieser und nicht dem Krankenanstaltenträger.²⁶⁸ Der OGH hat klargestellt, dass die Aufklärung des Patienten/der Patientin unter Arztvorbehalt steht. Das bedeutet, dass sie zwar grds an Fachkollegen/Fachkolleginnen, nicht aber an VertreterInnen anderer Gesundheitsberufe delegiert werden darf.²⁶⁹ So ist die Delegation in

²⁶²Kopetz, Die telefonische Beratung – eine ärztliche Tätigkeit, ÖÄZ 1990, 31; Kopetzki, Telemedizin und Recht. Juristische Überlegungen zur ärztlichen Tätigkeit im Informationszeitalter, in Stodulka/Tauss (Hrsg), Medizin Online. Das Internet-Handbuch für Ärzte und Patienten (2000) 125 (127); Kopetzki, Telegesundheitsdienste und „unmittelbare“ Berufsausübung – (k)ein Widerspruch? RdM 2018/45 (41); Nentwich, Digitalisierung der Medizin. Zur Klärung einiger rechtlicher Fragen der Telemedizin, RdM 1997, 175 (177 ff); Wirbel-Rusch, Telemedizin – Haftungsfragen (2001) 20 ff; krit hingegen Grasdner, Zur Unmittelbarkeit einer ärztlichen Behandlung, ZfG 2017, 36.

²⁶³ Zur Abgrenzung von Geheimnisschutz, Datenschutz und Informationsschutz siehe Kopetzki, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz im Gesundheitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Geheimnisschutz. Datenschutz. Informationsschutz (2008) 79.

²⁶⁴ Thiele, Rechtsfragen der medizinischen Online-Beratung, RdM 2003/33.

²⁶⁵ OGH 20. 12. 2017, 3 Ob 212/17 y.

²⁶⁶ Für Deutschland siehe zB Frisch, Video-Sprechstunde. Krankenkasse prescht vor, ÄrzteZeitung 8. 2. 2016, http://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/e-health/telemedizin/article/904512/video-sprechstunde-krankenkasse-prescht.html (abgefragt am 8. 4. 2018). In Österreich gibt es die Plattform MeinArztOnline. Siehe dazu Stonek/Berdenich/Knyrim/Kern, Datenschutzkonforme Onlinekommunikation zwischen Ärzten und Patienten, Dako 2016/49.

²⁶⁷ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/105.

²⁶⁸ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/106.

²⁶⁹ OGH 23. 6. 1994, 6 Ob 555/94.

arbeitsteiligen Prozessen an ausreichend qualifizierte (Turnus)-Ärzte/Ärztinnen zulässig, die behandelnde Person trifft aber stets eine Kontroll- und Überwachungspflicht.²⁷⁰ Den Arzt/die Ärztin, der/die den ärztlichen Eingriff vornimmt, trifft diese Pflicht zur Vergewisserung darüber, ob und inwieweit die Aufklärung stattgefunden hat, auch dann, wenn schon durch den/die überweisende/n praktische/n Arzt/Ärztin oder durch die zu Voruntersuchungen beigezogenen sonstigen Fachärzte/Fachärztinnen eine Aufklärung vorgenommen wurde.²⁷¹

Sprechen ärztliche (Turnus)-Kollegen/Kolleginnen des/der behandelnden Arztes/Ärztin die für die Aufklärung der nicht deutschsprachigen Person notwendige Fremdsprache, so darf die Aufklärung an diese delegiert werden. Die angesprochenen Kontroll- und Überwachungspflichten bleiben allerdings bestehen. Dies stellte der OGH auch im Zusammenhang mit der Aufklärung eines aus Libyen stammenden Patienten fest. Eine solche Aufklärungspflicht traf nicht nur die Narkoseärztin, sondern in erster Linie den ambulant behandelnden Beklagten.²⁷²

Die Delegation des ärztlichen Aufklärungsgesprächs an VertreterInnen anderer Gesundheitsberufe (beispielsweise an Diplomierte Gesundheits- und KrankenpflegerInnen), die die von dem Patienten/der Patientin gesprochene Sprache sprechen, ist rechtlich nicht möglich.²⁷³ Jedoch können Aufklärungsgespräche, die durch nichtärztliche Personen erfolgen, insofern relevant sein, als der/die PatientIn dadurch Wissen erwirbt, das die ärztliche Aufklärungspflicht reduziert oder ganz entfallen lässt.²⁷⁴ Für die Rechtmäßigkeit des medizinischen Eingriffes kommt es nämlich einzig darauf an, ob der/die PatientIn positive Kenntnis der entscheidungsrelevanten Fakten hatte. Woher dieses Vorwissen stammt, ist unerheblich. Wesentlich ist, dass der/die PatientIn die Kenntnisse wirklich besitzt.²⁷⁵ Der Arzt/die Ärztin hat allerdings jedenfalls die Pflicht, sich mit Hilfe von Kontrollfragen zu versichern, dass der/die PatientIn tatsächlich informiert ist. Eine Verletzung seiner/ihrer diesbezüglichen Kontroll- oder Erkundigungspflicht macht den Arzt/die Ärztin aber nur bei faktischem Informationsdefizit des Patienten/der Patientin haftbar.²⁷⁶ Die Haftung entfällt, wenn der Arzt nachweist, dass der/die PatientIn auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung dem Eingriff zugestimmt hätte (rechtmäßiges Alternativverhalten). In der Praxis werden

²⁷⁰ Heidinger, Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, in Harrer/Graf (Hrsg), Ärztliche Verantwortung und Aufklärung (1999) 17 (28 f); Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/106.

²⁷¹ OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82.

²⁷² OGH 15. 3. 2001, 6 Ob 258/00 k.

²⁷³ Bergmann, Aufklärung in der arbeitsteiligen Medizin, in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg), Risiko Aufklärung (2001) 91 (93); Englähringer, Aufklärungspflicht 135 f; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/105 f.

²⁷⁴ OGH 31. 3. 2011, 1 Ob 9/11 x; Englähringer, Aufklärungspflicht 136.

²⁷⁵ OGH 31. 3. 2011, 1 Ob 9/11 x; Englähringer, Aufklärungspflicht 136.

²⁷⁶ OGH 31. 3. 2011, 1 Ob 9/11 x; Englähringer, Aufklärungspflicht 136.

mehrsprachige Angehörige der Gesundheitsberufe allerdings nicht nur dazu eingesetzt, vorab mit dem Patienten/der Patientin ein Gespräch zu führen und auf diese Weise die Aufklärungspflicht des Arztes/der Ärztin zu minimieren bzw auf die Kontrollpflicht zu beschränken, sondern sie werden selbstständig mit der Aufklärung betraut, ohne dass der Arzt/die Ärztin sich über die rechtmäßige Aufklärung versichert. So erwähnt etwa der VwGH in einer Entscheidung (eher nebenbei), dass die Aufklärung einer nur rumänisch sprechenden Patientin durch eine ebenfalls rumänisch sprechende Krankenschwester durchgeführt wurde.²⁷⁷ Das OLG Karlsruhe hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem eine nur sehr schlecht Deutsch sprechende türkische Patientin von einem Assistenzarzt in (einfacher) deutscher Sprache unter Zuhilfenahme eines deutschen Aufklärungsbogens aufgeklärt wurde. Es stellte fest, dass dem später operierenden Arzt bekannt sein musste, dass bei nicht deutschsprechenden Patienten/Patientinnen die ärztliche Aufklärung durch den betreffenden Assistenzarzt nicht immer ausreichend erfolgte und ihn Kontrollpflichten treffen. Deshalb wurden sowohl der Assistenzarzt als auch der Operateur zivilrechtlich verurteilt. Zudem sprach sich das OLG gegen eine in der betreffenden Krankenanstalt übliche Praxis aus, dass ein türkischsprachiger Pfleger mit türkischsprachigen Patienten/Patientinnen nach der in deutscher Sprache gehaltenen Aufklärung durch den Arzt auf dessen Bitte hin noch eine „ergänzende Aufklärung“ durchführte. Diese umfasste eine Erklärung des Aufklärungsbogens in groben Zügen sowie die Aufklärung über die Bedeutung von Nebenoperationen. Der Arzt hatte immer nur einen Teil des Aufklärungsgesprächs geführt und der Pfleger die notwendige weitere ärztliche Aufklärung in einer für den Patienten/die Patientin verständlichen Sprache selbstständig durchgeführt. Das OLG Karlsruhe qualifizierte diese Vorgehensweise als nicht rechtmäßige Aufklärung.²⁷⁸

Alleine aufgrund der Kontrollpflichten – aber auch aufgrund der Tatsache, dass der/die PatientIn die Möglichkeit haben muss, bei dem/der behandelnden Arzt/Ärztin rückzufragen – muss eine Verständigung zwischen Arzt/Ärztin und PatientIn möglich sein, um die Aufklärung rechtmäßig gestalten zu können. Dies auch dann, wenn der/die PatientIn Vorwissen durch ein Gespräch mit nichtärztlichem fremdsprachigen Personal erlangt hat.

²⁷⁷ VwGH 23. 4. 2007, 2004/10/0192.

²⁷⁸ OLG Karlsruhe 19. 3. 1997, 13 U 42/96.

6.3.3 Aufklärung unter Einsatz von mehrsprachigem Informationsmaterial

6.3.3.1 Mehrsprachige Aufklärungsbögen

In der Praxis werden zur Aufklärung von fremdsprachigen Patienten/Patientinnen oftmals mehrsprachige Aufklärungsbögen eingesetzt.²⁷⁹ Am AKH Wien laufen beispielsweise verschiedene Projekte, in deren Rahmen mehrsprachige schriftliche Informationen nicht nur in Papierform²⁸⁰, sondern auch mittels Tablet-PCs²⁸¹ vermittelt werden. Das deutsche Unternehmen *Medi-Learn* bietet einen internationalen Anamnesebogen in 31 Sprachen an. Der/die PatientIn hat die Möglichkeit den Fragebogen zum Thema Gesundheitszustand und Krankengeschichte in seiner Muttersprache auszufüllen und der Arzt/die Ärztin kann ihn mithilfe einer Kunststoffsablonen übersetzen. Nach Angaben von *Medi-Learn* wird der Anamnesebogen auch in Österreich eingesetzt.²⁸²

Kann sich der Arzt/die Ärztin mit einem Patienten/einer Patientin aufgrund der Sprachbarriere nicht unterhalten und diese/n daher nicht mündlich aufklären und handelt es sich nicht um eine Situation der Gefahr im Verzug, kann dieser Mangel nicht dadurch geheilt werden, dass der/die PatientIn einen für ihn/sie verständlichen fremdsprachigen Aufklärungsbogen durchliest. Umso mehr ist eine schriftliche Aufklärung abzulehnen, die in einer Sprache erfolgt, die der/die PatientIn nicht beherrscht.²⁸³ Der OGH verlangt in stRsp ein unmittelbares, persönliches, ärztliches Aufklärungsgespräch zur Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht.²⁸⁴ Dieses kann durch nichts ersetzt werden und va genügt es nicht, im bürokratischen Weg eine Zustimmungserklärung zu einem Eingriff einzuholen.²⁸⁵ Die Notwendigkeit des mündlichen Aufklärungsgesprächs ergibt sich zudem bereits aus der Funktion der ärztlichen Aufklärungspflicht. Nur in einem vertrauensvollen Dialog zwischen Arzt/Ärztin und PatientIn kann der Arzt/die Ärztin auf die individuellen Bedürfnisse, das Auffassungsvermögen und den Wissensstand des Patienten/der Patientin eingehen und ermöglichen, dass das Selbstbestimmungsrecht gewahrt wird. Auch der Pflicht des Arztes/der

²⁷⁹ Leitner/Parrag, Wien Klin Wochenschr [Suppl 1] DOI 10.1007/s00508-013-0462-8, 2014/126, 64; Leitner/Parrag, Sprachbarriere – Barriere zur Gesundheit? Videodolmetschen im Gesundheitswesen, ÖPZ 2013/2, 20; Leitner/Parrag, Probleme und Lösungsansätze in der Versorgung nicht-deutschsprachiger PatientInnen in Österreich – Videodolmetschen auf dem Prüfstand, in Carvill-Schellenbacher/Dahlvik/Fassmann/Reinprecht (Hrsg), Migration und Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich (2016) 257.

²⁸⁰ Auf der Dermatologie werden schriftliche Informationen auf Deutsch, Serbisch, Kroatisch, Türkisch und Englisch angeboten (*Herz As Media & Communications*, Neues Patientenservice in Österreich: fremdsprachige Beipackzettel, <http://gesund.co.at/fremdsprachige-beipackzettel-fuer-migranten-11864/> (abgefragt am 8. 4. 2018)).

²⁸¹ Zehetgruber/Habersack, MultiMed21 – mehrsprachiges multimediales Patienten-Aufklärungstool im personalisierten Einsatz am Krankenbett, Wien Klin Wochenschr [Suppl], DOI 10.1007/s00508-013-0462-8.

²⁸² Medi-Learn, <https://medi-learn.de/anamnese/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

²⁸³ OLG Nürnberg 28. 6. 1995, 4 U 3943/94.

²⁸⁴ OGH 31. 1. 1995, 4 Ob 509/95; 30. 1. 1996, 4 Ob 505/96.

²⁸⁵ RIS-Justiz RS0102906.

Ärztin, sich zu vergewissern, ob der/die PatientIn die Informationen richtig verstanden hat, kann nur in einem persönlichen, mündlichen Gespräch nachgekommen werden.²⁸⁶

(Fremdsprachige) Aufklärungsblätter oder Aufklärungstafeln können zwar unterstützend eingesetzt werden – etwa, wenn sie im persönlichen Gespräch „Punkt für Punkt“ mit dem Patienten/der Patientin durchgegangen werden²⁸⁷ – dürfen das persönliche Aufklärungsgespräch jedoch grds nicht ersetzen.²⁸⁸

Anders ist der Fall gelagert, wenn klar ist, dass eine mündliche Aufklärung aufgrund der Sprachbarriere nicht möglich sein wird, der/die PatientIn den Eingriff allerdings dringend benötigt. In einem solchen Fall ist es besser, eine Aufklärung mithilfe der fremdsprachigen Aufklärungsblätter vorzunehmen, als diese gar nicht durchzuführen. *Memmer* hält für gehörlose Patienten/Patientinnen fest, dass ausnahmsweise die schriftliche Aufklärung durch Aufklärungsbögen ausreichend ist, wenn die Beziehung einer der Gebärdensprache mächtigen Person zu einer Verzögerung der Behandlung führen würde, welche die Gesundheit oder das Leben des Patienten/der Patientin ernsthaft gefährdet würde.²⁸⁹ Gleiches wird für nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen gelten. Auch *Aigner* betont, dass bei gehörlosen Patienten/Patientinnen die Bedeutung der Aufklärungsbögen steige.²⁹⁰

Kletečka/Neumayer argumentieren in Hinsicht auf die schriftliche Aufklärung der Eltern vor Schulimpfaktionen, dass die schriftlich erteilte Information dennoch rechtlich relevant ist. Verfügt ein/e PatientIn bereits über entscheidungsrelevantes Wissen, so kann die geschuldete Aufklärung reduziert werden oder uU ganz entfallen.²⁹¹ Erlangt der/die PatientIn mittels schriftlicher Information ein bestimmtes Wissen, so bewirkt dieses Vorwissen die Einschränkung der Aufklärungspflicht in dem Ausmaß, in dem der/die PatientIn schriftlich informiert wurde.²⁹² In Kombination mit einem Verzicht auf weitergehende Informationen ist die schriftliche Aufklärung daher für Schulimpfaktionen geeignet.²⁹³

Die Situation bei Schulimpfaktionen ist mit der Behandlungssituation von nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen durchaus vergleichbar. In beiden Fällen hat der Arzt/die Ärztin keine Möglichkeit, mit der Person, welche die Einwilligung in die

²⁸⁶ *Englähringer*, Aufklärungspflicht 170 ff; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/109 ff; *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I 123.

²⁸⁷ OGH 14. 4. 1998, 10 Ob 137/98 i.

²⁸⁸ OGH 31. 1. 1995, 4 Ob 509/95 mwN; 30. 1. 1996, 4 Ob 505/96; 14. 4. 1998, 10 Ob 137/98 i; 28. 2. 2001, 7 Ob 233/00 s; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/112.

²⁸⁹ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/116.

²⁹⁰ *Aigner*, Risiko und Recht der Gesundheitsberufe, RdM 2004/23 (36).

²⁹¹ OGH 31. 3. 2011, 1 Ob 9/11 x; *Englähringer*, Aufklärungspflicht 221; *Kletečka/Neumayer*, Die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, insbesondere bei Schulimpfaktionen, RdM 2012/31; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/100.

²⁹² *Kletečka/Neumayer*, RdM 2012/31 (47 ff).

²⁹³ OGH 31. 3. 2011, 1 Ob 9/11 x; *Englähringer*, Aufklärungspflicht 136. Siehe dazu Kap 6.6 Aufklärungsverzicht.

Behandlung geben muss, direkt zu kommunizieren, weshalb auf schriftliche Aufklärungsbögen zurückgegriffen wird. Die Schwierigkeit im Falle einer Sprachbarriere besteht darin, dass es dem Arzt/der Ärztin nicht möglich ist, sich zu vergewissern, dass der/die PatientIn die Information verstanden hat. Die Beziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin wird also unumgänglich sein, der Umfang der Dolmetschleistungen kann jedoch durch den Einsatz von schriftlicher Information reduziert werden.

Bei fremdsprachigen Aufklärungsbögen besteht zudem die Schwierigkeit, die vom Patienten/von der Patientin gesprochene Sprache zu identifizieren und den Bogen in der passenden Sprache zur Verfügung zu stellen. Hier kann wohl erwartet werden, dass der/die PatientIn aus den vorliegenden Bögen einen verständlichen aussucht bzw zu erkennen gibt, welche Sprache benötigt wird.

Von Aufklärungsbögen oder Aufklärungsbroschüren zu unterscheiden sind einfache, weitgehend inhaltslose²⁹⁴ Erklärungen, auf denen der/die PatientIn durch Unterschrift bestätigen soll, aufgeklärt worden zu sein. Diese können unabhängig davon, ob sie in einer für den Patienten/die Patientin verständlichen Sprache vorgelegt werden, die Aufklärung weder ersetzen noch unterstützen, da sie keinen für die Aufklärung relevanten Inhalt haben.

Auch auf beweisrechtlicher Ebene beweist ein von dem Patienten/der Patientin unterzeichneter Aufklärungsbogen für sich alleine nicht, dass die Aufklärung stattgefunden hat und der/die PatientIn die nötigen Informationen erhalten hat.²⁹⁵ *Jungbecker* unterscheidet hinsichtlich des Beweiswertes zwischen „Pauschalbestätigungen“, „ausführlichen konkreten Formularerklärungen“ und „Formularen mit handschriftlichen Zusätzen“ und zeichnet anhand der deutschen Rsp nach, dass der Beweiswert bei ersteren äußerst gering, bei zweiteren grds höher ist und dritte ausdrücklich empfohlen werden.²⁹⁶

6.3.3.2 Mehrsprachige Aufklärungsvideos

Eine „moderne“ Version der Aufklärungsbögen stellen Aufklärungsvideos dar. So wurden etwa im AKH Wien mit dem Projekt „Multimediale Aufklärung am Krankenbett“ Videos mit Informationen über bevorstehende Untersuchungen und Behandlungen bis hin zu Operationen via Tablet-PCs bereitgestellt. Diese Videos konnten in Deutsch, Bosnisch/Serbisch/Kroatisch und Türkisch abgerufen werden.²⁹⁷ Das Projekt *AniMedes* geht

²⁹⁴ Der BGH bezeichnete beispielsweise eine Einverständniserklärung als „weithin inhaltslos“ in der es heißt, die Patientin sei „über die ernsthaft ins Gewicht fallenden typischen Risiken des geplanten Eingriffs“ und „die nicht beabsichtigten, aber durch ärztliche Kunst nicht immer mit Sicherheit vermeidbaren Nebenfolgen“ aufgeklärt worden (BGH 8. 1. 1985, VI ZR 15/83).

²⁹⁵ OGH 19. 12. 1984, 3 Ob 562/84; BGH 8. 1. 1985, VI ZR 15/83.

²⁹⁶ *Jungbecker*, Formulargestützte Aufklärung, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Risiko Aufklärung. Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wohin führt die Rechtsprechung? (2001) 31 (34 ff).

²⁹⁷ Zehetgruber/Habersack, Wien Klin Wochenschr [Suppl], DOI 10.1007/s00508-013-0462-8.

noch einen Schritt weiter und ermöglicht Patienten/Patientinnen, nach dem Abrufen mehrsprachiger Videos, ihren Anamnesebogen mit Risiken und Vorerkrankungen in der eigenen Sprache durchzugehen, auszufüllen und Fragen direkt in diesem Tool zu vermerken.²⁹⁸

Mehrsprachige Videos können analog zu den Aufklärungsbögen nur unterstützend zum Aufklärungsgespräch hinzugezogen werden, sie können das persönliche Arzt-Patienten-Gespräch nicht ersetzen.²⁹⁹ Im Vergleich zu den schriftlichen Aufklärungsbögen haben sie allerdings den Vorteil, dass uU überprüft werden kann, ob der/die PatientIn die Information tatsächlich erfasst hat. Durch Kontrollfragen, die der/die PatientIn im Tool beantworten muss oder anhand der von dem Patienten/der Patientin eingegebenen Fragen besteht die Möglichkeit, das Verständnis zu überprüfen.

Kann man also davon ausgehen, dass der/die PatientIn durch die Videos Vorwissen erworben hat, so ist die Aufklärungspflicht um dieses Vorwissen vermindert.³⁰⁰ *Mazal* betont in diesem Zusammenhang, dass bei der Aufklärung nicht nur individuelle, sondern auch standardisierbare Information gewährleistet sein muss und daher die Verwendung von neuen Medien, wie Aufklärungsvideos oder interaktiven CD-ROMs, nicht nur den Patienten/die Patientin eventuell besser anspricht als ein schriftlicher Aufklärungsbogen, sondern auch entsprechend Ressourcen spart.³⁰¹

6.3.3.3 Gesetzlich vorgesehene besondere Formen der Aufklärung

Manche Gesetze sehen von den sonstigen Aufklärungsgrundsätzen abweichende Formen der Aufklärung vor und erfordern wie zB § 49 Abs 3 MPG³⁰², § 39 Abs 1 AMG³⁰³, § 5 Abs 1 ÄsthOpG³⁰⁴, § 8 Abs 3 OTPG³⁰⁵ und § 3 Abs 3 BSV³⁰⁶, dass die Aufklärung mündlich *und* schriftlich, oder dass die Bestätigung der Aufklärung sowie der Einwilligung schriftlich zu erfolgen hat (§ 69 GTG). Das Erfordernis der schriftlichen Aufklärung bzw deren Bestätigung kann mE nicht dadurch erfüllt werden, dass ein/e DolmetscherIn dem

²⁹⁸ *Alesch*, Vorstellung von AniMedes-Apps, Wien Klin Wochenschr [Suppl], DOI 10.1007/s00508-013-0462-8.

²⁹⁹ OGH 31. 1.1995, 4 Ob 509/95 mwN; 30. 1. 1996, 4 Ob 505/96; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 134; *Leischner*, Streitbeilegung 60; *Mazal*, Medizinische Aufklärung – Berücksichtigung neuer Medien, RdM 2000, 161 (Editorial).

³⁰⁰ *Kletečka/Neumayer*, RdM 2012/31 (48 f).

³⁰¹ *Mazal*, RdM 2000, 161 (Editorial).

³⁰² Bundesgesetz betreffend Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG) BGBI 1996/657 idF BGBI I 2018/37.

³⁰³ Bundesgesetz vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG) BGBI 1983/185 idF BGBI I 2018/37.

³⁰⁴ Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG) BGBI I 2012/80 idF BGBI I 2018/37.

³⁰⁵ Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen (Organtransplantationsgesetz – OTPG) BGBI I 2012/108.

³⁰⁶ VO der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales betreffend den Gesundheitsschutz von Spendern und die Qualitätssicherung von Blut und Blutbestandteilen (Blutspenderverordnung – BSV) BGBI II 1999/100 idF BGBI II 2010/17.

Patienten/der Patientin die deutschen schriftlichen Informationen mündlich übersetzt. Die schriftliche Aufklärung tritt zur mündlichen Aufklärung gerade deswegen hinzu, um dem Patienten/der Patientin die Möglichkeit zu geben, die Informationen nachzulesen und darüber nachzudenken. Die Schriftlichkeit ist somit unabdingbar und muss auch nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen in ihrer Sprache zur Verfügung stehen. Während grds davon auszugehen ist, dass diese schriftliche Information in einer für den Patienten/die Patientin verständlichen Sprache abgefasst sein muss, legt das ÄsthOpG darüberhinausgehend explizit fest, dass die schriftliche Aufklärung in einer für medizinische Laien verständlichen Sprache verfasst sein muss (§ 5 Abs 1 ÄsthOpG). Dies ist beim Übersetzungsprozess entsprechend zu bedenken.

Im Rahmen des OTPG und des ÄsthOpG ist ein Verzicht auf die schriftliche Aufklärung rechtsunwirksam (§ 8 Abs 3 OTPG; § 5 Abs 1 Z 9 ÄsthOpG), weshalb eine Übersetzung für nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen jedenfalls vorgenommen werden muss. Die übrigen genannten Bestimmungen erlauben grds einen Verzicht auf die schriftliche Aufklärung, weshalb der/die nicht deutschsprachige PatientIn zB auf das schriftliche in einer für ihn/sie verständlichen Sprache abgehaltenen Informationsmaterial verzichten kann.³⁰⁷

Kann die Information nicht in einer für den Patienten/die Patientin verständlichen Sprache schriftlich bereitgestellt werden und liegt kein wirksamer Verzicht vor, darf der Eingriff mangels rechtmäßiger Aufklärung nicht durchgeführt werden. Da die angeführten Gesetze jeweils auf nicht indizierte Eingriffe abstellen, ist jeweils das höchste Maß an Aufklärung geboten³⁰⁸ und es kann auch nicht zu einer Notfallsituation kommen, in der die Aufklärung reduziert werden oder ganz entfallen kann.

Andere Rechtsvorschriften normieren, dass die Aufklärung in „verständlicher Form“ zu erfolgen hat. Konkret sehen die Gesundheitlichen Vorkehrungen für Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen³⁰⁹ vor, dass der Amtsarzt/die Amtsärztein Personen anlässlich der Eingangsuntersuchung in einer für die Person verständlichen Form eingehend aufzuklären hat (§ 1 Abs 3 VO BGBI II 2015/198). Darunter ist auch zu subsumieren, dass auf mögliche Sprach- und Kulturbarrieren geachtet wird.³¹⁰ Das BMASGK stellt dazu ein Aufklärungsformular in 15 Sprachen zur Verfügung.³¹¹ Das OTPG sieht vor, dass die

³⁰⁷ Zu den Erfordernissen eines Aufklärungsverzichtes siehe Kap 6.6 Aufklärungsverzicht.

³⁰⁸ OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82; 12. 9. 1990, 1 Ob 651/90; 28. 4. 1993, 6 Ob 542/93; 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94.

³⁰⁹ VO der Bundesministerin für Gesundheit über gesundheitliche Vorkehrungen für Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen BGBI II 2015/198.

³¹⁰ Ayasch, Reformen bei der Untersuchung von SexdienstleisterInnen, ZfG 2016/4, 113 (116).

³¹¹ Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, https://www.bmfsfj.gv.at/home/Gesundheit/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheiten/Infektionskrankheiten_A-Z/Geschlechtskrankheiten (abgefragt am 8. 4. 2018).

Aufklärung eines Lebendspenders/einer Lebendspenderin³¹² über die geplante Organentnahme, deren Zweck, die damit verbundenen Risken und Folgen, insbes eventuell notwendige weitere Untersuchungen nach der Entnahme, die durchzuführenden analytischen Tests und Folgen anomaler Befunde, den therapeutischen Zweck des entnommenen Organs, den potentiellen Nutzen für den/die EmpfängerIn, die zu erwartenden Erfolgsaussichten, über Maßnahmen zum Schutz des Spenders/der Spenderin und ihre/seiner Daten sowie über bestehende Verschwiegenheitspflichten in einer für den/die OrganspenderIn verständlichen Weise erfolgen muss (§ 8 Abs 3 OTPG). Die GÖG hat unter Einbindung des bei ihr zur Beratung in Transplantationsfragen eingerichteten Beirats 2014 eine wissenschaftliche Empfehlung zum Umgang mit Lebendspendern/Lebendspenderinnen mit nicht deutscher Muttersprache veröffentlicht. Darin wird festgehalten, dass auch bei diesen sichergestellt werden muss, dass eine für die Aufklärung, Evaluierung und Einwilligung ausreichende Verständigung möglich ist. Sofern die Sprachkenntnisse der beteiligten Personen dafür nicht hinreichend sind, müssen von Seiten der Krankenanstalt Übersetzungsleistungen angeboten werden. Davon umfasst sind die Übersetzung der Aufklärungsbögen inkl der Einwilligungserklärung, des Aufklärungsgesprächs und der Ergebnisse der Evaluierung. Es wird empfohlen, diese Aufgabe an professionelle ÜbersetzerInnen bzw DolmetscherInnen zu übertragen, wobei diese keine persönliche Verbindung zu dem/der SpenderIn bzw EmpfängerIn aufweisen sollten.³¹³

6.3.4 Aufklärung von deutschsprachigen Begleitpersonen des Patienten/der Patientin mit der Bitte, die Informationen weiterzugeben

Spricht der/die PatientIn nicht ausreichend Deutsch, um dem Aufklärungsgespräch folgen zu können, ist er/sie aber entscheidungsfähig, so bleibt er/sie AufklärungsadressatIn. Da die Selbstbestimmungsaufklärung dazu dient, die Grundlage für die Einwilligung in eine konkrete medizinische Maßnahme zu schaffen, muss sie gegenüber jener Person erfolgen, welche die Einwilligung in die Heilbehandlung zu erteilen hat. Das ist idR der/die PatientIn selber.³¹⁴ Es genügt daher nicht, eine etwaige deutschsprachige Begleitperson des Patienten/der Patientin aufzuklären und diese zu bitten, die Informationen weiterzugeben. Vielmehr dürfen diese Begleitpersonen aufgrund der ärztlichen Schweigepflicht gar nicht aufgeklärt werden, sofern der/die PatientIn darin nicht einwilligt (§ 54 ÄrzteG;

³¹² Zur Entnahme von Organen Verstorbener zum Zwecke der Transplantation siehe Kap 7.9 Einwilligung in eine Organentnahme nach dem Tod.

³¹³ *Gesundheit Österreich GmbH*, Verfahrensanweisungen. Überprüfung der Einwilligung einer Lebendspenderin / eines Lebendspenders zur Organspende (2014) 2.

³¹⁴ OGH 10. 6. 2008, 4 Ob 87/08 k; *Engljähriger*, Aufklärungspflicht 139; *Laufs*, Arztrecht⁵ (1993) Rz 222; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/106/b; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung. Handbuch für Ärzte, Juristen und Patienten² (2004) 81.

§ 9 Abs 1 Z 3 GuKG; § 5a Abs 1 Z 3 KAKuG). Die Begleitperson kann eventuell als Laiendolmetscherin tätig werden³¹⁵, darf aber keinesfalls *anstelle* des Aufklärungssadressaten/der Aufklärungssadressatin aufgeklärt werden. Dies stellte auch das OLG Karlsruhe fest. Es hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem eine türkische Patientin, die kaum Deutsch sprach, zu den ärztlichen Aufklärungsgesprächen stets ihren deutschkundigen Ehemann mitgebracht hatte. Da der Ehemann über hinreichende Deutschkenntnisse verfügte, wurde davon ausgegangen, dass auch die Patientin das Aufklärungsgespräch und das deutsche Merkblatt, das ihr zur Unterschrift vorgelegt wurde, verstanden hatte, was jedoch nicht der Fall war. Das OLG Karlsruhe hielt dazu fest, dass Adressatin der Aufklärung grds die Patientin selbst ist und es nicht genügt, den Ehemann aufzuklären. Zwar könnte der Ehemann als Laiendolmetscher fungieren, im konkreten Fall fehlt es allerdings „an hinreichenden Anhaltspunkten dafür, dass etwa der Ehemann das Erklärte insoweit, als es die Verständnismöglichkeiten der Klägerin überstieg, in türkischer Sprache an diese weitergegeben hätte“.³¹⁶ Dieser Fall wirft zudem die Frage auf, wer berechtigt ist, in eine Heilbehandlung einzuwilligen und ob die Einwilligung hier durch den Ehemann erfolgen hätte können.³¹⁷

Fehlt dem Patienten/der Patientin die Entscheidungsfähigkeit, so ist Aufklärungssadressatin jene Person, die anstelle des Patienten/der Patientin berufen ist, in eine ärztliche Behandlungsmaßnahme einzuwilligen oder diese abzulehnen.³¹⁸ Zusätzlich sind der Grund und die Bedeutung der medizinischen Behandlung auch einer im Behandlungszeitpunkt nicht entscheidungsfähigen Person zu erläutern, soweit dies möglich und ihrem Wohl nicht abträglich ist (§ 353 Abs 2 ABGB). Diese seit dem 2. ErwSchG³¹⁹ normierte und aus sozialer und medizinischer Sicht sinnvolle³²⁰ zusätzliche Aufklärung alleine genügt allerdings – wie das Wort „zusätzlich“ bereits indiziert – nicht. Spricht der/die

³¹⁵ Siehe zu den Voraussetzungen für eine rechtmäßige Laiendolmetschung Kap 6.3.5 Aufklärung unter Beziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin.

³¹⁶ OLG Karlsruhe 19. 3. 1997, 13 U 42/96.

³¹⁷ Siehe dazu Kap 7.4 Besonderheiten bei Entscheidungsfindungsprozessen bei migrantischen Patienten/Patientinnen.

³¹⁸ Barth/Dokalik, Personensorge, in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 147 (183); Laufs, Arztrecht⁵ Rz 222 f; Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht⁶ (2009) Rz 51 ff; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/106/b; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 1299 ABGB (Stand 1. 6. 2015, rdb.at); Prutsch, Aufklärung² 82.

³¹⁹ Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozeßordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Rechtpflegergesetz, das Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengegesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. ErwSchG) BGBI I 2017/59.

³²⁰ Topf, Das schwerkranke fremdsprachige Kind und seine Familie – ein mehrfacher Übersetzungsprozess, in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner (Hrsg), Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit (2013) 155 (165).

nicht entscheidungsfähige PatientIn Deutsch, der/die gesetzliche/r VertreterIn jedoch nicht, so ist Aufklärungsadressat dennoch der/die gesetzliche VertreterIn und nicht der/die einwilligungsunfähige PatientIn. In der Praxis hat diese Konstellation va bei Kindern aus Familien mit Migrationshintergrund große Bedeutung. Die minderjährigen Kinder sprechen aufgrund des Schulbesuchs oftmals besser Deutsch als ihre Eltern. Dies führt einerseits dazu, dass sie beim Arztbesuch als Laiendolmetscher fungieren müssen, andererseits dazu, dass die Aufklärung ihre eigene Gesundheit betreffend an sie selbst und nicht an ihre nicht deutschsprachigen Eltern gerichtet wird, auch wenn es den Minderjährigen an der konkreten Entscheidungsfähigkeit mangelt.³²¹ Diese Vorgehensweise ist aus rechtlicher Sicht abzulehnen, da auch dann, wenn mit dem/der gesetzlichen VertreterIn keine Kommunikation möglich ist, diese/r Aufklärungsadressat bleibt. Ist keine Verständigung mit dem/der gesetzlichen VertreterIn möglich, kann – je nach Dringlichkeit des medizinischen Eingriffs – die Aufklärung entfallen (§ 173 Abs 3 ABGB; § 110 Abs 2 StGB; § 8 Abs 3 KAKuG; § 252 Abs 4 ABGB) oder muss die Behandlung verschoben werden.³²²

6.3.5 Aufklärung unter Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin

In der Praxis werden drei Arten von Dolmetschleistungen zur Überwindung der Sprachbarriere zwischen BehandlerIn und PatientIn angewendet.

(1) Zum einen werden Angehörige oder Bekannte des Patienten/der Patientin als LaiendolmetscherInnen herangezogen. IdR bringen die Patienten/Patientinnen diese mehrsprachigen Personen mit oder rufen diese an und es wird via Telefon gedolmetscht. Teilweise handelt es sich dabei um Minderjährige.³²³ Nicht selten kommt es vor, dass Kontakte im Wartezimmer geknüpft werden und dort vereinbart wird, dass Mitpatienten/Mitpatientinnen oder deren Angehörige als LaiendolmetscherInnen fungieren. Aber auch BehandlerInnen berichten, auf (im Wartezimmer) anwesende Patienten/Patientinnen als LaiendolmetscherInnen zurückzugreifen, wenn keine andere

³²¹ Aljović/Dučić/Mestrović, Generation Dolmetsch, dasbiber, <http://www.dasbiber.at/content/generation-dolmetsch> (abgefragt am 8. 4. 2018); Fischmeister/Eibler, Ersteinschätzung der Behandlungsdringlichkeit in der Notfallambulanz des St.-Anna-Kinderspitals in Wien. Erfahrungsbericht nach einem Jahr Manchester Triage System (MTS), in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner (Hrsg), Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit (2013) 173 (185); Flubacher in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner 122; Parmakerli, Eine „Migrantenpraxis“ in Mannheim: Vom Einzelfall zur Regelversorgung, in Andres/Pöllabauer (Hrsg), Spürst Du, wie der Bauch rauf-runter? Fachdolmetschen im Gesundheitsbereich (2009) 159 (160); Pöchhacker, Kommunikation mit Nichtdeutschsprachigen in Wiener Gesundheits- und Sozialeinrichtungen, in Csítkovics/Eder/Matuschek (Hrsg), Die gesundheitliche Situation von MigrantInnen in Wien, MA 15/WHO Projekt (1997) 91.

³²² Siehe dazu Kapitel 6.7 Unmögliche Aufklärung aufgrund unüberwindbarer Sprach- und/oder Kulturbarriere.

³²³ Patienten/Patientinnen werden von den Gesundheitseinrichtungen auch dazu angehalten, Angehörige als SprachmittlerInnen mitzubringen. Siehe etwa Barmherzige Brüder Wien, http://www.barmherzige-brüder.at/site/wien/medizinpflege/abteilungeninstitute/hno_und_phoniatrie/patienteninfos/wegzuoperation/article/k28421.html (abgefragt am 8. 4. 2018).

Möglichkeit zur Verständigung besteht.³²⁴ Das LG Berlin stellte fest, dass diese Lösungsstrategie – in der Entscheidung war es bei einem niedergelassenen Augenarzt üblich, Patienten/Patientinnen aus dem Wartezimmer als DolmetscherInnen hinzu zu bitten – angewendet wird, äußerte sich jedoch nicht über die Rechtmäßigkeit dieser Praxis.³²⁵

(2) Zum anderen rufen BehandlerInnen Kollegen/Kolleginnen oder andere MitarbeiterInnen (wie Reinigungspersonal, HandwerkerInnen, MitarbeiterInnen aus der Küche), die in der Gesundheitseinrichtung anwesend sind und die benötigte Sprache sprechen, als LaiendolmetscherInnen hinzu.³²⁶ In vielen Krankenanstalten bestehen Listen, auf denen die mehrsprachigen MitarbeiterInnen – oftmals ohne ihr Wissen – vermerkt sind, um bei Bedarf als LaiendolmetscherInnen eingesetzt werden zu können.³²⁷ Eine Befragung der Krankenanstalten in Nordrhein-Westfalen hat gezeigt, dass vier von fünf Krankenanstalten eine Liste von MitarbeiterInnen mit Fremdsprachenkenntnissen haben, und ihnen dadurch im Median zehn Sprachen, am häufigsten Englisch, Türkisch, Russisch, Polnisch und Arabisch, zur Verfügung stehen. Nur in einem Drittel der dortigen Krankenanstalten ist eine Liste mit professionellen Dolmetschern/Dolmetscherinnen verfügbar.³²⁸ MitarbeiterInnen, die regelmäßig für Dolmetschleistungen herangezogen werden, empfinden ihren Einsatz als LaiendolmetscherIn teilweise als diskriminierend, wie *Hametner* am Beispiel einer türkeistämmigen diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegeperson aufzeigt. Diese werde nach ihrer Aussage mehr dafür geschätzt, als Dolmetscherin in der Krankenanstalt zu fungieren, als für ihre Tätigkeiten in der Pflege, was sie sehr belaste, weil sie für ihren Beruf und nicht für ihre zufällig vorhandenen Sprachkenntnisse geschätzt werden möchte.³²⁹ Bei niedergelassenen Ärzten/Ärztinnen kommt es vor, dass Sprechstundenhilfen gezielt nach ihren Sprachkenntnissen, die oftmals aus einer eigenen Migrationsgeschichte herrühren, gewählt werden.³³⁰

Bei den bisher genannten Sprachmittlungen handelt es sich stets um Laiendolmetschungen. (3) Die dritte Art umfasst professionelle Dolmetschleistungen. In der Praxis werden professionelle DolmetscherInnen entweder von der Krankenanstalt (oder dem

³²⁴ *Leitner/Parrag*, Wien Klin Wochenschr 2014/126, 64; *Leitner/Parrag*, ÖPZ 2013/2, 20.

³²⁵ LG Berlin 15. 1. 1998, 20 U 3654/96.

³²⁶ Diese Praxis beschreiben zB *Flubacher* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 122; *Pöchhacker/Kadrić*, The Hospital Cleaner as Healthcare Interpreter, The Translator 1999, 161.

³²⁷ *Kletečka-Pulker/Parrag*, Videodolmetschen 123.

³²⁸ *Blum/Steffen*, Das migrantenfreundliche Krankenhaus, Das Krankenhaus 2013, 709.

³²⁹ *Hametner*, From retreating to resisting. How Austrian-Turkish women deal with experiences of racism, Migration Letters 2014, 288. Das gleiche Phänomen ist in anderen Berufsgruppen, etwa bei der Polizei festzustellen. Siehe dazu *Leitner*, Braucht Wien dich? Perspektiven für PolizistInnen mit Migrationshintergrund in Wien, in *Leitner/Czekelius* (Hrsg), alltäglich | fremd (2010) 93 (104 ff).

³³⁰ *Langer*, Kultursensitive Arzt-Patienten-Kommunikation, in *Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte e.V.* (Hrsg), Migrantinnen und Migranten in der Pädiatrie (2013) 61 (62); *Leitner* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 135.

Krankenanstaltenträger) beschäftigt oder es werden externe Leistungen zugekauft, wobei die professionellen DolmetscherInnen entweder physisch am Aufklärungsgespräch teilnehmen oder via Telefon- oder Videoverbindung zugeschaltet werden. Zudem besteht die Möglichkeit, dass der/die PatientIn einen professionellen Dolmetschdienst zum Arztbesuch mitbringt.

Alle drei Arten des Dolmetschens (Angehörige/Mitpatienten/Mitpatientinnen als LaiendolmetscherInnen, MitarbeiterInnen der Gesundheitseinrichtung als LaiendolmetscherInnen und professionelle DolmetscherInnen) werfen rechtliche Fragen hinsichtlich der Qualifikation der DolmetscherInnen, der Verschwiegenheitspflicht gegenüber den und von den Dolmetschern/Dolmetscherinnen sowie der Haftung bei fehlerhaften Dolmetschleistungen auf. Hinzu tritt die Frage nach der Kostentragung der Dolmetschleistungen.

Im Folgenden wird zunächst geklärt, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen DolmetscherInnen beigezogen werden müssen und in der Folge auf die angesprochenen rechtlichen Fragen eingegangen.

6.3.5.1 Pflicht zur Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin

Vom Gesetzgeber ist keine explizite Pflicht zur Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin für die Aufklärung von nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen vorgesehen. Auch in der österr Jud gibt es dazu keine Rsp.

6.3.5.1.1 Rechtslage in Deutschland

In Deutschland ergibt sich aus der Rsp, dass der Arzt/die Ärztin zum Aufklärungsgespräch eine sprachkundige Person oder eine/n DolmetscherIn hinzuziehen muss, wenn er/sie nicht sicher sein kann, dass der/die PatientIn die Sprache so gut beherrscht, dass er/sie die Aufklärung verstehen kann.³³¹ Das OLG Düsseldorf hat 1989 diese Rechtsansicht begründet³³² und ist zunächst auf scharfe Kritik gestoßen. Kern spricht in einem Aufsatz zum Thema „Schwachstellenanalyse der Rechtsprechung“ davon, dass dieses Urteil „übertriebene Anforderungen“ an die Aufklärungspflicht des Arztes/der Ärztin stelle und mehrere andere Oberlandesgerichte „Mühe hatten“, diese „wieder zurechtzurücken.“³³³ Die Verpflichtung zur Beiziehung einer sprachkundigen Person wurde allerdings auch in nachfolgenden Gerichtsurteilen angenommen. So bestätigte das OLG Stuttgart, dass der Arzt/die Ärztin zum Aufklärungsgespräch eine sprachkundige Person hinzuziehen muss,

³³¹ Andreas, Dolmetscherkosten bei ausländischen Patienten, ArztR 2001, 206; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht⁷ (2014) Rz 470; Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht⁷ (2015) Rn 56; Wienke/Sailer, Aufklärung und Behandlung trotz Sprachbarriere – Wer trägt die Dolmetscherkosten? Hessisches Ärzteblatt 2013, 846.

³³² OLG Düsseldorf 12. 10. 1989, 8 U 60/88.

³³³ Kern in Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch 315.

wenn nicht ohne weiteres sicher ist, dass der/die PatientIn die deutsche Erklärung versteht.³³⁴ Auch in späteren Urteilen ist unbestritten, dass eine sprachkundige Person beizuziehen ist, wenn keine Verständigung möglich ist.³³⁵

Die aufgezeigten Tendenzen der Rsp, bei der Aufklärung nicht deutschsprachiger Patienten/Patientinnen eine sprachkundige Person beizuziehen, wurden in den Erläut zum „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ unterstrichen. In den Erläut zur Aufklärungspflicht (§ 630e BGB³³⁶) wird klargestellt: „Bei Patienten, die nach eigenen Angaben oder nach der Überzeugung des Behandelnden der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig sind, hat die Aufklärung in einer Sprache zu erfolgen, die der Patient versteht. Erforderlichenfalls ist eine sprachkundige Person oder ein Dolmetscher auf Kosten des Patienten hinzuziehen.“³³⁷ Somit ist die deutsche Rechtslage eindeutig.

6.3.5.1.2 Ableitungen für Österreich

In Anlehnung an die deutsche Rechtslage ist es auch in Österreich geboten, eine/n DolmetscherIn beizuziehen, wenn der/die PatientIn nach eigenen Angaben oder nach der Überzeugung des/der Behandelnden³³⁸ der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist, um dem Aufklärungsgespräch folgen zu können.

Neben den Deutschkenntnissen hängt die Verpflichtung, eine/n DolmetscherIn beizuziehen, auch von der Dringlichkeit der Behandlung ab. Gem dem Grundsatz, dass die Aufklärung umso umfassender sein muss, je weniger dringlich die Behandlung ist³³⁹, ist ein/e DolmetscherIn jedenfalls beizuziehen, wenn die Behandlung zwar medizinisch empfohlen, jedoch nicht eilig ist. Umgekehrt ist kein/e DolmetscherIn beizuziehen, wenn der Eingriff dringend ist und der Zeitaufwand, der zur Beziehung eines Dolmetschdienstes notwendig wäre, bereits eine Gefährdung des Patienten/der Patientin darstellt.³⁴⁰

6.3.5.2 Qualifikation des Dolmetschers/der Dolmetscherin bzw Qualität der Dolmetschung

Steht fest, dass der Arzt/die Ärztin bei Verständigungsschwierigkeiten eine sprachkundige Person beziehen muss, stellt sich die Frage, welche Qualifikation diese Person aufweisen muss.

Der OGH hatte einen Fall zu beurteilen, in dem die Aufklärung des Arztes dem Patienten von dessen Bekannten, der ihn zum Arztbesuch begleitet hatte, gedolmetscht wurde.

³³⁴ OLG Stuttgart 7. 1. 1993, 14 U 49/92.

³³⁵ OLG München 26. 11. 1992, 1 U 6976/91; 23. 6. 1994, 1 U 7286/93.

³³⁶ Bürgerliches Gesetzbuch d BGBI 2002 I S. 42, 2909; 2003 I 738 idF d BGBI 2016 I S. 1190.

³³⁷ BT-Drs 17/10488, 25.

³³⁸ Siehe dazu Kap 6.2 6.2 Klärung der deutschen Sprachkenntnisse.

³³⁹ OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82; 12. 9. 1990, 1 Ob 651/90; 28. 4. 1993, 6 Ob 542/93; 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94.

³⁴⁰ Aigner, RdM 2004/23.

Der OGH stellte fest, dass an der Qualität des Bekannten als Dolmetscher keine Zweifel bestanden und zum Dolmetschen genug Zeit gegeben wurde, wodurch die Aufklärung rechtmäßig stattgefunden habe.³⁴¹ Aus dieser Entscheidung ergibt sich, dass kein/e professionelle/r DolmetscherIn als SprachmittlerIn herangezogen werden muss, sondern dass eine sprachkundige Person, an deren Sprachkenntnisse der Arzt/die Ärztin nicht zweifeln muss, die Aufklärung dolmetschen darf.

Die deutschen Gerichte verlangen ebenso wenig, dass ein/e professionelle/r DolmetscherIn beigezogen wird. Sie sprechen davon, dass eine sprachkundige Person *oder* ein/e DolmetscherIn beigezogen werden muss. Das OLG München hielt 1992 in einem Leitsatz explizit fest: „Klärt ein Arzt eine ausländische Patientin ausführlich auf, indem er eine sprachkundige Krankenschwester als Übersetzerin zuzieht, die sich mit der Patientin gut verständigen kann, so ist die Einwilligung der Patientin in die vorgesehene Behandlung (hier: Hysterektomie) wirksam“ und bezeichnete die Praxis, Angehörige der Patienten/Patientinnen oder sprachkundige Angestellte der Klinik beizuziehen, als „besonders sorgfältig“.³⁴² Das OLG Karlsruhe hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem eine in der Krankenanstalt beschäftigte Reinigungskraft als Laiendolmetscherin für ein Aufklärungsgespräch vor einer Herzoperation herangezogen wurde. Es kam zu dem Ergebnis, dass die Aufklärung ordnungsgemäß erfolgt ist, da die Reinigungskraft „in der Lage war, der Klägerin die medizinische Situation vom Laienstandpunkt aus darzustellen. Auch für die Klägerin selbst war nur eine laienhafte Darstellung verständlich.“³⁴³ Weiters wurden von deutschen Gerichten Aufklärungen, die unter Beziehung eines Pflegers³⁴⁴, eines Angehörigen³⁴⁵ oder Personen aus dem Wartezimmer³⁴⁶ geführt werden, als ausreichend angesehen.

Auch in der rechtswissenschaftlichen österr³⁴⁷ und deutschen³⁴⁸ Lit wird vertreten, dass LaiendolmetscherInnen durchaus als SprachmittlerInnen für Aufklärungsgespräche geeignet sind. Nur vereinzelt werden bestimmte Praktiken des Laiendolmetschens abgelehnt. *Kletečka* warnt davor, Reinigungspersonal zum Dolmetschen heranzuziehen, da dies die große Gefahr von Fehlübersetzungen berge und sehr leicht zu einer Haftung führen könne.³⁴⁹ *Kletečka*-

³⁴¹ OGH 12. 12. 2002, 6 Ob 280/02 y.

³⁴² OLG München 26. 11. 1992, 1 U 6976/91.

³⁴³ OLG Karlsruhe 2. 8. 1995, 13 U 44/94.

³⁴⁴ OLG Karlsruhe 19. 3. 1997, 13 U 52/96.

³⁴⁵ OLG München 26. 11. 1992, 1 U 6976/91.

³⁴⁶ KG Berlin 15. 1. 1998, 20 U 3654/96.

³⁴⁷ *Kletečka-Pulker* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 45; *Leischner-Lenzhofer*, RdM 2013/4; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/116; *Rebhahn*, RdM 2013/140; *Stadler*, Aufklärung von fremdsprachigen Patienten, ÖZPR 2013/85.

³⁴⁸ *Andreas*, ArztR 2001, 206; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 470; *Schlund*, Aufklärungsproblematik, Der Unfallchirurg 2000, 251; *Wienke/Sailer*, Hessisches Ärzteblatt 2013, 846.

³⁴⁹ *Kletečka*, Hilfeleistungspflicht in öffentlichen Krankenanstalten – Behandlungsbedarf ist von einem Arzt zu beurteilen, Zak 2010/480 (276).

Pulker spricht davon, dass idealerweise professionelle DolmetscherInnen beigezogen werden.³⁵⁰ Ansonsten empfiehlt die Lit nur in ganz schwierigen Fällen uU die Hinzuziehung professioneller DolmetscherInnen.³⁵¹

Memmer leitet aus Art 5 lit e des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen³⁵² die Möglichkeit ab, dass die entsprechende konsularische Vertretung des/der ausländischen Patienten/Patientin als DolmetscherIn herangezogen wird oder diese mit der Sprachbarriere befasst wird.³⁵³

Wienke/Sailer vertreten die Ansicht, dass die Anforderungen an die Übersetzung umso höher sein müssen, je schwerwiegender und risikoreicher der geplante Eingriff ist.³⁵⁴

Diese Einschätzungen lassen jedoch die hL und den Stand der Wissenschaft, was die Qualität von Laiendolmetschungen betrifft, völlig außer Acht. Wie in zahlreichen Studien bewiesen, sind LaiendolmetscherInnen wenig bis gar nicht geeignet, die Qualität der Verständigung zu gewährleisten. Laien dolmetschen inadäquat, die fehlende Dolmetschkompetenzen, die emotionale Verbundenheit, Parteilichkeit, Schamgefühl und die Absicht, den Patienten/die Patientin zu schonen, können zu falschen Übersetzungen, Auslassungen, Verzerrungen sowie Filtern und Verschweigen von Informationen führen. Es besteht die Gefahr der „Zensur“ oder des „Konfabulierens“.³⁵⁵ Umgekehrt besteht die Gefahr,

³⁵⁰ *Kletečka-Pulker* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 66.

³⁵¹ *Aigner*, RdM 2004/23; *Bergmann*, Organisationsanforderungen bei der Behandlung ausländischer Patienten aus rechtlicher Sicht, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 109 (119); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 1170; *Kohlwein*, Das interkulturelle Problemfeld Krankenhaus, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Medizin im Konflikt der Kulturen (2011) 11 (18); *Leischner*, Streitbeilegung 59; *Schlund*, Der Unfallchirurg 2000, 251 (251).

³⁵² Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen BGBI 1969/318.

³⁵³ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/116; ihm folgend *Aigner*, RdM 2004/23.

³⁵⁴ *Wienke/Sailer*, Hessisches Ärzteblatt 2013, 846.

³⁵⁵ *Alpers/Hanssen*, Interpreters in Intercultural Health Care Settings: Health professionals' and professional interpreters' cultural knowledge and their reciprocal perception and collaboration, Journal of Intercultural Communication, ISSN 1404-1634, Issue 23; *Chan/Alagappan/Rella/Bentley/Soto-Greene/Martin*, Interpreter Services In Emergency Medicine, The Journal of Emergency Medicine 2010, 133; *Degn*, Fremdsprachige Patienten, Ärzte Krone 2008/3, 29 (Editorial); *Fatahi/Mattsson/Lundgren/Hellström*, Nurse radiographers' experiences of communication with patients who do not speak the native language, Journal of Advanced Nursing 2010, 774; *Hsieh*, Understanding Medical Interpreters: Reconceptualizing Bilingual Health Communication, Health Communication 2006/20, 177; *Karliner/Jacobs/Chen/Mutha*, Do Professional Interpreters Improve Clinical Care for Patients with Limited English Proficiency? A Systematic Review of the Literature, Health Research and Educational Trust DOI: 10.1111/j.1475-6773.3006.00629.x mwN; *Kletečka-Pulker/Parrag*, Videodolmetschen; *Langer* in *Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte e.V.* 62; *Langer/Schaper/Gupta/Porst/Ostermann*, Sprachbarrieren in der Betreuung von Patienten mit Migrationshintergrund – Ergebnisse einer Pilotstudie zu den Erfahrungen von Kinder- und Jugendärzten, Klin Padiatr 2013/225, 96; *Lehna*, Interpreter Services in Pediatric Nursing, Pediatric Nursing 2005, 292; *Menz* in *Peintinger* 225; *Pinzker*, Probleme im medizinischen Alltag im Umgang mit Migrantinnen und Migranten. Kommunaldolmetschen – ein Lösungsansatz, Ärzte Krone 2008/3, 30; *Pöchhacker*, KrankenhausdolmetscherInnen: Bedarf, Probleme, Perspektiven, in *Rásky* (Hrsg), Gesundheit hat Bleiberecht: Migration und Gesundheit (2009) 117; *Topf* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 167 f; *Uluköylü*, „Ich finde es schade, für meine Leute“. Wenn nicht(-)professionelle DolmetscherInnen im medizinischen Bereich dolmetschen, in *Rásky* (Hrsg), Gesundheit hat Bleiberecht: Migration und Gesundheit (2009) 124.

dass im Laufe des ärztlichen Gesprächs intime Details besprochen werden, von denen der/die PatientIn nicht möchte, dass die LaiendolmetscherInnen Kenntnis erlangen und er/sie daher wichtige Informationen für sich behält.³⁵⁶ Dies kann auch durchaus dann der Fall sein, wenn der/die PatientIn zunächst mit der Sprachmittlung durch Laien einverstanden war oder diese selbst vorgeschlagen hat. Oftmals ergeben sich Schamgefühle erst im Laufe des Gesprächs oder war nicht vorherzusehen, welche Informationen abgefragt werden. Auch kulturelle Gründe können dazu führen, dass die Sprachmittlung durch LaiendolmetscherInnen nicht in der erforderlichen Qualität erfolgt. In vielen Ländern – etwa in der Türkei – ist es üblich, den Patienten/die Patientin auf Wunsch der Angehörigen nicht über eine schlechte Diagnose aufzuklären. Dies beruht auf der traditionell sittlichen Überzeugung, dass das Wissen um den schlechten Gesundheitszustand diesen verschlechtert.³⁵⁷ Fungieren Angehörige, die der Überzeugung sind, eine schlechte Diagnose schade dem Patienten/der Patientin, als LaiendolmetscherInnen, kann davon ausgegangen werden, dass eine schlechte Diagnose nicht umfassend übersetzt wird.

Auch einschlägig tätige Angehörige der Gesundheitsberufe, die als LaiendolmetscherInnen fungieren, weisen teilweise gravierende Ausdrucks- und Verständnisschwierigkeiten auf.³⁵⁸ Allerdings gibt es Qualifizierungsmaßnahmen für MitarbeiterInnen von Gesundheitseinrichtungen, die als LaiendolmetscherInnen auftreten. Die Universität Innsbruck bietet etwa die Fortbildung „Community Interpreting: Professionalisierung von LaiendolmetscherInnen im sozialen, medizinischen, psychotherapeutischen und kommunalen Bereich“ an.³⁵⁹ Im Klinikum München werden alle MitarbeiterInnen, die auf der so genannten Dolmetscherliste stehen, geschult.³⁶⁰ In der Schweiz führt der Verein *INTERPRET* Weiterbildungsmaßnahmen für LaiendolmetscherInnen durch.³⁶¹ Der Wiener Krankenanstaltenverbund bot in den Jahren 2000 und 2001 ein Curriculum für MitarbeiterInnen an, die als KrankenhausdolmetscherInnen fungierten, derzeit findet ein solches allerdings nicht statt.³⁶²

Es ist mE hinreichend bewiesen, dass LaiendolmetscherInnen weniger gut geeignet sind, die gebotene Aufklärung zu dolmetschen als professionelle Dolmetschdienste und der/die

³⁵⁶ David in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* 6.

³⁵⁷ Ilkilic, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2008, 857 (858) mwN.

³⁵⁸ Pöchhacker in Rásky 117.

³⁵⁹ Universität Innsbruck, <https://www.uibk.ac.at/weiterbildung/universitaetskurse/community-interpreting/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

³⁶⁰ Klinikum München, <https://www.klinikum-muenchen.de/unternehmen/interkulturelle-versorgung/dolmetscherdienst/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

³⁶¹ Interpret, <http://www.inter-pret.ch/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

³⁶² Pöchhacker in Rásky 121.

PatientIn durch eine Laiendolmetschung idR nicht ausreichend aufgeklärt wird.³⁶³ Zieht somit der/die BehandlerIn LaiendolmetscherInnen bei, muss er/sie befürchten, dass die Sprachmittlung nicht ausreichend erfolgt und die Aufklärung nicht ordnungsgemäß stattfindet. Er/sie muss daher besonders sorgfältig darauf achten, ob tatsächlich gedolmetscht wird, ob sich die Sprech- und die Übersetzungszeit eklatant voneinander unterscheiden und ob der/die PatientIn entsprechend reagiert. Hinsichtlich dieser Überprüfung der Qualität der Dolmetschung könnte die Justiz als Vorbild dienen. RichterInnen können im Rahmen richterlicher Aus- und Fortbildung etwa Kriterien kennenlernen, aus denen sich auch für Laien Rückschlüsse auf die Qualifikation des/der Dolmetschenden bzw die Qualität der Dolmetschung ziehen lassen. So beherrschen professionelle DolmetscherInnen diverse Dolmetschtechniken wie das Flüsterdolmetschen, sie verwenden Notizentechniken, die es ihnen erlauben, längere Aussagen in einem Stück zu übertragen und sie geben Aussagen in der ersten Person wieder. Unterbricht der/die DolmetscherIn eine Aussage, tritt in einen eigenständigen Dialog mit dem Patienten/der Patientin oder gibt das Gesagte in der dritten Person wieder, so ist dies ein Indiz für mangelnde Qualifikation.³⁶⁴ In diesem Fall darf der Arzt/die Ärztin mE nicht von einer rechtmäßigen Aufklärung ausgehen.

6.3.5.3 Minderjährige als LaiendolmetscherInnen

Als Sonderfall der Laiendolmetschung durch Angehörige ist jener in der Praxis häufig auftretende Fall zu sehen, in dem Minderjährige dolmetschen. 81 % der 144 im Rahmen einer Studie befragten Angehörigen der Gesundheitsberufe in österr Spitälern gaben an, Minderjährige als LaiendolmetscherInnen heranzuziehen³⁶⁵ und auch in Deutschland ist diese Praxis weit verbreitet.³⁶⁶ Ist es schon zweifelhaft, dass der Arzt/die Ärztin auf die Richtigkeit der Dolmetschung von Erwachsenen vertrauen darf, so ist der Vertrauensgrundsatz bei Minderjährigen mE keinesfalls erfüllt.³⁶⁷ Das OLG Braunschweig hielt einem Vorbringen, die Ärzte/Ärztinnen hätten sich über den Geburtsvorgang der Patientin mit deren anwesenden achtjährigen Sohn verständigen sollen, Folgendes entgegen: „Der Senat ist [...] der Auffassung, dass ein 8-jähriges Kind in einer solchen Frage [hier medizinische Frage zum Geburtsvorgang] nicht das geeignete Verständigungsmedium sein kann. Es ist einem Kind in

³⁶³ Gegenteilig zB *Rebhahn*, RdM 2013/140 (244 f): Nach seiner Meinung ist der Arzt/die Ärztin zur Behandlungsübernahme verpflichtet, wenn der/die PatientIn von einer dafür geeigneten, der deutschen Sprache mächtigen Vertrauensperson begleitet wird.

³⁶⁴ *Kadrić*, Dolmetschung als Ausdruck staatlicher Fürsorgepflicht – neue Impulse durch die RL 2010/64/EU, juridikum 2012, 76 (78); *Scheiber*, Dolmetschen bei Gerichten und Behörden. Grundsätzliche Gedanken zum Thema aus Anlass der Enquête, RZ 2006, 262.

³⁶⁵ *Kletečka-Pulker/Parrag*, Videodolmetschen 39.

³⁶⁶ *Schmidt-Glenewinkel*, Kinder als Dolmetscher.

³⁶⁷ So auch *Kletečka-Pulker* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 63. Eine bereits 1988 veröffentlichte Studie von *Ebden* hat beispielsweise gezeigt, dass Kinder sehr häufig (in bis zu 82 % der Fragen) fehlerhaft übersetzen (*Ebden/Bhatt/Carey/Harrison*, The Bilingual Consultation, The Lancet 1988, 347).

diesem Alter weder möglich noch zuzumuten, derartige mit der Geburtsart verbundene komplexe medizinische Probleme zu verstehen und sie seiner Mutter zu übersetzen. Nach Auffassung des Senats war es für die Ärzte, aber erst recht für das Kind unzumutbar, auf diese Weise die Aufklärung [...] zu versuchen“.³⁶⁸ Das OLG Braunschweig spricht sowohl die „Möglichkeit“, als auch die „Zumutbarkeit“ der Laiendolmetschung für Minderjährige an.

Tatsächlich verfügen Kinder und Jugendliche oftmals nicht über das für ein Aufklärungsgespräch erforderliche Vokabular und keinesfalls über die erforderliche translatorische Kompetenz.³⁶⁹ Dies stellte auch der VwGH – wenn auch im Kontext des Gerichtsdolmetschens – fest. Er führte aus, dass bei einem elfjährigen Kind, dessen Muttersprache nicht Deutsch ist, nicht von vornherein angenommen werden kann, dass es in der Lage ist, ihm gegenüber mündlich gebrauchte verfahrensrechtliche Ausdrücke wie „Zurückziehung einer Beschwerde“ zu verstehen und die Auswirkungen einer Beschwerderückziehung seiner Mutter klar zu machen, selbst wenn dieses Kind die deutsche Sprache gut beherrscht.³⁷⁰ Gleiches gilt für die Heranziehung von Minderjährigen als LaiendolmetscherInnen beim Arztbesuch. Auch hier kann nicht davon ausgegangen werden, dass medizinische Fachbegriffe – auch wenn sie von dem Arzt/der Ärztin umschrieben oder vereinfacht erklärt werden – verstanden oder übersetzt werden können. Bereits 1988 hat eine Studie gezeigt, dass Minderjährige 16 % der als einfach eingestuften Fragen und 82 % der als komplex eingestuften Fragen falsch oder gar nicht gedolmetscht haben. Beispielsweise wurde „Bein“ statt „Knöchel“ übersetzt, „Backenzahn“ statt „Kiefer“ oder „Abführmittel“ statt „Durchfall“.³⁷¹ Dass BehandlerInnen grds nicht auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Dolmetschleistung von Minderjährigen vertrauen dürfen, hat auch *Pöchhacker* gezeigt. Er hat durch Übersetzung der jeweiligen Gesprächsinhalte nachgewiesen, dass auch Dolmetschungen, die aus Sicht des Behandlers/der Behandlerin ordnungsgemäß abgelaufen sind, unrichtig waren und zu Missverständnissen geführt haben.³⁷² Ziehen BehandlerInnen daher Minderjährige als LaiendolmetscherInnen heran, müssen sie davon ausgehen, dass keine vollständige Aufklärung erfolgt und die Heilbehandlung mangels rechtmäßiger Einwilligung eigenmächtig erfolgt.

Darüber hinaus ist es Patienten/Patientinnen in der Gegenwart von Minderjährigen oft unangenehm, über bestimmte Dinge zu sprechen. *Tosun* berichtet etwa davon, dass nicht deutschsprachige Patienten beim Urologen in Gegenwart ihrer als Laiendolmetscher

³⁶⁸ OLG Braunschweig 11. 4. 2002, 1 U 37/01.

³⁶⁹ Ebden/Bhatt/Carey/Harrison, *The Lancet* 1988, 347.

³⁷⁰ VwGH 27. 4. 2016, Ra 2015/10/0111.

³⁷¹ Ebden/Bhatt/Carey/Harrison, *The Lancet* 1988, 347 (347 f).

³⁷² Pöchhacker, Krankheit, Kultur, Kinder, Kommunikation: Die Nichte als Dolmetscherin, curare 2008/31, 13.

fungierenden minderjährigen Kinder nicht über „erektiler Dysfunktion“ oder „Ejaculatio praecox“ sprechen wollen.³⁷³ Hinzu kommen emotionale und soziale Belastungen für die Minderjährigen und die gesamte Familie. Die deutlich schnellere Akkulturation der Kinder kann etwa zu deren „Parentifizierung“ führen: Die Kinder dienen den Eltern als Sprach- und Kulturübersetzer, wodurch sie diese als schwach und hilflos erleben. Dies kann innerhalb der Familie zu einer Statusinkonsistenz führen, wobei die elterliche Autorität aufgeweicht wird und die Kinder ein Stück Autorität über ihre Eltern gewinnen.³⁷⁴

Die Beziehung von Minderjährigen als LaiendolmetscherInnen ist daher nicht nur deswegen zu unterlassen, weil der Arzt/die Ärztin nicht auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Sprachmittlung vertrauen darf, sondern auch zum Schutz der Minderjährigen und deren Eltern.

Bislang ungeklärt ist die Frage, inwieweit das Heranziehen von Minderjährigen für Dolmetschleistungen als Verletzung oder Gefährdung des Kindeswohls durch Überlastung und Überforderung angesehen werden kann. *Kletečka-Pulker* sieht sowohl einen Konflikt mit dem Verbot der Beschäftigung von Kindern mit Arbeiten jeder Art nach dem KJBG³⁷⁵ als auch mit § 138 ABGB, wobei eine tatsächliche Verletzung des Kindeswohls von unterschiedlichen Faktoren wie Dauer, Häufigkeit, Komplexität und Dringlichkeit der Dolmetschung abhängt. Auch das Alter, die Sprachkenntnisse des Minderjährigen sowie die Rahmenbedingungen der Dolmetschung werden eine Rolle spielen.³⁷⁶

6.3.5.4 Fragen der Verschwiegenheitspflicht bei Heranziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin

Die Angehörigen der Gesundheitsberufe sind zur Verschwiegenheit verpflichtet (siehe insb Art 8 EMRK; Art 16 Abs 1 AEUV³⁷⁷; DSG³⁷⁸; Art 20 B-VG; § 121 StGB; § 54 ÄrzteG; § 21 ZÄG; § 6 GuKG; § 7 HebG; § 9 KAKuG; §§ 16, 1328a ABGB; Art 13 Patientencharta, Pflicht aus dem Behandlungsvertrag³⁷⁹).³⁸⁰ Die Verschwiegenheitspflicht gilt idR gegenüber

³⁷³ *Tosun*, Journal für Urologie und Urogynäkologie 2013/20, 19 (19).

³⁷⁴ *Uslucan*, Kulturelle Sensibilität in Pflegschaftsverfahren. Auswirkungen kultureller Heterogenität auf die familienrechtliche Praxis, iFamZ 2010, 339 (341).

³⁷⁵ Bundesgesetz über die Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen 1987 (Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz 1987 – KJBG) BGBI 1987/599 idF BGBI I 2017/40.

³⁷⁶ *Kletečka-Pulker/Parrag*, Videodolmetschen; *Kletečka-Pulker/Parrag*, Kinder als Laiendolmetscher im Gesundheits- und Sozialbereich. Wenn Kinder dolmetschen: Haftungsrisiken und Probleme einer gängigen Praxis, iFamZ 2016, 101.

³⁷⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) BGBI III 1999/86 idF BGBI III 2009/132.

³⁷⁸ Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (DSG) BGBI I 1999/165 idF BGBI I 2018/24.

³⁷⁹ *Aigner*, Datenschutz – Patientenschutz aus gesundheitspolitischer Sicht, RdM 2012/56 (84); *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/193; *Prielt*, Die ärztliche Verschwiegenheitspflicht nach dem Tod des Patienten, RdM 1995, 6.

³⁸⁰ Für eine Auflistung aller Bestimmungen in den Berufsrechten siehe *Kletečka-Pulker*, Schweige- Anzeige- und Meldepflichten, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis I/191 (I/197 ff).

allen Personen, also auch gegenüber EhepartnerIn, Lebensgefährten/Lebensgefährtin, nahen Angehörigen,³⁸¹ anderen Angehörigen der Gesundheitsberufe, Kollegen/Kolleginnen³⁸² sowie gegenüber professionellen Dolmetschern/Dolmetscherinnen. Die Sprachbarriere alleine entbindet den/die BehandlerIn nicht davon.³⁸³ Der/die entscheidungsfähige PatientIn kann den/die BehandlerIn von der Verschwiegenheitspflicht entbinden. Eine solche Entbindung ist jedenfalls beim Einsatz von professionellen Dolmetschern/Dolmetscherinnen nötig sowie immer dann, wenn Begleitpersonen des Patienten/der Patientin sowie Fremde aus dem Wartezimmer als LaiendolmetscherInnen fungieren. Während professionelle DolmetscherInnen allerdings idR verpflichtet sind, vor Beginn einer Dolmetschung den Patienten/die Patientin nach dem Einverständnis in die Dolmetschung zu fragen, haben LaiendolmetscherInnen keine derartige Verpflichtung und ist ihnen idR die Problematik der Verschwiegenheit auch nicht bewusst. Da keine Formerfordernisse für die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht bestehen, kann diese auch konkludent erfolgen.³⁸⁴ *Muschner* geht von einer konkludenten Einwilligung in die Entbindung der Verschwiegenheitspflicht aus, wenn der/die PatientIn eine/n LaiendolmetscherIn mitbringt und das Gespräch mit dessen/deren Hilfe beginnt.³⁸⁵ Dies reicht mE allerdings nicht für die Annahme einer konkludenten Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht, da der/die PatientIn zu Beginn eines Arztbesuches oft nicht weiß, welche medizinischen Informationen er/sie erhalten wird, an welcher Erkrankung er/sie leidet und welche weitreichenden Folgen dies haben kann.³⁸⁶ Va wenn Fremde aus dem Wartezimmer als LaiendolmetscherInnen herangezogen werden – unabhängig davon, ob der/die PatientIn dies anbahnt oder der Arzt/die Ärztin – kann nicht von einer konkludenten Einwilligung in die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht ausgegangen werden. Die erste zu dolmetschende Frage, die der/die BehandlerIn stellt, muss daher stets jene nach der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht sein. Es könnte sein, dass der/die PatientIn lieber auf eine Aufklärung/Behandlung verzichtet, als eine/n LaiendolmetscherIn in seine/ihre Krankheit einzuweihen.³⁸⁷ Allerdings kann der Arzt/die Ärztin nicht überprüfen, ob der/die LaiendolmetscherIn tatsächlich nach dem Einverständnis gefragt hat und welche Antwort der/die PatientIn gegeben hat. Zwar darf der Arzt/die Ärztin auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übersetzung vertrauen, soweit aufgrund der

³⁸¹ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/203.

³⁸² Klaus, Ärztliche Schweigepflicht (1991) 79 f, 175; Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/207; Kopetzki in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht 76.

³⁸³ Leischner-Lenzhofer, RdM 2013/4 (16).

³⁸⁴ Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz³ § 54 Anm 7; Klaus, Schweigepflicht 171; Wallner F., Grenzen der Verschwiegenheitspflicht der Gesundheitsberufe, RdM 2013/106 (169). Ausnahmsweise besteht eine Pflicht zur schriftlichen Entbindung gegenüber einem Privatversicherer (§ 11a Abs 2 Z 4 VersVG).

³⁸⁵ Muschner, Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten, VersR 2003, 826.

³⁸⁶ Kletečka-Pulker in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner 45.

³⁸⁷ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/116.

Reaktion des Patienten/der Patientin nicht das Gegenteil offenkundig wird und genug Zeit für das Übersetzen und die Antworten gelassen wurde³⁸⁸, es wäre mE jedoch sinnvoll, in Krankenanstalten oder Ordinationen mehrsprachige Informationen in den am häufigsten auftretenden Fremdsprachen vorzubereiten, die einen Hinweis darauf enthalten, dass der/die BehandlerIn von der Schweigepflicht entbunden werden muss, bevor ein/e LaiendolmetscherIn herangezogen werden darf.

Treten MitarbeiterInnen der Gesundheitseinrichtung als LaiendolmetscherInnen auf, ist zu unterscheiden, ob es sich um Angehörige der Gesundheitsberufe, die den Patienten/die Patientin ebenfalls behandeln, handelt oder um sonstige MitarbeiterInnen. Während bei letzteren eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht jedenfalls nötig ist, kann bei Angehörigen der Gesundheitsberufe, die den Patienten/die Patientin behandeln und als LaiendolmetscherInnen fungieren, mE von einer konkludenten Einwilligung des Patienten/der Patientin ausgegangen werden bzw davon, dass aufgrund der krankenanstaltenrechtlichen Dokumentations- und Einsichtsregeln den jeweils zuständigen Angehörigen der Krankenanstalt die wesentlichen Patientendaten ohnehin bekannt sind bzw sein können.³⁸⁹ Gleiches gelte, ginge man davon aus, dass es sich bei der Laiendolmetschtätigkeit um eine Konsiliartätigkeit handelt. Dies ist allerdings mE zu verneinen, da sich Konsiliartätigkeit stets auf besondere fachärztliche Kompetenz, die dem/der behandelnden Arzt/Ärztin fehlt, und nicht auf Sprachkenntnisse bezieht.³⁹⁰

Umgekehrt wäre es wünschenswert, dass der/die DolmetscherIn zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Während Begleitpersonen des Patienten/der Patientin sowie Fremde aus dem Wartezimmer idR nicht zu einer solchen verpflichtet sind, unterliegen Angehörige der Gesundheitsberufe, sonstige MitarbeiterInnen einer Krankenanstalt sowie Personen die als Hilfspersonen gesehen werden, hinsichtlich der ihnen im Rahmen der Dolmetschung anvertrauten, den Gesundheitszustand betreffenden Umstände sowie hinsichtlich der persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnisse der Patienten/Patientinnen, der Verschwiegenheitspflicht (§ 54 ÄrzteG; § 21 ZÄG; § 6 GuKG; § 9 KAKuG). Gleiches gilt für professionelle DolmetscherInnen: Ist diese/r bei der Krankenanstalt bzw dem Krankenanstaltenträger oder dem/der niedergelassenen Arzt/Ärztin beschäftigt, kann die Verschwiegenheitspflicht im Rahmen des Dienstverhältnisses geregelt werden bzw unterliegt auch der/die professionelle DolmetscherIn der Verschwiegenheitspflicht nach § 9 KAKuG

³⁸⁸ OGH 12. 12. 2002, 6 Ob 280/02 y; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/116.

³⁸⁹ Kopetzki in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht 76 f.

³⁹⁰ OGH 1. 9. 2010, 7 Ob 141/10 a; Steiner, Zur inhaltlichen Unterscheidung zwischen Belegarzt und Konsiliararzt, RdM 1998, 70.

bzw nach § 54 ÄrzteG. Wird hingegen ein externer Dolmetschdienst zugezogen, so ist die Verschwiegenheitspflicht in dem mit dem/der professionellen DolmetscherIn im konkreten Fall zu schließenden Vertrag zu regeln.³⁹¹

6.3.5.5 Haftung bei fehlerhafter Dolmetschung

Sowohl bei Laiendolmetschungen als auch bei professionellen Dolmetschdiensten stellt sich die Frage, wer für etwaige Übersetzungsfehler und einen daraus resultierenden Schaden haftet. Die Verteilung der Gefahrentragungspflicht bei sprachlich bedingten Missverständnissen ist in Österreich nicht eigens gesetzlich geregelt, weshalb die allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts heranzuziehen sind.³⁹² Denkbar ist sowohl eine Haftung des Arztes/der Ärztin bzw der Krankenanstalt als auch des Dolmetschers/der Dolmetscherin.

6.3.5.5.1 Haftung des Arztes/der Ärztin bzw der Krankenanstalt

Eine Haftung des Arztes/der Ärztin bzw der Krankenanstalt für einen Schaden, der dem Patienten/der Patientin aufgrund einer unrichtigen Dolmetschung entstanden ist, kommt immer dann in Frage, wenn der Arzt/die Ärztin seine/ihre Kontrollpflichten im Rahmen des Aufklärungsgesprächs verletzt oder wenn der/die DolmetscherIn dem Arzt/der Ärztin bzw der Krankenanstalt als Erfüllungsgehilfe gem § 1313a ABGB zugerechnet wird.

Der Arzt/die Ärztin verletzt seine/ihre Kontrollpflichten dann, wenn er/sie keine ausreichenden Bemühungen unternimmt, sich davon zu überzeugen, dass der/die PatientIn das Gedolmetschte verstanden hat sowie dass richtig gedolmetscht wurde.³⁹³ Die Intensität und notwendige Sorgfalt dieser Bemühungen hängt mE von der Qualifikation des Dolmetschers/der Dolmetscherin ab. Bei professionellen Dolmetschern/Dolmetscherinnen muss der Arzt/die Ärztin idR keinen Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Dolmetschung haben und nur dann daran zweifeln, wenn der/die PatientIn offenkundig zu verstehen gibt, dass das Gesagte nicht vermittelt wird. Auch wenn MitarbeiterInnen der Gesundheitseinrichtung, die erfolgreich eine Qualifizierungsmaßnahme für LaiendolmetscherInnen durchlaufen haben, herangezogen werden, werden keine allzu großen Anforderungen an die Überprüfung des Gedolmetschten durch den Arzt/die Ärztin gestellt werden können. Dolmetschen hingegen MitarbeiterInnen, die keine derartige Weiterbildung erhalten haben oder sonstige LaiendolmetscherInnen, so gelten die Kontroll- und Erkundigungspflichten in erhöhtem Ausmaß.

³⁹¹ Kletečka-Pulker in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner 67.

³⁹² Ebenso wenig gibt es eine gesetzliche Regelung in Deutschland. Siehe Muschner, VersR 2003, 826.

³⁹³ Zu den Möglichkeiten, die der Arzt/die Ärztin hinsichtlich der Überprüfung der Qualität der Dolmetschung hat siehe Kap 6.3.5.2 Qualifikation des Dolmetschers/der Dolmetscherin bzw Qualität der Dolmetschung.

Entscheidet sich der Arzt/die Ärztin eine/n MitarbeiterIn der Gesundheitseinrichtung als LaiendolmetscherIn für das Aufklärungsgespräch heranzuziehen, so kann diese/r als Erfüllungsgehilfe gem § 1313a ABGB dem Arzt/der Ärztin bzw dem Krankenanstaltenträger zugerechnet werden. Dies auch trotz der Tatsache, dass der/die MitarbeiterIn nicht für die Tätigkeit als LaiendolmetscherIn angestellt wurde, sondern diese Tätigkeit aus reiner Gefälligkeit bzw aus Pflichtbewusstsein übernimmt, ohne für die Dolmetschleistung in Gesundheitsangelegenheiten eine Ausbildung zu haben.³⁹⁴

Bei professionellen Dolmetschleistungen ist für die Frage, wem es zum Nachteil gereicht, wenn der/die professionelle DolmetscherIn unvollständig oder unrichtig dolmetscht und dem Patienten/der Patientin daraus ein Schaden entsteht, entscheidend, wer den/die DolmetscherIn beauftragt hat. Ist der/die DolmetscherIn bei der Krankenanstalt oder dem/der niedergelassenen Arzt/Ärztin beschäftigt, gilt er/sie als Erfüllungsgehilfe nach § 1313a ABGB. Die Krankenanstalt bzw der Arzt/die Ärztin kann uU nach dem DHG³⁹⁵ bei dem/der DolmetscherIn regressieren.³⁹⁶ Auch wenn die Dolmetschleistung von der Krankenanstalt bzw dem/der niedergelassenen Arzt/Ärztin von einem Dolmetschunternehmen oder einem/r freiberuflich tätige/n DolmetscherIn zugekauft wird, kommt es zur Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 1313a ABGB. Beauftragt hingegen der/die PatientIn den/die DolmetscherIn, so kann er/sie sich lediglich bei diesem/dieser schadlos halten. Die Krankenanstalt oder der Arzt/die Ärztin haftet dann nicht.

6.3.5.5.2 Haftung des Dolmetschers/der Dolmetscherin

Ein Anspruch gegen eine/n LaiendolmetscherIn aufgrund einer unrichtigen oder unvollständigen Dolmetschung, die zu einem Nachteil für den Patienten/die Patientin führt, kann vertraglicher oder deliktischer Natur sein. Es ist daher zu prüfen, ob ein Vertrag zwischen PatientIn und LaiendolmetscherIn zustande kommt. *Muschner* sieht durch den Umstand, dass der/die PatientIn – va wenn es nicht um eine bloß geringfügige ärztliche Behandlung geht – ein Interesse an einer ordnungsgemäßen Dolmetschung hat und der/die LaiendolmetscherIn dieses erkennt, einen Dienstleistungsvertrag zwischen PatientIn und LaiendolmetscherIn zustande kommen, welcher Sorgfaltspflichten für den/die LaiendolmetscherIn mit sich bringt.³⁹⁷ Die Rechtswidrigkeit kann sich sowohl aus der Verletzung dieser Sorgfaltspflichten als auch aus der Verletzung eines absolut geschützten

³⁹⁴ *Kletečka-Pulker* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 69.

³⁹⁵ Bundesgesetz vom 31. März 1965 über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Dienstnehmer (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz) BGBl 1965/80 idF BGBl 1983/169.

³⁹⁶ *Kletečka*, Zivilrechtliche Haftung (Schadenersatz) in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) II/1 (II/5).

³⁹⁷ *Muschner*, haftungsrechtliche Stellung in Fällen sprachbedingter Missverständnisse 155.

Rechtsguts (hier Gesundheit) ergeben. Sie kann allerdings durch Rechtfertigungsgründe, wie zB die rechtfertigende Notstandshilfe, ausgeschlossen werden.³⁹⁸

Auf Ebene des Verschuldens ist dem/der LaiendolmetscherIn eventuell der Vorwurf der Übernahmsfahrlässigkeit zu machen. Übernimmt er/sie die Aufgabe des Dolmetschens, ohne dieser gewachsen zu sein, kann es zur Haftung kommen.³⁹⁹ Auch wenn der/die LaiendolmetscherIn erst im Verlauf des Gesprächs erkennt, dass die benötigte Dolmetschung seine/ihre Möglichkeiten übersteigt, müsste er/sie darauf hinweisen und das Gespräch beenden. Allerdings können Besonderheiten des Einzelfalls (Notbehandlung) die Schuld mangels Sorgfaltswidrigkeit oder wegen Unzumutbarkeit entfallen lassen.⁴⁰⁰

Eine Haftung minderjähriger LaiendolmetscherInnen für unrichtiges oder unvollständiges Dolmetschen ist bei den unter 14-Jährigen mangels Deliktsfähigkeit jedenfalls zu verneinen. Bei über 14-Jährigen ist zu prüfen, ob die nötige Einsichtsfähigkeit vorliegt (§ 1309 ABGB). Die Beurteilung hängt mE vom Einzelfall ab, wobei die Komplexität und Dringlichkeit der Behandlung sowie die tatsächlichen Sprachkenntnisse in Betracht zu ziehen sind. Begibt sich der/die PatientIn lediglich wegen geringfügigen Gesundheitsbeschwerden, wie etwa einer Erkältung, in Behandlung, kann ein/e über 14-Jährige/r, der/die die benötigten Sprachen fließend spricht, wahrscheinlich adäquat dolmetschen und wird er/sie sich das auch zutrauen. Soll ein/e mündige/r Minderjährige/r hingegen komplexe Aufklärungsgespräche übersetzen, überfordert ihn/sie dies idR – auch bei Verwendung einfacher Sprache.⁴⁰¹ Allerdings ist es mE dem/der Minderjährigen nicht vorwerfbar, seine Überforderung nicht erkannt und artikuliert zu haben, da die emotionale Belastung des/der Minderjährigen und die Hierarchie va in traditionellen Familiengefügen kaum Raum für derartige Überlegungen des/der Minderjährigen lassen.

6.3.5.6 Kostentragung für die Dolmetschung

Weder das österr Gesetz noch die Jud geben Auskunft darüber, wer die Kosten für eine Dolmetschung zu tragen hat. Das Dokument „Framework of integration policies“ des Europarates enthält folgende, an die Regierungen gerichtete Empfehlung: „Ensure that health services provide free adequate interpretation services for immigrant or national minority patients who have inadequate command of the majority language.“⁴⁰² Das Dokument besitzt allerdings keinen rechtsverbindlichen Charakter. Diese ungeklärte Rechtslage führt dazu, dass

³⁹⁸ Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht II/26.

³⁹⁹ Burgstaller in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 6 (Stand: 1. 7. 2001, rdb.at); Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht II/26; Tipold, Die strafrechtliche Verantwortung, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) II/33 (II/40).

⁴⁰⁰ OLG Linz 15. 11. 1979, 8 Bs 316/79.

⁴⁰¹ Siehe dazu Kap 6.3.5.3 Minderjährige als LaiendolmetscherInnen.

⁴⁰² Coussey, Framework of integration policies (2000) 23.

in der Praxis manche Gesundheitseinrichtungen die Kosten für eine Dolmetschung tragen⁴⁰³, idR jedoch auf LaiendolmetscherInnen, die kein Entgelt verlangen, zurückgegriffen wird. Auch beim in der Praxis weit verbreiteten Einsatz von mehrsprachigen Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen der Gesundheitseinrichtung entstehen keine direkten Kosten, weil die MitarbeiterInnen die Dolmetschleistungen nicht in Rechnung stellen. Häufig nicht beachtet werden jedoch die indirekten Kosten, die sich daraus ergeben, dass MitarbeiterInnen die Tätigkeit, für die sie angestellt sind, in der Zeit, in der sie Dolmetschleistungen erbringen, nicht ausüben. Da manche MitarbeiterInnen berichten, oftmals stundenlang als LaiendolmetscherInnen eingesetzt zu werden⁴⁰⁴, liegt die Vermutung nahe, dass diese indirekten Kosten derzeit unterschätzt werden. Weitere Kosten im Zusammenhang mit dem Einsatz von Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen als LaiendolmetscherInnen ergeben sich durch von manchen Krankenanstaltenträgern angebotene Qualifizierungskurse für LaiendolmetscherInnen.

Im Folgenden wird auf die Kosten für professionelle Dolmetschdienste fokussiert und differenziert, ob die Kosten in einer Krankenanstalt oder im niedergelassenen Bereich anfallen. Zudem kann es einen Unterschied machen, ob der/die PatientIn sozialversichert ist oder nicht.

Grds können freiberuflich tätige BehandlerInnen und der/die PatientIn vertraglich vereinbaren, wer die Kosten für den professionellen Dolmetschdienst trägt.

6.3.5.6.1 Krankenanstaltenrecht

§ 27 Abs 1 KAKuG (bzw die jeweilige Ausführungsbestimmung der Länder) sieht vor, dass mit den LKF-Gebühren oder den Pflegegebühren der allgemeinen Gebührenklasse alle Leistungen der Krankenanstalt abgegolten sind. Im KAKuG findet sich keine Regelung, die die Kosten für die Beiziehung eines professionellen Dolmetschdienstes von den Leistungen ausschließen würde. Daher kann davon ausgegangen werden, dass die Kosten für einen Dolmetschdienst von den LKF-Gebühren umfasst sind.

Zudem gebürt dem Patienten/der Patientin Anstaltpflege als Gesamtleistung. Die Krankenanstalt darf einzelne Leistungen (etwa die Kosten für einen Dolmetschdienst oder für die Arbeitsstunden der dolmetschenden MitarbeiterInnen) nicht aus der Gesamtleistung

⁴⁰³ Die SAVD listet Einrichtungen auf, die Videodolmetschen anbieten: <http://www.videodolmetschen.com/branchen/?m=gesundheit> (abgefragt am 8. 4. 2018). Das deutsche Bundesland Schleswig-Holstein hat im Jahr 2016 aufgrund des hohen Flüchtlingsaufkommens zusätzliche Mittel für Krankenanstalten zur Verfügung gestellt, die ua den Aufwand für Dolmetschdienste abdecken sollen (*Ärzte Zeitung (Deutschland)*, Flüchtlingsversorgung: Kliniken im Norden erhalten sechs Millionen, 23. 11. 2016, http://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/gp_specials/fluechtlinge/article/924401/fluechtlingsversorgung-kliniken-norden-erhalten-sechs-millionen.html (abgefragt am 8. 4. 2018)).

⁴⁰⁴ Hametner, Migration Letters 2014, 288.

ausgliedern und extra verrechnen (§ 27 Abs 5 KAKuG).⁴⁰⁵ *Steiner* plädiert hinsichtlich der Kostentragungspflicht für Dolmetschdienste für eine Unterscheidung in zweifacher Hinsicht: (1) Einerseits sei zwischen unabweisbaren Personen bzw Personen, die der unbedingt notwendigen ersten ärztlichen Hilfe bedürfen, und abweisbaren Personen zu differenzieren. Da eine Behandlung der unabweisbaren Personen – sofern es sich nicht um einen Notfall handelt – ohne Aufklärung nicht möglich ist, sieht er in den Kosten für den Dolmetschdienst einen Teil der notwendigen Leistungen der Krankenanstalt bzw eine Nebenpflicht aus dem Krankenhausaufnahmevertrag, die von den LKF-Gebühren umfasst ist. Ist der/die PatientIn hingegen abweisbar, hat die Krankenanstalt die Möglichkeit, die Kosten zu vermeiden, indem sie die Behandlungsübernahme ablehnt. Tut sie dies nicht, so werden die Kosten ebenfalls von den LKF-Gebühren gedeckt, da es der Krankenanstalt nicht freisteht, die Dolmetschkosten dem Patienten/der Patientin separat zu verrechnen.⁴⁰⁶ Es wird jedoch mE auch nicht möglich sein, alle nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen aufgrund mangelnder Sprachkenntnisse abzuweisen und somit die Kosten für einen Dolmetschdienst zu vermeiden. Zwar dürfen Krankenanstalten Personen, die nicht unabweisbar oder anstaltsbedürftig sind, grds abweisen, weisen jedoch alle Krankenanstalten nicht deutschsprachige Personen voraussichtlich ab oder steht im näheren Umkreis keine andere Krankenanstalt zur Verfügung, so ist die Abweisung nicht möglich. Eine Ablehnung kommt grds nur dann in Betracht, wenn der Ablehnungsgrund bei anderen Krankenanstalten voraussichtlich nicht oder weniger vorliegt.⁴⁰⁷

(2) Andererseits differenziert *Steiner* zwischen den Kosten für den Dolmetschdienst, die aufgrund der Mitwirkungspflicht des Patienten/der Patientin anfallen, und jenen Kosten für den Dolmetschdienst, die aufgrund der Verpflichtung der Krankenanstalt anfallen. Auf Seiten des Patienten/der Patientin steht etwa die Pflicht, dem/der BehandlerIn Beschwerden bzw Symptome dazulegen. Die dabei anfallenden Kosten für den Dolmetschdienst wären nach *Steiner* von dem Patienten/der Patientin zu tragen. Die Kostentragungspflicht der Krankenanstalt beginnt hingegen erst dort, wo die Mitwirkungspflicht des Patienten/der Patientin endet, also bei der Aufklärung, Einholung der Einwilligung sowie der Anamneseerhebung.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Windisch-Graetz, Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts für Gesundheitsberufe, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) IV/77 (IV/121).

⁴⁰⁶ Steiner, Dolmetschkosten im Krankenhaus, RdM 2005/67.

⁴⁰⁷ Rebhahn, RdM 2013/140 (245). Siehe dazu auch Kap 4 Recht auf Behandlung und Pflege.

⁴⁰⁸ Steiner, RdM 2005/67.

In Deutschland sind nach hL die Dolmetschkosten nicht von den Pflegesätzen gedeckt, da die Bundespflegesatzverordnung⁴⁰⁹, die die Vergütungen für stationäre und teilstationäre Pflegeleistungen in Krankenhäusern regelt, Dolmetschleistungen nicht umfasst.⁴¹⁰

6.3.5.6.2 Sozialversicherungsrecht

Versicherten Personen ist als Leistung der Krankenversicherung bei Krankheit Krankenbehandlung, erforderlichenfalls medizinische Hauskrankenpflege oder Anstaltpflege zu gewähren (§ 117 Z 2 ASVG). Nach § 133 Abs 1 ASVG umfasst die Krankenbehandlung ärztliche Hilfe, Heilmittel und Heilbehelfe. Nach Abs 2 muss sie ausreichend und zweckmäßig sein, sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Durch die Krankenbehandlung sollen die Gesundheit, die Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden.

Es stellt sich die Frage, ob die Kosten für einen professionellen Dolmetschdienst als Teil der ärztlichen Hilfe gesehen werden können und wenn ja, ob sie tatsächlich notwendig sind.

Ärztliche Hilfe definiert sich als die Ausübung des ärztlichen Berufes, die nach § 2 Abs 2 ÄrzteG jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird, umfasst. Dolmetschleistungen sind wohl keine auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründeten Tätigkeiten, weshalb eine Subsumption der Dolmetschleistungen direkt unter die ärztliche Hilfe ausscheidet.

Die ärztliche Hilfe wird durch Vertragsärzte/Vertragsärztinnen und Vertragsgruppenpraxen, durch Wahlärzte/Wahlärztinnen und Wahl-Gruppenpraxen sowie durch Ärzte/Ärztinnen in eigenen Einrichtungen (oder Vertragseinrichtungen) der Versicherungsträger gewährt (§ 135 Abs 1 ASVG). Zudem stellt das Gesetz bestimmte Leistungen von Nichtärzten/Nichtärztinnen der ärztlichen Hilfe gleich. Die Dolmetschtätigkeiten sind davon allerdings nicht umfasst. Soweit die Krankenbehandlung nicht durch einen Arzt/eine Ärztin, eine/n gleichgestellte/n Behandlungsbefugte/n oder durch eine/n in Ausbildung stehende/n Arzt/Ärztin erbracht wird, kann sie der Krankenbehandlung nur zugerechnet werden, wenn sie im Verantwortungsbereich eines Arztes/einer Ärztin als Teil des ärztlichen Behandlungsplans erbracht wird.⁴¹¹ Es ist daher zu prüfen, ob die Dolmetschleistungen als Teil des ärztlichen Behandlungsplanes im Verantwortungsbereich des Arztes/der Ärztin gesehen werden können. Spickhoff argumentiert mE überzeugend, dass

⁴⁰⁹ Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespflegesatzverordnung – BPfIV) d BGBI I S. 2750 idF d BGBI I S. 2581.

⁴¹⁰ Andreas, ArztR 2001, 206 (207).

⁴¹¹ OGH 12. 9. 1996, 10 ObS 2303/96 s.

ein Arzt/eine Ärztin im Rahmen der Anamnese und Aufklärung, die fraglos zu den ärztlichen Tätigkeiten gehören, eine/n DolmetscherIn durchaus anweisen könne, seine/ihre Ausführungen zu übersetzen. Auch, so argumentiert *Spickhoff*, lassen sich Dolmetschtätigkeiten als Tätigkeiten von Hilfspersonen begreifen, weshalb die Sozialversicherung zu einer Kostenübernahme verpflichtet werden könnte.⁴¹² Damit kritisiert *Spickhoff* die in Deutschland herrschende Rechtslage, dass die Kosten für eine/n DolmetscherIn von dem Patienten/der Patientin zu tragen sind. Die Kostentragungspflicht durch die gesetzlichen Krankenkassen wird unter Hinweis auf ein Urteil des BSG, das sich mit der Kostentragungspflicht für einen Gebärdendolmetscher im ambulanten Bereich auseinandersetzte, von Lit und Jud verneint.⁴¹³ Das Gericht hielt 1995 in einem Leitsatz fest: „Versicherte können auch dann, wenn eine Verständigung zwischen ihnen und dem Arzt nicht möglich ist, nicht verlangen, daß auf Kosten der gesetzlichen Krankenkassen zur ambulanten Untersuchung oder Behandlung ein Dolmetscher (hier: Gebärdendolmetscher) hinzugezogen wird“.⁴¹⁴ Hinsichtlich GebärdendolmetscherInnen ist das Urteil mittlerweile durch das Gesetz überholt. § 17 SGB I⁴¹⁵ normiert: „Hörbehinderte Menschen haben das Recht, bei der Ausführung von Sozialleistungen, insb auch bei ärztlichen Untersuchungen und Behandlungen, Gebärdensprache zu verwenden. Die für die Sozialleistung zuständigen Leistungsträger sind verpflichtet, die durch die Verwendung der Gebärdensprache und anderer Kommunikationshilfen entstehenden Kosten zu tragen.“

Nach einer Entscheidung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen lässt sich aus diesem Anspruch der hörbehinderten Menschen jedoch kein Anspruch auf Kostentragung für Dolmetschleistungen für nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen ableiten, da sich die Regelung ausdrücklich nur auf hörbehinderte Menschen beziehe.⁴¹⁶

Tatsächlich begründete das BSG die Ablehnung der Kostenübernahme durch die Sozialversicherung damit, dass diese zwar ärztliche Behandlungen übernehme oder Hilfeleistungen, die der Arzt aufgrund seines Fachwissens verantworten kann. Dolmetschleistungen seien nicht Teil der ärztlichen Behandlung, weil der Arzt sie aufgrund seines ärztlichen Fachwissens weder leiten noch kontrollieren und somit auch nicht verantworten könne.⁴¹⁷

⁴¹² *Spickhoff*, Zur Erstattungsfähigkeit von Dolmetschkosten bei medizinischer Behandlung. Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, in *Jaeger/Huber/Luckey* (Hrsg), FS für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag (2014) 119 (126 f).

⁴¹³ *Andreas*, ArztR 2001, 206; *Wienke/Sailer*, Hessisches Ärzteblatt 2013/11, 846.

⁴¹⁴ BSG 10. 5. 1995, 1 RK 20/94 NJW 1996, 806.

⁴¹⁵ Erstes Buch Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – Gesetz vom 11. 12. 1975, d BGBI I S. 3015 idF d BGBI I S. 2325 m.W.v. 1. 1. 2015.

⁴¹⁶ Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 31. 8. 2006, L 7 VG 9/05.

⁴¹⁷ BSG 10. 5. 1995, 1 RK 20/94 NJW 1996, 806.

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahren für das „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ wurde der Vorschlag, die Frage nach der Übernahme der Dolmetschkosten so zu regeln, dass die Kosten von der Sozialversicherung getragen werden, dezidiert abgelehnt.⁴¹⁸ In der Begründung zum Gesetz wird explizit angeführt, dass der/die PatientIn die Kosten für einen Dolmetschdienst zu tragen hat.⁴¹⁹

Spickhoff kritisiert das insofern, als er darin eine Gefahr sieht, dass nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen keine Versorgung bekommen. Ist der Eingriff nicht dringend und kann oder will sich der/die PatientIn die Kosten für den Dolmetschdienst nicht leisten, so kann er/sie nicht behandelt werden und die Behandlung muss abgelehnt werden. Ist der Eingriff hingegen dringend und kann sich der/die PatientIn die Kosten nicht leisten, so bleibe nur der Verzicht auf die Aufklärung.⁴²⁰ *Kletečka-Pulker* kritisiert ebenfalls die Tatsache, dass in Österreich die Kosten für Dolmetschleistungen nicht von der Sozialversicherung übernommen werden, und stellt die Frage, ob es nicht eine Diskriminierung sei, nicht deutschsprachigen ASVG-versicherten Patienten/Patientinnen die Übernahme der Dolmetschkosten zu verweigern. Da der Sozialversicherungsträger bei Sachleistungen die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen habe, damit der Leistungsberechtigte die ihm vom Gesetz verheißenen Sachgüter oder Dienstleistungen auf Rechnung des Sozialversicherungsträgers erhalten kann, sei er auch verpflichtet, die Dolmetschkosten zu übernehmen. Dass fremdsprachige ASVG-Patienten/Patientinnen die für eine *lege artis* durchgeführte Behandlung erforderlichen Dolmetschleistungen selbst bezahlen müssen, ist nach *Kletečka-Pulker* systemwidrig.⁴²¹

6.3.5.6.3 Privat versicherte und selbstzahlende Patienten/Patientinnen

Dolmetschkosten sind nur dann von den privaten Krankenversicherungen zu ersetzen, wenn dieser Versicherungsschutz konkret vereinbart worden ist. Dies ist idR nicht der Fall.⁴²² Das LG Köln hat in einem konkreten Versicherungsfall eine entsprechende Anspruchsgeschuld aus dem Vertrag abgelehnt und festgestellt, dass diese auch nicht aus dem Gesetz ersichtlich sei.⁴²³

⁴¹⁸ *Spickhoff*, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267 (276 f).

⁴¹⁹ BT-Drs 17/10488, 25.

⁴²⁰ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 470 ff; *Spickhoff* in FS für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag 120. Siehe dazu Kap 6.6 Aufklärungsverzicht.

⁴²¹ *Kletečka-Pulker* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 58 f.

⁴²² *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (276); *Spickhoff* in FS für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag 127.

⁴²³ LG Köln 28. 2. 2007, 23 O 28/06 VersR 2008, 525 Rz 33.

Selbstzahlende Patienten/Patientinnen müssen die Dolmetschkosten extra bezahlen, da mit den Gebührensätzen der Gebührenordnung für Ärzte⁴²⁴ nur die beruflichen Leistungen der Ärzte/Ärztinnen abgegolten sind und nicht die Kosten für einen Dolmetschdienst.⁴²⁵

6.3.5.6.4 RL 2011/24/EU

RL 2011/24/EU regelt die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung. Hinsichtlich der Aufklärung sieht Art 4 Abs 2 lit b vor, dass Gesundheitsdienstleister einschlägige Informationen bereitstellen müssen, um den jeweiligen Patienten/Patientinnen zu helfen, eine sachkundige Entscheidung zu treffen. Dies gilt insb in Bezug auf Behandlungsoptionen, Verfügbarkeit, Qualität und Sicherheit ihrer im Behandlungsmittelstaat erbrachten Gesundheitsversorgung. Gesundheitsdienstleister haben ferner klare Rechnungen und klare Preisinformationen sowie Informationen über ihren Zulassungs- oder Registrierungsstatus, ihren Versicherungsschutz oder andere Formen des persönlichen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht bereitzustellen.

Die RL lässt Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Sprachenregelung unberührt. Die Mitgliedstaaten können sich dafür entscheiden, Informationen in anderen als den Amtssprachen des betreffenden Mitgliedstaats bereitzustellen, sie müssen dies jedoch nicht (Art 4 Abs 5 RL). Somit bleibt unklar, inwieweit die Aufklärung in Fremdsprachen erfolgen muss. Zudem ist festzuhalten, dass die Regelungen der RL sich nur auf jene Fälle beziehen, in denen die Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Versicherungsmittelstaat erbracht oder verschrieben werden (Art 3 lit e). Nehmen hingegen Patienten/Patientinnen Leistungen in einem Mitgliedstaat in Anspruch, in dem sie versichert sind, dessen Amtssprache sie jedoch nicht sprechen, kommt die RL von vornherein nicht zur Anwendung.

6.3.5.6.5 Sozialhilfe/Bedarfsorientierte Mindestsicherung

Denkbar wäre eine Übernahme der Dolmetschkosten durch die Sozialhilfe, wie dies etwa in Deutschland teilweise judiziert wird. Das deutsche BVerwG hat Dolmetschkosten als Teil der Krankenhilfe im Sozialhilferecht angesehen und Kostenersatz zugesprochen. Es hielt zwar fest, dass die Sprachmittlung insb durch Verwandte oder sonst Nahestehende auszuüben und ein kostenpflichtiger Dolmetschdienst nur im Ausnahmefall beizuziehen sei. Wenn die Beziehung allerdings nötig sei, dann seien die Kosten dafür durch die Sozialhilfe gedeckt.⁴²⁶ Nachfolgende Jud schloss sich dem an⁴²⁷, das SG Hildesheim entschied indes gegenteilig,

⁴²⁴ Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 12. November 1982 BGBI I S. 1522 idF BGBI I S. 1861.

⁴²⁵ Andreas, ArztR 2001, 206 (207).

⁴²⁶ BVerwG 25. 1. 1996, 5 C 20/95.

⁴²⁷ OVG Lüneburg 11. 1. 2002, 4 MA 1/02.

führte allerdings an, dass die Finanzierung als Hilfe in sonstigen Lebenslagen nach § 73 SGB XII⁴²⁸ möglich bleibt.⁴²⁹

In Österreich gewährleistet die Bedarfsorientierte Mindestsicherung auf Länderebene pauschalierte Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes und des Wohnbedarfes, jeweils außerhalb von stationären Einrichtungen sowie durch die bei Krankheit, Schwangerschaft und Entbindung erforderlichen Leistungen.⁴³⁰ Eine Norm ähnlich wie jener des § 73 SGB XII, die Hilfe in sonstigen Lebenslagen gewährt, besteht derzeit in keiner landesgesetzlichen Bestimmung.

6.3.5.6.6 Geschäftsführung ohne Auftrag

Denkbar wäre das Hinzuziehen eines Dolmetschdienstes durch den/die BehandlerIn bzw die Krankenanstalt als Geschäftsführung ohne Auftrag für den Patienten/die Patientin zu sehen. Der/die BehandlerIn tätigt nA *Muschner* ein fremdes Geschäft, wenn er/sie sich entschließt, eine/n nicht deutschsprachige/n Patienten/Patientin zu behandeln und einen Dolmetschdienst beauftragt.⁴³¹ Gem § 1035 iVm § 1037 ABGB soll sich der Geschäftsführer grds um die Zustimmung des Geschäftsherrn, also hier des Patienten/der Patientin, bemühen. Der/die BehandlerIn hat daher mE zu versuchen, die Zustimmung des Patienten/der Patientin zur Beauftragung eines Dolmetschdienstes einzuholen. Dies ist vor allem dann relevant, wenn bereits durch die Beauftragung Kosten anfallen – etwa indem der Dolmetschdienst die Anreise oder den Erstkontakt in Rechnung stellt. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag ist daher nur dann denkbar, wenn mit dem Patienten/der Patientin keine Verständigung dahingehend möglich, ob ein Dolmetschdienst beigezogen werden soll und der/die BehandlerIn einen solchen beauftragt. Ist der Dolmetschdienst dann verfügbar und somit eine Kommunikation möglich, muss unverzüglich die Zustimmung des Patienten/der Patientin eingeholt werden.⁴³²

Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag ist, dass es sich um eine fremde Angelegenheit handelt. Die Beziehung eines Dolmetschdienstes seitens des Behandlers/der Behandlerin erfolgt immer auch im eigenen Interesse

⁴²⁸ § 73 SGB XII lautet: Leistungen können auch in sonstigen Lebenslagen erbracht werden, wenn sie den Einsatz öffentlicher Mittel rechtfertigen. Geldleistungen können als Beihilfe oder als Darlehen erbracht werden.

⁴²⁹ SG Hildesheim 1. 12. 2011, S 34 SO 217/10.

⁴³⁰ Burgenländisches Mindestsicherungsgesetz LGBI 2010/76 idF LGBI 2018/40; Kärntner Mindestsicherungsgesetz LGBI 2007/15 idF LGBI 2018/10; NÖ Mindestsicherungsgesetz LGBI 9205-3 idF LGBI 2018/23; OÖ Mindestsicherungsgesetz LGBI 2011/74 idF LGBI 2018/55; Salzburger Mindestsicherungsgesetz LGBI 2017/63 idF LGBI 2017/124; Steiermärkisches Mindestsicherungsgesetz LGBI 2011/14 idF LGBI 2018/63; Tiroler Mindestsicherungsgesetz LGBI 2010/99 idF LGBI 2018/18; Vbg Mindestsicherungsgesetz LGBI 2010/64 idF LGBI 2018/37; Wiener Mindestsicherungsgesetz LGBI 2010/38 idF LGBI 2018/02.

⁴³¹ *Muschner*, haftungsrechtliche Stellung in Fällen sprachbedingter Missverständnisse 177.

⁴³² *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III. Schuldrecht Besonderer Teil³ (2008) 229.

dieselben/derselben, da er/sie die eigene Haftung für sprachbedingte Missverständnisse ausräumen möchte. Zwar schadet es grds nicht, dass der Geschäftsführer zusätzlich auch ein eigenes Interesse daran hat, dass das fremde Geschäft erledigt wird, es darf allerdings nicht der gesamte getätigte Aufwand dem eigenen Interesse des Geschäftsführers entsprechen und zugleich sein eigenes Geschäft sein.⁴³³ *Muschner* und ihm folgend *Steiner* sehen allerdings ebendies bei der Beauftragung eines Dolmetschdienstes durch eine/n BehandlerIn gegeben, wodurch die Geschäftsführung ohne Auftrag ausscheiden würde.⁴³⁴ Sie argumentieren jedoch mE schlüssig weiter, dass der Krankenanstalt bzw dem/der BehandlerIn die Durchführung der Behandlung – von unabweisbaren Personen und Notfällen abgesehen – freistehet, wodurch die Aufklärung der Krankenanstalt bzw des Behandlers/der Behandlerin über den potentiellen Eingriff nicht automatisch eine Behandlungspflicht nach sich ziehe. Das Hinzuziehen eines Dolmetschdienstes diene nicht der Vermeidung der eigenen Haftung, da das Unterlassen des Hinzuziehens noch keine haftungsbegründende Wirkung hat. Es diene lediglich dazu, die Voraussetzungen für die weitere Behandlung zu schaffen. Die Beauftragung des Dolmetschdienstes stelle somit sehr wohl ein fremdes Geschäft dar, weshalb der/die BehandlerIn bzw Krankenanstalt einen Ersatz für die Aufwendungen, also für die vorläufig vorgestreckten Dolmetschkosten, verlangen könnte (§ 1037 ABGB).⁴³⁵

Im Falle einer unter den genannten Voraussetzungen erfolgten Geschäftsführung ohne Auftrag könnte daher der/die BehandlerIn (mit entsprechendem Kostenerstattungsanspruch) einen Ersatz der vorläufig vorgestreckten Dolmetschkosten vom Patienten/von der Patientin verlangen.

6.3.5.7 Dolmetschung via Telefon oder Video

Sonderformen der Beziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin stellen das Telefon- und das Videodolmetschen dar. Professionelles Telefondolmetschen wird zB in der Schweiz⁴³⁶ oder in Salzburg seit 2016 für niedergelassene Kassenärzte/Kassenärztinnen angeboten.⁴³⁷ Die Praxis des professionellen Videodolmetschens wurde vom IERM getestet⁴³⁸ und wird nunmehr österreichweit angeboten.⁴³⁹ Auch in anderen Ländern wird professionelles

⁴³³ *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III 227; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.05 § 1035 (Stand 1.4.2018, rdb.at) Rz 6.

⁴³⁴ *Muschner*, haftungsrechtliche Stellung in Fällen sprachbedingter Missverständnisse 177; *Steiner*, RdM 2005/67.

⁴³⁵ *Muschner*, haftungsrechtliche Stellung in Fällen sprachbedingter Missverständnisse 177; *Steiner*, RdM 2005/67.

⁴³⁶ *Flubacher* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 133; *Telefondolmetschdienst Schweiz*, <http://www.0842-442-442.ch> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁴³⁷ *Wagner*, Dolmetsch via Telefon, Ärzte Krone 2016/17, 4; <https://www.videodolmetschen.com/portfolio/aerztekammer-salzburg-oesterreich/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁴³⁸ *Kletečka-Pulker/Parrag*, Videodolmetschen.

⁴³⁹ *SAVD Videodolmetsch GmbH*, <http://www.videodolmetschen.com/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Videodolmetschen eingesetzt.⁴⁴⁰ Hinzu kommen Laiendolmetschungen per Telefon oder Video. Patienten/Patientinnen rufen zB aus der Arztpraxis Angehörige oder Bekannte an und diese fungieren via Telefon oder Videochat als LaiendolmetscherInnen. In Deutschland findet Laiendolmetschen per Telefon auch organisiert und semiprofessionell statt. So wird etwa für arabisch- und kurdischsprachige Patienten/Patientinnen von Zahnärzten/Zahnärztinnen ein Telefondolmetschdienst angeboten. Die dolmetschende Person ist dabei jedoch keine professionell ausgebildete Dolmetscherin, sondern eine syrische Zahnärztin, die als Flüchtling nach Deutschland gekommen ist.⁴⁴¹

Bei den genannten Anwendungen sind die DolmetscherInnen nicht physisch beim Aufklärungsgespräch anwesend, sondern dolmetschen dieses via Telefon- oder Videozuschaltung. Während beim Telefondolmetschen lediglich eine Audioverbindung aufgebaut wird, funktioniert das Videodolmetschen auch visuell.

Ebenso wie bei einem/einer im Behandlungssetting anwesenden DolmetscherIn stellen sich bei Telefon- oder Videodolmetschungen Fragen nach der Verschwiegenheit und der Haftung. Hinzu kommt die Frage, ob die Anwendungen datenschutzrechtliche und gesundheitstelematische Schwierigkeiten verursachen.

Hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht ist ebenso wie beim herkömmlichen Dolmetschen sicherzustellen, dass der/die PatientIn den/die BehandlerIn von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem/der DolmetscherIn entbindet (§ 54 ÄrzteG; § 21 ZÄG; § 6 GuKG; § 7 HebG; § 121 StGB; § 9 KAKuG).⁴⁴² Zudem ist darauf zu achten, dass die Zuschaltung des Dolmetschers/der Dolmetscherin von Standorten erfolgt, an denen die Vertraulichkeit gewahrt ist.⁴⁴³ Dies ist vor allem dann schwierig, wenn Angehörige oder Bekannte des Patienten/der Patientin als LaiendolmetscherInnen fungieren.

Die Haftung der via Telefon oder Video zugeschalteten DolmetscherInnen ist ebenso zu beurteilen, wie jene von persönlich anwesenden Dolmetschern/Dolmetscherinnen.⁴⁴⁴

IdR werden beim professionellen Telefon- oder Videodolmetschen im Gesundheitsbereich Gesundheitsdaten des Patienten/der Patientin elektronisch an den/die DolmetscherIn übermittelt, was iSd Art 4 Z 2 DSGVO eine Verwendung darstellt.

⁴⁴⁰ In Deutschland etwa: www.arztkonsultation.de (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁴⁴¹ Siemer, „Die meisten bedanken sich für die Hilfe“, DFZ 2016/60, 16.

⁴⁴² Siehe Kap 6.3.5.4 Fragen der Verschwiegenheitspflicht bei Heranziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin.

⁴⁴³ Kletečka-Pulker in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner 45; Schwamberger, Teleoperation – rechtliche Aspekte, RdM 1997, 47 (Z 8).

⁴⁴⁴ Siehe Kap 6.3.5.5.2 Haftung des Dolmetschers/der Dolmetscherin.

Gesundheitsdaten sind gem Art 4 Z 15 DSGVO⁴⁴⁵ personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen. Gesundheitsdaten fallen unter Art 9 DSGVO und stellen eine besondere Kategorie personenbezogener Daten dar. Ihre Verarbeitung ist damit grds untersagt. Art 9 Abs 2 DSGVO zählt jedoch taxativ Ausnahmen auf, unter deren Voraussetzung die Verarbeitung dennoch erlaubt ist. Eine dieser Ausnahmen ist, dass die betroffene Person in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich eingewilligt hat (Art 9 Abs2 lit a DSGVO). Die Schriftform ist in der DSGVO – ebenso wie im davor geltenden DSG 2000 – für die ausdrückliche Zustimmung nicht erforderlich, wird aber von *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* dringend empfohlen.⁴⁴⁶ Stimmt der/die PatientIn dem Einsatz eines professionellen Telefon- oder Videodolmetschdienstes und der damit einhergehenden Verwendung der Gesundheitsdaten zu, ist dieser gerechtfertigt.

Eine Verletzung der Geheimhaltungsinteressen liegt gem Art 9 Abs 2 lit c DSGVO auch dann nicht vor, wenn die Verarbeitung zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person erforderlich und die betroffene Person aus körperlichen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, ihre Einwilligung zu geben. Dieser Ausnahmetatbestand lässt somit die Verwendung von Daten im medizinischen Notfall zu, wenn die betroffene Person aus physischen (Ohnmacht, Koma) oder rechtlichen (gesetzliche/r VertreterIn ist nicht erreichbar) Gründen die Zustimmung nicht rechtzeitig geben kann.⁴⁴⁷ Der Einsatz von Dolmetschdiensten wird nicht nötig sein, wenn die Person aus physischen Gründen nicht zustimmen kann. Sehr wohl kann jedoch der Fall eintreten, dass psychisch kranke Personen sich nicht mit dem/der BehandlerIn verständigen und auch ihre Zustimmung zum Einsatz des Dolmetschdienstes nicht erteilen können. Liegt dann Gefahr im Verzug vor, dürfen die sensiblen Daten dennoch im Rahmen des Telefon- oder Videodolmetschens geteilt werden, sodass eine Behandlung und Verständigung mit dem Patienten/der Patientin stattfinden kann.

⁴⁴⁵ VO (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (DSGVO) ABI L 2016/119, 1.

⁴⁴⁶ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 9 (Stand: 26. 11. 2015, rdb.at).

⁴⁴⁷ Noch bezogen auf das DSG 2000, aber sinngemäß auch auf die DSGVO anwendbar: *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 9 (Stand: 26. 11. 2015, rdb.at); *Schwamberger*, Einige gesundheitsrechtlich relevante Aspekte des Datenschutzgesetzes 2000, RdM 1999, 131. Zur Weitergabe der Patientendaten im Notfall an Notärzte/Notärztinnen siehe *Aigner/Schwamberger*, Weitergabe von Patientendaten im Notfall. Ärztegeheimnis und Datenschutz stehen einer Weitergabe von Patientendaten im Notfall an Notärzte nicht entgegen, RdM 2006/94.

Gem Art 9 Abs 2 lit h DSGVO ist die Verarbeitung weiters für Zwecke der Gesundheitsvorsorge oder der Arbeitsmedizin, für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten, für die medizinische Diagnostik, die Versorgung oder Behandlung im Gesundheits- oder Sozialbereich oder für die Verwaltung von Systemen und Diensten im Gesundheits- oder Sozialbereich auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats oder aufgrund eines Vertrags mit einem Angehörigen eines Gesundheitsberufs, erlaubt. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass gem Art 9 Abs 3 DSGVO diese Daten von Fachpersonal oder unter dessen Verantwortung verarbeitet werden und dieses Fachpersonal dem Berufsgeheimnis unterliegt, oder wenn die Verarbeitung durch eine andere Person erfolgt, die ebenfalls einer Geheimhaltungspflicht unterliegt. Ist somit sichergestellt, dass die DolmetscherInnen der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, ist die Verarbeitung ebenfalls gerechtfertigt.

Videodolmetschen stellt idR keine Bildaufnahme iSd § 12 DSG dar, da die Arzt-Patienten-Gespräche nicht aufgezeichnet werden.⁴⁴⁸ Eine Bildaufnahme wäre zwar unter der Voraussetzung, dass die betroffene Person zur Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat, zulässig (§ 12 Abs 2 Z 2 DSG) und wird aus Beweissicherungsgründen immer wieder sowohl von Patienten- als auch von Ärzteseite gewünscht, damit einher gingen allerdings umfassende besondere Datensicherheitsmaßnahmen (§ 13 DSG).

Nach § 1 Abs 1 GTelG 2012⁴⁴⁹ fällt unter dessen Anwendungsbereich die Verarbeitung personenbezogener elektronischer Gesundheitsdaten und genetischer Daten durch die Gesundheitsdiensteanbieter. Wird das Telefon- oder Videodolmetschen in Krankenanstalten oder bei niedergelassenen Ärzten/Ärztinnen eingesetzt, handelt es sich dabei um Gesundheitsdiensteanbieter, die die Gesundheitsdaten in elektronischer Form zum Zweck der medizinischen Behandlung oder Versorgung sowie zur Wahrnehmung von Patientenrechten verwenden, wodurch die Voraussetzungen des § 2 Z 2 lit a, e GTelG 2012 erfüllt sind. Beim Einsatz von Telefon- oder Videodolmetschen ist daher darauf zu achten, die Bestimmungen des GTelG 2012 einzuhalten. Diese umfassen insb Vorschriften zur Feststellung der Identität jener Personen, deren Gesundheitsdaten weitergegeben werden sollen (idR der/die PatientIn) sowie jener der Gesundheitsdiensteanbieter. Zudem ist auf die Vertraulichkeit (§ 6 GTelG 2012) sowie die Integrität (§ 7 GTelG 2012) der elektronischen Gesundheitsdaten zu achten.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Kletečka-Pulker, Sprachbarrieren im Gesundheitsbereich – Reduktion des Haftungsrisikos durch Videodolmetschen, GesR 2016, 206 (212).

⁴⁴⁹ Bundesgesetz betreffend Datensicherheitsmaßnahmen bei der Verwendung elektronischer Gesundheitsdaten (Gesundheitstelematikgesetz 2012 – GTelG 2012) BGBI I 2012/111 idF BGBI I 2018/37.

⁴⁵⁰ Siehe zur Gesundheitstelematik generell Hartinger-Klein/Klein/Haas, Gesundheitstelematik: medizinische, ökonomische und ethische Gesichtspunkte, SozSi 2012, 258.

6.4 Beachtung von kulturellen bzw migrationsspezifischen Besonderheiten bei der Aufklärung

Ist der/die PatientIn kulturell nicht westlich geprägt oder von seiner/ihrer Migrations- oder Fluchtgeschichte stark geprägt, so muss dies auch bei Art und Umfang der Aufklärung berücksichtigt werden. Welche Informationen konkret von der jeweiligen Aufklärung umfasst sind, kann nicht abstrakt und einheitlich festgelegt werden, sondern muss aufgrund „gewissenhafter ärztlicher Übung und Erfahrung unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des Krankheitsbildes“⁴⁵¹ beurteilt werden. Die Aufklärung hat also nach den individuellen Umständen des Einzelfalles zu erfolgen.⁴⁵² Dabei handelt es sich nicht um eine feststellungsfähige Tatfrage, sondern um eine stets anhand der zu den konkreten Umständen des Einzelfalles getroffenen Feststellungen zu beurteilende Rechtsfrage.⁴⁵³

Konkret ist bei migrantischen Patienten/Patientinnen mE besonders auf die psychische Verfasstheit, die kulturelle Prägung sowie die vorhandenen Vorinformationen zu achten.

Keine Rolle für Art und Umfang der Aufklärung darf hingegen die wirtschaftliche bzw soziale Situation des Patienten/der Patientin spielen. Von der Aufklärungspflicht umfasst sind jedenfalls mögliche Diagnose- und Behandlungsarten, deren Risiken und Folgen (Art 16 Abs 1 Patientencharta) sowie die Kosten der Behandlung (Art 16 Abs 5 Patientencharta). Dies gerade dann, wenn mögliche Behandlungen nicht von der Sozialversicherung gedeckt sind. Der Kassenarzt/die Kassenärztin ist verpflichtet, den Patienten/die Patientin darüber zu informieren, dass er/sie mehr tun kann, als die Kasse bezahlt. Dazu besteht nach *Steffen* zwar keine Pflicht, wenn die von der gesetzlichen Krankenversicherung gebotene Leistung medizinisch ausreichend ist. Eine Pflicht zur Aufklärung besteht aber dann, „wenn die Versorgung dieses Kranken in dem konkreten Zustand, in dem er sich befindet, mit den Möglichkeiten, welche die gesetzliche Krankenversicherung eröffnet, nach dem modernen Stand der Medizin nicht mehr gewährleistet werden kann“.⁴⁵⁴ Das OLG Oldenburg hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass der behandelnde Arzt darüber aufklären hätte müssen, dass eine weitere Behandlung (hier eines Minderwuchs der Patientin) möglich wäre, auch wenn die Patientin lediglich einen Krankenschein für eine ärztliche Behandlung nach dem

⁴⁵¹ OGH 18. 3. 1981, 1 Ob 743/80.

⁴⁵² OGH 18. 3. 1981, 1 Ob 743/80; 23. 1. 1986, 6 Ob 683/84; 18. 3. 2015, 3 Ob 22/15 d; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/86; *Steiner*, JBl 1982, 169 (173).

⁴⁵³ OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82; 21. 9. 1989, 8 Ob 535/89; 7. 9. 1993, 10 Ob 503/93; 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94; 31. 1. 1995, 4 Ob 509/95; *Engljähringer*, Aufklärungspflicht 125 ff mwN; *Pitzl/Huber*, Behandlungsaufklärung – Risikoaufklärung – Aufklärungsbögen, RdM 1996, 113.

⁴⁵⁴ *Steffen*, Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten, in *Brandner/Hagen/Stürner* (Hrsg), FS für Karlmann Geiß (2000) 487 (502).

Asylwerberleistungsgesetz vorgelegt hatte und dieser die weitere Behandlung nicht finanziell abdeckte.⁴⁵⁵

6.4.1 Psychische Verfasstheit des Patienten/der Patientin

Die Patientencharta betont in Art 16 Abs 2 die Persönlichkeitsstruktur des Patienten/der Patientin. Demnach hat die Art der Aufklärung der Persönlichkeitsstruktur und dem Bildungsstand des Patienten/der Patientin angepasst und den Umständen des Falles entsprechend zu erfolgen. *Memmer* subsumiert darunter die intellektuellen Fähigkeiten sowie die psychische Verfassung und Belastbarkeit des Patienten/der Patientin. Unter letzterem ist einerseits zu verstehen, dass die Aufklärung im Patientenwohl zu erfolgen hat. § 5a Z 3 KAKuG hält fest, dass dem Pflegling medizinische Informationen in „möglichst verständlicher und schonungsvoller Art“ gegeben werden müssen. Migranten/Migrantinnen sind oftmals aufgrund ihrer Migrationserfahrung, der Situation als AusländerInnen in Österreich, Kommunikationsschwierigkeiten und sozialer und kultureller Barrieren in ihrer psychischen Befindlichkeit beeinträchtigt.⁴⁵⁶ Besonders betroffen sind Flüchtlinge, die aufgrund ihrer Fluchterfahrung idR traumatisiert sind.⁴⁵⁷ Der Arzt/die Ärztin hat daher bei diesen Gruppen darauf Bedacht zu nehmen, die Aufklärung möglichst schonungsvoll zu gestalten.

Andererseits kann die Bedachtnahme auf die psychische Verfassung und Belastbarkeit dazu führen, dass die Aufklärung eingeschränkt oder im Einzelfall ganz entfallen kann, wenn die Mitteilung über die Schwere der Krankheit oder die möglichen Folgen einer Behandlung gravierende negative Auswirkungen auf den Gesundheitszustand des Patienten/der Patientin hätten.⁴⁵⁸ Dieser „therapeutische Vorbehalt“ ist jedoch nur in sehr engen Schranken zulässig. Es hat jedenfalls ein Arzt-Patienten-Gespräch stattzufinden, in dem abzuklären ist, ob eine umfassende Aufklärung schwerwiegende negative Auswirkungen, wie etwa Depression oder Selbstmordgefahr, hätte.⁴⁵⁹ Auf Fragen des Patienten/der Patientin ist wahrheitsgemäß zu

⁴⁵⁵ OLG Oldenburg 30. 5. 2014, 5 U 216/11.

⁴⁵⁶ *Biffl/Rössl/Faustmann*, Migration, Interkulturalität und Sucht – ein komplexes Zusammenspiel, SozSi 2015, 493; *David* in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* 10 mwN; *Razum/Geiger*, Migranten, in *Schwartz/Badura/Busse/Leidl/Raspe/Siegrist/Walter* (Hrsg), Public Health. Gesundheit und Gesundheitswesen² (2003) 686; *Svejda-Hirsch*, „Ein Trauma kann man als Erdbeben im Kopf umschreiben.“ Migration als Herausforderung für die Psychiatrie, Soziale Medizin 2010/3, 31; *Topf* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 156.

⁴⁵⁷ *Frankfurter Allgemeine*, Traumatisierte Flüchtlinge „Mindestens die Hälfte der Menschen ist psychisch krank“, 16. 9. 2015, <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/fluechtlinge-sind-oft-traumatisiert-13806687.html> (abgefragt am 8. 4. 2018); *Gözler/Schneck*, Traumatisierte Flüchtlinge in Deutschland/Traumatised refugees in Germany – circumstances of psychotherapeutic treatment, Kontext 2013/44, 41; *Kremla*, Psychotherapie für Flüchtlinge. Vom Wohlwollen und dem politischen Willen, SozSi 2012, 497; *Svejda-Hirsch*, Soziale Medizin 2010/3, 31; *Topf* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 156. Siehe dazu auch Kap 4.3.2 Zugang zum Gesundheitssystem für Flüchtlinge.

⁴⁵⁸ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/95.

⁴⁵⁹ OGH 19. 12. 1984, 3 Ob 562/84; 7. 3. 2006, 1 Ob 4/06 d. Auch (untergebrachte) psychisch kranke Patienten/Patientinnen müssen grds aufgeklärt werden. Eine Ausnahme besteht nach § 35 Abs 2 UbG nur dann,

antworten, eine so genannte „barmherzige Lüge“ ist nicht erlaubt.⁴⁶⁰ Auch bei traumatisierten geflüchteten Personen ist daher eine strenge Abwägung geboten. In Österreich ist – anders als es etwa Personen aus der Türkei⁴⁶¹ kennen – der Wunsch der Angehörigen nach Verheimlichung der Diagnose nicht durchsetzbar, sehr wohl kann jedoch durch professionelle und einfühlsame Kommunikation und dem Wissen über diese kulturelle Besonderheit die Situation dahingehend entschärft werden, sodass alle Beteiligten mit der Situation umgehen können. Erfolgt dies nicht, kann es zu Komplikationen kommen, wie etwa der von *Ilkilic* beschriebene Fall zeigt, in dem die Ärzte/Ärztinnen entgegen dem Wunsch der Eltern den volljährigen Sohn über dessen zu erwartenden baldigen Tod aufgeklärt hatten. Als der Patient zwei Tage nach Mitteilung der Diagnose verstarb, machten die Eltern die ärztliche Aufklärung für den Tod verantwortlich – ihrer Überzeugung nach habe sich der Gesundheitszustand erst dadurch derart verschlechtert, dass der Sohn verstorben sei.⁴⁶²

6.4.2 Kulturelle Prägung des Patienten/der Patientin

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des OGH im Fall des libyschen Staatsbürgers Rafalla El-K. Bei diesem sollten im Jahr 1988 Zahnextraktionen und Wurzelbehandlungen im Unterkiefer von einem Zahnarzt in Wien durchgeführt werden. Da der Patient an Würgeanfällen litt, wurde er über die Möglichkeiten einer Lokalanästhesie sowie einer Vollnarkose belehrt. Er begehrte die Vornahme des Eingriffes unter Vollnarkose. Diese wurde von einer mit dem Zahnarzt zusammenarbeitenden Narkoseärztein lege artis und nach einer ausführlichen Anamnese, die unter der Beiziehung eines vom Patienten mitgebrachten Dolmetschers erfolgte, durchgeführt. Trotz der fehlerfreien Narkosevorbereitung kam es zu einem Narkosezwischenfall, der zu einem apallischen Syndrom führte. Der Patient verstarb 1996 in einer Pflegeabteilung ohne eine wesentliche Verbesserung seines Gesundheitszustandes erfahren zu haben. Der OGH hatte sich in der Folge mit Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Zahnarzt und der Narkoseärztein zu befassen. In diesem Zusammenhang stellte er fest, dass weder der Narkoseärztein noch dem Zahnarzt ein Kunstfehler vorgeworfen werden könne. Zur Frage, ob der Patient rechtswirksam aufgeklärt worden sei, führte er in seiner Entscheidungsgrundbegründung Folgendes aus: „Wenn auch im Allgemeinen davon ausgegangen werden kann, dass einem Patienten durchschnittlicher Bildung bekannt ist, dass eine Vollnarkose höhere Risiken in sich birgt als eine Lokalanästhesie, ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass der Patient im vorliegenden

wenn der/die PatientIn durch die Aufklärung in der körperlichen oder psychischen Gesundheit geschädigt wird (*Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012) Rz 614 f).

⁴⁶⁰ *Juen*, Arzthaftungsrecht² 103 mwN; *Kletečka/Neumayer*, RdM 2012/31; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/78.

⁴⁶¹ *Ilkilic*, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2008, 857 (858) mwN.

⁴⁶² *Ilkilic*, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2008, 857 (858).

Fall aus einem anderen Kulturkreis kam und offenbar von der Einstellung geprägt war, dass die Verabreichung einer Vollnarkose bloß für den relativ kleinen zahnärztlichen Eingriff „nichts Besonderes“ sei. Von einem ambulant behandelnden Zahnarzt wird zwar nicht verlangt werden können, dass er einem Patienten sämtliche Narkoserisiken im Detail auflistet. Es ist aber doch zu erwarten, dass er den Patienten mit entsprechendem Ernst und Nachdruck auf die mit einer Vollnarkose einhergehenden hohen gesundheitlichen Risken und auch darauf hinweist, dass trotz bester Vorbereitung und bestmöglicher Abklärung individueller Risikofaktoren schwere, bis zum Tod führende gesundheitliche Schäden auftreten können.“⁴⁶³ Der OGH nannte also die Tatsache, dass der Patient aus einem anderen „Kulturkreis“⁴⁶⁴ kommt, als Kriterium für dessen medizinisches Vorverständnis und damit für den Umfang der Aufklärung. Dies wurde in der Lit teilweise befürwortet⁴⁶⁵, stieß aber auch auf großes Unverständnis. So spricht *Harrer* von der Statuierung überzogener Aufklärungserfordernisse durch dieses Urteil.⁴⁶⁶ Auch *Aigner* sieht die Gefahr, dass es durch solche Einzelfallentscheidungen zu einer erheblichen Verunsicherung der Ärzteschaft samt juristisch wie ökonomisch unerwünschten Nebenwirkungen kommt.⁴⁶⁷ Diese Thematik blieb ein Einzelfall. Auch aus Deutschland liegt zu diesem Thema keine Rsp vor. Zwar führte die Klägerseite in einem vom KG Berlin entschiedenen Fall ins Treffen, dass die aufklärende Ärztin bei ihrer ausländischen Patientin nicht davon ausgehen dürfe, dass der Patientin die mit einer Embolie einhergehenden Gefahren bekannt gewesen seien, da man dieses Wissen bei Ausländern/Ausländerinnen nicht voraussetzen dürfe. Das KG Berlin ging allerdings bloß auf die sprachlichen, nicht jedoch auf die kulturellen Barrieren, ein.⁴⁶⁸

6.4.3 Vorinformationen des Patienten/der Patientin

Der Arzt/die Ärztin darf sich auf die Kenntnis der nicht medizinisch geschulten Bevölkerung idR nicht verlassen.⁴⁶⁹ Dieser Grundsatz gilt mE umso mehr, wenn Personen nicht Deutsch sprechen, vor kurzem erst nach Österreich zugewandert sind oder eine kulturell nicht europäische Prägung erfahren haben. Eine Studie von *David* hat gezeigt, dass türkeistämmige Patientinnen deutlich weniger „Basiswissen“ über spezifische weibliche

⁴⁶³ OGH 15. 3. 2001, 6 Ob 258/00 k.

⁴⁶⁴ Der Begriff „Kulturkreis“ ist aufgrund seiner konzeptuellen Verbundenheit mit dem essentialistischen Kulturbegriff problematisch. Da ihn der OGH jedoch verwendet, wird er auch hier genannt.

⁴⁶⁵ *Leischner*, Sprach- und kulturspezifische Anforderungen an die ärztliche Aufklärung, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 203; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/97.

⁴⁶⁶ *Harrer*, Zufall und Wahrscheinlichkeit im Haftungsrecht. Sonderheft Verkehrsrechtstag 2012, ZVR 2012/237.

⁴⁶⁷ *Aigner*, Arzt und Patient – die ärztliche Aufklärung, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 25 (28).

⁴⁶⁸ KG Berlin 8. 5. 2008, 20 U 202/06.

⁴⁶⁹ OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82.

Körperfunktionen, Anatomie, Vorsorge oder Verhütung aufweisen als Nicht-Migrantinnen.⁴⁷⁰ Sind Indizien für Vorinformationen wie Beruf, Ausbildung oder Erfahrung bereits bei inländischen und/oder deutschsprachigen Patienten/Patientinnen mit Vorsicht zu genießen und wird eine dahingehende Rsp in der Lit kritisiert⁴⁷¹, muss dies umso mehr für migrantische Patienten/Patientinnen gelten. Da der medizinische Standard nicht in allen Ländern gleich ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der/die PatientIn bereits über einen ähnlichen schon einmal im Ausland durchgeführten Eingriff aufgeklärt wurde. Da das Verständnis von Krankheit und Gesundheit stark kulturell geprägt ist, muss bei migrantischen Patienten/Patientinnen zudem berücksichtigt werden, dass vorhandenes Wissen anders gedeutet werden kann. Eine Studie von *Pette/Borde/David* hat beispielsweise ergeben, dass die Kenntnis über Diagnose und Therapie der Erkrankung bei türischstämmigen Patientinnen sowohl vor und nach einem Krankenhausaufenthalt deutlich geringer war als bei deutschen Patientinnen.⁴⁷²

Umgekehrt kann jedoch die Pflicht zur Aufklärung minimiert werden oder ganz entfallen, wenn der/die PatientIn bereits über ausreichende Informationen, die als Entscheidungsgrundlage dienen, verfügt. Der Ursprung dieser Vorinformationen ist dabei nicht von Bedeutung. Das Wissen kann etwa durch vorausgegangene Eingriffe, im Zuge einer Ausbildung und Berufsausübung des Patienten/der Patientin oder auf beliebige andere Weise erworben worden sein.⁴⁷³

6.5 Umgang mit Sprach- bzw Kulturbarrieren bei der therapeutischen Aufklärung

Stand im Mittelpunkt der bisherigen Ausführungen die Selbstbestimmungsaufklärung, wird nunmehr auf die therapeutische Aufklärung eingegangen. Diese zählt zum Inhalt der ärztlichen Therapie und der/die PatientIn kann nicht wirksam darauf verzichten. Eine Verletzung der Sicherungsaufklärungspflicht begründet rechtsdogmatisch einen Behandlungsfehler.⁴⁷⁴ Bei nicht deutschsprachigen Personen muss daher ein Weg gefunden werden, die Sprachbarriere zu überbrücken und die Sicherungsaufklärung vorzunehmen.

⁴⁷⁰ David in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* 8.

⁴⁷¹ Englähringer, Aufklärungspflicht 222 mwN.

⁴⁷² Pette/Borde/David, Kenntnis über die Diagnose und Therapie ihrer Erkrankung bei deutschen und türischstämmigen Patientinnen vor und nach einem Krankhausaufenthalt, J Turkish German Gynecol Assoc 2004, 330.

⁴⁷³ OGH 31. 3. 2011, 1 Ob 9/11 x; Englähringer, Aufklärungspflicht 221; Kletečka/Neumayer, RdM 2012/31; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/100. Siehe dazu auch Kap 6.3.3.1 Mehrsprachige Aufklärungsbögen.

⁴⁷⁴ Englähringer, Aufklärungspflicht 7 ff; Juen, Arzthaftungsrecht² 118; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/84/c.

Die Sicherungsaufklärung muss die Vermittlung all jener Informationen umfassen, die zur Sicherstellung des Heilerfolges erforderlich sind und soll dem Patienten/der Patientin ermöglichen an der Behandlung mitzuwirken.⁴⁷⁵

Bei migrantischen Patienten/Patientinnen wird die therapeutische Aufklärung insofern von jener für nicht migrantische Patienten/Patientinnen abweichen, als diese besonders sorgfältig über die weitere Vorgehensweise zu informieren sind. Zwar kann auch bei deutschsprachigen und kulturell österr geprägten Personen nicht davon ausgegangen werden, dass sie zB Beschwerden als Komplikationen erkennen und sich daraufhin in der Krankenanstalt melden⁴⁷⁶, kulturell nicht westlich geprägte Patienten/Patientinnen weisen allerdings einen erhöhten Bedarf an Informationen auf.⁴⁷⁷ Zu denken ist hier auch an die Aufklärung hinsichtlich besonderer Verhaltensmuster von religiösen Patienten/Patientinnen. Im neunten Monat des islamischen Mondkalenders (*Ramadan*) ist ua vorgesehen, dass Muslime/Musliminnen tagsüber auf Essen, Trinken und Rauchen verzichten. Obwohl Kranke von den Fastenvorschriften ausgenommen sind, verzichten muslimische Patienten/Patientinnen häufig von der Morgendämmerung bis nach Sonnenuntergang nicht nur auf Essen und Trinken, sondern auch auf Injektionen, Infusionen und Nahrungszufuhr durch künstliche Ernährung.⁴⁷⁸ Dies kann bei bestimmten Krankheiten (zB Diabetes, Migräne, Herzkrankheiten) zu großen Problemen bis zum Tod führen.⁴⁷⁹ Hinzu kommt, dass manche Patienten/Patientinnen in dieser Zeit des Fastens ihre Medikamente nicht oder nicht richtig einnehmen.⁴⁸⁰ Im Sinne einer kultursensiblen Kommunikation ist es von großer Bedeutung, dass BehandlerInnen um den Wunsch zu fasten, Bescheid wissen und im Rahmen der therapeutischen Aufklärung entsprechende Handlungsanweisungen geben.

⁴⁷⁵ Memmer in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/84/c.

⁴⁷⁶ OGH 19. 12. 1956, 2 Ob 673/56; 23. 3. 2000, 10 Ob 24/00 b. Die Gesundheitskompetenz ist in Österreich im internationalen Vergleich eher niedrig (*Sorensen/Pelikan/Röthlin/Ganahl/Slonska/Doyle/Fullam/Kondilis/Agrafiotis/Uiters/Falcon/Mensing/Tchamov/van der Broucke/Brand*, Health literacy in Europe: comparative results of the European health literacy survey (HLS-EU), European Journal of Public Health 2015, 1053 (1055)).

⁴⁷⁷ *Ganahl/Dahlyk/Röthlin/Alpagu/Sikic-Fleischhacker/Peer/Pelikan*, Gesundheitskompetenz; *Löschke-Yaldiz/Özsoy/San/Ünsal/Keegan* in *Wolf/Endler/Wimmer-Puchinger* 143; *Pöllabauer*, Dolmetschen im sozialen, medizinischen und therapeutischen Bereich – eine Gratwanderung zwischen Interessenskonflikten und Streben nach Professionalität, in *Pöllabauer/Prunč* (Hrsg), Brücken bauen statt Barrieren. Sprach- und Kulturmöglichkeit im sozialen, medizinischen und therapeutischen Bereich (2003) 19; *San*, Türkischsprachiges Service im Rahmen der Vorsorgeuntersuchung. Ich bleib' gesund – Sağlıklı kalacağım, in *Karl-Trummer/Pammer* (Hrsg), Migration, Kultur und Gesundheit. Chancen, Herausforderungen und Lösungen (2010) 149.

⁴⁷⁸ *Ilkilic/Takim*, Kultur und medizinische Versorgung, Natur & Geist 2007, 46 (47).

⁴⁷⁹ *Ilkilic*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2007, 1587 (1588); *Smith*, Ramadan. So fasten chronisch Kranke ohne Folgen, Ärzte Zeitung 27. 6. 2016; *Tosun*, Journal für Urologie und Urogynäkologie 2013/20, 19 (20).

⁴⁸⁰ *Hofer*, Der Migrant als Patient, Ärzte Woche 2014/9, <http://www.springermedizin.at/artikel/39301-der-migrant-als-patient> (abgefragt am 8. 4. 2018); *Rohrmoser*, Wenn Muslime zum Arzt gehen, Ärzte Woche 2007/17, <http://www.springermedizin.at/artikel/8404-wenn-muslime-zum-arzt-gehen> (abgefragt am 20. 7. 2016).

Der im KAKuG geregelte Entlassungsbefehl ist als Ausfluss der therapeutischen Aufklärung zu sehen.⁴⁸¹ Bei der Entlassung eines Pfleglings ist unverzüglich ein Entlassungsbefehl anzufertigen, der die für eine allfällige weitere ärztliche, psychologische, psychotherapeutische und pflegerische Betreuung oder Betreuung durch Hebammen notwendigen Angaben und Empfehlungen sowie allfällige notwendige Anordnungen für die Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, Angehörige der gehobenen medizinisch-technischen Dienste oder Heilmasseure zur unerlässlich gebotenen Betreuungskontinuität zu enthalten hat. In diesem sind die Angaben und Empfehlungen bzw. Anordnungen übersichtlich und zusammengefasst darzustellen (§ 24 Abs 2 KAKuG). Bei nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen stellt sich die Frage, in welcher Sprache dieser Arztbrief auszufertigen ist. Es lässt sich derzeit mE aus dem Gesetz keine Verpflichtung der Krankenanstalt ableiten, den Entlassungsbefehl in einer Fremdsprache auszufertigen. Auch faktisch ist es für den Patienten/die Patientin nicht nötig, den Entlassungsbefehl verstehen zu können, da der Arzt/die Ärztin im Rahmen der mündlichen therapeutischen Aufklärung ohnehin verpflichtet ist, die wesentlichen Informationen zu vermitteln und dafür jedenfalls eine Überbrückung der Sprachbarriere notwendig ist.

6.6 Aufklärungsverzicht

6.6.1 Genereller Verzicht auf die Selbstbestimmungsaufklärung

Jede/r entscheidungsfähige PatientIn kann wirksam auf die Selbstbestimmungsaufklärung verzichten (Art 16 Abs 4 Patientencharta). Gegen seinen/ihren Willen soll dem Patienten/der Patientin eine Aufklärung nicht aufgenötigt werden.⁴⁸² Ausnahmen davon stellen etwa § 5 Abs 1 ÄsthOpG, § 8 OTPG, § 7 Abs 1 FMedG⁴⁸³ oder § 5 PatVG⁴⁸⁴ dar – dort ist ein Aufklärungsverzicht rechtsunwirksam.

Der Verzicht kann ausdrücklich, aber auch konkludent (schlüssig) erfolgen. Bei der Annahme eines solchen Verzichtes ist allerdings Zurückhaltung geboten und nach hL⁴⁸⁵ und der Rsp⁴⁸⁶ ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Die allgemeine Regel des § 863 ABGB besagt, dass man seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein

⁴⁸¹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/86.

⁴⁸² OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82.

⁴⁸³ Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG) BGBl 1992/275 idF BGBl I 2018/37.

⁴⁸⁴ Krit zum Verbot des Aufklärungsverzichts im PatVG Memmer, Überlegungen zum Patientenverfügungsgesetz 2006, in Memmer/Kern (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz. Stärkung oder Schwächung der Patientenrechte? (2006) 31 (40 f).

⁴⁸⁵ Engljähringer, Aufklärungspflicht 220 f; Heidinger in Harrer/Graf 47; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/122/a; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 863 Rz 25 (Stand: 1. 11. 2014, rdb.at); Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 863 Rz 17 (Stand Juli 2013, rdb.at); Willinger, Ethische und rechtliche Aspekte der ärztlichen Aufklärungspflicht (1996) 163.

⁴⁸⁶ OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82; 19. 12. 1984, 3 Ob 562/84; 12. 3. 1996, 10 Ob 1530/96.

angenommene Zeichen erklären kann, sondern dass man ihn auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären kann, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen. Ein schlüssiger Verzicht darf also nur dann angenommen werden, wenn kein vernünftiger Grund übrig bleibt, daran zu zweifeln, dass eine Willenserklärung gewollt ist.⁴⁸⁷ Zudem bedarf es eines Verhaltens des Patienten/der Patientin, das deutlich und ernsthaft dessen/deren Willen zum Ausdruck bringt, in Kenntnis eines vorhandenen Rechts auf Aufklärung darauf zu verzichten, wobei der Arzt/die Ärztin sich im Zweifel durch Nachfragen Klarheit verschaffen muss.⁴⁸⁸

Bei nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen wird sich ebendies schwierig gestalten: Zunächst kann der Arzt/die Ärztin aufgrund der Sprachbarriere nicht wissen, ob der/die PatientIn überhaupt vom Recht auf Aufklärung Kenntnis hat. Weiters kann er/sie aufgrund der Sprachbarriere nicht gezielt nachfragen, ob der/die PatientIn auf die Aufklärung verzichten möchte.

Der OGH hat festgestellt, dass der Arzt/die Ärztin nicht schon deshalb einen Aufklärungsverzicht annehmen darf, nur weil der/die PatientIn keine Fragen stellt.⁴⁸⁹ Gerade nicht oder schlecht deutschsprechende Patienten/Patientinnen stellen oftmals aufgrund der Sprachbarriere keine oder wenige Fragen.⁴⁹⁰ Auch kulturell nicht westlich geprägte Patienten/Patientinnen neigen dazu, nicht nachzufragen, da sie es nicht gewohnt sind, der Respektperson Arzt/Ärztin eine Frage zu stellen oder gar nicht um ihr Recht auf Aufklärung wissen.⁴⁹¹

Da an den Verzicht der Aufklärung ein strenger Maßstab anzulegen ist, und es von den Umständen des Einzelfalls abhängt, inwieweit allein aus dem Verhalten des Patienten/der Patientin geschlossen werden kann, dass er/sie an einer Aufklärung nicht interessiert ist⁴⁹², kommt dem Arzt/der Ärztin mE die Verpflichtung zu, das Verhalten von migrantischen Patienten/Patientinnen vor diesem Hintergrund zu prüfen. Verneint der/die migrantische PatientIn, Fragen zu haben oder noch weitere Informationen zu benötigen, muss dies immer auch vor dem Hintergrund der kulturellen Prägung gesehen und darf nicht leichtfertig als Aufklärungsverzicht gedeutet werden. Es ist dem/der BehandlerIn mE zumutbar kurz aufzuzeigen, dass Fragen jederzeit gestellt werden dürfen, wenn der Verdacht besteht, dass der/die PatientIn dies aufgrund der kulturellen Prägung für unhöflich oder unpassend hält.

⁴⁸⁷ Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,01} § 863 Rz 17 (Stand Juli 2013, rdb.at).

⁴⁸⁸ Engläringer, Aufklärungspflicht 221.

⁴⁸⁹ OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82.

⁴⁹⁰ Ilkilic, Gynäkologe 2010/43, 53 (54); Pette/Pachaly/David, Turkish and German patient's recall of diagnosis and therapy before and following informed consent, Ethn Health 2004, 213 mwN.

⁴⁹¹ Spickhoff in FS für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag 121.

⁴⁹² OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82; 21. 9. 1989, 8 Ob 535/89.

Gibt der/die PatientIn jedoch auch auf Nachfragen hin zu verstehen, keine Aufklärung zu wünschen, ist dies ebenso wie bei deutschsprachigen Patienten/Patientinnen zu respektieren.

6.6.2 Verzicht auf weitergehende Aufklärung

Vom generellen Verzicht auf die Aufklärung ist der Verzicht auf eine weitergehende Aufklärung zu unterscheiden.

In der Lehre umstritten ist, ob die Unterfertigung eines ungelesenen Aufklärungsbogens bereits einen konkludenten Verzicht auf weitergehende Aufklärung darstellt. Während *Pitzl/Huber* dies bejahen⁴⁹³, verneint es der Großteil der Lit⁴⁹⁴ und stellt auch der OGH fest, dass eine „rein im bürokratischen Weg eingeholte Zustimmungserklärung“ nicht ausreiche.⁴⁹⁵ Als Gründe dafür, dass Patienten/Patientinnen einen Aufklärungsbogen ungelesen unterschreiben, führen *Stellamor/Steiner* Angst, Überforderung oder das Nicht-Vorhandensein einer geeigneten Ansprechperson an – also Gründe, welche die für die Annahme eines konkludenten Verzichtes vom Gesetz geforderte vollkommen zweifelsfreie Situation idR ausschließen.⁴⁹⁶ Unterzeichnet ein/e nicht deutschsprachige/r PatientIn den in deutscher Sprache verfassten Aufklärungsbogen, ohne die Möglichkeit gehabt zu haben, diesen zu verstehen, kann diese Unterschrift idR nicht als Verzicht auf die (weitergehende) Aufklärung verstanden werden. Dies umso weniger, als man von nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen weiß, dass sie oft ängstlich sind oder ihre Sprachdefizite zu verbergen trachten⁴⁹⁷ und daher einen nicht verstandenen Aufklärungsbogen unterschreiben.

Im Zusammenhang mit der Impfaufklärung im Rahmen von Schulimpfaktionen vertreten *Kletečka/Neumayer*⁴⁹⁸ und *Aigner*⁴⁹⁹, dass Aufklärungsbögen die Basisinformation für einen Verzicht auf das mündliche Aufklärungsgespräch darstellen können: „Wird der/die PatientIn schriftlich über die mit dem Eingriff verbundenen Risiken in vollständiger und verständlicher Form aufgeklärt und verzichtet er/sie daraufhin auf eine mündliche Erörterung, ist dieser Verzicht grds wirksam.“⁵⁰⁰ Erhält daher der/die nicht deutschsprachige PatientIn die Aufklärung in einer für ihn/sie verständlichen Sprache in schriftlicher Form und verzichtet er/sie dann auf die weitere mündliche Aufklärung, wäre der Verzicht gültig. Voraussetzung

⁴⁹³ *Pitzl/Huber*, RdM 1996, 113.

⁴⁹⁴ *Leischner*, Streitbeilegung 59; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/122/a; *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I 122, 125 f.

⁴⁹⁵ OGH 19. 12. 1984, 3 Ob 562/84; 31. 1. 1995, 4 Ob 509/95.

⁴⁹⁶ *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I 125 f.

⁴⁹⁷ *Stange-Budumlu*, Praxisbericht eines Krankenhausarztes. Behandlung ausländischer Patienten im Krankenhaus, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 17 (19).

⁴⁹⁸ *Kletečka/Neumayer*, RdM 2012/31.

⁴⁹⁹ *Aigner*, Impfaufklärung und Einverständniserklärung,

http://www.draloisdengg.at/bilder/pdf/Impfkritik/Impfaufklaerung_Einverstaendniserklaerung_Aigner2012.pdf
(abgefragt am 8. 4. 2018).

⁵⁰⁰ *Kletečka/Neumayer*, RdM 2012/31 (49).

dafür ist jedoch, dass ein ärztliches Aufklärungsgespräch jedenfalls angeboten wird, um die Möglichkeit für Rückfragen zu geben und um zu überprüfen, ob die Informationen wirklich verstanden wurden.⁵⁰¹ Somit muss es – trotz Verzichts des Patienten/der Patientin – die Möglichkeit geben, die Sprachbarriere zu überbrücken und ein mündliches Gespräch anzubieten. Das Bereitstellen von fremdsprachigen Aufklärungsbögen alleine wird daher in der Praxis nicht ausreichend sein. Auch wenn ein Verzicht auf Basis der schriftlichen, fremdsprachigen Information gültig ist, muss ein Dolmetschdienst zumindest anforderbar sein (etwa über Video oder Telefon), um die mündliche Aufklärung anbieten zu können. Besteht keine Möglichkeit der Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin, ist mE auch der Verzicht idR nicht wirksam.

Im Rahmen von Schulimpfaktionen wird die beschriebene Vorgangsweise auch bei nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen bzw deren Eltern angewendet. Das BMASGK bietet Einverständniserklärungen für Schulimpfungen inklusive Produktinformationen zu den im Rahmen des Impfkonzeptes verwendeten Impfstoffen in den Sprachen Deutsch, Englisch, Türkisch, Russisch, Slowenisch, Slowakisch und Kroatisch an.⁵⁰²

6.6.3 Verzicht auf Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin

Ist ohne eine/n DolmetscherIn das Aufklärungsgespräch nicht möglich, stimmt der/die PatientIn jedoch der Beiziehung eines/einer solchen nicht zu, so ist dies einem Aufklärungsverzicht gleichzuhalten. Voraussetzung dafür ist – wie beim generellen Verzicht auf die Aufklärung –, dass auf die Aufklärung wirksam verzichtet werden kann (Ausnahme zB ÄsthOpG, OTPG, FMedG, PatVG) und dass der/die PatientIn in Kenntnis eines vorhandenen Rechts auf Aufklärung⁵⁰³ auf die Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin verzichtet. In der Praxis kann sich so ein Fall dann ergeben, wenn der/die PatientIn zwar rudimentäre Deutschkenntnisse besitzt oder eine einfache Verständigung in einer gemeinsamen Sprache (zB Englisch) möglich ist, für das Aufklärungsgespräch aber fundierte Sprachkenntnisse von Nöten sind und daher ein/e DolmetscherIn beigezogen werden müsste, der/die PatientIn dies jedoch ablehnt. Auch die Kostentragung für den Dolmetschdienst kann dazu führen, dass der/die PatientIn diesen ablehnt. Es liegt hier wohl am Patienten/an der Patientin eine Abwägung vorzunehmen, ob er/sie den/die DolmetscherIn

⁵⁰¹ Kletečka/Neumayer, RdM 2012/31 (49); Aigner, Impfaufklärung 1.

⁵⁰² Bundesministerium für Gesundheit, Schulimpfungen von Schülärztinnen und -ärzte, http://bmgs.gv.at/home/Schwerpunkte/Gesundheitsförderung_Prävention/Impfen/Schulimpfungen_von_Schul%C3%A4rztinnen_und_%C3%A4rzte (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁵⁰³ Englähringer, Aufklärungspflicht 221.

in Anspruch nehmen bzw auch bezahlen möchte, oder ob er/sie lieber die Folgen einer unüberbrückten Sprachbarriere in Kauf nimmt.⁵⁰⁴

Ein Aufklärungsverzicht durch die Ablehnung einer Sprachmittlung kann mE nur dann angenommen werden, wenn ein professioneller Dolmetschdienst oder ein/e LaiendolmetscherIn aus dem Gesundheitsbereich (zB Pflegeperson, Arzt/Ärztin) zur Verfügung stünde und der/die PatientIn diese/n ablehnt. Bietet der Arzt/die Ärztin etwa das Beiziehen von mehrsprachigen Personen aus dem Wartezimmer oder Mitpatienten/Mitpatientinnen an, lehnt der/die PatientIn dies jedoch ab, kann nicht von einem Aufklärungsverzicht ausgegangen werden. Die Ablehnung eines/einer solchen Laiendolmetschers/Laiendolmetscherin kann viele Gründe haben (zB Scham, Angst vor Bekanntwerden der Krankheit in der Community) und ist keine Willensbekundung dahingehend, dass keine Aufklärung gewünscht ist. Ebenso gestaltet sich die Situation, wenn ein/e Angehörige/r zum Laiendolmetschen mitkommt, der/die PatientIn diese/n dann jedoch nicht beim Gespräch dabei haben möchte, weil zB sensible Inhalte besprochen werden.

6.7 Unmögliche Aufklärung aufgrund unüberwindbarer Sprach- und/oder KulturbARRIERE

Spricht der/die PatientIn nicht Deutsch oder hat eine/n ungeeignete/n LaiendolmetscherIn mitgebracht, besteht in der Praxis häufig keine Möglichkeit, einen professionellen Dolmetschdienst beizuziehen. Dem gleichzuhalten ist der Fall, in dem zwar ein professioneller Dolmetschdienst vorhanden wäre, der/die PatientIn diesen jedoch aus Kosten- oder sonstigen Gründen ablehnt. Kann die Sprachbarriere nicht überwunden werden, besteht in jenen Fällen, in denen der/die PatientIn zumindest über elementare Sprachkenntnisse verfügt, unter den dafür vorgesehenen Voraussetzungen die Möglichkeit, auf die Aufklärung zu verzichten.⁵⁰⁵ Ist kein Verzicht möglich, muss der/die BehandlerIn die Behandlungsübernahme ablehnen. Darüber hinaus gibt es jedoch Fälle, in denen eine Behandlung trotz unmöglicher Aufklärung stattfinden muss.

6.7.1 Ablehnung der Behandlungsübernahme

Kann die Sprachbarriere nicht überwunden werden, ist der Arzt/die Ärztin grds nicht verpflichtet, die Behandlung zu übernehmen. Das BMG bestätigte, dass die Blutplasmaspende eines rumänischsprachigen Mannes zu Recht abgelehnt wurde, weil die erforderliche Aufklärung nicht sichergestellt werden konnte. Zwar hatte der Mann einen Bekannten als Laiendolmetscher mitgebracht, dieser wurde jedoch von den Ärzten/Ärztinnen nicht als solcher herangezogen, da die Qualität der Dolmetschung nicht überprüft werden konnte. Da

⁵⁰⁴ Siehe Kap 6.7 Unmögliche Aufklärung aufgrund unüberwindbarer Sprach- und/oder KulturbARRIERE.

⁵⁰⁵ Siehe Kap 6.6 Aufklärungsverzicht.

es sich bei einer Plasmaspende nicht um einen medizinisch indizierten Eingriff handelt, sodass hier die weitreichendste Aufklärung gefordert wird, war die Ablehnung des Patienten korrekt. Zudem gab das BMG zu bedenken, dass im vorliegenden Fall auch keine Verpflichtung bestand, eine Person zur freiwilligen Spende zuzulassen bzw. kein Recht auf Spende besteht und somit nicht deutschsprachige Personen abgelehnt werden können, ohne dass eine Diskriminierung vorliege.⁵⁰⁶

Für öffentliche Krankenanstalten hielt der OGH fest, dass eine Behandlung abgelehnt werden dürfe, wenn keine erkennbare „dringende Behandlungsbedürftigkeit“ vorliegt.⁵⁰⁷

Ärzte/Ärztinnen *dürfen* eine Behandlungsübernahme aufgrund unüberwindbarer Sprachbarriere nicht nur ablehnen, sondern *müssen* dies uU sogar, sofern kein Notfall bzw. Kontrahierungszwang vorliegt.⁵⁰⁸ § 49 Abs 1 ÄrzteG verpflichtet Ärzte/Ärztinnen zu einer gewissenhaften Betreuung aller Patienten/Patientinnen. Kann aufgrund der Sprachbarriere keine Aufklärung erfolgen, ist eine gewissenhafte Betreuung ausgeschlossen und der Arzt/die Ärztin darf keine Behandlung durchführen. Gleiches gilt, wenn der/die PatientIn die für die konkrete Behandlung notwendigen Informationen, wie etwa eine bereits erfolgte Medikamenteneinnahme, nicht erteilen kann.⁵⁰⁹ Aufgrund der Mitwirkungsobligation des Patienten/der Patientin ist bei fehlender Mitwirkung eine Ablehnung denkbar.⁵¹⁰

Eine deutsche Klinik wollte einen kurdischen Patienten nicht auf die Warteliste für die Organvermittlung zur Herztransplantation setzen, weil aufgrund mangelnder Deutschkenntnisse und der fehlenden Sicherheit zur Compliance aus ihrer Sicht keine Indikation zur Herztransplantation vorlag. Der kurdische Patient reichte eine Schmerzengeldklage gegen die Krankenanstalt ein, welche allerdings vor dem OLG mit einem Vergleich endete. Der BGH hatte sich also zur Sache nicht abschließend zu äußern, das BVerfG schloss in einem vorgelagerten Prozess, in dem der Patient Prozesskostenhilfe für den Schmerzengeldprozess begehrte, einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nicht aus. Der BGH hält aber fest, dass die Frage, ob deutsche Sprachkenntnisse eine Kontraindikation der Compliance sein sollten und es erforderlich gewesen wäre, eine/n DolmetscherIn beizuziehen, von der Rsp noch nicht geklärt sind.⁵¹¹

Lehnt der Arzt/die Ärztin die Behandlungsübernahme ab, so muss er/sie versuchen, dem Patienten/der Patientin klarzumachen, dass diese/r eine/n andere/n BehandlerIn aufzusuchen

⁵⁰⁶ *Kierein/Lanske/Wenda*, Auszüge aus Erledigungen und Informationen des Gesundheitsministeriums, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2011, 155 (166 f).

⁵⁰⁷ OGH 11. 5. 2010, 4 Ob 36/10 p.

⁵⁰⁸ Siehe dazu Kap 4 Recht auf Behandlung und Pflege.

⁵⁰⁹ *Leischner-Lenzhofer*, RdM 2013/4 (17).

⁵¹⁰ *Aigner*, RdM 2004/23 (39).

⁵¹¹ BVerfG 28. 1. 2013, 1 BvR 274/12.

solle⁵¹² oder den Patienten/die Patientin bitten, mit einem/einer DolmetscherIn wiederzukommen⁵¹³. Auch dies kann sich in der Praxis schwierig gestalten, wenn gar keine Kommunikation möglich ist. Sind rudimentäre Sprachkenntnisse vorhanden, die jedoch für ein Aufklärungsgespräch unzureichend sind, oder wird eine sprachkundige Begleitperson aus Qualitäts- oder Vertrauensgründen als Laiendolmetscherin abgelehnt, ist eine Verweisung auf einen Kollegen/eine Kollegin oder die Bitte mit einer sprachkundigen Begleitperson wiederzukommen, jedenfalls möglich. Ist keine Verständigung möglich, kann auch eine schriftliche Information mitgegeben werden, die sich der/die PatientIn übersetzen lässt.

6.7.2 Behandlung trotz unmöglichlicher Aufklärung

Aus unterschiedlichen Gründen kann der Arzt/die Ärztin gezwungen sein, den Patienten/die Patientin trotz Sprachbarriere zu behandeln. Zu denken ist hier an unbedingt notwendige erste ärztliche Hilfe (§ 23 Abs 1 KAKuG), Erste Hilfe im Fall drohender Lebensgefahr (§ 48 ÄrzteG; § 6 Abs 2 HebG; § 4 Abs 3 GuKG etc), unabweisbare Personen (§ 22 KAKuG) sowie Patienten/Patientinnen, die aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung mit den Sozialversicherungsträgern behandelt werden müssen.⁵¹⁴ Zudem müssen Patienten/Patientinnen nach dem UbG⁵¹⁵ aufgenommen werden sowie nach dem TubG oder EpG. Besteht Kontrahierungszwang, darf die Behandlungsübernahme auch dann nicht abgelehnt werden, wenn keine Kommunikation zwischen BehandlerIn und PatientIn möglich ist bzw das Überbrücken der Sprachbarriere – etwa durch Anforderung eines Dolmetschdienstes – so lange dauern würde, dass durch den dadurch entstehenden Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre. Die Anstrengungen des Arztes/der Ärztin, die Aufklärung für den Patienten/die Patientin verständlich zu gestalten, müssen in einem solchen Fall als ausreichend bewertet werden.⁵¹⁶ Die Einwilligung ist nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten/der Patientin zu beurteilen.⁵¹⁷ Das OLG Braunschweig⁵¹⁸ hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem eine nicht deutschsprachige Frau in den Wehen lag und aufgrund der Sprachbarriere keine Aufklärung über die unterschiedlichen Eingriffsmöglichkeiten (Vaginalgeburt oder Sectio) erfolgen

⁵¹² Rebhahn, RdM 2013/140 (245).

⁵¹³ KG Berlin 8. 5. 2008, 20 U 202/06.

⁵¹⁴ Siehe dazu Kap 4 Recht auf Behandlung und Pflege.

⁵¹⁵ Bundesgesetz vom 1. März 1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz – UbG) BGBI 1990/155 idF BGBI I 2017/131.

⁵¹⁶ Kletečka-Pulker, Patientenrecht auf muttersprachliche Aufklärung? Videodolmetschen – neue Wege der Kommunikation mit MigrantInnen im Gesundheitsbereich, in Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner (Hrsg), Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit (2013) 45 (53); Leischner-Lenzhofer, RdM 2013/4 (17); Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/116/a.

⁵¹⁷ Erlinger, Die Aufklärung nicht Deutsch sprechender Patienten. Drei neue Urteile zu einem alten Thema, Der Onkologe 2003, 865 (865); Muschner, VersR 2003, 826 (830, 832); Neumayr, RdM 2014/50 (55). Siehe dazu Kap 7.7 Mutmaßliche Einwilligung in eine Behandlung.

⁵¹⁸ OLG Braunschweig 11. 4. 2002, 1 U 37/01.

konnte. Mit dem anwesenden Ehemann war ebenfalls keine Kommunikation möglich und die Ärzte/Ärztinnen lehnten zu Recht den achtjährigen Sohn der Patientin als Laiendolmetscher ab. Das Gericht stellte fest, dass zwar unstreitig die erforderliche Aufklärung nicht erfolgt sei und daher die Patientin auch nicht rechtmäßig einwilligen konnte, dass aufgrund der Unmöglichkeit der Aufklärung das Vorgehen der Ärzte/Ärztinnen jedoch rechtmäßig war. Ist aufgrund der Sprachbarriere keine Aufklärung möglich, hat der Eingriff jedoch unmittelbar zu erfolgen, so ist der Eingriff unter den Gesichtspunkten der mutmaßlichen Einwilligung zu beurteilen. Die BehandlerInnen konnten daher in diesem Fall davon ausgehen, dass die Patientin dem hypothetischen ärztlichen Rat gefolgt wäre und ihr Vorgehen war somit rechtmäßig.

Auch wenn die Sprachbarriere nicht überwunden werden kann, sollte jedoch versucht werden, mit dem Patienten/der Patientin bzw dessen/deren Angehörigen (zB nonverbal) zu kommunizieren. *Hellwagner* beschreibt, dass es im Rahmen der Notfallmedizin leicht zu Spannungen und Konflikten kommen kann, wenn beispielsweise durch die rasch notwendige Behandlung eine für den Patienten/die Patientin bzw dessen/deren Angehörige nicht erwartete Durchbrechung von Intimzonen erfolgt.⁵¹⁹ *Spickhoff* empfiehlt, Aufklärungsformulare in den Sprachen der größeren Migrantengruppen zu entwickeln und für den Notfall bereitzuhalten. Diese Aufklärungsformulare sind freilich nicht geeignet, die Aufklärung zu ersetzen⁵²⁰, wenn allerdings aufgrund der Eile kein/e DolmetscherIn beigezogen werden kann, kann mit Hilfe der Formulare zumindest eine annäherungsweise Aufklärung versucht werden.⁵²¹

6.8 Zwischenresümee Recht auf Aufklärung

Es bestehen keine spezifischen gesetzlichen Bestimmungen für die Aufklärung von migrantischen Patienten/Patientinnen. Aus den zur allgemeinen ärztlichen Aufklärungspflicht entwickelten Grundsätzen lässt sich ableiten, dass es auch bei nicht deutschsprachigen und kulturell nicht westlich geprägten Patienten/Patientinnen Aufgabe des Arztes/der Ärztin ist, für eine rechtmäßige Aufklärung zu sorgen. Versteht der/die PatientIn die Aufklärung nicht, ist es rechtlich gesehen so, als hätte keine Aufklärung stattgefunden.

Bei einem Patienten/einer Patientin mit nicht deutscher Muttersprache ist entscheidend, ob er/sie der deutschen Sprache in einem Ausmaß mächtig ist, das ausreicht, um der Aufklärung folgen zu können. Grds obliegt es dem Arzt/der Ärztin dies durch Kontrollfragen im Rahmen des Aufklärungsgesprächs zu überprüfen. Hegt er/sie Zweifel daran, dass die Aufklärung verstanden wird oder gibt der/die PatientIn dies zu erkennen, bestehen

⁵¹⁹ *Hellwagner*, Kulturelle und religiöse Aspekte in der Notfallmedizin, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Medizin im Konflikt der Kulturen (2011) 111 (113).

⁵²⁰ Siehe dazu Kapitel 6.3.3.1 Mehrsprachige Aufklärungsbögen.

⁵²¹ *Spickhoff* in FS für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag 122.

unterschiedliche Möglichkeiten: Entweder es wird ein/e DolmetscherIn beigezogen oder der Arzt/die Ärztin lehnt die Behandlungsübernahme ab oder verschiebt diese auf einen Zeitpunkt, in dem eine Dolmetschmöglichkeit besteht. Ausgenommen davon ist die Notfallsituation. Herrscht Gefahr im Verzug, kann sowohl bei dem/der deutschsprachigen als auch bei dem/der nicht deutschsprachigen Patienten/Patientin die Aufklärung minimiert werden oder ganz entfallen. Besteht keine Möglichkeit, eine/n DolmetscherIn so rechtzeitig beizuziehen, dass dem Patienten/der Patientin durch die Verzögerung kein Schaden entsteht, fällt auch dies unter die Notfallsregelung. Die Situation ist dann wie bei der mutmaßlichen Einwilligung zu beurteilen.

Gesetzlich ist nicht geregelt, welche Qualifikation der/die beigezogene DolmetscherIn aufweisen muss. Nach hA ist es ausreichend, wenn LaiendolmetscherInnen beigezogen werden und darf der Arzt/die Ärztin auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Dolmetschung vertrauen, wenn er/sie ausreichend Zeit für die Übersetzung gibt und auf Auffälligkeiten, die auf unzureichende Dolmetschleistung schließen lassen, achtet. Aus zahlreichen Studien geht jedoch hervor, dass LaiendolmetscherInnen idR unzureichend dolmetschen, weshalb der Arzt/die Ärztin mE sehr sorgfältig darauf achten muss, ob tatsächlich ausreichende Sprachkenntnisse vorliegen, ob die Übersetzungs- und die Sprechzeit angemessen scheinen und der/die PatientIn tatsächlich aktiv am Gespräch teilnimmt. Zudem ist dem Arzt/der Ärztin zumutbar, durch das Stellen von Kontrollfragen das Verständnis und die Qualität der Dolmetschung zu überprüfen. Auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Gedolmetschten kann der Arzt/die Ärztin jedenfalls dann vertrauen, wenn ein professioneller Dolmetschdienst oder MitarbeiterInnen der Gesundheitseinrichtungen mit Zusatzausbildung dolmetschen.

Derzeit herrschen in der Praxis unterschiedliche Lösungsstrategien zur Überbrückung der Sprachbarriere, wobei allesamt rechtliche Risiken bergen und mit den Grundsätzen der Aufklärung nur schwer in Einklang zu bringen sind. So kommen etwa fremdsprachige Aufklärungsbögen als alleinige Aufklärungsmittel zum Einsatz. Diese sind grds kein Ersatz für das mündliche Aufklärungsgespräch, können allerdings unterstützend eingesetzt werden. Die schriftliche Aufklärung kann uU ausreichend sein, wenn der/die PatientIn durch das Lesen der ihm/ihr verständlichen Aufklärungsbögen jenes Wissen erwirbt, das die Aufklärungspflicht vermindert oder ganz entfallen lässt. Den Arzt/die Ärztin treffen jedoch Kontrollpflichten und er/sie muss sich vergewissern, dass die Information tatsächlich verstanden wurde, wodurch es erst recht notwendig sein wird, eine/n DolmetscherIn beizuziehen. Erwächst dem Patienten/der Patientin ein Schaden, kann eine Verletzung dieser Kontroll- oder Erkundigungspflicht aber nur bei faktischem Informationsdefizit des

Patienten/der Patientin zur Haftung des Arztes/der Ärztin führen. Die Haftung entfällt, wenn der Arzt nachweist, dass der/die PatientIn auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung dem Eingriff zugestimmt hätte (rechtmäßiges Alternativverhalten). Weiters besteht analog zur Praxis bei der Aufklärung der Eltern vor Schulimpfaktionen eine Möglichkeit Haftungsrisiken zu vermeiden, indem nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen ein für sie verständliches Informationsblatt angeboten wird, das die Basisinformation für einen Verzicht auf das Aufklärungsgespräch darstellen kann. Auch hier muss jedoch die Möglichkeit gegeben sein, nachzufragen und muss den ärztlichen Kontroll- und Erkundigungspflichten nachgekommen werden. Diese Schwierigkeit könnte eventuell mittels neuen Technologien überwunden werden. Es gibt bereits Aufklärungssoftware, mit der der/die PatientIn Aufklärungsvideos in der eigenen Sprache ansehen kann und die dokumentiert, welche Teile des Videos angesehen oder übersprungen wurden. Zudem werden Verständnisfragen gestellt, welche der/die PatientIn im Programm beantworten muss. Ob auf diese Weise der Kontrollpflicht des Arztes/der Ärztin nachgekommen werden kann, wird sich noch zeigen müssen.

Ähnlich gelagert ist die Situation, wenn nichtärztliche Personen (zB Pflegepersonen) das ärztliche Aufklärungsgespräch übernehmen. Hier gilt der Grundsatz, dass das ärztliche Aufklärungsgespräch nicht an nichtärztliches Personal delegierbar ist, dass jedoch das durch das Aufklärungsgespräch mit nichtärztlichen Personen gewonnene Wissen die Aufklärungspflicht vermindern kann. Allerdings besteht auch in diesem Fall die Pflicht des Arztes/der Ärztin mittels Kontrollfragen sicherzustellen, dass der/die PatientIn tatsächlich informiert ist. Liegen Verständigungsschwierigkeiten vor, so kann dieser Kontrollpflicht wohl nicht nachgekommen werden, weshalb das Haftungsrisiko bei dem/der aufklärungspflichtigen Arzt/Ärztin verbleibt.

Insgesamt lässt sich daher sagen, dass – sofern dem Arzt/der Ärztin die Sprachbarriere erkennbar ist und der Eingriff nicht dringend – ein/e DolmetscherIn beizuziehen ist. Aus haftungsrechtlichen Überlegungen sowie aus Gründen der Qualitätssicherung ist anzuraten, einen professionellen Dolmetschdienst beizuziehen. Wer die Kosten für diesen Dolmetschdienst zu tragen hat, ist bisher nicht geklärt.

Die kulturelle Prägung des Patienten/der Patientin hat der Arzt/die Ärztin insofern zu berücksichtigen, als er/sie nicht davon ausgehen darf, dass migrantische Patienten/Patientinnen in gleichem Ausmaß über in Österreich standardmäßig angebotene Eingriffe (zB Narkose) informiert sind, wie DurchschnittsösterreicherInnen.

7 Recht auf Einwilligung

Jede rechtmäßige Behandlung setzt die Einwilligung des/der einwilligungsfähigen Patienten/Patientin voraus (§ 110 Abs 2 StGB; § 173 Abs 3, § 252 ABGB; § 8 Abs 3 KAKuG). Dies ist eine der wesentlichsten Ausprägungen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten/der Patientin.⁵²² Hat der/die PatientIn keine österr Staatsbürgerschaft, stellt sich zunächst die Frage, nach welchem Recht die Einwilligungsfähigkeit beurteilt werden muss. Weiters weist das Patientenrecht auf Einwilligung ebenso wie jenes auf Aufklärung Besonderheiten auf, wenn PatientIn und BehandlerIn keine gemeinsame Sprache sprechen.

Im Rahmen der Einwilligung in eine Heilbehandlung finden unterschiedliche Entscheidungsfindungsprozesse statt, für die die kulturelle Prägung des Patienten/der Patientin von großer Bedeutung ist. So werden etwa in einer traditionell strukturierten muslimischen Familie Entscheidungen oftmals im Familienverbund getroffen oder können religiöse Ratgebungen die Entscheidung des Patienten/der Patientin beeinflussen.⁵²³ Dies ist ua auf ein unterschiedliches Verständnis von *Informed Consent* zurückzuführen. Aufgeklärte Zustimmung muss in anderen Kulturen nicht zwingend als *Individual Informed Consent* erfolgen und der Autonomie der Einzelperson genügen, sondern kann auch als familiäre Zustimmung (*Family Consent*) oder Zustimmung der jeweiligen Gemeinschaft (*Community Consent*) verstanden werden.⁵²⁴ Aus rechtlicher Sicht gilt es daher zu beurteilen, inwieweit eine Einflussnahme durch Dritte bei der Entscheidungsfindung rechtmäßig ist.

Ist der/die PatientIn nicht einwilligungsfähig, ist es denkbar, dass er/sie durch die Errichtung einer Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht oder gewählten Erwachsenenvertretung antizipiert das Recht auf Selbstbestimmung ausgeübt hat. Fragen der Kultursensibilität stellen sich dabei sowohl in organisatorischer, als auch in inhaltlicher Hinsicht. Organisatorisch ist zu fragen, inwieweit nach den Regeln ausländischer Rechtsordnungen errichtete Patientenverfügungen oder Vorsorgevollmachten im Inland Wirksamkeit aufweisen bzw ob ausländische Staatsangehörige im Inland die Instrumente zur Selbstbestimmung nutzen können. Inhaltlich kann die Ausgestaltung von Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten von kulturellen und religiösen Prägungen

⁵²² Kletečka, Einwilligung, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis I/131 (I/133).

⁵²³ Ilkilic, Begegnung und Umgang mit muslimischen Patienten. Eine Handreichung für die Gesundheitsberufe⁵ (2005) 25.

⁵²⁴ Braune, *Informed Consent* im kulturbedingten Spannungsfeld, in Peintinger (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 189 (191).

beeinflusst sein, weshalb *Ilkilic* eine kultursensible und kultursensitive Patientenverfügung fordert⁵²⁵, auf deren Sinnhaftigkeit eingegangen wird.

Hat der/die PatientIn keine antizipierte Willenserklärung abgegeben, kommt es im Fall des Verlusts der Einwilligungsfähigkeit zur Erwachsenenvertretung. Unter dem Blick der Kultursensibilität gilt zu erörtern, wie sich diese Szenarien gestalten, wenn der/die PatientIn keine österr Staatsbürgerschaft besitzt und/oder kulturell nicht westlich geprägt ist.

Bringt der/die migrantische PatientIn ein von westlichen Kulturen abweichendes Verständnis von Willensfreiheit, Selbstbestimmung und Tod mit, kann es sein, dass er/sie aus medizinischer Sicht notwendige Heilbehandlungen ablehnt. Es ist daher Gegenstand nachfolgender Ausführungen, inwieweit eine Behandlungsablehnung aus religiösen und/oder kulturellen Gründen möglich ist und wie sich diese zur Obliegenheit des Patienten/der Patientin, einen Schaden möglichst gering zu halten, verhält. Die Frage stellt sich auch dann, wenn der/die PatientIn nicht allein oder nicht entscheidungsfähig oder minderjährig ist.

Das Recht auf Einwilligung wird in vorliegendem Kapitel zudem in Hinsicht auf die Obduktion sowie die Organentnahme nach dem Tod untersucht und es werden Besonderheiten, die sich bei der Durchführung solcher Eingriffe bei Migranten/Migrantinnen ergeben können, aufgezeigt. Weiters werden von Migranten/Migrantinnen oftmals gewünschte Eingriffe, wie Beschneidungen oder die Überprüfung der „Jungfräulichkeit“ bzw der Hymenrekonstruktion dahingehend untersucht, ob sie einer Einwilligung zugänglich sind.

Zuletzt wird in dem vorliegenden Kapitel der spezielle Bereich der körperlichen Eingriffe im Rahmen des Asylverfahrens überblicksmäßig beleuchtet und aufgezeigt, für welche Eingriffe eine Einwilligung des/der Asylwerbenden unabdinglich ist.

7.1 Rechtsgrundlagen

Das Recht auf Einwilligung ist sowohl verfassungs- und europarechtlich, zivilrechtlich, strafrechtlich und verwaltungsrechtlich geregelt.

Die EMRK gewährt auf Verfassungsebene ein Recht auf den eigenen Körper und dessen Integrität (Art 2, 3, 5 EMRK). Jede eigenmächtig vorgenommene Heilbehandlung gilt als Eingriff in Art 8 Abs 1 EMRK, der nach Art 8 Abs 2 EMRK rechtfertigungsbedürftig ist. Als Rechtfertigung kommt die Verfolgung massiver öffentlicher Interessen, wie etwa die Bekämpfung ansteckender Krankheiten, in Betracht, nicht jedoch die Wahrung der Gesundheit des Patienten/der Patientin. Liegt kein Rechtfertigungsgrund vor, verbürgt Art 8 EMRK das Recht, Eingriffe in die eigene psychische und körperliche Integrität zu

⁵²⁵ *Ilkilic*, Die kultursensible und kultursensitive Patientenverfügung in einer wertpluralen Gesellschaft am Beispiel muslimischer Patienten, Ethik Med 2008, 221.

dulden oder abzulehnen.⁵²⁶ Gemeinschaftsrechtlich ist der Grundsatz des *Informed Consent* durch Art 3 Abs 2 EU-Grundrechtecharta abgesichert.

Der Schutz der Patientenautonomie wird darüber hinaus aus dem Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB abgeleitet. Zivilrechtlich ist die Einwilligung in die Heilbehandlung im Deliktsrecht von großer Bedeutung, da grds jede ärztliche Heilbehandlung, die mit einer Verletzung der körperlichen Integrität verbunden ist, nach überwiegender zivilrechtlicher Ansicht als Körperverletzung angesehen wird, zu deren Rechtfertigung es einer Einwilligung des Patienten/der Patientin bedarf.⁵²⁷ Zudem ergibt sich zivilrechtlich das Recht auf Patientenautonomie aus dem Behandlungsvertrag.⁵²⁸

Strafrechtlich normiert § 110 Abs 1 StGB, dass, wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen ist. Eine Ausnahme besteht nach § 110 Abs 2 StGB nur dann, wenn der/die TäterIn die Einwilligung des/der Behandelten in der Annahme nicht eingeholt hat, dass durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des/der Behandelten ernstlich gefährdet wäre. Eine im Ergebnis inhaltsgleiche Bestimmung⁵²⁹ findet sich verwaltungsrechtlich in § 8 Abs 3 KAKuG. Vom strafrechtlichen Verbot der eigenmächtigen Heilbehandlung umfasst ist auch die Verweigerung des Abbruchs einer bereits eingeleiteten Behandlung, wenn dieser dem Willen des Patienten/der Patientin entspricht. Dies deshalb, weil das Beenden einer Maßnahme dem Nicht-Einleiten, also der Nichtbehandlung, rechtlich gleichzuhalten ist.⁵³⁰

Das Selbstbestimmungsrecht ist weiters in Art 17 der Patientencharta verankert.

Die genannten Bestimmungen stellen auf den Begriff der „Behandlung“ bzw der „medizinischen Behandlung“ ab. Darunter fallen nach hL therapeutische, diagnostische, prophylaktische und schmerzlindernde Maßnahmen, selbst wenn sie nicht nach den Regeln

⁵²⁶ Kneihs, Selbstbestimmung zum Lebensende, in Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald (Hrsg), Körper-Codes. Moderne Medizin, individuelle Handlungsfreiheiten und die Grundrechte (2009) 93; Kopetzki, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte antizipierter Patientenverfügungen, in Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen. „Patiententestament“ und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (2000) 38 (39 ff); Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1 (7).

⁵²⁷ OGH 11. 1. 1996, 2 Ob 505/96; 3. 9. 1996, 10 Ob 2350/96; 18. 7. 2011, 6 Ob 168/10 i; Juen, Arzthaftungsrecht² 80 ff; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht Band I Allgemeiner Teil³ (1997) 182 ff; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1299 ABGB Rz 23a (Stand 1. 1. 2007, rdb.at); Resch, Die Einwilligung des Geschädigten (1997) 13 ff; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 1299 ABGB Rz 11 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at). Anderer Meinung ist hingegen Koziol, Die Einwilligung zu medizinischen Eingriffen, JBl 2016, 617.

⁵²⁸ Bernat, Behandlungsabbruch und (mutmaßlicher) Patientenwille, RdM 1995, 51 (53).

⁵²⁹ Kopetzki, iFamZ 2007, 197 (198).

⁵³⁰ Kopetzki, iFamZ 2007, 197 (197); Soyer/Schumann in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 110 Rz 5 (Stand: 1. 8. 2016, rdb.at).

der Schulmedizin erfolgen. Zudem kommt es nicht darauf an, ob die Behandlung mit einem Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist, sodass auch „psychische“ Behandlungen oder Röntgenuntersuchungen erfasst werden.⁵³¹ Auch die künstliche Ernährung stellt eine Heilbehandlung dar, sofern sie unter Einsatz spezifisch medizinischer Methoden wie zB einer perkutanen endoskopischen Gastrostomie (PEG-Sonde) erfolgt.⁵³² Nicht unter den Behandlungsbegriff fallen hingegen ausschließlich zu wissenschaftlichen oder experimentellen Zwecken vorgenommene Versuche an Menschen.⁵³³ Sonstige Eingriffe, die nicht unter den Begriff der „Heilbehandlung“ iSd § 110 StGB fallen, oder nicht lege artis durchgeführt wurden, stellen eine Körperverletzung iSd §§ 83 ff StGB dar. Eine Rechtfertigung für diese Eingriffe kommt durch eine Einwilligung nach § 90 StGB in Betracht.

Mit dem 2. ErwSchG wurde darüber hinaus klargestellt, dass der Begriff „medizinische Behandlung“ für den Anwendungsbereich der §§ 252 bis 254 ABGB erweitert zu verstehen ist. Als medizinische Behandlung soll zwar weiterhin nur die von ärztlicher Seite oder nach ärztlicher Anordnung aufgrund einer anerkannten medizinischen Indikation vorgenommene Maßnahme verstanden werden, da aber die Grundwertungen der §§ 252 ff ABGB auf die Ausübung der Medizin insgesamt – sei dies durch Ärzte/Ärztinnen oder Angehörige anderer gesetzlich geregelter Gesundheitsberufe – anwendbar sind, sollen die Bestimmungen sinngemäß auch auf die diagnostische, therapeutische, rehabilitative, krankheitsvorbeugende, pflegerische oder geburtshilfliche Tätigkeit letzterer anzuwenden sein.⁵³⁴

Eine wirksame Zustimmung kann nur nach einer Aufklärung über die geplante Behandlung gegeben werden.⁵³⁵

Für die genannten öffentlichen und strafrechtlichen Bestimmungen gilt der Territorialitätsgrundsatz (Art 49 Abs 1 B-VG), weshalb diese Vorschriften auf inländische

⁵³¹ Brandstetter/Zahrl, Die strafrechtliche Haftung des Arztes, RdM 1994, 17; Haidenthaller, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen. Gedanken zum neuen § 146c ABGB, RdM 2001, 163 (164); Kopetzki, Zum Begriff der („besonderen“) Heilbehandlung aus juristischer Sicht, RdM 1997, 6; Soyer/Schumann in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 110 Rz 6 ff (Stand: 1. 8. 2016, rdb.at).

⁵³² AB 1381 BlgNr 22. GP 2; Kletečka-Pulker, Die PEG-Sonde aus rechtlicher Sicht, Universum Innere Medizin 2014/03, 77; Kopetzki, iFamZ 2007, 197 (197); Kopetzki, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten. Die österreichische Rechtslage, Ethik Med 2004, 275 (276); Memmer, Das neue Patientenverfügungs-Gesetz, Internetbeitrag Österreichische Wachkoma-Gesellschaft, Mai 2006, http://www.wachkoma.at/Informationen/Info_Dokumente/Patientenverfuegungsgesetz.pdf (abgefragt am 24. 3. 2016).

⁵³³ OGH 11. 9. 1984, 9 Os 121/84; Fabrizy, StGB⁹ (2006) § 110 Rz 1; Haidenthaller, RdM 2001, 163 (164); Soyer/Schumann in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 110 Rz 10 (Stand: 1. 8. 2016, rdb.at).

⁵³⁴ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 29 f.

⁵³⁵ OGH 4. 7. 1991, 6 Ob 558/91; 23. 2. 1999, 4 Ob 335/98 p; 23. 11. 1999, 1 Ob 254/99 f; RIS-Justiz RS0026499; für viele Engläringer, Aufklärungspflicht 7 f mwN. Siehe Kap 6 Recht auf Aufklärung.

Behandlungsfälle unabhängig von der Staatsbürgerschaft des Patienten/der Patientin anzuwenden sind.⁵³⁶

7.2 Einwilligungsfähigkeit bei migrantischen Patienten/Patientinnen

Voraussetzung für eine rechtlich wirksame Einwilligung ist neben einer hinreichenden Aufklärung, dass der/die PatientIn die nötige Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Entscheidung besitzt, also über die so genannte „Einwilligungsfähigkeit“ verfügt. Mit Inkrafttreten des 2. ErwSchG löste der Begriff „Entscheidungsfähigkeit“, die zuvor verwendete Formulierung „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ ab und wurde auch definiert: Gem § 24 ABGB ist entscheidungsfähig, wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann. Dies wird im Zweifel bei Volljährigen vermutet. Somit ist klargestellt, dass die Einwilligungsfähigkeit nicht mit der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit gleichzusetzen ist, sondern auf das von der Zivil- und Strafrechtslehre entwickelte Kriterium der konkreten „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ (nunmehr Entscheidungsfähigkeit) Bezug nimmt.⁵³⁷

Für die Fragestellung vorliegender Dissertation ist zunächst zu klären, nach welchem Recht die Entscheidungsfähigkeit bei ausländischen Patienten/Patientinnen zu beurteilen ist. Weiters ist zu prüfen, ob sprachliche oder kulturelle Defizite zur Verneinung der Entscheidungsfähigkeit führen können.

7.2.1 Anzuwendendes Recht

§ 12 IPRG sieht vor, dass die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach deren Personalstatut zu beurteilen ist. Das Personalstatut einer natürlichen Person ist das Recht des Staates, dem die Person angehört. Hat eine Person neben einer fremden auch die österr Staatsbürgerschaft, so ist diese maßgebend. Bei Personen, die mehrere Staatsbürgerschaften, aber nicht die österr haben, ist die Staatsangehörigkeit des Staates maßgebend, zu dem die stärkste Beziehung besteht (§ 9 Abs 1 IPRG). Das Personalstatut von Personen, die staatenlos sind oder deren Staatsangehörigkeit nicht geklärt werden kann, richtet sich nach dem Staat, in dem sie den gewöhnlichen Aufenthalt haben (§ 9 Abs 2 IPRG). Diese Bestimmung kann für Asylwerbende oder Patienten/Patientinnen ohne Papiere (*Sans-Papiers*) von Bedeutung sein.

Das Personalstatut einer Person, die Flüchtling iSd für Österreich geltenden internationalen Übereinkommen ist, oder von Personen, deren Beziehungen zu ihrem Heimatstaat aus vergleichbar schwerwiegenden Gründen abgebrochen ist, ist das Recht des

⁵³⁶ Kopetzki, Patientenverfügung: Ist alles Machbare auch rechtlich geboten? in Kröll/Pateter/Schweppé (Hrsg), Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin. Festschrift für Univ.-Prof. Dr. Helfried Metzler (2009) 38 (46 f); Mangold/Mascherbauer/Peintinger/Kopetzki, RdM 2010/4 (17).

⁵³⁷ Barth, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 57; Kopetzki, Unterbringungsrecht II (1995) 816 f; Kopetzki in Kopetzki 1 f.

Staates, in dem sie ihren Wohnsitz, mangels eines solchen ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (§ 9 Abs 3 IPRG). Anerkannte Flüchtlinge sind somit anders zu beurteilen als ausländische Staatsangehörige.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass die Rechts- und Handlungsfähigkeit sowohl für Asylwerbende, für *Sans-Papiers* als auch für Flüchtlinge nach österr Recht zu beurteilen ist, sofern sie den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben. Jene von sonstigen Patienten/Patientinnen ohne österr Staatsbürgerschaft ist hingegen grds nach dem Recht ihres Heimatstaates zu beurteilen. Die Rom I-VO enthält allerdings eine Ausnahme davon. Sie gilt für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen (Art 1 Abs 1 Rom I-VO). Der Behandlungsvertrag zwischen PatientIn und Arzt/Ärztin bzw Krankenanstaltenträger stellt ein Schuldverhältnis dar. Nach Art 1 Abs 2 lit a Rom I-VO sind jedoch vom Anwendungsbereich der Personenstand sowie die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit von natürlichen Personen mit einer Ausnahme ausgenommen: Art 13 Rom I-VO sieht vor, dass bei einem Vertrag zwischen Personen, die sich in demselben Staat befinden, sich eine natürliche Person, die nach dem Recht dieses Staates rechts-, geschäfts- und handlungsfähig wäre, nur dann auf ihre sich nach dem Recht eines anderen Staates ergebende Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit berufen kann, wenn die andere Vertragspartei bei Vertragsschluss diese Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Kannte also der Arzt/die Ärztin oder der Krankenanstaltenträger die mangelnde Entscheidungsfähigkeit des Patienten/der Patientin nicht und hätte diese auch nicht kennen müssen, so kommt österr Recht zur Anwendung.

Die genannten Regelungen zur Handlungsfähigkeit gelten auch für die Entscheidungsfähigkeit, da sich sowohl die Geschäftsfähigkeit als auch die Entscheidungsfähigkeit mit der Frage beschäftigen, ob sich eine Person durch Abgabe einer Willenserklärung berechtigen und verpflichten kann.⁵³⁸

7.2.2 Mangelnde Entscheidungsfähigkeit aufgrund von Sprach- oder Kulturrebarriere

Nach österr Recht kommt es bei der Beurteilung der Entscheidungsfähigkeit darauf an, ob der/die PatientIn die Bedeutung und die Folgen seines/ihres Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen/ihren Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann (§ 24 ABGB). Die Beurteilung erfolgt dabei nicht schematisch, sondern stets im konkreten Einzelfall, wobei es nicht nur auf Faktoren auf Seiten des/der Betroffenen ankommt (zB Art und Schwere der Erkrankung; intellektuelle, psychisch-emotionale und

⁵³⁸ Ofner, Patientenverfügung und Internationales Privatrecht, in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Ethische und Rechtliche Aspekte (2007) 185 (192 f).

soziale Reife), sondern auch auf die Schwere des Eingriffs, auf die damit verbundenen Risiken, auf Spätfolgen und auf den Stand der medizinischen Wissenschaft.⁵³⁹ Darüber hinaus muss die Beurteilung der Entscheidungsfähigkeit prozesshaft erfolgen. Es kann sein, dass je nach Verlauf der geplanten/durchgeführten Maßnahme die Entscheidungsfähigkeit neuerlich zu prüfen ist.⁵⁴⁰

Ebenso wie die vor dem 2. ErwSchG herangezogene Einsichts- und Urteilsfähigkeit enthält die Entscheidungsfähigkeit ein kognitives Element, nämlich die Fähigkeit, Bedeutung und Folgen einer Behandlung zu verstehen, und ein voluntatives Element, nämlich die Fähigkeit den Willen danach zu bestimmen.⁵⁴¹ Darüber hinaus verlangt das Gesetz für die Entscheidungsfähigkeit die Fähigkeit, sich „entsprechend zu verhalten“. Diese fehlt etwa, wenn übermächtige Ängste eine Person daran hindern, ihrer Einsicht und Willensbestimmung gemäß zu handeln.⁵⁴²

Es wäre denkbar, dass Personen, mit denen aufgrund einer Sprachbarriere keine Verständigung möglich ist, die Entscheidungsfähigkeit abgesprochen wird, um ihre Zustimmung zu einer Heilbehandlung durch eine/n gesetzliche/n VertreterIn einholen zu können und die Sprachbarriere auf diese Weise zu umgehen. Durch die Anknüpfung an kognitive Fähigkeiten ist die Verneinung der Entscheidungsfähigkeit bloß aufgrund mangelnder Verständigungsmöglichkeit jedoch ausgeschlossen. Mit der gleichen Begründung ist mE zu verneinen, dass eine Person aufgrund einer kulturellen Prägung nicht in der Lage ist, Grund und Folgen ihres Handelns im jeweiligen Zusammenhang zu verstehen und den Willen danach zu bestimmen und sich entsprechend zu verhalten. Zwar kann eine nicht den Wertvorstellungen der Mehrheitsgesellschaft entsprechende Entscheidung Anlass dazu geben, den Patienten/die Patientin auf die Entscheidungsfähigkeit zu untersuchen – nur weil durch Kultur oder Religion geprägte Wertvorstellungen grob von jenen der österr Mehrheitsgesellschaft abweichen, ist die Entscheidungsfähigkeit jedoch noch nicht zu

⁵³⁹ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, HB des Sachwalterrechts 179; Kopetzki, Grundriss³ 95; Fischer-Czermak, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kinderschutzrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293; Fischer-Czermak, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004/83; Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 146d ABGB Rz 3 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); Weitzenböck, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach den KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in Ferrari/Hopf(Hrsg), Reform des Kinderschutzrechts (2001) 1.

⁵⁴⁰ Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, Konsenspapier: Erwachsenenschutzrecht für Gesundheitsberufe (2018), <https://www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/erwachsenenschutz/konsenspapiere-mit-institutionen~43.de.html> (abgefragt am 8. 4. 2018) 7.

⁵⁴¹ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 54; Kopetzki, Grundriss des Unterbringungsrechts (1997) Rz 622; ihm folgend Bernat, Die medizinische Behandlung Minderjähriger im österreichischen Recht – Selbst- und Fremdbestimmung nach dem Inkrafttreten des Kinderschutzrechts-Änderungsgesetzes 2001, VersR 2002, 1467; Fischer-Czermak, ÖJZ 2002, 293 (299); Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besuchswerteter Personen. Eine Darstellung aus materiellrechtlicher Sicht – Schluss, ÖJZ 2004/7 (124); Resch, Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen, in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 38 (42); Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 146d ABGB Rz 3 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at).

⁵⁴² ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 9.

verneinen. Auch *Kopetzki* schreibt, dass abweichende persönliche Werthaltungen des Patienten/der Patientin – seien diese durch spezifisch kulturelle und/oder religiöse Gründe motiviert oder nicht – nicht als Symptome einer „psychischen Störung“ zu pathologisieren seien und daher keinen Anhaltspunkt für die Einwilligungsunfähigkeit darstellen können.⁵⁴³ Ebenso argumentieren *Hopf/Weitzenböck*: „Die Fähigkeit, seinen Willen nach der vorliegenden Einsicht zu bestimmen, darf nicht mit einer objektiv ‚vernünftigen‘ Entscheidung auf gegebener Tatsachengrundlage gleichgesetzt werden“.⁵⁴⁴ Gefordert ist lediglich, dass die Person orientiert an ihren subjektiven Wertungen Entscheidungen treffen kann, die nicht durch Auswirkungen einer psychischen Krankheit, einer geistigen Behinderung oder einer altersuntypischen verzögerten Reife beeinträchtigt sind.⁵⁴⁵

Die Abgrenzung zwischen Religion und Spiritualität einerseits, und Wahn als eine psychische Krankheit andererseits, erfolgt im DSM 5 und ICD-10 dahingehend, dass Wahn als etwas definiert wird, das kulturell unangemessen und nicht subkulturell bedingt ist. Zudem müssen bei der Abgrenzung kulturelle und sozio-ökonomische Faktoren mitberücksichtigt werden, da wahnhaft erscheinende Ideen in einer anderen Kultur allgemein gültig sein können.⁵⁴⁶

Bestehen daher Sprach- oder KulturbARRIEREN zwischen BehandlerIn und PatientIn, können diese nicht durch die Aberkennung der Entscheidungsfähigkeit beseitigt werden, sondern muss – außer bei Gefahr im Verzug – eine Strategie gefunden werden, um diese zu umgehen (zB Beziehung eines Sprach- oder Kulturmittlers/einer Sprach- oder Kulturmittlerin).

7.2.3 Äußerungsunfähigkeit aufgrund von Sprachbarriere

Der völlige Verlust der Äußerungsfähigkeit ist mit dem Verlust der Entscheidungsfähigkeit verknüpft.⁵⁴⁷ Eine Person ist grds dann äußerungsfähig, wenn sie ihren Willen kundtun kann, dh solange sie sich mündlich, durch Zeichen oder durch technische Hilfsmittel mit ihrer Umwelt klar verständigen kann. Erst wenn die technischen Möglichkeiten ausgeschöpft sind und die Äußerungsunfähigkeit nicht behoben werden kann, muss von der völligen Äußerungsunfähigkeit der Person ausgegangen werden.⁵⁴⁸ Die

⁵⁴³ *Mangold/Mascherbauer/Peintinger/Kopetzki*, RdM 2010/4 (17); ebenso *Maleczky*, der die Verweigerung einer Zustimmung zur Heilbehandlung aus religiösen oder anderen höchstpersönlichen Gründen nicht als Grund für eine Sachwalterbestellung sieht (*Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681).

⁵⁴⁴ *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kinderschutzrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil II), ÖJZ 2001, 530.

⁵⁴⁵ *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530; *Noll*, Der mündige Minderjährige – Umgang mit Meinungsverschiedenheiten in der medizinischen Behandlung, in *Kern/Mazal* (Hrsg), Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 79 (89).

⁵⁴⁶ *Rosenleitner/Rittmannsberger*, Zwischen Glauben und Wahn, Neuropsychiatr 2013, 212 (213).

⁵⁴⁷ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 36.

⁵⁴⁸ ErläutRV 1299 BlgNR 22. GP 5.

Äußerungsunfähigkeit kann einerseits durch ein geistiges Gebrechen bedingt sein (zB Verlust des Sprachvermögens nach einem Schlaganfall, Wachkoma), andererseits kann sie auch körperliche Gründe haben (zB komplette Lähmung bei wachem Verstand). Soweit psychische Ursachen für die Äußerungsunfähigkeit gegeben sind, wird idR auch die Entscheidungsfähigkeit zu verneinen sein.⁵⁴⁹

Patienten/Patientinnen, mit denen aufgrund der Sprachbarriere keine Verständigung möglich ist, sind am ehesten mit Personen, die an einem Locked-in-Syndrom leiden, die also bei Bewusstsein, aufgrund einer körperlichen Lähmung aber nicht in der Lage sind, sich sprachlich zu äußern, vergleichbar. Auch sie können zwar einen Willen bilden, diesen jedoch nicht äußern. Die Aberkennung der Äußerungsfähigkeit und somit der Entscheidungsfähigkeit von Patienten/Patientinnen, mit denen aufgrund von Sprachbarrieren keine Verständigung möglich ist, scheitert aber mE daran, dass die Sprachbarriere mit technischen Mitteln (zB Dolmetschdienst) behoben werden kann. Patienten/Patientinnen dürfen daher nicht als völlig äußerungsunfähig und somit entscheidungsunfähig qualifiziert werden, nur weil sie keine den Angehörigen der Gesundheitsberufe verständliche Sprache sprechen.

7.3 Einwilligung unter Einsatz von mehrsprachigen Einwilligungsformularen

Die Einwilligung ist grds nicht an eine bestimmte Form gebunden. Sie kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen und bedarf weder der Schriftform noch der Anwesenheit von Zeugen/Zeuginnen.⁵⁵⁰

Spricht der/die PatientIn nicht Deutsch oder scheitert die Kommunikation an kulturellen Barrieren, kann die Einholung der Einwilligung zu Schwierigkeiten führen. Die Beziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin ist daher nicht nur bei der Aufklärung erforderlich, sondern auch für die Einholung der Einwilligung. Ist keine Kommunikation zwischen Arzt/Ärztin und PatientIn möglich, kann der/die PatientIn auch keine Einwilligung aussprechen und es liegt keine gültige Einwilligung vor. In Krankenanstalten ist es üblich, dass (nicht deutschsprachigen) Patienten/Patientinnen formularmäßige Einwilligungserklärungen zur Unterschrift vorgelegt werden.⁵⁵¹ Dies auch deshalb, weil die Beweislast dafür, ob die Einwilligung in die Behandlung vorliegt, dem Arzt/der Ärztin bzw dem Krankenanstaltenträger obliegt.⁵⁵²

⁵⁴⁹ Barth/Ganner, Grundlagen des materiellen Sachwalterrechts, in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 33 (42) mwN; Traar/Pesendorfer/Fritz/BARTH, Sachwalterrecht und Patientenverfügung (2015) § 2 PatVG Rz 8.

⁵⁵⁰ Barth, ÖJZ 2000, 57; Fleisch, ÖJZ 1965, 421 (434); Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/150; Kopetzki in Taupitz 8.

⁵⁵¹ Barth, ÖJZ 2000, 57; Leischner, Streitbeilegung 143. Ein Beispiel für ein solches Formular ist abgedruckt in Laufs, Arztrecht⁵ 129.

⁵⁵² Leischner, Streitbeilegung 137 mwN.

Werden nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen Einwilligungsformulare zur Unterschrift vorgelegt, ist danach zu unterscheiden, ob diese für sie verständlich sind oder nicht.

Unterschreibt der/die nicht deutschsprachige PatientIn nach rechtmäßiger Aufklärung ein Einwilligungsformular dessen Inhalt ihm/ihr bekannt ist, so ist die Einwilligung grds gültig erfolgt.⁵⁵³ Der Inhalt kann dem Patienten/der Patientin bekannt sein, weil das Formular in einer für ihn/sie verständlichen Sprache abgehalten ist oder weil ein/e DolmetscherIn das Formular mündlich übersetzt oder der/die PatientIn zusätzlich schriftliche, ihm/ihr verständliche Unterlagen oder Videos erhalten hat, die den Inhalt erklären. In vielen Krankenanstalten liegen Einverständniserklärungen in schriftlicher Form in unterschiedlichen Sprachen vor. Im Krankenhaus der Barmherzigen Brüder in Wien steht etwa ein Einwilligungsformular in 28 Sprachen zur Verfügung.⁵⁵⁴ In Nordrhein-Westfalen bieten 64,2 % der Krankenanstalten Einverständniserklärungen in *mehreren* Fremdsprachen an, weitere 15,1 % Erklärungen in *einer* Fremdsprache (meist Englisch).⁵⁵⁵

Ist dem Patienten/der Patientin hingegen nicht bekannt, was auf dem Formular geschrieben steht, weil es zB in deutscher Sprache verfasst ist, der/die Patient Deutsch jedoch nicht beherrscht, kann nicht von einer auf diese Weise zustande gekommenen gültigen Einwilligung ausgegangen werden, da ein „Revers“, in dem sich der Arzt/die Ärztin oder der Krankenanstaltenträger bestätigen lässt, der/die PatientIn sei mit der Behandlung einverstanden, rechtlich wirkungslos ist, wenn der/die PatientIn nicht tatsächlich einverstanden ist.⁵⁵⁶ Der/die PatientIn kann nicht in die Behandlung einwilligen, ohne zu wissen, worin sie besteht.⁵⁵⁷ Zwar bindet eine ungelesen unterschriebene Urkunde grds den/die Erklärende/n, doch ist sie – da die Einwilligung durch Unterschreiben konstitutiv ist – wie jede andere Erklärung anfechtbar, wenn die Vorstellung des/der Unterschreibenden mit dem Inhalt nicht übereinstimmt.⁵⁵⁸ Dass eine von sprachunkundigen Patienten/Patientinnen unterschriebene deutsche Einverständniserklärung keine wirksame Einwilligung in einen Eingriff darstellt, stellte auch das OLG Düsseldorf fest. Es hielt fest, dass sich der Arzt/die Ärztin Gewissheit über den Behandlungswunsch des Patienten/der Patientin verschaffen müsse. Diese könne etwa durch eine Rückfrage bei dem einweisenden Hausarzt/der einweisenden Hausärztin erfolgen oder durch die Beziehung eines Dolmetschdienstes. Im

⁵⁵³ Zur beweisrechtlichen Bedeutung des Einwilligungsformulars siehe *Leischner*, Streitbeilegung 137 ff.

⁵⁵⁴ *Hauptverband d. ö. Sozialversicherungsträger*, WGKK: Symposium zur transkulturellen Gesundheitsversorgung, SozSi 2015, 504 (506).

⁵⁵⁵ *Blum/Steffen*, Das Krankenhaus 2013, 709.

⁵⁵⁶ OGH 19. 12. 1984, 3 Ob 562/84.

⁵⁵⁷ *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 110 Rz 29 (Stand: 1. 8. 2016, rdb.at).

⁵⁵⁸ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 871 Rz 11 (Stand: 1. 11. 2014, rdb.at).

konkreten Fall war ein Gynäkologe davon ausgegangen, dass seine vom Hausarzt überwiesene, nicht deutschsprachige Patientin sterilisiert werden wollte. Diese unterschrieb zwar die entsprechenden deutschen Einverständniserklärungen für die Sterilisationsoperation, dies jedoch in der Annahme, es werde durch den Eingriff abgeklärt, ob sie unfruchtbar sei.⁵⁵⁹

Verlangt das Gesetz eine schriftliche Zustimmung (zB § 13 Abs 1, § 17 Abs 2 FMedG; § 8 Abs 1 BSG⁵⁶⁰; § 8 Abs 4 OTPG; § 66 Abs 1, § 69 GTG; § 36 Abs 1 UbG) oder dass die Einwilligung schriftlich dokumentiert und dies mit der Unterschrift des Patienten/der Patientin versehen wird (zB § 6 Abs 2, § 7 Abs 2, § 9 Abs 5 ÄsthOpG; § 39 Abs 2 AMG; § 50 Abs 1 MPG; § 11 Abs 3 BSG), werden diese Anforderungen mE auch erfüllt, wenn eine mündlich Übersetzung (etwa durch eine/n DolmetscherIn) des für den Patienten/die Patientin nicht verständlichen Formblattes erfolgt. Es kommt darauf an, dass dem Patienten/der Patientin der Inhalt der Einwilligungserklärung zur Kenntnis gebracht wird, nicht jedoch – wie bei der schriftlichen Aufklärung – darauf, dass der/die PatientIn die Dokumente erneut in Ruhe durchlesen kann.⁵⁶¹

7.4 Besonderheiten bei Entscheidungsfindungsprozessen bei migrantischen Patienten/Patientinnen

7.4.1 Stellvertreter-Einwilligung

In der Praxis stellen sich im Zusammenhang mit migrantischen Patienten/Patientinnen oftmals Fragen der „Stellvertreter-Einwilligung“. Darunter werden in der Lit Fälle verstanden, in denen Angehörige anstelle des/der entscheidungsfähigen Patienten/Patientin über die Vornahme eines medizinischen Eingriffes entscheiden. Die Gründe dafür sind vielfältig: Manche Patienten/Patientinnen fühlen sich nicht sicher in der deutschen Sprache und lassen daher ihre Angehörigen für sich sprechen und entscheiden, andere delegieren Entscheidungen aus religiösen oder kulturellen Gründen an Angehörige, religiöse oder spirituelle Führungspersönlichkeiten. So gibt es immer wieder Fälle, in denen der Ehemann anstelle der Ehefrau, der Vater anstelle der Tochter oder die religiöse Führungspersönlichkeit anstelle des/der entscheidungsfähigen Patienten/Patientin entscheidet.⁵⁶²

Ist der/die PatientIn entscheidungsfähig, kann nur er/sie selbst in die Behandlung einwilligen (§ 252 Abs 1 ABGB). Es ist daher nicht möglich, dass Angehörige anstelle des/der entscheidungsfähigen Patienten/Patientin in eine medizinische Heilbehandlung

⁵⁵⁹ OLG Düsseldorf, 12. 10. 1989, 8 U 60/88.

⁵⁶⁰ Bundesgesetz über die Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen in Blutspendeinrichtungen (Blutsicherheitsgesetz 1999 – BSG 1999) BGBI I 1999/44 idF BGBI I 2009/107.

⁵⁶¹ Siehe Kap 6.3.3.3 Gesetzlich vorgesehene besondere Formen der Aufklärung.

⁵⁶² *Ilkilic*, Gesundheits- und Krankheitsverständnis der Muslime als Herausforderung an das deutsche Rechtswesen, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 39; *Jungbecker* in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* 96.

einwilligen oder diese ablehnen. Dies auch dann nicht, wenn der/die PatientIn sich damit einverstanden erklärt.⁵⁶³ Ebenso wenig besteht die Möglichkeit, die Wirksamkeit einer Vorsorgevollmacht „vorzuziehen“, sodass der/die Vorsorgebevollmächtigte schon entscheiden darf, wenn der/die VollmachtgeberIn noch entscheidungsfähig ist.⁵⁶⁴

Ist dem Arzt/der Ärztin erkennbar, dass nicht der/die PatientIn, sondern eine andere Person einwilligt, so ist diese Einwilligung unwirksam und der Arzt/die Ärztin darf die Behandlung nicht durchführen.⁵⁶⁵ *Jungbecker* argumentiert hingegen, dass eine Einwilligung vorliegt, wenn zwar beispielsweise der Ehegatte anstelle der Ehegattin entscheidet, die Ehegattin jedoch erkennbar damit einverstanden ist, dass ihr Mann an ihrer Stelle entscheidet. Es hätten, so *Jungbecker*, „beide Eheleute auf je eigene Weise ihr Einverständnis erklärt“.⁵⁶⁶ Diese Vorgangsweise ist mE keinesfalls rechtmäßig. Zwar ist es grds möglich, dass die Ehegattin konkludent zu verstehen gibt, dass sie mit der Behandlung einverstanden ist und ihre Einwilligung in die Behandlung somit schlüssig erfolgt.⁵⁶⁷ Dass sie sich konkludent damit einverstanden erklärt, dass ihr Ehegatte an ihrer Stelle entscheidet, wäre hingegen eine Stellvertreter-Einwilligung und somit nicht möglich. Eine Stellvertretung im medizinischen Bereich ist in der österr Rechtsordnung nur dort (explizit) vorgesehen, wo der/die PatientIn selbst nicht entscheidungsfähig ist (§§ 173, 239 ff ABGB). Im von *Jungbecker* angeführten Fall gibt es keinen Hinweis darauf, dass die Ehegattin nicht entscheidungsfähig gewesen wäre, was eine Stellvertreter-Einwilligung durch ihren Ehemann rechtswidrig macht.

Das OLG München hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem eine schwangere Frau in gebrochenem Deutsch („Nix mehr Baby“) den Wunsch äußerte, im Rahmen des geplanten Kaiserschnittes auch gleich eine Sterilisation vornehmen zu lassen. Diese wurde durchgeführt, die Patientin führte später ins Treffen, sie habe nichts darüber gewusst, sei nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden und ihr Ehegatte sei nicht anwesend gewesen, als sie die vermeintliche Einwilligung gegeben habe. Das OLG München stellte in diesem Zusammenhang fest, dass die Einwilligung des Ehemannes zur Sterilisation nicht erforderlich sei, zitiert allerdings den BGH, der ausgesprochen hat, dass es „guter ärztlicher Brauch“ sei, den Ehegatten zu befragen und sich bei dessen Weigerung zurückzuhalten. „Eine Verpflichtung zu dessen Befragung besteht aber nicht, wobei nach der Auffassung des Senats

⁵⁶³ *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/136.

⁵⁶⁴ *Kletečka-Pulker*, Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009/67 (114 f); *Paier/Kröll*, Die „vorgezogene“ Vorsorgevollmacht, JMG 2016, 76 mwN.

⁵⁶⁵ *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/136; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 ABGB Rz 23c (Stand 1. 1. 2007, rdb.at).

⁵⁶⁶ *Jungbecker* in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* 96 f.

⁵⁶⁷ *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/150.

für türkische Staatsangehörige nichts Anderes gelten kann als für deutsche.“⁵⁶⁸ Zwar ist dem OLG darin zuzustimmen, dass die Einwilligung des Ehegatten nicht erforderlich ist und es einer guten Kommunikation erscheint es sinnvoll, diesen einzubinden. Voraussetzung dafür muss jedoch sein, dass die Patientin ihre Einwilligung dazu gibt und den Arzt/die Ärztin von der Verschwiegenheitspflicht entbindet. Der Nebensatz, dass der Arzt/die Ärztin sich bei der Weigerung des Ehegatten „zurückzuhalten“ habe, verkennt mE völlig das Recht auf Selbstbestimmung.

7.4.2 Family und Community Consent

Das westliche Verständnis von „informed consent“ mit Ausrichtung auf die Patientenautonomie und Individualismus ist global betrachtet eine Ausnahme. In nicht-westlichen Kulturen herrscht das Konzept der relationalen Autonomie, bei dem die Bedeutung der Einbindung des/der Einzelnen in eine soziale Organisationsform unterstrichen und Familienangehörigen daher Einfluss auf die Entscheidung des Einzelnen eingeräumt wird. Die Belange des/der Betroffenen werden gleich gewichtet wie die Interessen der Personen, die in einer nahen sozialen Beziehung zu dem/der Betroffenen stehen.⁵⁶⁹ Entscheidungsfindungen sind in nicht-westlichen Kulturen oftmals von Vorstellungen eines *Family* oder *Community Consent* geprägt.⁵⁷⁰ *Ilkilic* bezeichnet es als traditionelle sittliche Einstellung, dass Familienangehörige einen Entscheidungsprozess direkt oder indirekt beeinflussen oder beeinflussen wollen. Va für in Deutschland lebende Muslime/Musliminnen sei es nicht ungewöhnlich, wichtige Entscheidungen – auch zu größeren medizinischen Interventionen – in der Familie zu besprechen und zu treffen.⁵⁷¹ Auch deutsche Hausärzte/Hausärztinnen beobachteten im Rahmen einer Studie, dass muslimische häufiger als andere Patienten/Patientinnen ihre Arztbesuche nicht alleine durchführen, sondern die gesamte Familie mitbringen. Als Grund dafür wird angegeben, dass die Entscheidungen oftmals im Familienkreis getroffen werden.⁵⁷²

Diese Fälle von Beratung im Familienkreis sind von jenen der Stellvertreter-Einwilligung zu unterscheiden. Während bei der Stellvertreter-Einwilligung Angehörige anstelle des/der entscheidungsfähigen Patienten/Patientin über die Vornahme eines medizinischen Eingriffes entscheiden, ist *Family* oder *Community Consent* idR nicht von der Entmündigung des Patienten/der Patientin oder der Einmischung Dritter getragen, sondern

⁵⁶⁸ OLG München 14. 2. 2002, 1 U 3495/01.

⁵⁶⁹ Brauer, Autonomie und Familie. Behandlungsentscheidungen bei geschäfts- und einwilligungsunfähigen Volljährigen (2013) 160 f.

⁵⁷⁰ Braune in Peintinger 195.

⁵⁷¹ Ilkilic, Begegnung⁵ 225; Ilkilic, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2008, 857 (860).

⁵⁷² Kronenthaler/Eissler, Das Gesundheitswesen 2014, 434 (437).

wird als Unterstützung für den Patienten/die Patientin gesehen. Wenngleich die Grenze zwischen einer Stellvertreter-Einwilligung und einer gemeinsamen Entscheidungsfindung in der Community oder der Familie oftmals schwer zu ziehen ist, sei, so *Braune*, „Patientenautonomie in und mit der Familie“ möglich.⁵⁷³ Eine familiäre Einflussnahme darf daher nicht von vornherein als klare Verletzung des Selbstbestimmungsrechts gesehen werden sondern muss in vielen Fällen als Recht des Patienten/der Patientin, sich zu beraten, sich die Meinungen der Familienangehörigen einzuhören und diese in die eigene Entscheidung miteinzubeziehen, betrachtet werden.

Anders zu bewerten sind Fälle, in denen auf den Patienten/die Patientin Druck ausgeübt wird, sodass die Entscheidung nicht nach dem freien Willen geschieht. Zwar herrscht über die Rechtsnatur der Einwilligung in der Lit. Uneinigkeit⁵⁷⁴, die Einwilligung in eine Heilbehandlung ist aber jedenfalls rechtsgeschäftsähnlich, weshalb eine rechtswirksame Einwilligung mit der Rechtsgeschäftslehre frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden muss (§ 869 ABGB). Der/die PatientIn darf keinem Irrtum, keiner List oder keinem Zwang unterliegen.⁵⁷⁵ *Bleiler* stellt dazu fest, dass sozialer Zwang, der in fast jeder menschlichen Beziehung vorkommt, nicht ausreicht. Vielmehr darf das Geschehen nicht mehr Ausdruck der Handlungsfreiheit des/der Einwilligenden sein, um als rechtswidriger Druck gewertet zu werden. Diese Grenze ist dort erreicht, wo die Drohung als Nötigung iSd StGB strafbar ist.⁵⁷⁶ Va Frauen aus patriarchalen Strukturen laufen Gefahr, nicht frei in eine Behandlung einwilligen zu können. *Reimer/Eckert/Hautzinger/Wilke* beschreiben beispielsweise die Situation einer Patientin, die eine benötigte Psychotherapie unter Druck des Ehegatten abbricht, weil dieser Angst davor hat, dass Eheprobleme in der Therapie besprochen werden.⁵⁷⁷ Auch den Krankenhausverbindungskomitees der Zeugen Jehovas, deren Mitglieder *Kern* als Verbindungs Personen zwischen Arzt/Ärztin und PatientIn beschreibt⁵⁷⁸, wird nachgesagt, dass sie auf den Patienten/die Patientin Druck ausüben, Fremdblut abzulehnen⁵⁷⁹ und durch ständige Anwesenheit die Einhaltung dieser religiösen

⁵⁷³ *Braune* in *Peintinger* 198.

⁵⁷⁴ Siehe dazu *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 ABGB Rz 26j (Stand 1. 1. 2007, rdb.at); *Resch*, Einwilligung des Geschädigten 30 ff; *Resch* in *Kopetzki* 52 f.

⁵⁷⁵ *Barth*, ÖJZ 2000, 57 mwN; *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 415 f; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 681; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 ABGB Rz 23c (Stand 1. 1. 2007, rdb.at); *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 110 Rz 15 (Stand: 1. 8. 2016, rdb.at).

⁵⁷⁶ *Bleiler*, Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto (2010) 76.

⁵⁷⁷ *Reimer/Eckert/Hautzinger/Wilke*, Psychotherapie. Ein Lehrbuch für Ärzte und Psychologen² (2000) 649.

⁵⁷⁸ *Kern*, Mediation –Was ist das? in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 113 (175).

⁵⁷⁹ Die seit 2007 in Österreich gesetzlich anerkannte Religionsgesellschaft Jehovas Zeugen (VO der Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur betreffend die Anerkennung der Anhänger von Jehovas Zeugen als Religionsgesellschaft BGBl II 2009/139) lehnt aufgrund ihres Bibelverständnisses jegliche Verabreichung von Blut ab (*Kohlhofer*, Das Patiententestament aus Sicht der Zeugen Jehovas, in *Kopetzki*

Vorschrift überwachen.⁵⁸⁰ Inwieweit dies im Einzelfall tatsächlich der Fall ist, kann an dieser Stelle nicht geklärt werden, Ärzte/Ärztinnen sollten jedoch besondere Vorsicht bei Entscheidungsfindungsprozessen walten lassen, an denen Angehörige oder religiöse Führungspersönlichkeiten teilnehmen. Hat der Arzt/die Ärztin konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Einwilligung des Patienten/der Patientin unter Druck oder Zwang erfolgt, so ist diese rechtsunwirksam und der Eingriff darf nicht durchgeführt werden. In der Praxis ist es wohl sinnvoll, den Patienten/die Patientin um ein Gespräch unter vier Augen zu bitten und darzulegen, dass Patienten/Patientinnen nach österr Recht selbstbestimmt sind und ein offenes Gespräch über die Vorstellungen und Wünsche des Patienten/der Patientin mit dem Arzt/der Ärztin unter Verschwiegenheitspflicht möglich ist. Verfügt der Arzt/die Ärztin allerdings nicht über konkrete Anhaltspunkte, die auf einen die Einwilligungsfähigkeit ausschließenden Zwang schließen lassen, oder lassen sich Anhaltspunkte nicht verifizieren, ist der Arzt/die Ärztin gehalten, von der freien Willensbildung des Patienten/der Patientin auszugehen.⁵⁸¹

7.4.3 Fatwa

Eine *Fatwa* konkretisiert in den islamischen Quellen existierende Normen für eine praktische Handlung und wird von Muslimen/Musliminnen va dann eingeholt, wenn sie an ihren religiösen Pflichten zweifeln und nicht wissen, was ein/e MuslimIn in der bestehenden Situation tun soll. In muslimischen Ländern erstellt der *Mufti*, ein islamischer Rechtsgelehrter, *Fatwas*. Mangels Vorhandensein von *Muftis*, suchen Muslime/Musliminnen in Österreich oder Deutschland für wichtige Entscheidungen oftmals den Rat des Vorbeters der Moschee (*Imam*) oder einer sonstigen kundigen Vertrauensperson.⁵⁸² In einer *Fatwa* wird bewertet, ob eine bestimmte Haltung des Patienten/der Patientin geboten, empfehlenswert, angeraten, gestattet/freigestellt, abgeraten oder verboten ist. Absolut verbindlicher Charakter kommt der *Fatwa* aus theologischer Sicht allerdings nicht zu.⁵⁸³ Trifft der/die PatientIn eine Behandlungsentscheidung aufgrund einer *Fatwa*, so steht ihm/ihr dies frei. Der Patientenwille ist als autonom anzusehen, da kein unmittelbarer Zwang oder Druck ausgeübt wird.⁵⁸⁴

(Hrsg), Antizierte Patientenverfügungen. „Patiententestament“ und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (2000) 143 (143).

⁵⁸⁰ Anouk, Krankenhausverbindungskomitee,

<https://geistigkrank.wordpress.com/tag/krankenhausverbindungskomitee/> (abgefragt am 8. 4. 2018); Stiftung kreuznacher diakonie, Grundsätze zur Behandlung von Zeugen Jehovas vor dem Hintergrund der Gabe von Blut und Blutprodukten in Krankenhäusern der Stiftung kreuznacher diakonie (2011) 7.

⁵⁸¹ Bleiler, Strafbarkeitsrisiken 76.

⁵⁸² Ilkilic, Begegnung⁵ 37 f.

⁵⁸³ Ilkilic, Der muslimische Patient. Medizinethische Aspekte des muslimischen Krankheitsverständnisses in einer wertpluralen Gesellschaft (2002) 111.

⁵⁸⁴ Jungbecker in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. 97.

7.5 Instrumente zur Selbstbestimmung sowie Erwachsenenvertretung und ihre Besonderheiten bei migrantischen Patienten/Patientinnen

7.5.1 Patientenverfügung

Eine Patientenverfügung ist eine Willenserklärung, mit der ein/e PatientIn eine medizinische Behandlung ablehnt und die dann wirksam werden soll, wenn er/sie im Zeitpunkt der Behandlung nicht einsichts-, urteils- oder äußerungsfähig ist (§ 2 Abs 2 PatVG). Das Gesetz unterscheidet die verbindliche von der beachtlichen Patientenverfügung. Eine verbindliche Patientenverfügung liegt vor, wenn die medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind, konkret beschrieben sind oder eindeutig aus dem Gesamtzusammenhang der Verfügung hervorgehen (§ 4 PatVG) und darüber hinaus die Errichtungsvorschriften eingehalten wurden: Es bedarf einer umfassenden ärztlichen Aufklärung einschließlich einer Information über Wesen und Folgen der Patientenverfügung für die medizinische Behandlung (§ 5 PatVG) sowie der schriftlichen Errichtung vor einem Rechtsanwalt/einer Rechtsanwältin, einem/einer NotarIn oder einem/einer rechtskundigen MitarbeiterIn der Patientenvertretungen (§ 6 PatVG). Eine Patientenverfügung verliert nach Ablauf von fünf Jahren ab der Errichtung ihre Verbindlichkeit, sofern der/die PatientIn nicht eine kürzere Frist bestimmt hat (§ 7 PatVG). Auf das Aufklärungsgespräch kann nicht wirksam verzichtet werden⁵⁸⁵, sodass bei nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen die Sprachbarriere überwunden werden muss.

Erfüllt die Patientenverfügung nicht alle genannten Kriterien oder ist ihre Verbindlichkeit bereits abgelaufen, dann handelt es sich um eine beachtliche Patientenverfügung (§ 8 PatVG). Eine beachtliche Patientenverfügung ist bei der Ermittlung des Patientenwillens umso mehr zu beachten, je eher sie die Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung erfüllt. Dabei ist insb zu berücksichtigen, inwieweit der/die PatientIn die Krankheitssituation, auf die sich die Patientenverfügung bezieht sowie deren Folgen im Errichtungszeitpunkt einschätzen konnte, wie konkret die medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind, beschrieben sind, wie umfassend eine der Errichtung vorangegangene ärztliche Aufklärung war, inwieweit die Verfügung von den Formvorschriften für eine verbindliche Patientenverfügung abweicht, wie häufig die Patientenverfügung erneuert wurde und wie lange die letzte Erneuerung zurückliegt (§ 9 PatVG).⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ Kopetzki, Zum neuen österreichischen Patientenverfügungs-Gesetz, in Duttge (Hrsg), Ärztliche Behandlung am Lebensende (2008) 79 (87).

⁵⁸⁶ Anders als Gesetz Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? (Teil I) Anmerkungen zum BG über Patientenverfügungen sowie zur Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, EF-Z 2006/23. Er hegt ernst zunehmende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Annahme, dass eine Patientenverfügung, die „nur“

Die Patientenverfügung muss frei von Willensmängeln sein, also frei und ernstlich erklärt und nicht durch Irrtum, List, Täuschung, physischen oder psychischen Zwang veranlasst worden sein (§ 10 Abs 1 Z 1 PatVG). Ein Willensmangel kann insb auch dann vorliegen, wenn auf den Patienten/die Patientin ein unangemessener gesellschaftlicher Druck ausgeübt wurde, eine bestimmte Behandlung in Zukunft abzulehnen.⁵⁸⁷ Rechtswidriger Zwang kann etwa durch das Drängen der Angehörigen oder durch „Gruppendruck“ entstehen.⁵⁸⁸ Bei (vermeintlich) streng gläubigen Personen, ist daher besonders darauf zu achten, ob die Ablehnung aus eigenem Willen erfolgt, oder ob die Religionsgemeinschaft oder die Familie Druck ausübt.⁵⁸⁹ Ob ein Willensmangel vorliegt, ist zum Erklärungszeitpunkt zu prüfen, wobei bei verbindlichen Patientenverfügungen dem Arzt/der Ärztin und dem Juristen/der Juristin die Überprüfung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zukommt (§§ 5, 6 PatVG). Bei beachtlichen Patientenverfügungen ist diese Prüfung nicht zwingend vorgesehen.⁵⁹⁰ § 4 Satz 2 PatVG normiert, dass aus der Patientenverfügung hervorgehen muss, dass der/die PatientIn die Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt. *Memmer* hält dazu fest, dass sich der/die PatientIn auch bei objektiv unvernünftigen Entscheidungen – etwa aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen – der medizinischen Konsequenzen bewusst sein kann und wird.⁵⁹¹

Untersucht man das Instrument Patientenverfügung auf Kultursensibilität, so stellen sich vier Fragen:

- (1) Inwieweit eignet sich eine Patientenverfügung dazu, kulturell oder religiös bedingte Vorstellungen der medizinischen Betreuung mitzuteilen und durchzusetzen?
- (2) Inwieweit entfaltet eine im Ausland errichtete Patientenverfügung in Österreich Bindungswirkung?
- (3) Können ausländische Staatsangehörige in Österreich Patientenverfügungen errichten?
- (4) Inwieweit entfaltet eine in Österreich nach dem PatVG errichtete Patientenverfügung im Ausland Bindungswirkung?

den Bestimmtheitserfordernissen des § 869 ABGB entspricht, einen geringeren Status hat, als eine Patientenverfügung, die unter Beachtung der §§ 5, 6 PatVG errichtet worden ist.

⁵⁸⁷ ErläutRV 1299 BlgNR 22. GP 9.

⁵⁸⁸ Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006/34.

⁵⁸⁹ Maleczky berichtet etwa von einem Fall, bei dem von der Familie großer Druck auf die Patientin ausgeübt wurde, aus religiösen Gründen Bluttransfusionen abzulehnen (Maleczky, ÖJZ 1994, 681).

⁵⁹⁰ Traar/Pesendorfer/Fritz/Barth, Sachwalterrecht § 10 PatVG Rz 4.

⁵⁹¹ Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006/116 (169).

7.5.1.1 Patientenverfügung als kultursensibles Instrument zur Selbstbestimmung

Eine wichtige Aufgabe der Patientenverfügung ist es, die positiven Vorstellungen des guten Sterbens in die Ablehnung medizinischer Maßnahmen zu übersetzen.⁵⁹² Diese nicht immer einfache Aufgabe bei der Errichtung der Patientenverfügung gestaltet sich umso schwieriger, je mehr die Vorstellungen des guten Sterbens des Patienten/der Patientin von jenen des/der zur Errichtung der Patientenverfügung aufklärenden Arztes/Ärztin abweichen. Kommt es bereits derzeit häufig vor, dass Errichtende von dem Juristen/der Juristin wieder zurück zu dem Arzt/der Ärztin geschickt werden⁵⁹³, wird es sich umso schwieriger gestalten, wenn Migranten/Migrantinnen mit bestimmten, in Österreich gesellschaftlich nicht verankerten, Wünschen an Ärzte/Ärztinnen und Juristen/Juristinnen herantreten und eine (verbindliche) Patientenverfügung errichten wollen. *Kern* sieht § 5 PatVG, der bestimmt, dass der Arzt/die Ärztin im Rahmen des für eine verbindliche Patientenverfügung verpflichtenden Aufklärungsgesprächs, dazulegen hat, dass und aus welchen Gründen der/die PatientIn die Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt, problematisch. Personen, die aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen eine Patientenverfügung errichten, müssten damit diese als Motiv für die Errichtung vorbringen und der Arzt/die Ärztin ist vor die Aufgabe gestellt, die Echtheit dieser religiösen bzw weltanschaulichen Motive zu überprüfen, was keineswegs seine/ihre Aufgabe ist oder sein kann.⁵⁹⁴ *Kerns* Interpretation von § 5 PatVG ist mE überschießend und dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Der Arzt/die Ärztin ist mE gem § 5 PatVG keineswegs verpflichtet, das Motiv für die Errichtung einer Patientenverfügung zu überprüfen, sondern lediglich sicherzustellen, dass der/die PatientIn die Folgen der gewünschten Ablehnung richtig einschätzt. Die von *Kern* geäußerte Kritik an § 5 PatVG verdeutlicht allerdings – auch wenn sie mE von einer falschen Annahme ausgeht – sehr gut, welche Probleme in der Praxis auftreten können: Va bei „exotischen“ Wünschen von Migranten/Migrantinnen kann es sein, dass der Arzt/die Ärztin an der Vernünftigkeit des Patienten/der Patientin zweifelt. Dass manche Personen dazu neigen, Personen aufgrund von objektiv nicht vernünftigen Wünschen ihre Entscheidungsfähigkeit abzusprechen, macht *Wilhelm* deutlich, wenn er schreibt, dass auch eine verbindliche Patientenverfügung zum Schutz von Patienten/Patientinnen nicht befolgt werden soll, wenn sie „objektiv sinnlos“ sei. „Wer einer Stelle der Apostelgeschichte eine verrückte Auslegung gibt, um Bluttransfusionen zu verweigern, hat seine Einsichtsfähigkeit selbst widerlegt.“⁵⁹⁵ Diese Anspielung auf die

⁵⁹² Inthorn/Kletečka-Pulker, Ergebnisse der ersten Phase der Evaluationsstudie zum Patientenverfügungs-Gesetz. Die Patientenverfügung als ein Weg zum „guten Sterben“? iFamZ 2008, 139 (139).

⁵⁹³ Inthorn/Kletečka-Pulker, iFamZ 2008, 139 (139).

⁵⁹⁴ Kern, Die religiös motivierte Patientenverfügung, in Memmer/Kern (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz. Stärkung oder Schwächung der Patientenrechte? (2006) 67 (78).

⁵⁹⁵ Wilhelm, Emanzipation durch Vorsorgevollmacht, ecolex 2006, 261 (2).

religiöse Überzeugung von Zeugen Jehovas, fremdes Blut abzulehnen, bezeichnet Kopetzki mE zu Recht als Versuch, Religion zu einem Fall für die Psychiatrie zu machen und hält fest, dass abweichende persönliche Werthaltungen – seien diese durch spezifisch kulturelle und/oder religiöse Gründe motiviert oder nicht – nicht als Symptome einer „psychischen Störung“ pathologisiert werden dürfen.⁵⁹⁶

Die Patientenverfügung steht im Blickfeld zahlreicher in Österreich bestehender Religionsgemeinschaften. Dies ua deshalb, weil ein enger Zusammenhang mit der Diskussion zum Thema „Sterbehilfe“ zu konstatieren ist⁵⁹⁷, an der sich Religionsgemeinschaften mit besonderer Intensität beteiligen. Dabei ist zu beachten, dass das religiöse Verständnis von Willensfreiheit nicht überall gleich ist. Manche Religionen lehnen den Einsatz von Patientenverfügungen ab, andere wiederum verbieten bestimmte medizinische Eingriffe, sodass eine Patientenverfügung geradezu notwendig ist.⁵⁹⁸ So vertritt etwa eine Gruppierung in der innerislamischen Diskussion zum Thema passive Sterbehilfe die Position, dass sowohl aktive als auch passive Sterbehilfe am Lebensende verboten sei. Sie spricht von einer Therapiepflicht am Lebensende, auch wenn die Heilungschancen nur mehr sehr gering sind.⁵⁹⁹ Die Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas verlautbart hingegen, dass die Bibel keine außergewöhnlichen, komplizierten Maßnahmen, durch die der Sterbeprozess lediglich verlängert würde, vorsieht, weshalb Patientenverfügungen respektiert werden sollten.⁶⁰⁰ Ihre Mitglieder nutzen das Instrument der Patientenverfügung sehr häufig, um ihrer religiöser Überzeugung der Ablehnung von Fremdblutgabe Ausdruck zu verleihen – dies auch schon vor Inkrafttreten des PatVG im Jahr 2006.⁶⁰¹ Auch die Katholische und die Evangelische Kirche haben Stellungnahmen zur Patientenverfügung veröffentlicht.⁶⁰²

⁵⁹⁶ Mangold/Mascherbauer/Peintinger/Kopetzki, RdM 2010/4 (17). Siehe dazu auch Kap 7.2 Einwilligungsfähigkeit bei migrantischen Patienten/Patientinnen.

⁵⁹⁷ Siehe zur Abgrenzung Gmeiner/Kopetzki, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungs-Gesetz? Zeitschrift für Biopolitik 2005/2, 67 (72 f); Memmer, Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen. „Patiententestament“ und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (2000) 1 (6 f); Schick, Intensivmedizin und strafrechtliche Aspekte, in Bernat/Kröll (Hrsg), Intensivmedizin als Herausforderung für Recht und Ethik (1999) 34.

⁵⁹⁸ Zum Umgang mit Patientenverfügungen einzelner Religionsgemeinschaften siehe auch Schima, Nachtrag zum „Neuen Recht 2006“: Die legistische Behandlung von Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht und einige Überlegungen aus religionsrechtlicher Perspektive, öarr 2008, 494.

⁵⁹⁹ Ilkilic, Ethik Med 2008, 221 (224).

⁶⁰⁰ Jehovahs Zeugen in Deutschland, Informationsportal, <http://www.jehovaszeugen.de/Wie-wir-ueber-medizinische-Behandlu.76.0.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁶⁰¹ Kohlhofer in Kopetzki; Memmer, Patientenverfügung und Patientenrechte, in Kern/Kopetzki (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 45 (55 f); Wallner J., Health Care zwischen Ethik und Recht (2007) 254 mwN; Zur Rechtslage vor 2006 siehe Aigner, Die Patientenverfügung – Rückblick, in Memmer/Kern (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz. Stärkung oder Schwächung der Patientenrechte? (2006) 15.

⁶⁰² Siehe zu den Stellungnahmen Körtner, Patientenverfügungen in der theologischen Diskussion, in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Ethische und rechtliche Aspekte (2007) 20.

Ilkilic fordert die Entwicklung und Anwendung einer kultursensibel und kultursensitiv abgefassten bzw ausgelegten Patientenverfügung. Darunter versteht er eine Patientenverfügung, die „kulturspezifische Wertvorstellungen und Wünsche am Lebensende verständlich, deutlich und in anwendbarer Form auszudrücken vermag. Diese Wünsche sollten sehr klar formuliert sein, damit das Behandlungsteam im akuten Fall konkrete Entscheidungen und Handlungen ableiten kann.“ Die kultursensible und -sensitive Patientenverfügung soll alle für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe relevanten kultur- und religionsspezifischen Entscheidungsoptionen umfassen. Zudem fordert *Ilkilic* die Ergänzung dieser kultursensiblen und kultursensitiven Patientenverfügung durch Informationsmaterial für das medizinische Personal. Darin sollte der Zusammenhang zwischen kulturell-religiösen Wertvorstellungen und konkreten Wünschen erklärt werden. Im Unterschied zu konventionellen, sollen die kultursensiblen Patientenverfügungen auch Wünsche hinsichtlich religiöser Rituale oder anderer Maßnahmen am Lebensende enthalten.⁶⁰³ *Ilkilic* thematisiert mE mit dieser Forderung zwar die oben aufgezeigte Problematik, dass es für Migranten/Migrantinnen schwierig sein kann, die eigenen Wünsche mit dem/der errichtenden Arzt/Ärztin zu besprechen, weshalb Informationsmaterial sicherlich hilfreich wäre, die Forderung nach der Kultursensibilität der Patientenverfügung an sich ist jedoch mE bereits umgesetzt. Erlaubt es doch gerade die Patientenverfügung, Behandlungen, die man aus religiösen oder kulturellen Gründen ablehnt, tatsächlich rechtsverbindlich zu verhindern.

7.5.1.2 Im Ausland errichtete Patientenverfügung

Das PatVG enthält keine Regelungen über die Wirksamkeit einer im Ausland errichteten Patientenverfügung im Inland. Es sind daher unterschiedliche internationale Übereinkommen dahingehend zu beleuchten, ob sie eine diesbezügliche Bestimmung enthalten.

Nach hL ist die Patientenverfügung grds dem Privatrecht und nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen.⁶⁰⁴

Das HESÜ⁶⁰⁵ ist nach hL nicht auf Patientenverfügungen anzuwenden, weil es sich nur auf behördlich angeordnete Schutzmaßnahmen bezieht (Art 1 HESÜ).⁶⁰⁶ Ebenso wenig

⁶⁰³ *Ilkilic*, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2008, 857 (862).

⁶⁰⁴ *Lurger*, Die Grenzen der Selbstbestimmung im Alter aus privatrechtlicher Sicht, in *WiR-Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Alter und Recht (2012) 87 (108); *Oflner* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* 191 f; *Pesendorfer/Traar*, Internationale Aspekte der Patientenverfügung. Kollisionsrechtliche Anknüpfungspunkte und Reichweite des ordre public, *iFamZ* 2008, 367 (368 f); *Pollak/Potyka*, Internationales Sachwalterrecht, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 597 (601 f). Krit hingegen *Kopetzki* in *Kröll/Pateter/Schweppé* 47.

⁶⁰⁵ Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen (Haager Erwachsenenschutzübereinkommen – HESÜ) BGBI III 2013/287.

⁶⁰⁶ *Traar/Pesendorfer/Fritz/Barth*, Sachwalterrecht vor § 1 PatVG Rz 15 ff; *Röthel*, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht in europäischer Perspektive, *FPR* 2007, 79 (81); *Pesendorfer/Traar*, *iFamZ* 2008, 367 (367 f); *Pollak/Potyka* in *Barth/Ganner*, HB des Sachwalterrechts 601 f.

werden Patientenverfügungen vom sachlichen Anwendungsbereich der drei „Rom-Verordnungen“⁶⁰⁷ erfasst.⁶⁰⁸

Die Regeln über die gesetzliche Vertretung der §§ 15, 24, 25, 27 IPRG verweisen auf die Staatsbürgerschaft des/der Vertretenen, sind jedoch nicht auf Patientenverfügungen anwendbar, da diese keine gesetzliche Vertretung darstellt. Vielmehr soll eine Patientenverfügung gerade verhindern, dass eine gesetzliche Vertretung bestellt werden muss.⁶⁰⁹

Mangels einer Spezialregelung muss daher die Anknüpfung nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung erfolgen (§ 1 Abs 1 IPRG).⁶¹⁰ *Röthel*⁶¹¹ und ihr folgend *Neumayr*⁶¹² knüpfen die Patientenverfügung akzessorisch an den (potenziellen) Behandlungsvertrag und kommen so zu einer Anwendbarkeit des Rechts des Behandlungsstaates.

Über § 49 IPRG, der die gewillkürte Stellvertretung regelt, gelangen auch *Pesendorfer/Traar*⁶¹³ und ihnen folgend *Lurger*⁶¹⁴ und *Neumayr*⁶¹⁵ zur Anwendbarkeit des Rechts des Behandlungsstaates. Sie kommen zur Anwendung des § 49 IPRG, indem sie durch die Patientenverfügung eine Vertretung des/der später nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten/Patientin durch sich selbst sehen. Dabei lassen sie lediglich § 49 Abs 3 IPRG zu, sodass das Recht des Behandlungsstaates zur Anwendung kommt. Die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung muss demnach in Österreich erfolgen. Das österr Außenministerium vertritt ebenfalls den Standpunkt, dass eine Patientenverfügung nach dem Recht des jeweiligen Behandlungsstaates zu beurteilen sei. Zwar könne das medizinische Aufklärungsgespräch auch im Ausland durch dort zugelassene Ärzte/Ärztinnen durchgeführt werden, die Aufklärung betreffend die rechtlichen Folgen einer verbindlichen Patientenverfügung müssen allerdings in jedem Fall in Österreich zugelassene Juristen/Juristinnen durchführen.⁶¹⁶ *Memmer/Till* weisen darauf hin, dass bei dieser Lösung eine nach ausländischem Recht als verbindlich errichtete Patientenverfügung möglicherweise in Österreich lediglich beachtlichen Charakter hat, bezeichnen diese Rechtsansicht aber

⁶⁰⁷ Rom I-VO; VO (EG) 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 7. 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl L 2007/199, 40; VO (EU) 1259/2010 des Rates vom 20. 12. 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl L 2007/343, 10.

⁶⁰⁸ *Neumayr* in GmundKomm § 1 PatVG Rz 11 mwN.

⁶⁰⁹ *Pesendorfer/Traar*, iFamZ 2008, 367 (369).

⁶¹⁰ *Ofrner* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* 190; *Neumayr* in GmundKomm § 1 PatVG Rz 11.

⁶¹¹ *Röthel*, FPR 2007, 79 (81).

⁶¹² *Neumayr* in GmundKomm § 1 PatVG Rz 11.

⁶¹³ *Pesendorfer/Traar*, iFamZ 2008, 367 (370).

⁶¹⁴ *Lurger* in *WiR-Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* 108.

⁶¹⁵ *Neumayr* in GmundKomm § 1 PatVG Rz 11.

⁶¹⁶ Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres, Patientenverfügung, <https://www.bmeia.gv.at/reise-aufenthalt/leben-im-ausland/gesundheit-und-soziales/patientenverfuegung/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

insofern als zweckmäßig, als dem/der behandelnden Arzt/Ärztin die ausländische Rechtslage nicht oder nur in den wenigsten Fällen bekannt sein wird.⁶¹⁷

*Ofner*⁶¹⁸ und *Pollak/Potyka*⁶¹⁹ knüpfen hingegen an das Personalstatut des/der Betroffenen an und folgen somit dem allgemeinen Prinzip im Personen- und Familienrecht im IPRG. Somit müsste die Beurteilung der Wirksamkeit der Patientenverfügung nach dem Personalstatut des/der errichtenden Patienten/Patientin – also nach dessen/deren Heimatrecht – erfolgen, was in der Praxis wohl nur sehr schwer umsetzbar ist, da die BehandlerInnen die ausländische Rechtslage kennen müssten. *Lurger*⁶²⁰ kritisiert diese Auffassung, *Neumayr*⁶²¹ lehnt sie als ungeeignet ab. *Kopetzki* sieht in der Lehrmeinung von *Pesendorfer/Traar* „den praktikablen Vorteil, dass die Ärzte bei ohnehin schwierigen Behandlungsentscheidungen kein ihnen fremdes Recht ermitteln müssten“. Zudem argumentiert er mE schlüssig, dass wegen der weitgehenden Anerkennung des „mutmaßlichen Willens“ durch die Jud des OGH auf diese Weise auch der tatsächliche Wille des/der ausländischen Patienten/Patientin beachtlich wäre – unabhängig von der näheren Ausgestaltung seines/ihres Heimatrechts und der Erfüllung aller Kriterien einer nach österr Recht verbindlichen Patientenverfügung.⁶²²

Bei Gefahr im Verzug ist eine Patientenverfügung entsprechend dem österr Sachrecht (§ 12 PatVG) jedenfalls nach österr Recht zu beurteilen.⁶²³

7.5.1.3 Errichtung einer Patientenverfügung in Österreich durch ausländische Staatsangehörige

Die Beantwortung der Frage, ob ausländische Staatsangehörige in Österreich rechtswirksame Patientenverfügungen errichten können, hängt davon ab, welcher der oben genannten Rechtsmeinungen man folgt. Folgt man der mE überzeugenderen Meinung von *Pesendorfer/Traar*, *Lurger* und *Neumayr*, kommt es nicht auf das Personalstatut an, weshalb auch ausländische Staatsangehörige eine Patientenverfügung nach dem PatVG in Österreich errichten können. Alle Fragen der Errichtung sind nach österr Recht zu beurteilen.

Folgt man hingegen *Pollak/Potyka* und *Ofner*, die an das Personalstatut des/der Betroffenen anknüpfen so ist es ausländischen Staatsangehörigen grds nicht möglich, eine Patientenverfügung nach österr Recht zu errichten, da deren Wirksamkeit nach dem Heimatrecht des/der Errichtenden beurteilt werden müsste. Da allerdings auch nach dieser Ansicht für die Form der Patientenverfügung grds § 8 IPRG maßgeblich ist, ist eine in

⁶¹⁷ *Memmer/Till*, Patientenverfügung und Rettungsdienst, ZfG 2016, 4 (7).

⁶¹⁸ *Ofner* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* 191 f.

⁶¹⁹ *Pollak/Potyka* in *Barth/Ganner*, HB des Sachwalterrechts 601 f.

⁶²⁰ *Lurger* in *WiR-Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* 109.

⁶²¹ *Neumayr* in *GmundKomm* § 1 PatVG Rz 11.

⁶²² *Kopetzki* in *Kröll/Pateter/Schweppé* 46.

⁶²³ *Memmer/Till*, ZfG 2016, 4 (7); *Pesendorfer/Traar*, iFamZ 2008, 367 (372).

Österreich errichtete Patientenverfügung jedenfalls dann formgültig, wenn sie den österr Formvorschriften entspricht.

7.5.1.4 Bindungswirkung einer österreichischen Patientenverfügung im Ausland

Ob eine in Österreich errichtete Patientenverfügung im Ausland wirksam ist, hängt vom jeweiligen nationalen Recht ab, in dessen Geltungsbereich die Behandlungsentscheidung zu treffen ist. Es kann an dieser Stelle keine generelle Aussage darüber getroffen werden.⁶²⁴

7.5.2 Vorsorgevollmacht

Eine Vorsorgevollmacht ist eine Vollmacht, die nach ihrem Inhalt dann wirksam werden soll, wenn der/die VollmachtgeberIn die zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Entscheidungsfähigkeit verliert (§ 260 ABGB). Die Vorsorgevollmacht kann für einzelne Angelegenheiten oder für Arten von Angelegenheiten erteilt werden (§ 261 ABGB). Eine Vorsorgevollmacht, die auch Einwilligungen in medizinische Behandlungen enthalten soll, muss daher diese Angelegenheit anführen. Die Vorsorgevollmacht muss vor einem/einer NotarIn, Rechtsanwalt/Rechtsanwältin oder Erwachsenenschutzverein höchstpersönlich und schriftlich errichtet (§ 262 ABGB) und ebenso wie der Eintritt des Vorsorgefalls im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) eingetragen werden (§ 263 ABGB).⁶²⁵ Eine Vorsorgevollmacht gilt unbefristet.

Mangels gegenteiliger Rechtsvorschrift ist davon auszugehen, dass auch ausländische Staatsangehörige als Vorsorgebevollmächtige fungieren können, sofern sie die sonstigen Voraussetzungen (§ 243, § 263 Abs 2 ABGB) erfüllen.

Inwieweit ausländische Staatsangehörige eine Vorsorgevollmacht in Österreich errichten können und welches Recht dafür anzuwenden ist, ist für Vertragspartnerländer im HESÜ geregelt. Art 15 Abs 1 Satz 1 HESÜ enthält für die Vorsorgevollmacht und vergleichbare Rechtsinstitute (gewählte Erwachsenenvertretung) eine eigene Kollisionsregel. Gem Art 15 Abs 1 HESÜ ist grds das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Vollmachtgebers/der Vollmachtgeberin im Zeitpunkt der Errichtung der Vorsorgevollmacht für das Bestehen, den Umfang, die Änderung und die Beendigung maßgeblich. Nach Art 15 Abs 1 Satz 2 HESÜ hat der/die VollmachtgeberIn jedoch auch die Möglichkeit, ausdrücklich und schriftlich ein anderes Recht zu wählen, nämlich ua entweder das Recht des Staates, dem er/sie angehört (lit a) oder das Recht des Staates eines früheren gewöhnlichen Aufenthalts (lit b). *Lurger* plädiert für eine Einschränkung der Rechtswahl bei Vorsorgevollmachten in Gesundheitsangelegenheiten, da diese ein Rechtsgebiet betreffen, in dem auch im materiellen Recht das zwingende Recht dominiere. Zudem weist sie mE zu

⁶²⁴ Kopetzki in Kröll/Pateter/Schweppé 47 f mwN.

⁶²⁵ Zu Eintragungen ins ÖZVV siehe näher: Milicevic, 2. ErwSchG: Eintragung im ÖZVV, AnwBl 2018, 415.

Recht darauf hin, dass die Anwendung eines gewählten ausländischen Rechts in diesem Bereich in der Praxis sehr mühsam und hinderlich sei.⁶²⁶

Das HESÜ kennt zudem drei Ausnahmen von der Regel, dass das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Vollmachtgebers/der Vollmachtgeberin für die Vollmacht gilt.

(1) Wird die Vorsorgevollmacht nicht in einer Weise ausgeübt, die den Schutz des Vollmachtgebers/der Vollmachtgeberin ausreichend sicherstellt, so kann sie durch Maßnahmen einer nach dem HESÜ zuständigen Behörde aufgehoben oder geändert werden. Bei der Aufhebung oder Änderung ist jedoch das nach Art 15 maßgebliche Recht soweit wie möglich zu berücksichtigen (Art 16 HESÜ). Die angesprochene zuständige Behörde ist in Österreich idR das Pflegschaftsgericht. Österr Recht kann aber auch (2) aus Gründen des Verkehrsschutzes zur Anwendung kommen. Dies immer dann, wenn die Anwendbarkeit fremden Rechts nicht erkennbar ist (Art 17 HESÜ). Zudem kann das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Vollmachtgebers/der Vollmachtgeberin nicht zur Anwendung kommen, wenn (3) ein offensichtlicher Widerspruch der Anwendung des fremden Rechts mit der eigenen „öffentlichen Ordnung“ (ordre public) bzw mit international zwingenden Eingriffsnormen besteht (Art 20, 21 HESÜ).

Zusammengefasst bedeutet dies, dass ausländische Patienten/Patientinnen, die in Österreich ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, eine Vorsorgevollmacht nach österr Recht errichten können, allerdings auch fremdes Recht wählen können. Dem kann das Pflegschaftsgericht aus Verkehrsschutzgründen oder wegen ordre-public-Widrigkeit des gewählten Rechts entgegentreten.

Ist das HESÜ nicht anwendbar, ist nA *Pollak/Potyka* § 15 IPRG (Voraussetzungen der Entmündigung) anzuwenden, wonach das Personalstatut des/der Betroffenen maßgeblich ist.⁶²⁷ Alternativ käme die Anwendung des § 49 IPRG (Gewillkürte Stellvertretung) in Betracht, da dieser grds für alle Vertretungsarten gilt, die nicht als gesetzliche oder organschaftliche Vertretung anzusehen sind.⁶²⁸ Danach ist für das Außenverhältnis, also für die Voraussetzungen und die Wirkungen der Vorsorgevollmacht im Verhältnis des Patienten/der Patientin und des Vorsorgebevollmächtigten zum Dritten, – sofern keine Rechtswahl getroffen wurde (Abs 1) – das Recht des Staates maßgebend, in dem der Vorsorgebevollmächtigte nach dem erkennbaren Willen des Patienten/der Patientin tätig werden soll (Abs 2). Versagt diese Anknüpfung, ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der/die Vorsorgebevollmächtigte tätig wird (Abs 3).

⁶²⁶ Lurger in *WiR-Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* 107.

⁶²⁷ *Pollak/Potyka* in Barth/Ganner, HB des Sachwalterrechts 600 f.

⁶²⁸ Adensamer, Vorsorgevollmacht mit Auslandsberührungen. Kollisionsrechtliche Beurteilung aus österreichischer Sicht, iFamZ 2009, 372; *Pollak/Potyka* in Barth/Ganner, HB des Sachwalterrechts 600 f.

7.5.3 Gewählte Erwachsenenvertretung

Soweit eine volljährige Person ihre Angelegenheiten aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht für sich selbst besorgen kann, dafür keine/n VertreterIn hat und eine Vorsorgevollmacht nicht mehr errichten kann, aber noch fähig ist, die Bedeutung und Folgen einer Bevollmächtigung in Grundzügen zu verstehen, ihren Willen danach zu bestimmen und sich entsprechend zu verhalten, kann sie eine oder mehrere ihr nahe stehende Personen als ErwachsenenvertreterInnen zur Besorgung dieser Angelegenheiten auswählen (§ 264 ABGB). Dieses mit dem 2. ErwSchG geschaffene Instrument zur Selbstbestimmung bietet Patienten/Patientinnen die Möglichkeit, auch dann noch eine/n VertreterIn zu wählen, wenn ihre Entscheidungsfähigkeit für die Vorsorgevollmacht nicht mehr ausreichend ist. Die Vorsorgevollmacht geht demnach der gewählten Erwachsenenvertretung zeitlich vor.⁶²⁹

Ebenso wie die Vorsorgevollmacht muss auch die Vereinbarung einer gewählten Erwachsenenvertretung höchstpersönlich und schriftlich vor einem/einer NotarIn, Rechtsanwalt/Rechtsanwältin oder einem Erwachsenenschutzverein errichtet (§ 266 ABGB) und im ÖZVV eingetragen (§ 267 ABGB) werden und gilt unbefristet.

Hinsichtlich der Errichtung einer gewählten Erwachsenenvertretung durch ausländische Staatsangehörige sowie den Einsatz von ausländischen Staatsangehörigen als gewählte ErwachsenenvertreterInnen gelten die gleichen Regeln wie bei der Vorsorgevollmacht.⁶³⁰

7.5.4 Gesetzliche Erwachsenenvertretung

In der österr Bevölkerung ist die Vorstellung weit verbreitet, dass bei Verlust der Entscheidungsfähigkeit die nächsten Angehörigen automatisch als gesetzliche VertreterInnen fungieren und Behandlungsentscheidungen für die nicht mehr entscheidungsfähigen Personen treffen dürfen.⁶³¹

Tatsächlich kommt den nächsten Angehörigen nur dann eine Vertretungsbefugnis zu, wenn die gesetzliche Erwachsenenvertretung (nach Rechtslage vor dem 2. ErwSchG die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger) schlagend wird. Kann eine volljährige Person bestimmte Angelegenheiten aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst besorgen, und hat dafür keine/n VertreterIn, kann oder will eine/n solchen nicht mehr

⁶²⁹ Nigsch, Die neue Vorsorgevollmacht nach dem 2. ErwSchG (Teil I). Die Vollmacht, ihr Wirkungsbereich und die Errichtung, EF-Z 2018/74 (148).

⁶³⁰ Siehe dazu Kap 7.5.2 Vorsorgevollmacht.

⁶³¹ Kletečka-Pulker/Körtner/Kaelin/Kopetzki/Leitner, Rahmenbedingungen Patientenverfügungen; Auch in Deutschland wurde dies festgestellt, siehe etwa Strätling/Strätling-Tölle/Scharf/Schmucker, „Automatische“ gesetzliche Stellvertretung nicht entscheidungsfähiger Patienten durch „nahe Angehörige“? MedR 2003, 372 (376) mwN.

wählen und hat der gesetzlichen Erwachsenenvertretung nicht vorab widersprochen, so kann sie bei diesen Angelegenheiten von einem/einer nächsten Angehörigen vertreten werden (§ 268 Abs 1 ABGB). Als nächste Angehörige gelten die Eltern, Großeltern, volljährigen Kinder und Enkelkinder, Geschwister, Nichten und Neffen der volljährigen Person, Ehegatte/Ehegattin oder eingetragene/r PartnerIn, Lebensgefährte/Lebensgefährtin, wenn diese/r mit der volljährigen Person seit mindestens drei Jahren im gemeinsamen Haushalt lebt sowie die von der volljährigen Person in einer Erwachsenenvertreter-Verfügung bezeichnete Person (§ 268 Abs 2 ABGB). Die gesetzliche Erwachsenenvertretung ist von einem/einer NotarIn, Rechtsanwalt/Rechtsanwältin oder Erwachsenenschutzverein im ÖZVV einzutragen. Die gesetzliche Erwachsenenvertretung unterliegt einer gerichtlichen Kontrolle (§ 254 Abs 1 und 2, § 259 ABGB) und muss spätestens nach drei Jahren erneuert werden (§ 246 Abs 1 Z 5 ABGB).

Diese Vertretungsbefugnis umfasst ua den Abschluss von Rechtsgeschäften zur Deckung des Pflege- und Betreuungsbedarfs, Entscheidungen über medizinische Behandlungen und Abschluss von damit im Zusammenhang stehenden Verträgen sowie die Änderung des Wohnortes und den Abschluss von Heimverträgen (§ 269 Abs 1 Z 4-6 ABGB).

Verlieren ausländische Staatsangehörige ihre Entscheidungsfähigkeit in Österreich, besteht die Möglichkeit, dass sich ihre (ebenfalls ausländischen) Angehörigen als gesetzliche ErwachsenenvertreterInnen registrieren lassen.

Inwieweit die in Österreich registrierte gesetzliche Erwachsenenvertretung im Ausland gilt, hängt vom jeweiligen nationalen Recht ab und kann an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Unter der Prämisse, dass die gesetzliche Erwachsenenvertretung ex lege entsteht⁶³², fällt diese jedoch mangels behördlicher Tätigkeit und weil sie weder durch Vereinbarung noch durch ein einseitiges Rechtsgeschäft entsteht, nicht in den Anwendungsbereich des HESÜ.⁶³³

Ob es im Ausland eine der gesetzlichen Erwachsenenvertretung vergleichbare Vertretungsbefugnis gibt, ist zweifelhaft, weshalb auch die Frage, inwieweit ein vergleichbares Rechtsinstitut in Österreich Gültigkeit hätte, unbeantwortet bleiben muss.

⁶³² So etwa noch für die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 284b ABGB Rz 10 (Stand 1. 9. 2014, rdb.at).

⁶³³ 529/ME 24.GP Erläut 3.

7.5.5 Gerichtliche Erwachsenenvertretung

Mit dem 2. ErwSchG erfolgte eine grundlegende Reform des Sachwalterschaftsrechts⁶³⁴, was ua dazu führte, dass die bisherige Sachwalterschaft durch die gerichtliche Erwachsenenvertretung ersetzt wurde.⁶³⁵

Kann eine volljährige Person bestimmte Angelegenheiten aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst besorgen und hat sie dafür keine/n VertreterIn, kann oder will sie eine/n solche/n nicht wählen und kommt auch eine gesetzliche Erwachsenenvertretung nicht in Betracht, so ist vom Gericht auf ihren Antrag oder von Amts wegen ein/e gerichtliche/r ErwachsenenvertreterIn zu bestellen (§ 271 ABGB). Anders als bei der Sachwalterschaft ist eine gerichtliche Erwachsenenvertretung für alle Angelegenheiten nicht vorgesehen, sondern darf eine solche nur für einzelne oder Arten von gegenwärtig zu besorgenden und bestimmt zu bezeichnenden Angelegenheiten bestellt werden (§ 272 Abs 1 ABGB). Die Wirkungsdauer endet mit Erledigung der Aufgabe (§ 272 Abs 2 ABGB) bzw spätestens drei Jahre nach Bestellung (§ 246 Abs 1 Z 6 ABGB).

Die Voraussetzungen „psychische Krankheit“ oder „vergleichbare Beeinträchtigung“ machen deutlich, dass Sprach- und Kulturrestrieren die gerichtliche Erwachsenenvertretung nicht rechtfertigen.⁶³⁶ Es stellen sich jedoch Fragen hinsichtlich gerichtlicher Erwachsenenvertretungen mit Auslandsbezug sowie der Kultursensibilität der Betreuung.

7.5.5.1 Gerichtliche Erwachsenenvertretung für ausländische Staatsangehörige mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich

Ist eine gerichtliche Erwachsenenvertretung für eine/n ausländische/n StaatsbürgerIn mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich nötig, so stellt sich die Frage, welcher Staat für die Bestellung eines Vertreters/einer Vertreterin international zuständig ist und nach welchem Recht die Bestellung erfolgen muss.

Das HESÜ gilt für Maßnahmen, die zum Schutz der Person oder des Vermögens des/der Erwachsenen getroffen werden (Art 1 Abs 2 lit a HESÜ), wobei aus der demonstrativen Aufzählung der Maßnahmen in Art 3 HESÜ hervorgeht, dass aus Sicht der österr Rechtsordnung die gerichtliche Erwachsenenvertretung jedenfalls umfasst ist (Art 3 lit a bis d HESÜ). Soll es bei einem internationalen Sachverhalt zur Bestellung

⁶³⁴ Für die Gründe und den Weg der Reform siehe *Barth*, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz – die wichtigsten Änderungen aus der Sicht der Pflege (Teil I), ÖZPR 2017/50; *Bramböck*, Vom Sachwalter zum Erwachsenenvertreter: Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz und medizinische Behandlungen, DAG 2017/62; *Pesendorfer*, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz. Ein Überblick, ÖJZ 2018/66.

⁶³⁵ Bestehende Sachwalterschaften wurden gem § 1503 Abs 9 Z 10 ABGB mit 30. Juni 2018 gerichtliche Erwachsenenvertreter. Siehe dazu näher *Wimberger*, Was bedeutet das 2. ErwSchG für bestehende Sachwalterschaften? ÖZPR 2018/54.

⁶³⁶ Siehe dazu auch Kap 7.2.2 Mangelnde Entscheidungsfähigkeit aufgrund von Sprach- oder Kulturrestrieren.

eines/einer gerichtlichen Erwachsenenvertreters/Erwachsenenvertreterin kommen, so sind die Behörden jenes Vertragsstaates zuständig, in dem der/die Erwachsene den gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art 5 Abs 1 HESÜ). Die Bestellung eines/einer gerichtlichen Erwachsenenvertreters/Erwachsenenvertreterin für eine/n ausländische/n StaatsbürgerIn mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich hat demgemäß nach österr Recht zu erfolgen.

Bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes des/der Erwachsenen in einen anderen Vertragsstaat, sind die Behörden des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts zuständig (Art 5 Abs 2 HESÜ). Für die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthaltes wird auf den tatsächlichen Mittelpunkt der Lebensführung abgestellt.⁶³⁷

Das HESÜ sieht in den Art 7 bis 10 zusätzlich nachrangige Zuständigkeiten unterschiedlicher Behörden vor. Die Behörden eines Vertragsstaates, dem der/die Erwachsene angehört, können Maßnahmen ergreifen, wenn sie der Auffassung sind, dass sie besser in der Lage sind, das Wohl des/der Erwachsenen zu beurteilen (Art 7 Abs 1 HESÜ). In dringenden Fällen sind die Behörden jenes Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet sich der/die Erwachsene befindet, zuständig (Art 10 Abs 1 HESÜ). Voraussetzung für die nachrangige Zuständigkeit ist, dass die nachrangig zuständigen Behörden die vorrangig zuständigen Behörden, also die Behörden jenes Landes, in dem der/die Erwachsene seinen/ihren ständigen Aufenthalt hat, verständigen (Art 7 Abs 1, Art 10 Abs 4 HESÜ). Diese Zuständigkeit darf nicht ausgeübt werden und eventuell bereits gesetzte Maßnahmen treten außer Kraft, sobald die vorrangig zuständige Behörde selbst Maßnahmen ergriffen hat oder entschieden hat, solche Maßnahmen nicht zu ergreifen (Art 7 Abs 3, Art 10 Abs 2 und 3 HESÜ).

Bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit wenden die Behörden der Vertragsstaaten ihr eigenes Recht an (Art 13 Abs 1 HESÜ). Sie können jedoch ausnahmsweise das Recht eines anderen Staates, zu dem der Sachverhalt eine enge Verbindung hat, anwenden oder berücksichtigen, soweit es der Schutz der Person oder des Vermögens des/der Erwachsenen erfordert (Art 13 Abs 2 HESÜ).

Das HESÜ kommt für die gerichtliche Erwachsenenvertretung nur dann zur Anwendung, wenn der/die PatientIn aus einem der Vertragsstaaten kommt (Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Lettland, Monaco, Portugal, Schweiz, Tschechische Republik, Vereinigtes Königreich). Die meisten ausländischen Staatsangehörigen in Österreich kommen aus Deutschland, die zweitgrößte Gruppe ist jedoch jene der serbischen, gefolgt von den türkischen Staatsangehörigen.⁶³⁸ Somit wird in der Praxis häufig ein Sachverhalt vorliegen, bei dem das HESÜ nicht zur Anwendung kommt. In diesem Fall ist die Bestellung eines/einer

⁶³⁷ *Traar*, Das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen. Bevorstehende Neuordnung des internationalen Erwachsenenschutzes, iFamZ 2009, 113 (115).

⁶³⁸ *Statistik Austria*, Migration 27.

gerichtlichen Erwachsenenvertreters/Erwachsenenvertreterin gem § 15 IPRG nach dem Personalstatut des Patienten/der Patientin zu beurteilen. Kennt das ausländische Personalstatut die Institution der gerichtlichen Erwachsenenvertretung nicht, so verletzt dies bei ausreichendem Inlandsbezug den österr ordre public und es sind die entsprechenden Bestimmungen des österr Rechts anwendbar (§ 6 IPRG).⁶³⁹ Die inländischen Jurisdiktionsvoraussetzungen sind in den §§ 109-110 JN⁶⁴⁰ geregelt.⁶⁴¹

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass die Bestellung einer gerichtlichen Erwachsenenvertretung für ausländische Staatsangehörige mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich nach österr Recht in Österreich erfolgt, sofern die betroffene Person aus einem HESÜ Vertragspartnerland kommt oder das ausländische Personalstatut die Institution der gerichtlichen Erwachsenenvertretung nicht kennt.

7.5.5.2 Kultursensible Betreuung durch gerichtliche/n ErwachsenenvertreterIn

§ 273 Abs 1 ABGB normiert, dass bei der Auswahl des/der gerichtlichen Erwachsenenvertreters/Erwachsenenvertreterin auf die Bedürfnisse der volljährigen Person und deren Wünsche, die Eignung des Erwachsenenvertreters/der Erwachsenenvertreterin und auf die zu besorgenden Angelegenheiten Bedacht zu nehmen ist. Inwieweit dies eine Rücksichtnahme auf die Sprachkenntnisse oder die Kultur oder Religion des Patienten/der Patientin betrifft, wurde bisher nicht diskutiert. Unstrittig ist jedoch, dass nicht deutschsprachige und/oder kulturell nicht westlich geprägte Patienten/Patientinnen besondere Bedürfnisse auch in Hinsicht auf eine Erwachsenenvertretung haben.⁶⁴² Für die alte Rechtslage wurden für SachwalterInnen als nötige persönliche Eigenschaften soziale Kompetenz, die Fähigkeit zur Kommunikation, Empathie und ausreichend verfügbare Zeit für die Tätigkeit, festgestellt.⁶⁴³ Diese Anforderungen sind wohl auch auf die gerichtlichen ErwachsenenvertreterInnen übertragbar und davon sind mE auch die Anforderungen der Kultursensibilität bei migrantischen und Mehrsprachigkeit bei nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen umfasst.

In Deutschland bietet unter diesem Gesichtspunkt das Institut für transkulturelle Betreuung e.V. rechtliche BetreuerInnen (entspricht den österr gerichtlichen

⁶³⁹ Verschraegen in Rummel ABGB³ § 15 IPRG Rz 2 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

⁶⁴⁰ Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – JN) RGBI 1895/111 idF BGBI I 2018/32.

⁶⁴¹ Siehe dazu Fucik in Fasching/Konecny³ § 109-110 JN (Stand 30. 11. 2013, rdb.at); Oberhammer/Graf/Slonina, Sachwalterschaft für Deutsche und Schweizer in Österreich. Kollisionsrechtliche Fragen am Übergang vom nationalen Recht zum Haager Erwachsenenschutzübereinkommen, ZfRV 2007, 133 (134 f).

⁶⁴² Türk/Bussler, Rechtliche Betreuung von Menschen mit Migrationshintergrund. Anforderungen und Best-Practise-Modell, iFamZ 2010, 343.

⁶⁴³ Maurer, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis³ (2007) § 279 Rz 6; Traar/Pesendorfer/Fritz/Barth, Sachwalterrecht § 273 ABGB Rz 6.

Erwachsenenvertretern/Erwachsenenvertreterinnen) speziell für Personen mit Migrationshintergrund an, da diese oftmals spezielle Bedürfnisse haben und die BetreuerInnen mit spezifischen Problemstellungen konfrontiert werden. Bei der Betreuung werden Faktoren wie Herkunft, ethnische Zugehörigkeit, Staatsangehörigkeit, Reise- und Aufenthaltsstatus, Sprache, Religion, Alter, Familienstand oder Geschlecht berücksichtigt. Dabei hat sich gezeigt, dass neben der Sprache va kulturspezifische und religiöse Kenntnisse der BetreuerInnen von besonderer Relevanz sind.⁶⁴⁴

Mangels gegensätzlicher Vorschrift können auch ausländische Staatsangehörige gerichtliche ErwachsenenvertreterInnen in Österreich werden, sofern sie die sonstigen Voraussetzungen erfüllen (§ 243, 273 f ABGB). Nachdem 15,3 % der österr Bevölkerung keine österr Staatsbürgerschaft haben, ist es nicht unwahrscheinlich, dass ausländische Staatsangehörige als gerichtliche ErwachsenenvertreterInnen bestellt werden.

7.6 Ablehnung einer Heilbehandlung aus kulturellen/religiösen Gründen

7.6.1 Entscheidungsfähige/r PatientIn

Verweigert der/die entscheidungsfähige PatientIn die Einwilligung in eine Heilbehandlung oder widerruft diese, darf die Behandlung nicht begonnen oder eine bereits begonnene Behandlung muss abgebrochen werden, da die Einwilligung eine zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit der Behandlung darstellt. Dem Patienten/der Patientin kommt ein uneingeschränktes Vetorecht zu, bei dem Dritte keine Mitentscheidungsrechte haben.⁶⁴⁵ Auch objektiv unvernünftige Entscheidungen sind zu akzeptieren.⁶⁴⁶ Der/die PatientIn kann durch eine Verweigerung oder einen Widerruf der Einwilligung den Abbruch bzw die Nichtaufnahme der Behandlung rechtlich erzwingen. Einer bestimmten – etwa religiösen – Begründung bedarf es hierfür nicht. Das uneingeschränkte Vetorecht des Patienten/der Patientin unterliegt keinen Mitentscheidungsrechten und auch keiner „Vernünftigkeitskontrolle“ Dritter. Unterschiedliche kulturelle wie religiöse Haltungen und Wertorientierungen können zwar die Plausibilität der Ablehnung besser verdeutlichen, keinesfalls aber dazu herangezogen werden, die grundsätzliche Berechtigung diesbezüglich bei irrtumsfreier Folgenabschätzung in Frage zu stellen.⁶⁴⁷ Verweigert der/die PatientIn aus religiösen Gründen beispielsweise Fremdblut, so ist die Ablehnung nach vorausgegangener

⁶⁴⁴ Türk/Bussler, iFamZ 2010, 343.

⁶⁴⁵ OGH 21. 10. 1987, 8 Ob 652/87; für viele Kopetzki, iFamZ 2007, 197 (198).

⁶⁴⁶ Für viele Aigner, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (PatVG), J Neurol Neurochir Psychiatr 2007/4, 29 (30).

⁶⁴⁷ Mangold/Mascherbauer/Peintinger/Kopetzki, RdM 2010/4 (14).

Aufklärung möglich.⁶⁴⁸ Ebenso gestaltet sich die Situation, wenn der/die PatientIn ein Medikament aus religiösen Gründen ablehnt. So können etwa alkoholhaltige Medikamente oder Präparate, die aus Schweinefleisch gewonnen wurden (auch Herzklappen), für manche religiöse Gruppen (zB Muslime/Musliminnen, Mormonen/Mormoninnen) tabu sein. Zwar findet sich im Koran der Grundsatz „Notlagen heben Verbote auf“ wodurch auch *haram*-Substanzen, also eigentlich verbotene Produkte, in Notlagen konsumiert werden dürfen, inwiefern Krankheit als Notlage anzusehen ist, ist jedoch umstritten. Viele Muslime/Musliminnen halten sich auch im Krankheitsfall strikt an die religiösen Vorschriften und lehnen bestimmte Medikamente, Behandlungen oder Speisen ab.⁶⁴⁹ *Ilkilic* beschreibt Patienten/Patientinnen, die kurz vor ihrem Tod stehen und entgegen ärztlichem Rat fasten wollen, da für sie der letzte Fastenmonat in ihrem Leben einen höheren Stellenwert hat als potentielle weitere Monate, die sie durch einen Verzicht auf das Fasten leben würden.⁶⁵⁰

Die Ablehnung von Medikamenten oder Nahrung ist dem/der entscheidungsfähigen Patienten/Patientin in den beschriebenen Situationen gestattet, sofern er/sie entsprechend aufgeklärt wurde und sich der Folgen der Ablehnung bewusst ist.⁶⁵¹

Allerdings treffen den Patienten/die Patientin im Rahmen einer medizinischen Heilbehandlung gewisse Obliegenheiten zur Mitwirkung. Erleidet der/die PatientIn eine Schädigung, so trifft ihn/sie die Obliegenheit, den Schaden möglichst gering zu halten. Verletzt der/die Geschädigte diese Obliegenheit schulhaft, so darf dies nicht zu Lasten des Schädigers/der Schädigerin gehen. Er/sie darf die Folgen der Beschädigung nicht durch Unterlassung der entsprechenden Behandlung vergrößern oder verlängern.⁶⁵² Tut er/sie dies doch, so kommt es zu einer Minderung bzw im Extremfall zum gänzlichen Entfall des Ersatzanspruches für den zusätzlichen Schaden.⁶⁵³ Diese Schadensminderungsobliegenheit wird aus § 1304 ABGB abgeleitet. Nach der stRsp des OGH liegt die Grenze der Schadensminderungsobliegenheit in der Zumutbarkeit der Behandlung.⁶⁵⁴ Was aber dem/der Geschädigten im Rahmen der Schadensminderungspflicht zumutbar ist, bestimmt sich nach den Interessen beider Teile und den Grundsätzen des redlichen Verkehrs. Es kommt dabei immer auf die Umstände des Einzelfalles an.⁶⁵⁵

⁶⁴⁸ *Hillenkamp*, Zur Strafbarkeit des Arztes bei verweigerter Bluttransfusion, in *Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter*, Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag (2007) 123 mwN.

⁶⁴⁹ *Ilkilic*, Gynäkologe 2010/43, 53 (56).

⁶⁵⁰ *Ilkilic*, Der muslimische Patient 89.

⁶⁵¹ *Kohlwein* in *Kröll/Schaupp* 21.

⁶⁵² OGH 12. 3. 1963, 8 Ob 34/63; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1452.

⁶⁵³ *Schwarzenegger/Thunhart*, Was kommt nach den fiktiven Heilungskosten? Vorschusspflicht und Rückforderbarkeit im Schadenersatzrecht, ÖJZ 2001, 673.

⁶⁵⁴ OGH 22. 6. 2011, 2 Ob 219/10 k.

⁶⁵⁵ RIS-Justiz RS0027787; OGH 30. 5. 1974, 2 Ob 115/74.

Hinsichtlich der Ablehnung von Behandlungsmethoden aus „Glaubens- und Gewissensgründen“ hat sich die Judikaturlinie durch ein Urteil des OGH aus dem Jahr 2011 geändert. Das OLG Innsbruck hatte 1994 durch die Weigerung eines Angehörigen der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas, einer sofortigen Operation mit Fremdblutverwendung zuzustimmen, keine Verletzung der Schadensminderungspflicht gesehen, obwohl der Patient durch die Weigerung vermehrte Schmerzen erlitt. Es stufte die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Ergebnis höher ein als das Recht auf Eigentum.⁶⁵⁶ Dieser Ansicht folgten auch Teile der Lit.⁶⁵⁷ *Harrer* führt hingegen als Kritik an der Entscheidung aus, dass man zunächst bedenken sollte, dass eine Beeinträchtigung der Gewissensfreiheit nicht zur Diskussion stand. Vielmehr erhebe sich die Frage, ob das Grundrecht auf Gewissensfreiheit den Staat verpflichte, dem Schädiger den Ersatz jener immateriellen Schäden aufzuerlegen, die entstanden sind, weil der Geschädigte seinem Gewissen und nicht den Ärzten/Ärztinnen gefolgt ist. Anhaltspunkte für dieses exzessive Verständnis der Gewissensfreiheit seien nicht erkennbar. Da die Freiheit nicht beeinträchtigt war, leuchte es nicht ein, eine Verletzung der Schadensminderungspflicht im Hinblick auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit zu verneinen. Einen schadenersatzrechtlichen (mittelbaren) Schutz der Gewissensfreiheit erfordere das Grundrecht nicht; Sachgesichtspunkte, die für diesen Anspruch ins Treffen geführt werden könnten, seien nicht zu sehen.⁶⁵⁸ *Reischauer* stimmt dem OLG Innsbruck ebenfalls nicht zu und merkt an, dass sich aus dem Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht ohne weiteres eine Verneinung der Schadensminderungspflicht eines Zeugen/einer Zeugin Jehovas ableiten lasse. Die Grundrechte seien staatsgerichtet. Eine andere Frage sei die der Drittirkung der Grundrechte. Der Staat dürfe in die Glaubens- und Gewissensfreiheit grds eingreifen. Sie dürfe aber auch nicht zu Lasten anderer ausgeübt werden. Nach *Reischauer* steht die Entscheidung des OLG Innsbruck zwar noch im Einklang mit der Rechtsordnung, er gibt jedoch den Fall zu bedenken, dass einem Kind eine sogleich nötige Bluttransfusion verweigert wird und dieses infolgedessen eine lebenslange Beeinträchtigung, zB in Form von Debilität, erleidet. Zudem weist er darauf hin, dass Art 9 EMRK Eingriffe zum Schutz der Gesundheit besonders hervorhebt.⁶⁵⁹

Der OGH⁶⁶⁰ schloss sich dieser Kritik von *Harrer* und *Reischauer* an, lehnte ausdrücklich die vom OLG Innsbruck vertretene Auffassung ab und entschied im jüngeren

⁶⁵⁶ OLG Innsbruck 16. 8. 1994, 1 R 159/94.

⁶⁵⁷ So etwa *Korinek/Vonkilch*, Gewissen contra Schadensminderungspflicht, JBl 1997, 756.

⁶⁵⁸ *Harrer* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar³ (2006) § 1304 Rz 11.

⁶⁵⁹ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1304 Rz 39.

⁶⁶⁰ OGH 22. 6. 2011, 2 Ob 219/10 k.

Fall 2011 konträr. Er rechnete die Folgen einer religiös motivierten, unvernünftigen Ablehnung einer Bluttransfusion durch eine bei einem Unfall verletzte Angehörige der Zeugen Jehovas nicht dem Schädiger zu. Konkret wurde eine Angehörige der Zeugen Jehovas Opfer eines Verkehrsunfalls, bei dem sie ein Überrolltrauma mit traumatischer Oberschenkelamputation erlitt. Ihrem Willen entsprechend wurden ihr keine Blutkonserven zugeführt. Die Frau verstarb nach zwei Tagen, in denen sie an starken Schmerzen gelitten hatte. Ihr Ehegatte begehrte Trauerschmerzengeld und den Ersatz der Begräbniskosten. Der OGH wies dieses Begehrten im ersten Rechtsgang ab, da die beim Unfall Verletzte nicht in ihrer Religions-, Glaubens-, oder Gewissensfreiheit beeinträchtigt war. Als eigenberechtigte Person stand es ihr frei, jegliche medizinische Behandlung, somit auch eine Bluttransfusion, zu verweigern. Ihre Weigerung war rechtmäßig. Allerdings war, so der OGH, die Entscheidung, medizinisch indizierte Bluttransfusionen generell zu verweigern, objektiv ungünstig. Derjenige, der eine für ihn objektiv ungünstige, gegen die Obliegenheit zur Schadensminderung verstößende Gewissensentscheidung trifft, hat die aus der objektiven Ungünstigkeit der Entscheidung folgenden Nachteile selbst zu tragen. Der Schädiger hat daher nicht für die nachteiligen Folgen der objektiv ungünstigen Gewissensentscheidung einzustehen. Ansonsten wäre das verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht des Schädigers auf Eigentum betroffen. Weiters stellte der OGH fest, dass es eine Privilegierung der Mitglieder der Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas wäre, wollte man diesen im Gegensatz zu anderen Menschen zugestehen, dass die Verweigerung zu medizinisch indizierten, schadensmindernden Bluttransfusionen nicht als anspruchsvernichtende Verletzung der Schadensminderungspflicht zugerechnet würde. Diese Sichtweise stünde im Verdacht, gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstößen, wonach auch Vorrechte des Bekenntnisses ausgeschlossen sind (Art 7 B-VG).⁶⁶¹ Der OGH stellt somit Ablehnungen aus Glaubens- oder Gewissensentscheidungen sonstigen Ablehnungen ohne Angabe von Gründen, gleich.

In der Lit wurde kritisiert, dass der OGH nicht darauf eingegangen ist, dass die Verweigerung der Bluttransfusion auch eine Verminderung des Schadens bewirkt habe. Der Tod sei für den Ersatzpflichtigen finanziell weniger belastend, als eine schwere Verletzung, da die Heilungskosten, der Erwerbs- und/oder Haushaltsführungsschaden sowie das Schmerzengeld deutlich höher gewesen wären als die begehrten Bestattungskosten. *Huber* kommt unter Heranziehen des rechtmäßigen Alternativverhaltens zu dem Ergebnis, dass der Schadenersatzanspruch in dem Umfang bestehen hätte müssen, in dem die getötete Person bei

⁶⁶¹ OGH 22. 6. 2011, 2 Ob 219/10 k.

Überleben einen Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger gehabt hätte.⁶⁶² *Steininger* sieht durch die die Kosten verringende Ablehnung der Behandlung den Wegfall der Obliegenheitsverletzung.⁶⁶³ *Dullinger* schließt sich der Vorteilsanrechnung der beiden an.⁶⁶⁴

In einem zweiten Rechtsgang ging der OGH auf diese Kritik ein, schloss sich *va Huber* an und bejahte den Schadenersatzanspruch des Ehegatten unter Berücksichtigung des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf Seiten des Geschädigten trotz Verletzung der Schadensminderungspflicht. Er hielt fest, dass die Frage, ob der Schädiger, trotz des angenommenen Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht durch das Unfallopfer, den Schaden zu ersetzen hat, unter dem Aspekt des „Alternativverhaltens ohne Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht“ zu prüfen ist. Dabei kommt es nur darauf an, ob beim rechtmäßigen Alternativverhalten derselbe rechnerische Schaden entstanden wäre, während Unterschiede beim realen Schaden bedeutungslos sind. Das schließt zwar nicht aus, dass bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit des tatsächlich entstandenen und des hypothetischen Schadens nicht der Gesamtschaden entscheidet, sondern dass nach der Art des beeinträchtigten Rechtsguts differenziert wird, innerhalb dieser Grenzen bleibt aber dennoch nur der rechnerische Schaden relevant, widrigenfalls der durchzuführende Vergleich zwischen eingetretenem und hypothetischem Schaden nicht möglich wäre. Das gilt auch für den Fall, dass ein Unfallopfer, wie hier die Geschädigte, an den Unfallfolgen verstirbt. Hätten sie ihr zumutbare, von ihr jedoch abgelehnte, medizinisch indizierte Maßnahmen am Leben erhalten, sind einander die im tatsächlichen und im hypothetischen Geldersatz zum Ausdruck kommenden Schäden rechnerisch gegenüberzustellen. In den vorzunehmenden Vergleich sind auch die vom Tod eines Angehörigen abhängigen Ansprüche der Hinterbliebenen miteinzubeziehen, wobei aber immer nur die Schäden der am Prozess beteiligten Personen zu berücksichtigen sind. Dies ua aus Gründen des „juristischen Gleichgewichts“, da sich auch die Hinterbliebenen die Verletzung der Schadensminderungspflicht oder ein sonstiges Mitverschulden des Geschädigten auf ihre Ansprüche anrechnen lassen, ob sie nun selbst mittelbar oder unmittelbar geschädigt sind.⁶⁶⁵

Für die für vorliegende Dissertation relevante Frage inwieweit das Recht auf Ablehnung einer Behandlung Besonderheiten für religiös oder kulturell nicht westlich geprägte Patienten/Patientinnen beinhaltet, ergibt sich daraus, dass zwar jegliche Behandlung aus religiösen oder kulturellen Gründen abgelehnt werden darf, ein die Notwendigkeit der Behandlung verursachter Schädiger jedoch nicht für die Folgen, die sich aus der

⁶⁶² OGH 22. 6. 2011, 2 Ob 219/10 k ZVR 2012/44 (*Huber*).

⁶⁶³ OGH 22. 6. 2011, 2 Ob 219/10 k EvBl 2011/ 152 (*Steininger*).

⁶⁶⁴ *Dullinger*, RdM 2012/136 (228 f).

⁶⁶⁵ OGH 31. 8. 2016, 2 Ob 148/15 a.

Behandlungsablehnung ergeben, haftet. Allerdings sind die tatsächlichen Schäden jenen Schäden, die trotz Durchführung der zumutbaren, von dem Patienten/der Patientin jedoch abgelehnten, medizinisch indizierte Maßnahmen einander rechnerisch gegenüberzustellen.

7.6.2 Nicht allein entscheidungsfähige/r PatientIn

Mit Inkrafttreten des 2. ErwSchG wurde die Selbstbestimmung jener Patienten/Patientinnen gestärkt, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind. Es ist nunmehr dafür Sorge zu tragen, dass sie möglichst selbstständig, erforderlichenfalls mit entsprechender Unterstützung, ihre Angelegenheiten selbst besorgen können (§ 239 Abs 1 ABGB). Als Unterstützung nennt der Gesetzgeber demonstrativ die Familie, andere nahe stehende Personen, Pflegeeinrichtungen, Einrichtungen der Behindertenhilfe und soziale und psychosoziale Dienste, Gruppen von Gleichgestellten, Beratungsstellen, betreute Kontos sowie den Vorsorgedialog⁶⁶⁶ (§ 239 Abs 2 ABGB).

Hält der Arzt/die Ärztin eine volljährige Person für nicht entscheidungsfähig, so hat er/sie sich nachweislich um die Beziehung einer solchen Unterstützung zu bemühen. Mit Hilfe dieser Unterstützung soll der/die PatientIn die Entscheidungsfähigkeit erlangen. Der/die PatientIn hat unabhängig davon ob er/sie entscheidungsfähig ist, die Möglichkeit, diese Unterstützung abzulehnen (§ 252 Abs 2 ABGB). Ist der/die PatientIn zum Behandlungszeitpunkt äußerungsunfähig, so muss bzw. – soweit damit eine Informationsweitergabe verbunden ist – darf aus Gründen der Verschwiegenheit kein/e UnterstützerIn gefunden werden.⁶⁶⁷ Auch bei Gefahr im Verzug ist die Beziehung einer Unterstützung zu unterlassen (§ 252 Abs 4 ABGB).

Kann durch eine derartige Unterstützung die Entscheidungsfähigkeit der volljährigen Person hergestellt werden, so ist ihre Einwilligung in die medizinische Behandlung ausreichend. Lehnt daher ein/e nicht allein entscheidungsfähige/r PatientIn eine Heilbehandlung aus religiösen oder kulturellen Gründen ab (zB ein/e muslimische/r PatientIn die Transplantation einer Herzklappe, weil diese vom Schwein stammt), so ist dies möglich, sofern er/sie durch entsprechende Unterstützung Entscheidungsfähigkeit erlangt hat. Gelingt es nicht, eine Unterstützung beizuziehen oder gelangt der/die PatientIn trotz Unterstützung nicht zur Entscheidungsfähigkeit, so ist eine Ablehnung einer Heilbehandlung nur unter den Voraussetzungen für eine nicht entscheidungsfähige Person zulässig.

⁶⁶⁶ Siehe zum Vorsorgedialog näher *Kletečka-Pulker/Leitner*, Warum braucht es einen Vorsorgedialog? Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht auf dem Prüfstand, Hospizkultur & Palliative Care 2014/1, 3; *Kletečka-Pulker/Leitner*, Der Vorsorgedialog (VSD) – Beachtliche Patientenverfügung oder aktuelle Behandlungsablehnung? RdM 2017/154.

⁶⁶⁷ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 97.

7.6.3 Nicht entscheidungsfähige/r PatientIn

Gelingt es auch mit Unterstützungsmaßnahmen nicht, die Entscheidungsfähigkeit der Person herbeizuführen, so ist zunächst zu prüfen, ob eine aktuelle Behandlungsentscheidung, die zB im Rahmen eines Vorsorgedialogs getroffen wurde⁶⁶⁸, oder eine Patientenverfügung vorliegt, in der bestimmte Maßnahmen (aus religiösen oder kulturellen Gründen) abgelehnt wurden. Wie zwei Studien des IERM gezeigt haben, sind religiöse Überzeugungen ein häufiger Grund für die Errichtung einer Patientenverfügung.⁶⁶⁹ Ist die Patientenverfügung verbindlich und gibt es keine Hinweise auf ihre Unwirksamkeit, so ist die darin erfolgte Ablehnung jedenfalls gültig und die Behandlung muss ohne Befassung eines Vertreters/einer Vertreterin unterbleiben (§ 253 Abs 4 ABGB). Ist die Patientenverfügung lediglich beachtlich, so kann sich auch daraus ergeben, dass die darin erfolgte Ablehnung zu befolgen und kein/e VertreterIn zu befassen ist, wenn der Wille des Patienten/der Patientin in Bezug auf die Behandlung eindeutig ist.⁶⁷⁰

Gibt es keine aktuelle Behandlungsentscheidung oder geht aus der Patientenverfügung keine eindeutige Handlungsanweisung hervor, so muss der/die VertreterIn (Vorsorgebevollmächtigte/r, gewählte/r, gesetzliche/r ErwachsenenvertreterIn) entscheiden. In Ermangelung eines/einer solchen ist die Bestellung einer gerichtlichen Erwachsenenvertretung anzuregen.⁶⁷¹

Sowohl der/die Vorsorgebevollmächtigte als auch alle Formen der Erwachsenenvertretung, deren Wirkungsbereich medizinische Angelegenheiten umfassen, dürfen grds einer medizinischen Behandlung an der von ihnen vertretenen Person unabhängig von der Schwere der medizinischen Behandlung zustimmen oder diese ablehnen. Dabei haben sie sich vom Willen der vertretenen Person leiten zu lassen und haben im Zweifel davon auszugehen, dass diese eine medizinisch indizierte Behandlung wünscht (§ 253 Abs 1 ABGB). Die vertretene Person kann ihren Willen sowohl vor als auch nach dem Verlust der Entscheidungsfähigkeit kundtun. Solange sie noch entscheidungsfähig ist, kann sie ihren Willen etwa in einer beachtlichen Patientenverfügung festhalten oder im Bevollmächtigungsvertrag bzw in der Vereinbarung zur gewählten Erwachsenenvertretung festschreiben. Sie kann ihren Willen aber auch mündlich gegenüber dem/der VertreterIn

⁶⁶⁸ Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, Konsenspapier 20; Kletečka-Pulker/Leitner, RdM 2017/154.

⁶⁶⁹ Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn, Studie über die rechtlichen, ethischen und faktischen Erfahrungen nach In-Kraft-Treten des Patientenverfügungs-Gesetzes (PatVG) (2009); Kletečka-Pulker/Körtner/Kaelin/Kopetzki/Leitner, Rahmenbedingungen Patientenverfügungen; Leitner, Patientenverfügung: Ein Instrument auch für die Notfallmedizin? in ÖGERN (Hrsg), Notfallmedizin am Lebensende. Schriftenreihe Ethik und Recht in der Notfallmedizin Band 3 (2016) 83.

⁶⁷⁰ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 32. Siehe dazu auch Kap 7.5.1 Patientenverfügung.

⁶⁷¹ Zum Verfahren der Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters siehe Geroldinger, Eckpfeiler des neuen Erwachsenenschutzverfahrens, RZ 2018, 69.

äußern. Der/die VertreterIn ist an diesen Willen gebunden auch wenn dieser dem objektiven Wohl der vertretenen Person widerspricht.⁶⁷² Liegt daher der Wille der vertretenen Person, bestimmte Behandlungen aus religiösen oder kulturellen Gründen abzulehnen, vor, so ist diese Ablehnung für den/die VertreterIn bindend. Eine gerichtliche Genehmigung ist nicht erforderlich.⁶⁷³

Wie konkret ein/e PatientIn seinen/ihren Willen nach Verlust der Entscheidungsfähigkeit äußern muss, damit dieser berücksichtigt wird, ist nicht genau definiert. Kopetzki geht unter Bezugnahme auf die Diskussion zur mutmaßlichen Behandlungsverweigerung⁶⁷⁴ davon aus, dass der Wille immer dann zu befolgen ist, wenn dieser durch mündliche oder schriftliche Äußerungen des Patienten/der Patientin hinreichend dokumentierbar und feststellbar ist.⁶⁷⁵ Das Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz spricht davon, dass es ausreichend ist, dass der/die PatientIn einen „natürlichen Willen“ äußert.⁶⁷⁶ Dieser Begriff geht auf Hegel zurück und bezeichnet geäußerte Wünsche und Vorstellungen, die nicht auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit zurückgehen, sondern sich als nicht reflektierende Phänomene darstellen.⁶⁷⁷ Diese Anforderung einen „natürlichen Willen“ zu äußern, findet sich ähnlich beim Widerruf einer Patientenverfügung (§ 10 Abs 2 PatVG) sowie dem Widerruf einer Erbgebung (§ 773 ABGB). Dazu halten die Mat fest, dass zur Bildung eines „natürlichen Willens“ ein gemindertes Maß an Entscheidungsfähigkeit ausreichend ist, aus dem Verhalten des Patienten/der Patientin allerdings zweifelsfrei dessen/deren Wille hervorgehen muss.⁶⁷⁸

Die „Willenserforschungspflicht“ obliegt dem/der VertreterIn, nicht jedoch der behandelnden Person.⁶⁷⁹

Gibt also ein/e nicht entscheidungsfähige PatientIn gegenüber dem/der VertreterIn oder Arzt/Ärztin zu erkennen, dass sie eine Behandlung oder deren Fortsetzung ablehnt, so ist diese Ablehnung zu beachten und der/die VertreterIn darf der Behandlung oder deren Fortsetzung nicht zustimmen. Möchte der/die VertreterIn aber dennoch die Zustimmung zur Behandlung geben, so muss das Gericht diese Zustimmung genehmigen (§ 254 Abs 1 ABGB). Trotz Zustimmung des Gerichts ist eine Behandlung unter

⁶⁷² ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 29.

⁶⁷³ IdS hinsichtlich einer beachtlichen Patientenverfügung auch Bramböck, DAG 2017/62 (135).

⁶⁷⁴ Siehe dazu 7.8 Mutmaßliche Behandlungsverweigerung.

⁶⁷⁵ Kopetzki, Der Abbruch der künstlichen Ernährung beim Wachkomapatienten, in Kröll/Schaupp (Hrsg), Eluana Englaro – Wachkoma und Behandlungsabbruch (2010) 61 (75).

⁶⁷⁶ Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, Konsenspapier 20.

⁶⁷⁷ Neumayr, Wer verwaltet wen? Leitlinien für die Verwaltung des Vermögens von behinderten Personen, iFamZ 2012, 244 (246).

⁶⁷⁸ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 29.

⁶⁷⁹ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 32.

Überwindung körperlichen Widerstands der zu behandelnden Person („Zwangsbefehlung“) nur nach dem UbG zulässig.⁶⁸⁰

Verweigert umgekehrt der/die VertreterIn die Zustimmung zu einer Behandlung und entspricht damit nicht dem (mutmaßlichen) Willen der vertretenen Person, bei der ja gem § 253 Abs 1 ABGB im Zweifel davon auszugehen ist, dass sie eine medizinisch indizierte Behandlung wünscht, so kann das Gericht die Zustimmung des Vertreters/der Vertreterin ersetzen oder eine/n andere/n VertreterIn bestellen (§ 254 Abs 2 ABGB). Lehnt der/die VertreterIn eine medizinisch indizierte Behandlung ab und ist von dem Patienten/der Patientin keine Ablehnung bekannt, wird es wohl Aufgabe der behandelnden Person bzw der Krankenanstalt sein, das Gericht anzurufen.⁶⁸¹

Die Zuständigkeit des Vertreters/der Vertreterin zur Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung wird nur dann wirksam, wenn der vertretenen Person die Entscheidungsfähigkeit in Bezug auf die konkrete medizinische Behandlung fehlt. Auch bei einer Person für die eine Vertretung bestellt ist, ist daher für jede medizinische Behandlung zu prüfen, ob sie die für eine Zustimmung erforderliche Entscheidungsfähigkeit besitzt. Allerdings besteht die Vertretungsbefugnis eines/einer Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters/Erwachsenenvertreterin fort, solange sie im ÖZVV eingetragen ist, auch wenn die vertretene Person im Wirkungsbereich ihres Vertreters/ihrer Vertreterin handlungsfähig ist oder ihre Handlungsfähigkeit erlangt (§ 245 Abs 4 ABGB).

Bei Gefahr im Verzug kann die Zustimmung des Vertreters/der Vertreterin ausnahmsweise entfallen und die BehandlerInnen entscheiden über die Vornahme der medizinischen Behandlung allein anhand von medizinischen bzw pflegerischen Kriterien (§ 253 Abs 3 ABGB).⁶⁸²

7.6.4 Minderjährige

Minderjährige, die entscheidungsfähig sind, können nur selbst die Einwilligung in medizinische Behandlungen erteilen. Die Entscheidungsfähigkeit wird im Zweifel ab dem 14. Lebensjahr vermutet, sie ist jedoch im Einzelfall zu prüfen (§ 173 Abs 1 ABGB).⁶⁸³ Willigt ein entscheidungsfähiges minderjähriges Kind jedoch in eine Behandlung ein, die

⁶⁸⁰ Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, Konsenspapier 21. Zu den Voraussetzungen des UbG siehe Leitner, Unterbringungsrecht, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/BT/31.

⁶⁸¹ Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, Konsenspapier 22. Siehe dazu auch Kap 7.8 Mutmaßliche Behandlungsverweigerung.

⁶⁸² Barth, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz – die wichtigsten Änderungen aus Sicht der Pflege (Teil II), ÖZPR 2017/68 (116).

⁶⁸³ Edlbacher, Körperliche, besonders ärztliche, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365; Hopf/Weizenböck, ÖJZ 2001, 530; Stormann, Rechtliche Probleme der Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, in Kerbl/Thun-Hohenstein/Damm/Waldhauser (Hrsg), Kind und Recht. 3. Jahrestagung Politische Kindermedizin 2009 (2010) 59.

gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, so darf die Behandlung nur vorgenommen werden, wenn auch die Person zustimmt, die mit der gesetzlichen Vertretung bei Pflege und Erziehung betraut ist (§ 173 Abs 2 ABGB). Erst durch die Zustimmung dieser Person wird die Einwilligung des Kindes wirksam.⁶⁸⁴

Entscheidungsfähige Minderjährige können allerdings medizinische Heilbehandlungen – auch aus religiösen oder kulturellen Gründen – selbstständig ablehnen. Dies auch dann, wenn die Behandlung gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist und die Eltern die Behandlung befürworten.⁶⁸⁵ Auch im umgekehrten Fall, dass die Eltern eines/einer entscheidungsfähigen Minderjährigen eine Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung verbunden ist, aus religiösen oder kulturellen Gründen ablehnen, der/die Minderjährige diese jedoch befürwortet, muss der Wille des/der Minderjährigen berücksichtigt werden und die Eltern haben die Pflicht, der Durchführung zuzustimmen.⁶⁸⁶

Fehlt dem/der Minderjährigen die Entscheidungsfähigkeit, ist die Zustimmung der Person erforderlich, die mit Pflege und Erziehung betraut ist (§ 173 Abs 1 ABGB). Dies sind idR die Eltern. Jeder Elternteil ist auch für sich alleine entscheidungsbefugt (§ 167 Abs 1 ABGB analog).⁶⁸⁷ Wird ein/e Minderjährige/r, dessen/deren Eltern unbekannt sind, im Bundesgebiet gefunden, so übernimmt der Kinder- und Jugendhilfeträger die Obsorge (§ 207 ABGB). Diese Regelung gilt auch für asylsuchende Minderjährige, also für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge.⁶⁸⁸ Verweigert die Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist, die Zustimmung zu einer lebensnotwendigen Heilbehandlung aus religiösen oder kulturellen Gründen und gefährdet sie damit das Wohl des minderjährigen Kindes, so hat das Gericht, das von jeder Person angerufen werden kann, also zB von dem

⁶⁸⁴ Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/139.

⁶⁸⁵ Barth, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2005, 596; Kerschner, Behandlungsverträge bei minderjährigen Patienten, RDM 2013/138 (219); Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/140; Noll in Kern/Mazal 93 f. Dies war vor Inkrafttreten des KindRÄG 2001 nicht unumstritten. Mazal sprach sich dafür aus, dass sich die Sorgeberechtigten ausnahmsweise über den Willen des/der einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen hinwegsetzen können, wenn die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung besteht, da dann das Selbstbestimmungsrecht des/der Einsichtsfähigen von der Obsorge des/der Obsorgeberechtigten überlagert werde (Mazal, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in Mazal (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 27 (33 f)).

⁶⁸⁶ Bernat, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung: Die medizinische Behandlung Minderjähriger nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, in Kern/Mazal (Hrsg), Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 45 (64).

⁶⁸⁷ OGH 10. 6. 2008, 4 Ob 87/08 k; Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/138.

⁶⁸⁸ Siehe zur komplexen rechtlichen Situation bezüglich Obsorge für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge Lukits, Die Obsorge für unbegleitete minderjährige Asylwerber (Teil 1), EF-Z 2016/140.

Arzt/der Ärztin, die zur Sicherung des Wohles des Kindes nötigen Verfügungen zu treffen. Das Gericht kann die Obsorge für das Kind den gesetzlichen Vertretern/Vertreterinnen ganz oder teilweise entziehen. Im Einzelfall kann das Gericht auch eine gesetzlich erforderliche Einwilligung oder Zustimmung ersetzen (§ 181 Abs 1 ABGB). In der Lit wurde dies va am Beispiel der religiös motivierten Verweigerung der Bluttransfusion von Zeugen Jehovas diskutiert⁶⁸⁹, der Grundsatz gilt jedoch ebenso für Ablehnungen aus anderen Gründen. Ausgelöst wurde die Debatte durch die Entscheidung des OGH im Jahr 1986, einer den Zeugen Jehovas angehörenden Mutter im Rahmen eines Scheidungsverfahrens die Obsorge für die Kinder zu entziehen, da die festgestellte Weigerung der Mutter, einer potentiell notwendigen Bluttransfusion an den Kindern zuzustimmen, eine Gefährdung des Kindeswohls darstelle.⁶⁹⁰ Der EGMR sah darin einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art 8 iVm Art 14 EMRK, da kein vernünftiges Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln (Entzug der Obsorge) und den angestrebten Zielen (Schutz der Gesundheit und Rechte der Kinder) bestehe.⁶⁹¹ Später stellte der OGH unter Hinweis auf dieses Urteil fest, dass die Entziehung der Obsorge allein wegen der Mitgliedschaft der Mutter bei Scientology den Art 8 und 14 EMRK widerspricht.⁶⁹² Einer breiten Öffentlichkeit bekannt geworden⁶⁹³ ist die Problemstellung der Ablehnung einer für die nicht einwilligungsfähigen Kinder notwendigen Heilbehandlung durch die Eltern durch den auch in der Lit oftmals zitierten Fall „Olivia P“ aus dem Jahr 1995. Die Eltern der nicht einwilligungsfähigen 6-jährigen Olivia verweigerten eine aufgrund einer Tumorerkrankung notwendige medizinische Maßnahme und vertrauten das Kind stattdessen einem „Wunderheiler“ an. Olivia wurde schließlich doch schulmedizinisch behandelt und konnte

⁶⁸⁹ OGH 4. 6. 1996, 1 Ob 601/95; *Haidenthaler*, RdM 2001, 163; *Menardi*, Zustimmungs- und Genehmigungspflichten bei der medizinischen Behandlung Minderjähriger, ÖA 1998, 3; *Pichler*, Die Kinder der Zeugen Jehovas – Probleme der Obsorge und der Bluttransfusion, ÖA 1994, 171; *Sautner*, Die religiös motivierte Verweigerung der ärztlichen Heilbehandlung bei Minderjährigen. Die Problematik der Bluttransfusionen bei den Zeugen Jehovas, JAP 1999/2000, 14; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 176 ABGB Rz 8 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Zankl*, Eigenmächtige Heilbehandlung und Gefährdung des Kindeswohls, ÖJZ 1989, 299.

⁶⁹⁰ OGH 3. 9. 1986, 1 Ob 586/86; krit *Zankl*, ÖJZ 1989, 299.

⁶⁹¹ EGMR 23. 6. 1993, 12875/87, *Hoffmann/Österreich*; *Baumgartner*, Familienrecht und Gewissensfreiheit in Österreich, ÖJZ 2000, 781 (789 f); *Dujmovits*, Der Schutz religiöser Minderheiten nach der EMRK, in *Grabenwarter/Thienel* (Hrsg), Kontinuität und Wandel der EMRK. Studien zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1998) 139 (154 ff); *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ (2011) § 176 Rz 18, 41.

⁶⁹² OGH 13. 8. 1996, 2 Ob 2192/96 h.

⁶⁹³ *Die Presse*, Opfer und Medienstar: Der Fall Olivia Pilhar, 16. 1. 2010, <https://diepresse.com/home/leben/gesundheit/533340/Opfer-und-Medienstar-Der-Fall-Olivia-Pilhar> (abgefragt am 8. 4. 2018); *OÖ Nachrichten*, „Wunderheiler“ Hamer und der Fall Olivia, 2. 9. 2016, <http://www.nachrichten.at/nachrichten/ticker/Wunderheiler-Hamer-und-der-Fall-Olivia;art449,2333823> (abgefragt am 8. 4. 2018).

vollständig genesen.⁶⁹⁴

Stehen mehrere Behandlungsmethoden zur Verfügung, die annähernd gleichwertig hinsichtlich Risikos, Erfolgsaussichten und Belastung erscheinen, kommt den gesetzlichen Vertretern/Vertreterinnen die Abwägung zu. Die Ablehnung bestimmter Behandlungsmethoden aus religiösen oder kulturellen Gründen kann dann auch dazu führen, dass sich die gesetzlichen VertreterInnen gegen eine Standardbehandlung und für den Einsatz eines Heilversuchs entscheiden (dürfen).⁶⁹⁵

Nach § 110 Abs 2 StGB und § 173 Abs 3 ABGB können sowohl die Einwilligung des/der Minderjährigen, als auch – sofern erforderlich – die Zustimmung des/der Erziehungsberechtigten entfallen, wenn durch die dadurch bewirkte Verzögerung das Leben des Kindes gefährdet würde oder damit die Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre. In diesen Fällen ist die Behandlung auch ohne Einwilligung rechtmäßig bzw sogar geboten.⁶⁹⁶

Eine wichtige Rolle in diesem Zusammenhang spielt der Jugendwohlfahrtsträger, der das Kindeswohl zu wahren hat und daher entsprechende gerichtliche Verfügungen im Bereich der Obsorge beantragen oder bei Gefahr im Verzug die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung vorläufig auch selbst treffen kann (§ 211 Abs 1 ABGB).

7.7 Mutmaßliche Einwilligung in eine Behandlung

Die mutmaßliche Einwilligung findet va in Notfallsituationen ihre Anwendung (§ 8 Abs 3 KAKuG; § 110 Abs 2 StGB; § 173 Abs 3, § 253 Abs 3 ABGB; § 12 PatVG).

Ein Sonderfall der Einwilligungsunfähigkeit liegt dann vor, wenn aufgrund der Sprachbarriere keine Aufklärung und in der Folge auch keine Einholung der Einwilligung von Seiten des Arztes/der Ärztin möglich ist, die Behandlung jedoch dringend geboten ist und keine Möglichkeit zur Überwindung der Sprachbarriere besteht.⁶⁹⁷ In diesem Fall ist nach dem Grundsatz der mutmaßlichen Einwilligung vorzugehen.

Um von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgehen zu können, muss der/diejenige, der/die in ein Rechtsgut eines/einer anderen eingreifen will, ex ante prüfen, ob der/die Betroffene bei objektiver Würdigung aller Umstände die Einwilligung erteilen würde. Dabei ist auf die Entscheidung eines vernünftigen „Durchschnittsmenschen“ abzustellen. Hinzu kommt eine „gewissenhafte Prüfung“ des mutmaßlichen Willens, etwa durch die Befragung

⁶⁹⁴ Engläringer, Aufklärungspflicht 153 FN 96; Haidenthaller, RdM 2001, 163; Rixen, Das todkranke Kind zwischen Eltern und Arzt, MedR 1997, 351 (351); Schick, Die kriminologische und arztrechtliche Problematik unwissenschaftlicher Heilmethoden, in Schwind/Kube/Kühne (Hrsg), Kriminologie an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998 (1998) 255.

⁶⁹⁵ Bernat in Kern/Mazal 61. Siehe Kap 4.4 Recht auf sachgerechte medizinische Behandlung.

⁶⁹⁶ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 173 Rz 1 ABGB (Stand 1. 3. 2015, rdb.at); Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/141.

⁶⁹⁷ Siehe dazu Kap 6.7.2 Behandlung trotz unmöglicher Aufklärung.

der Angehörigen.⁶⁹⁸ Bei der Befragung von Angehörigen ist jedoch große Vorsicht geboten – va wenn diese kulturell nicht westlich geprägt, strikte AnhängerInnen einer Glaubensgemeinschaft sind oder Personen, die aus stark ausgeprägten patriarchalen Strukturen stammen und daher die eigenen Überzeugungen höher bewerten als den Willen des Patienten/der Patientin. Auch *Mazal* warnt im Zusammenhang mit der Befragung von Angehörigen von Zeugen Jehovas vor erheblichen Konflikten über die vorzunehmende Maßnahme und weist darauf hin, dass die Meinung anderer Personen bei der Behandlung eigenberechtigter Personen nur insofern relevant sei, als sie dem Arzt/der Ärztin über den vermutlichen Willen des Patienten/der Patientin Auskunft geben können, diese jedoch in den seltensten Fällen entscheidungsrelevant seien.⁶⁹⁹ In türkischen Familien resultiert beispielsweise aus der traditionell geprägten hierarchischen Struktur eine starke Durchsetzungskraft des ältesten Sohnes. Dies kann dazu führen, dass dieser, obwohl vielleicht ein Dissens innerhalb der Familie herrscht, gegenüber dem Arzt/der Ärztin eine klare Position vertritt, was mit dem/der nicht einwilligungsfähigen Patienten/Patientin zu geschehen habe. Diese Position muss nicht dem mutmaßlichen Willen des Patienten/der Patientin entsprechen, da die Frage „Wie hätte der/die PatientIn entschieden“ in der hierarchischen Familienstruktur keine Rolle spielt.⁷⁰⁰

7.8 Mutmaßliche Behandlungsverweigerung

Der OGH hat in seiner Entscheidung 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07 p, die Rechtsfigur der „mutmaßlichen Behandlungsverweigerung“ als Kehrseite der mutmaßlichen Einwilligung zur Anwendung gebracht. Dabei nimmt er einen Wegfall der Behandlungspflicht nicht nur bei Vorliegen einer Ablehnung einer Behandlung durch eine frühere Willenserklärung (etwa eine Patientenverfügung) an, sondern auch bei Vorliegen einer „inneren Verweigerungshaltung“ des Patienten/der Patientin. Ob auch die Religion oder die Kultur eine solche innere Verweigerungshaltung begründen können, ist offen.

Große Teile der Lit⁷⁰¹ stehen der mutmaßlichen Verweigerung einer Behandlung skeptisch gegenüber, da diese sich – wie es *Kopetzki* formuliert – „mangels hinreichend dokumentierter Anhaltspunkte schnell als bloßes Einfallstor für allgemeine Rechtsgüter- und

⁶⁹⁸ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, HB des Sachwalterrechts 193 mwN.

⁶⁹⁹ *Mazal* in *Mazal* 35.

⁷⁰⁰ *Ilkilic*, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2008, 857 (860).

⁷⁰¹ *Kopetzki*, iFamZ 2007, 197; *Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, ÖJZ 2000, 361; *Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 1; *Schütz*, Abbruch der künstlichen Ernährung bei einer einwilligungsunfähigen Patientin – vorsätzliche Tötung durch Unterlassen? Anmerkung zu OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07 p aus strafrechtlicher Perspektive, iFamZ 2009, 32.

Interessensabwägungen erweisen kann“.⁷⁰² In der älteren Lit finden sich jedoch einige Befürworter dieser Rechtsfigur. *Bernat* geht davon aus, dass eine mutmaßliche Behandlungsverweigerung vorliegt, wenn keine mutmaßliche Einwilligung gegeben ist.⁷⁰³ Im Zusammenhang mit der Entscheidung 6 Ob 286/07 p hält er fest, dass eine Pflicht des Arztes/der Ärztin weiterzubehandeln nur dann ins Treffen geführt werden dürfe, wenn es zweifelhaft ist, ob der irreversibel einwilligungsunfähige Patient überhaupt noch Träger eines subjektiven Interesses am Weiterleben sei.⁷⁰⁴ *Kneihs* knüpft etwas strengere Voraussetzungen an die mutmaßliche Behandlungsverweigerung und sieht eine konkrete Ablehnung einer Heilbehandlung nicht nur dann gegeben, wenn unmittelbar vor Verlust der Dispositionsfähigkeit der Eingriff verweigert wurde, sondern auch dann, wenn aus den Umständen klar auf eine subjektive Ablehnungshaltung des/der Betroffenen geschlossen werden kann.⁷⁰⁵ Auch *Moos* sieht in früheren mündlichen Äußerungen des Patienten/der Patientin einen wesentlichen Anhaltspunkt für den mutmaßlichen Willen, die Behandlung zu unterlassen.⁷⁰⁶

Schütz zieht als Maßstab für die Anwendung der Rechtsfigur der mutmaßlichen Behandlungsverweigerung das PatVG heran. Demnach sind die bekannt gewordenen subjektiven Werthaltungen nur dann für die Willensfeststellung heranzuziehen, wenn eine ähnlich zweifelsfreie Willensfeststellung wie bei einer verbindlichen oder qualifiziert beachtlichen Patientenverfügung gelingt. Sonstige Anhaltspunkte, die auf eine mutmaßliche Behandlungsverweigerung schließen lassen, wären somit wie eine beachtliche Patientenverfügung zu behandeln.⁷⁰⁷ *Kopetzki* gibt mE zu Recht zu bedenken, dass Willenserklärungen, die nicht einmal die Unterschwelle einer beachtlichen Patientenverfügung erreichen, wohl auch keine mutmaßliche Behandlungsverweigerung rechtfertigen können, weshalb die meisten Konstellationen einer mutmaßlichen Behandlungsablehnung ohnehin als beachtliche Patientenverfügung zu deuten sein werden.⁷⁰⁸

In Hinblick auf die Kultursensibilität erlangt die Rechtsfigur der mutmaßlichen Behandlungsablehnung besondere Bedeutung, würde diese doch beinhalten, dass man aufgrund der Kenntnis der Religionszugehörigkeit des Patienten/der Patientin auch auf dessen/deren typischerweise vorliegenden Wünsche schließen könnte. *Neumayr* nimmt etwa eine mutmaßliche Einwilligung dann an, wenn die Zustimmung bei objektiver Würdigung

⁷⁰² *Kopetzki*, iFamZ 2007, 197 (201).

⁷⁰³ *Bernat*, RdM 1995, 51.

⁷⁰⁴ *Bernat*, Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei einwilligungsunfähigen Patienten – Anmerkungen zu OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07p, JBl 2009, 129 (131).

⁷⁰⁵ *Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998) 450.

⁷⁰⁶ *Moos* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB Vorbemerkungen zu §§ 75-79 Rz 36 (Stand: 1. 4. 2002, rdb.at).

⁷⁰⁷ *Schütz*, iFamZ 2009, 32 (33).

⁷⁰⁸ *Kopetzki* in *Kröll/Schaupp* 69.

aller Umstände der konkreten Situation erwartbar war, hält dazu aber ohne nähere Ausführungen fest, dass die Einwilligung in die Gabe von Blutkonserven bei Zeugen Jehovas nicht zu erwarten sei.⁷⁰⁹ *Heidinger* hält ebenfalls fest, dass der Arzt/die Ärztin, wenn ihm/ihr bekannt ist, dass der/die PatientIn der geplanten Behandlung nicht zustimmen würde – etwa weil er/sie aus religiösen Gründen eine Bluttransfusion ablehnen würde – nicht durchführen darf.⁷¹⁰ Die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft kann nach *Mazal*, der dies ebenfalls am Beispiel der Zeugen Jehovas erörtert, hingegen nicht als Behandlungsverfügung angesehen werden, weil in der Angabe eines Glaubensbekenntnisses alleine noch kein objektiver Erklärungswert liegt, alle Glaubenswahrheiten auch persönlich zu akzeptierten.⁷¹¹ Das Kriterium der Glaubenzugehörigkeit ist nicht ausreichend, um auf eine bestimmte Haltung in Bezug auf bestimmte Entscheidungs- und Handlungsformen schließen zu können.⁷¹² Auch *Hillenkamp* hält unter Bezug auf *Taupitz* fest, dass es nicht möglich sei, dass „der Arzt einen Patienten einfach aufgrund der Information, der Patient sei Zeuge Jehovas, verbluten lassen darf“.⁷¹³ Dieser Ansicht ist mE zu folgen, da die Glaubenzugehörigkeit in einer „modernen“ Welt, in der jede/r eigene Wertvorstellungen entwickeln kann und darf, nicht auf konkrete Behandlungswünsche zwingend rückschließen lässt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle Werthaltungen einer Glaubensgemeinschaft auch angenommen werden. Ist dem Arzt/der Ärztin daher beispielsweise bekannt, dass ein/e PatientIn MuslimIn ist, darf er/sie nicht davon ausgehen, dass der/die PatientIn nicht mit alkoholhaltigen Arzneien oder aus dem Schwein gewonnenen Präparaten behandelt werden möchte, es sei denn, der/die PatientIn äußert sich dahingehend. Auch eine kulturelle Prägung lässt nicht auf eine mutmaßliche Behandlungsverweigerung schließen.

Im Zweifel ist jedenfalls davon auszugehen, dass der/die PatientIn die medizinisch indizierte Behandlung wünscht (§ 253 Abs 1 ABGB).

7.9 Einwilligung in eine Organentnahme nach dem Tod

In Österreich ist es erlaubt, Verstorbenen einzelne Organe zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen. Die Entnahme ist unzulässig, wenn den Ärzten/Ärztinnen eine Erklärung vorliegt, mit der der/die Verstorbene oder, der/die gesetzliche VertreterIn vor dessen/deren Tod, eine Organspende ausdrücklich abgelehnt hat. Eine Erklärung liegt auch vor, wenn sie in

⁷⁰⁹ *Neumayr*, RdM 2014/50 (FN 20).

⁷¹⁰ *Heidinger* in *Harrer/Graf* 36.

⁷¹¹ *Mazal* in *Mazal* 32.

⁷¹² *Ilkilic*, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2008, 857 (861).

⁷¹³ *Hillenkamp* in FS Küper 138 unter Bezug auf *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag (2000) 46 (zit nach *Hillenkamp*).

dem bei der GÖG geführten Widerspruchsregister eingetragen ist (§ 5 Abs 1 OTPG). Dieses Widerspruchsregister dient dem Zweck, auf Verlangen von Personen, die eine Organspende ausdrücklich ablehnen, den Widerspruch gesichert zu dokumentieren, um eine Organentnahme wirksam zu verhindern (§ 6 Abs 1 OTPG). Die Entnahme von Zellen und Gewebe unterliegt ebenfalls der Widerspruchslösung (§ 4 Abs 5 GSG).

7.9.1 Ablehnung der Organspende aus religiösen oder kulturellen Gründen

Die Haltung zur Organspende ist oftmals kulturell und religiös geprägt. Weder im Christentum noch im Islam gibt es jedoch einen einheitlichen Standpunkt dazu.⁷¹⁴ Eine Studie unter Muslimen/Musliminnen in Deutschland hat gezeigt, dass die Bereitschaft, nach dem Tod Organe zu spenden, sehr individuell ist und kein einheitliches Bild einer „muslimischen Meinung“ gezeichnet werden kann. Auch die Standpunkte der muslimischen Organisationen in Deutschland gehen dahin, dass jede/r selbst entscheiden solle, ob er/sie OrganspenderIn sein möchte oder nicht.⁷¹⁵ Ursprünglich war in der RV für die KAG-Novelle 1982⁷¹⁶ vorgesehen, dass eine Entnahme von Organen oder Organteilen Verstorbener zum Zwecke der Transplantation ohne oder gegen den Willen des/der Verstorbenen zulässig sei (Notstandsmodell).⁷¹⁷ Der Gesetzgeber hat dann allerdings auf die religiösen Überzeugungen und eine damit einhergehende Ablehnung der Organspende insofern Rücksicht genommen, als die Widerspruchslösung durch die KAG-Novelle 1982 deshalb eingeführt wurde, weil es „im Hinblick auf die Wahrung religiöser und philosophischer Überzeugungen“ geboten sei, auch einen im Zeitpunkt der vorgesehenen Entnahme vorliegenden Widerspruch des/der Verstorbenen bzw des/der gesetzlichen Vertreters/Vertreterin zu beachten.⁷¹⁸ Der Gesetzgeber stufte demnach die religiösen und philosophischen Überzeugungen höherwertiger als den Bedarf an Organen ein, was im Sinne dieser Arbeit als kultursensibel zu bezeichnen ist.

⁷¹⁴ Eich/Grundmann, Muslimische Rechtsmeinungen zu Hirntod, Organtransplantation und Leben, Zeitschrift für medizinische Ethik 2003, 302; Grundmann, Scharia, Hirntod und Organtransplantation: Kontext und Wirkung zweier islamischer Rechtsentscheidungen im Nahen und Mittleren Osten, <http://www.ruhr-unibochum.de/kbe/scharia.pdf> (abgefragt am 8. 4. 2018); Kreß, Das Hirntodkriterium in seiner Abhängigkeit von theologischen und kulturellen Vorentscheidungen. Mit einem Ausblick auf die Frage der Organentnahme bei Kindern, in Körtner/Kopetzki/Müller (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 99.

⁷¹⁵ Samadzade, Hirntod und Organtransplantation aus islamischer Sicht (2009) 161 ff.

⁷¹⁶ Bundesgesetz vom 1. Juni 1982, mit dem das Krankenanstaltengesetz geändert wird BGBI 1982/273.

⁷¹⁷ Heissenberger, Das Bundesgesetz über die Transplantation menschlicher Organe und dessen wesentliche Neuerungen, RdM 2013/35 (52 f); Holczabek/Kopetzki, Rechtsgrundlagen von Organtransplantationen, Wien Klin Wochenschr 1986, 417 (417). Siehe dazu auch Franta, Die geschichtliche Entwicklung des Transplantationsrechts. Dissertation (2005).

⁷¹⁸ AB 1089 BlgNR 15. GP 1; StProtNR 15. GP 11.623.

7.9.2 Hirntodkriterium

Das zentrale Entnahmekriterium für Organspenden ist der Eintritt des Todes, wobei das OTPG den Todesbegriff nicht definiert. Nach hL ist darunter der „Hirntod“⁷¹⁹ iSd irreversiblen Funktionsausfalls des gesamten Gehirns einer Person zu verstehen.⁷²⁰ Wie Kreß zeigt, ist jedoch die Einschätzung des Todes sowohl diachron bzw kulturgeschichtlich als auch synchron oder kulturvergleichend außerordentlich vielfältig und wird auch der Hirntod unterschiedlich bewertet.⁷²¹ Sowohl im Christentum⁷²² als auch im Islam⁷²³ gibt es keine einheitliche Linie zur Anerkennung des Hirntodes als Tod des Menschen. Diese religiösen Gesichtspunkte sind, wie Kreß zutreffend formuliert, in einer pluralistischen Gesellschaft und im weltanschaulich neutralen Staat nicht universalisierbar und berühren auch nicht die generelle rationale Begründbarkeit des Hirntodkriteriums.⁷²⁴ Dennoch kann nicht negiert werden, dass einzelne Personen aufgrund religiöser oder kultureller Anschauungen den Hirntod als Todeszeitpunkt ablehnen und entsprechend keine Organe nach dem Hirntod spenden wollen. Der Gesetzgeber nimmt auf diese religiöse oder kulturelle Anschauung Rücksicht – handelt also, um es in der Terminologie vorliegender Dissertation zu sagen, kultursensibel – indem er einen Widerspruch gegen die Organspende jederzeit zulässt.

7.9.3 Ausländische Staatsangehörige als OrganspenderInnen in Österreich

Nach Ansicht eines großen Teiles der Lehre handelt es sich bei den transplantationsrechtlichen Regelungen zur Gänze um öffentlich-rechtliche Vorschriften, weshalb sie gem Art 49 Abs 1 B-VG für das gesamte Bundesgebiet gelten. Alle sich im

⁷¹⁹ Krit zum Begriff Jox, „Hirntod“: historische Entwicklung, aktuelle Kontroversen und künftige Perspektiven, in Kröll/Schaupp (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 79.

⁷²⁰ Aigner, Organentnahmen – ein Problem der ärztlichen Verschwiegenheit? Österreichische Ärztezeitung 1985/10, 29 (31); Bernat, RdM 2014/49 (49); Kopetzki, Rechtliche Voraussetzungen der Hirntodbestimmung, in Schwarz/Kröll/List (Hrsg), Schädel-Hirn-Trauma. Hirntod. Beiträge zur Anaesthesiologie, Intensiv- und Notfallmedizin 45 (1995) 231 (232 f); Kopetzki, Neues Transplantationsrecht beschlossen, RdM 2012/142; Kopetzki, Non-beating-heart donors aus rechtlicher Sicht, Imago Hominis 1998, 49; Schroth, Der Tod des Menschen aus juristischer Sicht, in Körtner/Kopetzki/Müller (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 67 (68); Steinbereithner, Hirntod und Intensivmedizin, in Schwarz/Bonelli (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens (1995) 67 (75). Krit dazu Pöltner, Die theoretische Grundlage der Hirntodthese, in Schwarz/Bonelli (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens (1995) 123 mwN. Für eine genaue Definition des Hirntodes siehe ÖBIG/GÖG, Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme. Entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 16. November 2013 (2013) 5 sowie Verband der intensivmedizinischen Gesellschaften Österreich (FASIM), Empfehlungen zur Durchführung der Todesfeststellung bei einer geplanten Organentnahme nach Hirntod durch Kreislaufstillstand. Entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 16. November 2013 (2013) 4.

⁷²¹ Kreß in Körtner/Kopetzki/Müller 99.

⁷²² Furger, Probleme der Transplantationsmedizin aus theologischer Sicht, in Ach/Quante (Hrsg), Hirntod und Organverpflanzung. Ethische, medizinische, psychologische und rechtliche Aspekte der Transplantationsmedizin² (1999) 101; Kreß in Körtner/Kopetzki/Müller 110; Schaupp, Das Hirntodkonzept – Theologisch-ethische Sicht, in Kröll/Schaupp (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 97 (98).

⁷²³ Kröll, Kulturelle und religiöse Aspekte in der Intensivmedizin, in Kröll/Schaupp (Hrsg), Medizin im Konflikt der Kulturen (2011) 93 (108); Samadzade, Hirntod 129 f.

⁷²⁴ Kreß in Körtner/Kopetzki/Müller 110.

Inland ereignenden Sachverhalte werden von den Vorschriften umfasst, wodurch auch in Österreich verstorbenen ausländischen Staatsangehörigen Organe entnommen werden dürfen, sofern sie keinen Widerspruch abgegeben haben.⁷²⁵ Der Umstand, dass die Organentnahme auch einen Eingriff in zivilrechtliche Persönlichkeitsrechte darstellt, ist nach dieser Ansicht kein hinreichender Anknüpfungspunkt für die Anwendung des IPRG.⁷²⁶ Ein anderer Teil der Lehre verneint die Qualifizierung der transplantationsrechtlichen Regelungen als rein öffentlich-rechtliche Vorschriften und kommt zum Ergebnis, dass die Zulässigkeit der Organentnahme von verstorbenen ausländischen Staatsangehörigen in Österreich nach dem Recht des jeweiligen Herkunftslandes zu beurteilen ist: *Kalchschmid/Barta* plädieren für eine Anwendung des IPRG, da es sich beim Transplantationsrecht um ein Gemengelage aus öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Fragen handle und kommen so zur Anwendung des Rechts des Personalstatutes des Organspenders/der Organspenderin.⁷²⁷ *Wallner F.* zweifelt ebenfalls daran, dass eine Entnahme von Organen ausländischer Staatsangehöriger selbst dann möglich ist, wenn in deren Herkunftsland eine Zustimmungslösung gilt und diese Zustimmung fehlt. Dies deshalb, weil bei einer Betrachtung der Entnahmeregelungen als Regelungen, die dem Schutz des Persönlichkeitsrechts dienen, nach internationalen Kollisionsnormen das Recht des Herkunftsstaates gelten würde.⁷²⁸ *Wagner/Ecker* plädieren ebenfalls für die Anwendung des IPRG und stützen sich in ihrer Argumentation va auf die Materialien des OTPG, die sich ausdrücklich auch auf Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“) beziehen. Ebenso wie *Kalchschmid/Barta* kommen *Wagner/Ecker* über § 13 Abs 1 IPRG zur Anwendung des Rechts des Personalstatutes des Organspenders/der Organspenderin.⁷²⁹ Somit wäre es nicht möglich, beispielsweise in Österreich verstorbenen deutschen Staatsangehörigen iSd Widerspruchslösung Organe zu entnehmen, wenn diese nicht nach den Regeln der in Deutschland geltenden Zustimmungslösung einer Organentnahme zugestimmt hatten.

⁷²⁵ *Dujmovits*, Organtransplantation, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrgs), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/BT/1 (I/BT/8); *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation. Eine systematische Analyse des geltenden Rechts (1988) 172 ff; *Kopetzki*, Der menschliche Leichnam im heute gültigen deutschen und österreichischen Recht, in *Stefenelli* (Hrsg), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten (1998) 862 (867); *Kopetzki*, Rechtliche Aspekte der Widerspruchslösung, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 43 (53 FN 32); *Kopetzki*, Das Organtransplantationsgesetz (OTPG) 2012, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 35 (43).

⁷²⁶ *Kopetzki* in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* FN 32.

⁷²⁷ *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation. Plädoyer für ein Transplantationsgesetz, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 13 (28 f).

⁷²⁸ *Wallner F.*, Berufs- und haftungsrechtliche Fragen iZm der Transplantation von Allografts in der Orthopädie, RdM 2015/90 (130).

⁷²⁹ *Wagner/Ecker* in GmundKomm § 5 OTPG Rz 8.

Geht man mit der erstgenannten Lehrmeinung davon aus, dass die Widerspruchslösung auch für in Österreich verstorbene AusländerInnen gilt, so stellt sich die Frage, in welcher Sprache und in welcher Form AusländerInnen einer Organspende widersprechen können.

Da die Entnahmeeinheit verpflichtet ist, das Widerspruchsregister vor einer Organentnahme abzufragen (§ 7 OTPG), stellt die dortige Eintragung eines Widerspruchs die sicherste Variante dar, eine Organentnahme abzulehnen.⁷³⁰ Das Widerspruchsregister wurde primär zur Registrierung der in Österreich lebenden Wohnbevölkerung eingerichtet, nimmt laut GÖG aber bis auf Weiteres – entgegen dem internationalen Trend – auch Widersprüche von nicht im Inland lebenden Personen auf. Mit Stichtag 31. 12. 2017 waren 6.539 Personen mit Wohnsitz im Ausland im Widerspruchsregister eingetragen, ein Großteil davon (6.048 Personen) stammte aus Deutschland.⁷³¹ Die Eintragung erfolgt mittels Formular, das allerdings lediglich in deutscher Sprache angeboten wird.⁷³² Da gesammelte internationale Widersprüche (zB von anderen Registern, Rechtsanwaltskanzleien oder Notariaten) nicht entgegengenommen werden⁷³³, müssen nicht deutschsprachige Personen, die sich im Widerspruchsregister eintragen lassen wollen, das deutschsprachige Formular ausfüllen. Hierfür wird es nötig sein, sich dieses übersetzen lassen, um den Inhalt zu verstehen und einen gültigen Widerspruch abgeben zu können.

Der Widerspruch gilt aber ebenso, wenn er in den Verfügungs- bzw Empfangsbereich des Arztes/der Ärztin gelangt. Der/die PatientIn kann daher den Widerspruch mündlich gegenüber dem Arzt/der Ärztin äußern.⁷³⁴ Ergeben sich dabei Sprachprobleme, wird ein professioneller Dolmetschdienst beizuziehen sein.⁷³⁵ Trägt der/die PatientIn eine schriftliche Ablehnung der Organspende mit sich, sollte diese in deutscher Sprache verfasst sein, damit er/sie davon ausgehen kann, dass der Widerspruch als solcher erkannt und berücksichtigt wird. Die GÖG empfiehlt Personen, die sich nur kurzzeitig in Österreich aufhalten, ausdrücklich sowohl auf ihrer Homepage als auch im Transplant-Jahresbericht 2017, ihre persönlichen Willensbekundungen schriftlich bei den Ausweispapieren zu deponieren (zB Zustimmung: „Ich will Organspender/in sein“; Ablehnung: „Ich will keine Organspenderin/kein Organspender sein“).⁷³⁶ Gelangt eine in einer Fremdsprache verfasste

⁷³⁰ Füssl, Das neue Organtransplantationsgesetz, ÖZPR 2013/19 (26). Bei Einrichtung des Widerspruchsregisters war die Verpflichtung zur Abfrage noch unsicher. Siehe dazu Aigner, Organentnahmen bei Verstorbenen zu Transplantationszwecken gemäß § 62a KAG; Widerspruchsregister, RdM 1994, 119.

⁷³¹ ÖBIG-Transplant, Transplant-Jahresbericht 2017. Gesundheit Österreich GmbH (2018) 13.

⁷³² ÖBIG-Transplant, Eintragung/Streichung/Änderung, <https://transplant.goeg.at/node/106> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁷³³ ÖBIG-Transplant, Transplant-Jahresbericht 2017 12.

⁷³⁴ Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/BT/10.

⁷³⁵ Siehe Kap 6.3.5 Aufklärung unter Beziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin.

⁷³⁶ ÖBIG-Transplant, Widerspruchsregister, <https://transplant.goeg.at/widerspruchsregister> (abgefragt am 8. 4. 2018); ÖBIG-Transplant, Transplant-Jahresbericht 2017 12 f.

schriftliche Willensbekundung in den Verfügungs- bzw Empfangsbereich des Arztes/der Ärztin, so ist diese zu beachten, wenn der Arzt/die Ärztin diese versteht, weil er dieser Fremdsprache zufällig mächtig ist. Es besteht mE allerdings keine Pflicht des Behandlers/der Behandlerin eine ihm/ihr unverständliche Willensbekundung übersetzen zu lassen.

Nicht in Österreich wohnhafte Personen haben also die Möglichkeit, einen Widerspruch gegen die Organentnahme zu tätigen, die GÖG weist allerdings darauf hin, dass entsprechend der international üblichen Vorgehensweise eine allfällige Organentnahme bei nicht in Österreich wohnhaften potenziellen Organspendern/Organspenderinnen idR im Vorfeld mit den Angehörigen abgeklärt wird, sofern diese auffindbar sind.⁷³⁷

Gleiches gilt für die Entnahme von Gewebe nach dem GSG.⁷³⁸

7.10 Einwilligung in eine Obduktion

Die Leichen der in öffentlichen Krankenanstalten verstorbenen Pfleglinge sind zu obduzieren, wenn die Obduktion sanitätspolizeilich (zB § 5 Abs 2 EpG; § 6 Abs 5 TubG) oder strafprozessual (§ 128 StPO) angeordnet worden oder zur Wahrung anderer öffentlicher oder wissenschaftlicher Interessen, insb wegen diagnostischer Unklarheit des Falles oder wegen eines vorgenommenen operativen Eingriffes (klinische Obduktion), erforderlich ist (§ 25 Abs 1 KAKuG). Weder die im Folgenden im Vordergrund stehende klinische Obduktion, noch die gerichtliche Obduktion in Strafsachen oder die sanitätspolizeiliche Obduktion zum Zweck öffentlicher Gesundheitsinteressen können durch Willenserklärungen des/der Verstorbenen oder dessen/deren Angehörigen verhindert werden. Von der klinischen Obduktion umfasst ist auch eine Obduktion zur Erforschung neuer Krankheitsformen, deren Ursachen und Verlauf sowie die Entnahme von Leichenteilen zum Zweck der Lehre und Forschung oder der Klärung der individuellen Todesursache.⁷³⁹ Soll hingegen aus einem anderen Grund eine Obduktion durchgeführt werden, so muss der/die Verstorbene schon bei Lebzeiten einer solchen zugestimmt haben. Wenn keine Einwilligung vorliegt, darf die Obduktion mit Zustimmung der nächsten Angehörigen vorgenommen werden (§ 25 Abs 2 KAKuG). In privaten Krankenanstalten dürfen Leichenöffnungen nur mit Zustimmung der nächsten Angehörigen des/der Verstorbenen und nur dann, wenn ein geeigneter Raum vorhanden ist, vorgenommen werden (§ 40 Abs 1 lit b KAKuG).

In vielen Religionen und Kulturen ist es üblich, Rituale (zB Waschungen) beim oder am/an der Verstorbenen durchzuführen. Die Obduktion könnte daher als mittelbar

⁷³⁷ ÖBIG-Transplant, Transplant-Jahresbericht 2017 13.

⁷³⁸ Siehe dazu Kopetzki, Entnahmeeinrichtungen, Gewinnverbote und Gewinnung vom verstorbenen Spender, in Kopetzki (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 142 (172).

⁷³⁹ OGH 19. 12. 2001, 7 Ob 199/01 t; Kopetzki in Stefenelli 865; Kopetzki in Holoubek/Potacs 468.

diskriminierend iSd Antidiskriminierungsrechts der Länder⁷⁴⁰ aufgrund der Religion betrachtet werden, wenn Angehörige bestimmter Religionsgemeinschaften, die zeitliche und rituelle Bestattungsregeln zu beachten haben, diese aufgrund der Obduktion und der damit zusammenhängenden Einbehaltung der Verstorbenen nicht durchführen können. Die gesetzlich vorgeschriebenen Obduktionsgründe dienen allerdings dem öffentlichen Interesse an der Klärung der Todesursache und die Einbehaltung der Verstorbenen ist geeignet und erforderlich, um diesen legitimen Zweck zu verwirklichen. *Ulrich* weist jedoch darauf hin, dass iSd Angemessenheit zu klären ist, ob durch zumutbare Optimierung der Ablauforganisation im Krankenanstaltenbetrieb Maßnahmen gesetzt werden können, die eine gänzliche oder weitgehende Berücksichtigung religionsspezifischer Bedürfnisse ermöglichen (zB beschleunigtes Prozedere bei der Überstellung in die Prosektur).⁷⁴¹

Der OGH hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die Leiche eines Kindes einer praktizierenden Muslimin unter Berufung auf § 25 Abs 1 KAKuG obduziert wurde. Die Muslimin fühlte sich durch die Obduktion in ihrem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Religionsfreiheit nach Art 9 EMRK verletzt, da der Körper des verstorbenen Kindes für die rituelle Waschung unversehrt zu sein habe, was durch die Obduktion verunmöglicht wurde. Zudem machte die praktizierende Muslimin den Ersatz des Schockschadens geltend, der ihr durch den Anblick des obduzierten Leichnams ihres Kindes entstanden sei. Der OGH stellte jedoch fest, dass die Beseitigung diagnostischer Unklarheiten und die dafür notwendige Obduktion angesichts seiner Bedeutung für die Entwicklung der Medizin und der Qualitätssicherung ärztlichen Handelns im Interesse der Gesundheit liegt und damit ein allfällige Beschränkungen der Religionsausübung rechtfertigendes Ziel iSd Art 9 Abs 2 EMRK verfolge. Dies auch dann, wenn die gewonnenen Erkenntnisse nicht gesondert wissenschaftlich verwertet werden. Zudem hielt er fest, dass die zur Intensität der Aufklärung entwickelten Grundsätze nicht auf die Information über eine Obduktion übertragbar seien.⁷⁴²

Manche Religionsgemeinschaften lehnen eine Obduktion ab oder stehen ihr skeptisch gegenüber. Die Österreichische Gesellschaft für Gerichtliche Medizin hat daher Empfehlungen zur Obduktion von Angehörigen verschiedener Glaubensgemeinschaften

⁷⁴⁰ Siehe dazu Kap 4.3.1.2 Krankenanstalten.

⁷⁴¹ *Ulrich* in *Kröll/Schaupp* 56.

⁷⁴² OGH 25. 9. 2015, 5 Ob 26/15 g; *Aichinger*, Kind obduziert: Mutter erhält kein Schmerzengeld, Die Presse 27. 12. 2015, http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4894565/Kind-obduziert_Mutter-erhaelt-kein-Schmerzengeld- (abgefragt am 8. 4. 2018); *Kopetzki*, Obduktion und Religionsfreiheit, RdM 2015/145.

veröffentlicht.⁷⁴³ Muslime/Musliminnen beispielsweise unterscheiden zwischen der forensischen Obduktion mit dem Ziel, einen unklaren und nicht natürlichen Todesfall aufzuklären, und der klinischen Obduktion, die der Klärung der Todesursache oder des Krankheitsverlaufs zur Qualitätssicherung von Diagnostik, Therapie und ärztlichen Leistungen dient. Während die meisten Muslime/Musliminnen der forensischen Obduktion positiv gegenüberstehen, da es dabei um Gerechtigkeit und Rechtssicherheit geht, lehnen sie klinische Obduktionen idR ab.⁷⁴⁴ Auch Juden/Jüdinnen stehen einer Obduktion idR ablehnend gegenüber.⁷⁴⁵ Sofern die Voraussetzungen des § 25 KAKuG erfüllt sind, darf, wie aufgezeigt, die Obduktion jedoch auch gegen den Willen des/der Verstorbenen oder dessen/deren Angehörigen durchgeführt werden.

7.11 Einwilligung in eine Beschneidung

Betrachtet man das Recht auf Einwilligung unter der Folie der Kultursensibilität, so stellt sich die Frage, inwieweit es erlaubt ist, in eine Beschneidung einzuwilligen. In vielen Kulturen und/oder Religionen ist es durchaus üblich, Beschneidungen – sowohl an Mädchen, als auch an Knaben – vorzunehmen. Das Alter variiert dabei: Die jüdische Religion leitet aus dem Alten Testament die Verpflichtung zur Beschneidung der acht Tage alten Söhne ab (*Brit Mila*). Der Koran enthält zwar keine ausdrückliche Regelung, im Islam gilt es jedoch als religiöse Pflicht des Vaters, die Beschneidung seines Knaben bis zum zwölften Lebensjahr durchführen zu lassen.⁷⁴⁶ Die WHO sowie das Aidsprogramm der Vereinten Nationen (UNAIDS) empfehlen seit 2007 die Beschneidung von Knaben, da das Risiko HIV zu übertragen durch eine Beschneidung verringert wird.⁷⁴⁷

Rechtlich ist zu unterscheiden, ob der/die zu Beschneidende einwilligungsfähig ist oder ob ein/e gesetzliche/r VertreterIn entscheidungsbefugt ist. Zudem ist strikt zwischen der Beschneidung von Knaben bzw Männern und Mädchen bzw Frauen zu unterscheiden. Da die „Beschneidung“ von Mädchen bzw Frauen einen enormen Eingriff darstellt, der idR nicht nur zu unmittelbaren medizinischen Komplikationen, sondern auch zu langfristigen medizinischen Schädigungen sowie negativen psychischen und sexuellen Konsequenzen

⁷⁴³ Österreichische Gesellschaft für Gerichtliche Medizin, Empfehlungen der ÖGGM zur Obduktion von Angehörigen verschiedener Glaubensgemeinschaften (2017), <https://oeggm.com/assets/files/Religionen%20und%20Obduktion-%C3%96GGM-Neufassung2017.pdf> (abgerufen am 8. 4. 2018).

⁷⁴⁴ Ilkilic, Begegnung⁵ 51 f.

⁷⁴⁵ Mittelstaedt, Wenn Obduktionen aus religiösen Gründen verhindert werden, derStandard.at 7. 2. 2014, <http://derstandard.at/1389859681339/Wenn-Obduktionen-aus-religioesen-Gruenden-verhindert-werden> (abgefragt am 8. 4. 2018); Urban, Transkulturelle Pflege am Lebensende. Umgang mit Sterbenden und Verstorbenen unterschiedlicher Religionen und Kulturen² (2014).

⁷⁴⁶ Kopetzki, Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen Knaben (m Anm Schinkele), RdM 2012/131 (193).

⁷⁴⁷ WHO, HIV/AIDS, <http://www.who.int/features/qa/71/en/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

führt⁷⁴⁸, wird in der Folge nicht von Beschneidung, sondern von Genitalverstümmelung (Female Genital Mutilation – FGM) gesprochen.⁷⁴⁹

Medizinisch indizierte Beschneidungen sind in der Lit als Heilbehandlung umstritten, weshalb im Folgenden nicht näher darauf eingegangen wird.⁷⁵⁰

7.11.1 FGM bei Mädchen/Frauen

In zahlreichen Ländern des afrikanischen Kontinents, aber auch in einigen Ländern des Mittleren Ostens und Südostasiens werden Schätzungen zufolge jährlich mindestens zwei Millionen Mädchen und Frauen Opfer von FGM. Es wird davon ausgegangen, dass weltweit über 130 Millionen Mädchen und Frauen eine genitale Verstümmelung in einer der verschiedenen Ausformungen erlitten haben.⁷⁵¹ Auch in Österreich lebende Einwandererfamilien lassen FGM bei Mädchen in Österreich oder im Rahmen einer Reise in das Herkunftsland durchführen. Nach Schätzungen aus dem Jahr 2005 sind in Österreich etwa 8.000 Mädchen und Frauen davon betroffen.⁷⁵² Hochrechnungen aus Deutschland gehen davon aus, dass die Zahl der Opfer von FGM durch den verstärkten Zuzug von Asylwerbenden im Jahr 2015 gestiegen ist und noch weiter steigen wird.⁷⁵³

Als Begründung für FGM werden Aspekte der Reinheit und Ästhetik ebenso angeführt wie die Religion⁷⁵⁴, die Kontrolle über die Sexualität der Frau oder eine vermeintlich positive Wirkung auf die Frauengesundheit.⁷⁵⁵

⁷⁴⁸ Gröger, FGM – betrifft uns nicht? in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), Justiz und Menschenrechte (2008) 49 (49); Smutny, Tradition als Tarnanzug für (Menschen)Rechtsverletzungen – Überlegungen zu FGM aus rechtlicher Sicht, in *Österreichische Gesellschaft für Familienplanung* (Hrsg), Female Genital Mutilation (FGM) ein „harmloser“ Brauch oder ein tiefgehender Schaden für Frauen? (2001) 22 (22); Wimmer-Puchinger/Wolf, Gesellschaftliche und familiäre Spannungsfelder im Kontext von Migration: Relevanz für Gesundheit und Krankheit, in Peintinger (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 285 (296 f).

⁷⁴⁹ Dies sieht auch der österr. Gesetzgeber so. In den Erläut zum IslamG wird angeführt, dass die weibliche Genitalverstümmelung von einigen fälschlich als Beschneidung bezeichnet werde (Erläut 446 BlgNR 25. GP 6).

⁷⁵⁰ Bernat, Die rituelle Beschneidung nichteinwilligungsfähiger Knaben. Zugleich eine Besprechung des Urteils des LG Köln v. 7. 5. 2012, 151 Ns 169/11, EF-Z 2012/121; Wallner J., Die Beschneidung von nicht einwilligungsfähigen Knaben, RDM 2012/144 (277);

⁷⁵¹ Smutny in *Österreichische Gesellschaft für Familienplanung* 22.

⁷⁵² Hadis, Genitale Verstümmelung in Österreich, in *Österreichische Gesellschaft für Familienplanung* (Hrsg), Female Genital Mutilation (FGM) ein „harmloser“ Brauch oder ein tiefgehender Schaden für Frauen? (2001) 37 (38); Hobsig, Female Genital Mutilation – Problemfelder in der Beratungssituation, in *Österreichische Gesellschaft für Familienplanung* (Hrsg): Female Genital Mutilation (FGM) ein „harmloser“ Brauch oder ein tiefgehender Schaden für Frauen? (2001) 40.

⁷⁵³ Ärzte Zeitung online (Deutschland), 19. 7. 2016, Genitalverstümmelung. Große Dunkelziffer in Deutschland, <http://www.aerztezeitung.de/extras/druckansicht/?sid=916335&pid=907634> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁷⁵⁴ Religion wird immer wieder als Begründung angeführt, FGM ist aber nicht direkt mit bestimmten Religionen verknüpft und unabhängig von der Religionszugehörigkeit in manchen Gebieten oder Gesellschaften zu finden (Heine/Lohlker/Potz, Muslime in Österreich. Geschichte | Lebenswelt | Religion (2012) 155).

⁷⁵⁵ Wolf/Eljelede, Weibliche Genitalverstümmelung. Ein Gesundheitsrisiko für Frauen, in Wolf/Endler/Wimmer-Puchinger (Hrsg), Frauen Gesundheit Soziale Lage (2010) 155 (157 f).

Es stellt sich die Frage, ob die Fortsetzung dieser Tradition in Österreich durch Personen mit entsprechender kultureller Prägung als Wahrnehmung einer kulturellen Freiheit verstanden und eingefordert werden kann.

Der Gesetzgeber hat der Freiheit, kulturelle Praktiken auszuüben, in diesem Fall eine klare Grenze gesetzt. § 90 Abs 3 StGB normiert, dass in eine Verstümmelung oder sonstige Verletzung der Genitalien, die geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen, nicht eingewilligt werden kann. Laut RV wurde dieses Verbot festgeschrieben, um dem falschen Eindruck vorzubeugen bzw entgegenzuwirken, dass die Freiwilligkeit der Prozedur ggf strafbefreiend wirken könnte.⁷⁵⁶ Mit dieser Norm sind sämtliche von der WHO als Genitalverstümmelungen klassifizierten Praktiken⁷⁵⁷ in Österreich verboten. Konkret sind laut RV durch die Formulierung „Verstümmelung der Genitalien“ die schwersten Formen der weiblichen Beschneidung, wie die Infibulation, die Klitoridektomie (Entfernung der gesamten Klitoris und der ganzen oder von Teilen der angrenzenden kleinen Schamlippen) oder die so genannte „Sunna“ (Beschneidung der klitoralen Vorhaut und/oder von Teilen oder der gesamten Klitoris) erfasst. Zudem sollen durch die Formulierung „sonstige Verletzung der Genitalien, die geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen“, auch jene Fälle erfasst werden, die nicht dem Begriff der Verstümmelung zu unterstellen sind, aber ebenfalls im Rahmen des kulturen- und religionsübergreifenden Rituals der weiblichen Genitalverstümmelung insb etwa zum Zweck der Hinauszögerung des sexuellen Verlangens von Mädchen zur Bewahrung der Jungfernschaft vorgenommen werden. Dies schließt Methoden wie das Einstechen oder (sonstige) Beschneiden der Klitoris und/oder der Schamlippen, die Verätzung der Klitoris und der umgebenden Gewebe durch Verbrennen, das Ausschaben der Vagina oder die Einfuhr von schmerzhaften Kräutern in die Vagina, um Blutungen mit dem Ziel der Verengung hervorzurufen, ein.⁷⁵⁸ Auch Verletzungen der übrigen inneren weiblichen Genitalien, zB des Uterus oder der Eierstöcke, sind von der Formulierung des § 90 Abs 3 StGB erfasst.

FGM steht zudem im Widerspruch zu den Menschenrechten. Österreich verpflichtet sich im Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt⁷⁵⁹, die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die vorsätzliche Verstümmelung weiblicher Genitalien unter Strafe gestellt wird (Art 38 Istanbul Konvention).

⁷⁵⁶ RV 754 BlgNR 21. GP 6.

⁷⁵⁷ WHO, Female Genital Mutilation: Report of a WHO Technical Working Group, Geneva, 17-19 July 1995 (1996) 6.

⁷⁵⁸ RV 754 BlgNR 21. GP 12.

⁷⁵⁹ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul Konvention) BGBI III 2014/164 idF BGBI III 2018/106.

Entscheidungsfähige Frauen dürfen daher ebenso wenig darin einwilligen, an sich selbst eine Genitalverstümmelung vornehmen zu lassen, wie Eltern für ihre nicht entscheidungsfähigen Töchter.

Wird FGM dennoch durchgeführt, so erfüllt dies idR den Tatbestand der Körperverletzung iSd §§ 83ff StGB und ist meist als schwere Körperverletzung iSd § 84 StGB zu werten oder unter den Tatbestand der Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen gem § 85 StGB zu subsumieren.⁷⁶⁰ Zudem werden bei Anwendung des § 85 StGB im Regelfall die Tatbestandsmerkmale des Verlustes der Fortpflanzungsfähigkeit (§ 85 Z 1 StGB) und/oder der erheblichen Verstümmelung oder auffallenden Verunstaltung (§ 85 Z 2 StGB) erfüllt sein. Einschlägig kann auch § 87 StGB („Absichtliche schwere Körperverletzung“) mit der qualifizierten Strafdrohung des Abs 2 sein, weil es dem/der TäterIn bei FGM gerade auf den Erfolg (iSd schweren Dauerfolgen) ankommen wird.⁷⁶¹

Erfahren Mädchen oder Frauen, die in Österreich leben, im Ausland FGM (etwa im Urlaub im Herkunftsland bzw im Herkunftsland der Eltern⁷⁶²), so unterliegt diese im Ausland begangene strafbare Handlung seit 2012⁷⁶³ gem § 64 Abs 1 Z 4a StGB ohne Rücksicht auf die Gesetze des Tatorts der österr Gerichtsbarkeit, wenn der/die TäterIn oder das Opfer ÖsterreicherIn ist oder den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat (lit a), durch die Tat sonstige österr Interessen verletzt worden sind (lit b), oder der/die TäterIn zur Zeit der Tat AusländerIn war, sich in Österreich aufhält und nicht ausgeliefert werden kann (lit c).

Ergibt sich für einen Arzt/eine Ärztin in Ausübung seines/ihres Berufes der Verdacht, dass durch eine gerichtlich strafbare Handlung der Tod oder eine schwere Körperverletzung herbeigeführt wurde, so hat er/sie der Sicherheitsbehörde unverzüglich Anzeige zu erstatten (§ 54 Abs 4 ÄrzteG). Stellt also ein Arzt/eine Ärztin fest, dass ein Mädchen oder eine Frau FGM erfahren hat, muss er/sie dies zur Anzeige bringen. Zudem ist er/sie nach § 54 Abs 6 ÄrzteG verpflichtet, auf bestehende Opferschutzeinrichtungen hinzuweisen.

7.11.2 Beschneidung von Knaben/Männern

Die Formulierung in § 90 Abs 3 StGB ist geschlechtsneutral, von ihrem Anwendungsbereich sind daher auch Verletzungen an den männlichen Genitalien erfasst. Verstümmelungen oder andere Verletzungen des Penis, soweit sie geeignet sind, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen, sind somit ebenfalls

⁷⁶⁰ Aigner, Weibliche Beschneidung, RdM 2001, 16.

⁷⁶¹ RV 754 BlgNR 21. GP 11.

⁷⁶² Laut RV 754 BlgNR 21. GP 12 haben Befragungen ergeben, dass es nicht selten vorkommt, dass in Österreich lebende Familien, die aus einem Land stammen, in dem FGM praktiziert wird, mit ihren Töchtern in das Herkunftsland fahren, um dort bestimmten sozialen Traditionen entsprechende FGM vornehmen zu lassen.

⁷⁶³ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch geändert wird (Strafgesetznovelle 2011) BGBl I 2011/130.

verboten.⁷⁶⁴ Einfache männliche Beschneidungen der Penisvorhaut durch deren Einschneiden oder deren teilweise oder gänzliche Entfernung sind vom Anwendungsbereich des generellen Einwilligungsausschlusses nach Abs 3 allerdings ausgenommen.⁷⁶⁵

Nach § 90 Abs 1 StGB ist eine Körperverletzung oder Gefährdung der körperlichen Sicherheit nicht rechtswidrig, wenn der/die Verletzte oder Gefährdete in sie einwilligt und die Verletzung oder Gefährdung als solche nicht gegen die guten Sitten verstößt.

Die Beschneidung, dh die (teilweise) Entfernung der männlichen Vorhaut (Zirkumzision), stellt nach hM eine Körperverletzung dar.⁷⁶⁶

Ist der zu Beschneidende entscheidungsfähig, so bewirkt seine Einwilligung eine Rechtfertigung der Körperverletzung. Entscheidungsfähige Männer können daher einer Beschneidung zustimmen. Die Entscheidungsfähigkeit wird ab Vollendung des 14. Lebensjahres vermutet (§ 173 Abs 1 ABGB), ebenso wie die Religionsmündigkeit, also die Mündigkeit des Kindes darüber, zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will (§ 5 Satz 1 RelKEG⁷⁶⁷).⁷⁶⁸

Soll hingegen ein nicht entscheidungsfähiger Knabe beschnitten werden, stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen VertreterInnen (idR die Eltern) einer durch die Beschneidung herbeigeführten Körperverletzung zustimmen können. Bei der Beantwortung dieser Frage stehen sich das Grundrecht der Eltern auf Religionsfreiheit (Art 9 EMRK; Art 14 StGG⁷⁶⁹; Art 63 Abs 2 StV St. Germain⁷⁷⁰), das das Recht beinhaltet, die eigenen Kinder religiös zu erziehen und zu sozialisieren, und das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung (Art 8 Abs 1 EMRK) gegenüber. Der Diskurs in Österreich über die stellvertretende Einwilligung der Eltern in Beschneidungen wurde durch ein Urteil des LG Köln im Jahr 2012 ausgelöst. Das LG Köln hat die von einem Arzt fachlich einwandfrei auf Wunsch der Eltern durchgeführte Beschneidung an einem vierjährigen Knaben als Körperverletzung qualifiziert und diese – nachdem sie nicht medizinisch indiziert war – als rechtswidrig erachtet. Zwar wurde der Arzt freigesprochen, da er einem Verbotsirrtum unterlegen war, die Praxis der Beschneidung von nicht entscheidungsfähigen Knaben in

⁷⁶⁴ Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 90 Rz 198 (Stand: 1. 5. 2016, rdb.at).

⁷⁶⁵ RV 754 BlgNR 21. GP 12.

⁷⁶⁶ ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 11. Vereinzelt wird davon ausgegangen, dass die Beschneidung keine Körperverletzung darstelle, weil sie „sozialadäquat“ sei (Rohe, Islamisierung des deutschen Rechts? JZ 2007, 801 (802) mwn).

⁷⁶⁷ Bundesgesetz über die religiöse Kindererziehung 1985 (RelKEG) BGBl 1985/155 idF BGBl I 1999/191.

⁷⁶⁸ Putzke/Stehr/Dietz argumentieren hingegen dafür, dass die Einsichtsfähigkeit und auch Einwilligungsfähigkeit für Zirkumzisionen frhestens mit Vollendung des 16. Lebensjahres gegeben sein sollte (Putzke/Stehr/Dietz, Strafbarkeit der Zirkumzision von Jungen. Medizinrechtliche Aspekte eines umstrittenen ärztlichen Eingriffs, Monatsschr Kinderheilkd 2008/156, 783 (784)).

⁷⁶⁹ Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder RGBl 1867/142 idF BGBl 1988/684.

⁷⁷⁰ Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919 StGBl 1920/303 idF BGBl III 2002/179.

Deutschland wurde durch das Urteil jedoch untersagt.⁷⁷¹ Zuvor hatten deutsche Gerichte die Beschneidung von Knaben geduldet und hatte zB das OVG Lüneburg gar einen Anspruch auf Kostenübernahme der Beschneidung eines Jungen muslimischen Glaubens durch den Sozialhilfeträger bejaht.⁷⁷² Nach dem Urteil des LG Köln wurde in Deutschland das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20. 12. 2012⁷⁷³ erlassen.⁷⁷⁴ Seither ist in § 1631d BGB normiert, dass die Personensorge auch das Recht umfasst, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung, auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks, das Kindeswohl gefährdet wird (§ 1631d Abs 1 BGB). In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gem Abs 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt/Ärztin zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind (§ 1631d Abs 2 BGB).

In Österreich schlossen sich Teile der Lit dem Urteil des LG Köln an und plädierten für die Strafbarkeit einer bloß aus religiösen Gründen an einem einwilligungsunfähigen Knaben auf Wunsch der Eltern vorgenommene Beschneidung.⁷⁷⁵ Überwiegend wurde und wird – wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen – jedoch vertreten, dass die Beschneidung von nicht entscheidungsfähigen Knaben auf Wunsch der Eltern straffrei ist.⁷⁷⁶

Das Urteil des LG Köln veranlasste das BMJ einen Erlass an die Gerichte und Staatsanwaltschaften zu richten, in dem die Beschneidung von Knaben aus religiösen Motiven

⁷⁷¹ LG Köln 7. 5. 2012, 151 Ns 169/11.

⁷⁷² OVG Lüneburg 23. 7. 2002, 4 ME 336/02.

⁷⁷³ d BGBI I 2749.

⁷⁷⁴ *Bienwalt*, Aktuelle Entwicklungen im Kindschaftsrecht in Deutschland. Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, iFamZ 2013, 76 (76).

⁷⁷⁵ *Bernat*, EF-Z 2012/121; *Binder*, Das Wohl des Kindes geht vor, Kurier 21. 7. 2012, <http://kurier.at/chronik/oberoesterreich/das-wohl-des-kindes-geht-vor/805.098> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁷⁷⁶ *Barth*, Medizinisch nicht indizierte Beschneidung ist Körperverletzung, iFamZ 2012/163; *Fuchs*, Religionsfreiheit erlaubt nicht alles, Die Presse 2012/31/01; *Kalb*, „Religiös motivierte Beschneidung Minderjähriger – einige Anmerkungen“, in *Wagner/Bergthaler* (Hrsg), Interdisziplinäre Rechtswissenschaft – Schutzansprüche und Schutzaufgaben im Recht (2013) 353; *Kopetzki*, Beschneidung vor das Strafgericht? RdM 2012/87; *Paar*, Die religiös motivierte Beschneidung des Knaben und das Recht der Eltern auf religiöse Kindererziehung, JRP 2013, 311; *Pabel*, Die Straflosigkeit der Beschneidung im Lichte der Grundrechte. Fragen des öffentlichen Rechts im Jahr 2012, Jahrbuch Öffentliches Recht 2013, 23; *Pichler*, Religionsfreiheit – Elternrechte – Kinderrechte, ÖJZ 1997, 450; *Potz/Schinkele*, Das neue Israelitengesetz 2012, öarr 2013, 303 (328); *Schinkele*, Religionsfreiheit, Reichweite und Grenzen im Kontext religiös-kultureller Praktiken – unter besonderer Berücksichtigung von Femal Genital Mutilation und Zirkumzision, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 103 (114 ff); *Schinkele*, Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen Knaben, RdM 2012, 189; *Schwarz*, Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, JZ 2008, 1125; *Strasser*, Religiöse Rechtfertigung – was dürfen Eltern im Namen der Religionsfreiheit? Interpretation einfachgesetzlicher Bestimmungen aus grundrechtlicher Sicht, iFamZ 2012, 220; *Wallner J.*, RdM 2012/144.

als nicht strafbar erklärt wird, sofern die gesetzlichen VertreterInnen zustimmen.⁷⁷⁷ Der Gesetzgeber hat weiters in den Erläut zum ÄsthOpG konkretisiert, dass die Beschneidung von männlichen Säuglingen als Operation iSd § 1 Abs 2 Z 2 ÄrzteG anzusehen sei, da das teilweise oder vollständige Abtrennen der Vorhaut einen Eingriff in die körperliche Substanz der betreffenden Person darstelle. Somit sei die Beschneidung den Ärzten/Ärztinnen vorbehalten (§ 2 Abs 2 Z 4 ÄrzteG). Dies befürwortet auch *Kopetzki*⁷⁷⁸, *Schinkele* schlägt hingegen vor, de lege ferenda eine Standardisierung hinsichtlich Art und Ausführung des Eingriffes vorzunehmen. Es sei durch entsprechende Auflagen insb sicherzustellen, dass Beschneidungen lege artis von einem Arzt bzw von speziell dafür ausgebildeten Personen (*Mohel, Sünnetci*) vorgenommen werden und dass konkrete Voraussetzungen dafür bestimmt werden.⁷⁷⁹ In der Praxis werden Beschneidungen von religiösen Beschneidern durchgeführt⁷⁸⁰ und wird dies auch geduldet.⁷⁸¹ Die durch nicht-ärztliche Personen vorgenommenen Beschneidungen entbehren mE jedoch einer rechtlichen Grundlage. Auch eine Übertragung der Beschneidung als ärztliche Tätigkeit gem § 50a ÄrzteG kommt mE nicht in Frage. Zwar erlaubt § 50a ÄrzteG eine Übertragung für eine Vielzahl wiederkehrender gleichartiger Tätigkeiten⁷⁸² und macht der Gesetzgeber keine konkreten Vorgaben/Beschränkungen, welche ärztlichen Tätigkeiten im Rahmen von § 50a ÄrzteG delegierbar sind, in der Lit wird jedoch vertreten, dass solche Aufgaben, die eine relativ hohe Komplikationswahrscheinlichkeit aufweisen, nicht übertragbar sind.⁷⁸³ Ebendies ist jedoch bei Beschneidungen durch nicht-ärztliche Beschneider der Fall: Studien zeigen, dass Harnwegsinfekte nach einer traditionellen jüdischen Beschneidung durch einen nicht-ärztlichen Beschneider häufiger auftreten als nach einer ärztlich durchgeföhrten

⁷⁷⁷ Erlass des BMJ vom 31. 7. 2012, GZ BMJ-120001S/3/IV/12. Der Erlass wurde in der RdM veröffentlicht: *Aigner/Hausreither*, Beschneidung – Rechtsansicht des BMJ. Zur Frage der strafrechtlichen Relevanz der Vornahme einer Beschneidung an Knaben aus religiösen Motiven, RdM 2012/147.

⁷⁷⁸ *Kopetzki*, RdM 2012/87.

⁷⁷⁹ *Schinkele*, RdM 2012, 189 (195 f).

⁷⁸⁰ *Mauch*, Rituelle Beschneidungen auch in Österreich, Kurier 3. 7. 2012, <https://kurier.at/politik/rituelle-beschneidungen-auch-in-oesterreich/792.417> (abgefragt am 8. 4. 2018); Die Israelische Kultusgemeinde gibt auf ihrer Homepage „Beschneidungen“ als Kompetenz des Rabbinats an: <https://www.ikg-wien.at/rabbinat/> (abgefragt am 24. 7. 2018).

⁷⁸¹ *ORF*, Beschneidung: Verfahren eingestellt, <https://wien.orf.at/news/stories/2567607/> (abgefragt am 24. 7. 2018).

⁷⁸² *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³ FN 3 zu § 50a.

⁷⁸³ *Frischenschlager*, Delegation ärztlicher Aufgaben an Angehörige, RdM 2005/112; *Riss/Kepplinger*, Haftungsfragen bei Delegation ärztlicher Tätigkeiten an „Nichtärzte“, RdM 2016/134 (236).

Beschneidung.⁷⁸⁴ In Fachkreisen wird zudem diskutiert, inwieweit eine Beschneidung ohne Betäubung, wie sie von Laien durchgeführt wird, vertretbar ist.⁷⁸⁵

Die Erläut des ÄsthopG stellen weiters fest, dass die Beschneidung zwar eine Körperverletzung darstelle, in diese jedoch gem § 90 StGB eingewilligt werden könne. Die Beschneidung an männlichen Säuglingen israelitischer und muslimischer Konfession verstöße nicht gegen die guten Sitten, da es sich dabei um einen religiösen Ritus handle, der von in Österreich anerkannten Religionsgemeinschaften praktiziert werde.⁷⁸⁶ Damit sprechen die Erläut die Sittenwidrigkeitsprüfung des § 90 StGB an. Diese hat immer zu erfolgen, auch wenn entweder die Einwilligung des entscheidungsfähigen Knaben/Mannes vorliegt oder die Eltern des nicht entscheidungsfähigen Knaben der Beschneidung zugestimmt haben. Die traditionelle Formel zur Umschreibung der guten Sitten lautet, dass gegen die guten Sitten ist, „was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht“.⁷⁸⁷ Nach Burgstaller/Schütz heißt das, dass eine Körperverletzung oder Gefährdung nur dann den guten Sitten widerspricht, wenn sie wirklich auf die Ablehnung (praktisch) *aller* billig und gerecht Denkenden stößt. Sprechen nur die Wertvorstellungen einer bestimmten Gruppe dagegen, nicht jedoch *aller*, so liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten vor.⁷⁸⁸ Somit beinhaltet die Definition der guten Sitten das, was hier als Kultursensibilität bezeichnet wird. Betrachten manche in Österreich lebende, jedoch kulturell nicht westlich geprägte Gruppen, bestimmte Praktiken als nicht sittenwidrig, so wird auch das Sittenwidrigkeitskorrektiv nicht schlagend werden.

Die Beschneidung von Knaben wird auch durch die einzelnen Religionsgesetze gebilligt. So berechtigt etwa das IslamG 2015⁷⁸⁹ die Religionsgesellschaft und ihre Mitglieder, Kinder und Jugendliche durch alle traditionellen Bräuche zu führen und entsprechend den religiösen Geboten zu erziehen (§ 11 Abs 4 IslamG 2015). Laut den Erläut umfasst dies auch die männliche Beschneidung.⁷⁹⁰ Eine ähnliche Regelung findet sich im IsraelitenG⁷⁹¹: „Die Israelitische Religionsgesellschaft und ihre Mitglieder sind berechtigt, Kinder und Jugendliche auch außerhalb der Schule durch alle traditionellen Bräuche zu führen und

⁷⁸⁴ Amir, Ritual Circumcision and Urinary Tract Infection in Israel, IMAJ 2010, 303; Prais/Shoov-Furman/Amir, Is ritual circumcision a risk factor for neonatal urinary tract infections? Arch Dis Child 2009, 191.

⁷⁸⁵ Deusel, Beschneidung und jüdische Identität, Allgemeine Rabbinerkonferenz, 2012, <http://a-r-k.de/britmila/> (abgefragt am 8. 4. 2018); Oestreich, „Sie dürfen Kinder nicht betäuben“, TAZ 11.10.2012, <http://www.taz.de/!5082053/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁷⁸⁶ ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 11.

⁷⁸⁷ ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 221.

⁷⁸⁸ Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 90 Rz 69 (Stand 1. 5. 2016, rdb.at).

⁷⁸⁹ Bundesgesetz über die äußeren Rechtsverhältnisse islamischer Religionsgesellschaften – Islamgesetz 2015 BGBl 2015/39.

⁷⁹⁰ ErläutRV 446 BlgNR 25. GP 6.

⁷⁹¹ Gesetz vom 21. März 1890, betreffend die Regelung der äußeren Rechtsverhältnisse der israelitischen Religionsgesellschaft RGBI 1890/57 idF BGBl I 2012/48.

entsprechend den religiösen Geboten zu erziehen.“ (§ 9 Abs 4 IsraelitenG). Zwar wird in den Erläut die Beschneidung nicht erwähnt⁷⁹², aufgrund der Erläut zum gleichlautenden IslamG 2015 kann jedoch mE davon ausgegangen werden, dass die Beschneidung von dieser Regelung ebenfalls umfasst ist. Weder das IslamG 2015, noch das IsraelitenG sind mE als leges specialis zum ÄrzteG zu sehen. Es kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die Beschneidung im Rahmen der Erziehung durch einen Laien vorgenommen werden darf.

7.12 Überprüfung und Wiederherstellung der „Jungfräulichkeit“

Mädchen bzw Frauen und/oder deren Eltern, die von konservativen religiösen oder kulturellen Überzeugungen geprägt sind, ist es wichtig, dass der erste Geschlechtsverkehr einer Frau erst ab einem gewissen Alter oder nach Eintritt in die Ehe erfolgt. Diese Überzeugungen sowie ein falsches Verständnis des Hymens als straff gespannte Membran, die die vaginale Öffnung schützt und beim ersten Geschlechtsverkehr unter Austreten von Blut reißt, führen dazu, dass sich Ärzte/Ärztinnen, idR Gynäkologen/Gynäkologinnen, mit der Forderung konfrontiert sehen, die „Jungfräulichkeit“ eines Mädchens bzw einer Frau zu überprüfen⁷⁹³, schriftlich zu bestätigen⁷⁹⁴ und ggf zu rekonstruieren⁷⁹⁵. Der Wunsch nach Untersuchung und Hymenrekonstruktion wird sowohl von Mädchen bzw Frauen selbst, als auch von deren Angehörigen geäußert. Häufig fordern die Eltern oder Schwiegereltern vor der Hochzeit der Tochter bzw Schwiegertochter eine derartige Untersuchung, aber auch minderjährige Mädchen werden oftmals gegen ihren Willen zu einem Gynäkologen/einer Gynäkologin gebracht, um eine Untersuchung des Hymens vornehmen zu lassen.⁷⁹⁶ Drohszenarien gegenüber den Frauen, die bis zum „Ehrenmord“ reichen, werden dabei ebenso aufgebaut wie das medizinische Personal mit Drohungen dazu bewegt werden soll, das Ergebnis der Untersuchung bekannt zu geben oder zu verheimlichen.⁷⁹⁷

⁷⁹² ErläutRV 1689 BlgNR 24. GP.

⁷⁹³ Behrens, Why physicians ought not to perform virginity tests, J Med Ethics 2015, 691; Cinthio, „You go home and tell that to my dad!“ Conflicting Claims and Understandings on Hymen and Virginity, Sexuality and Culture 2015, 172.

⁷⁹⁴ Behrens, J Med Ethics 2015, 691; Juth/Lynöe, Zero tolerance against patriarchal norms? A cross-sectional study of Swedish physicians' attitudes towards young females requesting virginity certificates of hymen restoration, J Med Ethics 2015, 215.

⁷⁹⁵ Wild, Zum Umgang mit „kulturellen Fragen“ in der klinischen Ethik am Beispiel der Hymenrekonstruktion, Ethik Med 2012, 275.

⁷⁹⁶ Wölfl, Die Angst davor, als Nichtjungfrau zu gelten, derStandard.at 4. 3. 2016, <http://derstandard.at/2000032283839/Die-Angst-davor-als-Nichtjungfrau-zu-gelten> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁷⁹⁷ Dörfler, Anforderungen und Herausforderungen an eine Ambulanz für Migrantinnen, Vortrag im Rahmen des Symposiums Migration. Epidemiologische und medizinische Aspekte, 16. 11. 2011, https://www.meduniwien.ac.at/hp/fileadmin/tropenmedizin/PDF_Christ/MigraDoerfler.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018).

7.12.1 Überprüfung des Hymens

Die medizinische Untersuchung des Hymens zur Überprüfung der „Jungfräulichkeit“ ist nicht medizinisch indiziert und stellt eine bloße Untersuchung und keinen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar.

Nicht entscheidungsfähige Minderjährige werden idR von ihren Eltern gesetzlich vertreten, weshalb die Eltern in eine gynäkologische Untersuchung einwilligen können. Dies allerdings nur dann, wenn diese medizinisch indiziert ist. Da die „Überprüfung der Jungfräulichkeit“ idR nicht medizinisch indiziert ist, können die Eltern nicht zustimmen.⁷⁹⁸ Es besteht keine Möglichkeit der Eltern, eine gynäkologische Untersuchung der nicht entscheidungsfähigen Tochter anzuregen oder einzufordern.

Ist die Patientin entscheidungsfähig, so ist ihre Einwilligung in eine Heilbehandlung auch dann geboten, wenn diese keinen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit erfordert.⁷⁹⁹ Entscheidungsfähige Patientinnen können daher nur selbst einer solchen Untersuchung zustimmen. Geben sie ihre Einwilligung nicht, darf die Untersuchung nicht gegen ihren Willen durchgeführt werden. Dies auch dann nicht, wenn die Eltern einer minderjährigen entscheidungsfähigen Patientin dies wünschen.

Willigt die entscheidungsfähige (minderjährige) Patientin hingegen in die Untersuchung ein, darf diese durchgeführt werden.⁸⁰⁰ Allerdings muss die Einwilligung stets frei und ernstlich erfolgen, was bei vielen Patientinnen, die den Wunsch nach einer Untersuchung des Hymens äußern, zweifelhaft ist. In der Lit wird aufgezeigt, dass viele Frauen dem Arzt/der Ärztin mitteilen, dass die Familie Druck ausübt und sie deswegen die Untersuchung durchführen lassen wollen.⁸⁰¹ Der Arzt/die Ärztin darf in solchen Fällen mE nicht von der Freiwilligkeit der Einwilligung ausgehen und die Untersuchung nicht durchführen.

Kommt eine Einwilligung gültig zustande, stellt sich die Frage, ob dritte Personen (Eltern, Schwiegereltern, sonstige Angehörige, zukünftiger Ehemann) ein Recht darauf haben, das Ergebnis der Untersuchung zu erfahren. Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes/der Ärztin besteht grds allgemein, also auch gegenüber Angehörigen der Patientin.⁸⁰² Allerdings

⁷⁹⁸ Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/150.

⁷⁹⁹ Haidenthaler, RdM 2001, 163 (164).

⁸⁰⁰ In Kanada hat das Quebec College of Physicians im Jahr 2013 den Ärzten/Ärztinnen von der Durchführung solcher Untersuchungen abgeraten und diese als unethisch qualifiziert (*National Post*, ‘Degrading’ virginity tests on women must stop, Quebec doctors’ group urges. 12. 10. 2013, <http://news.nationalpost.com/news/canada/degrading-virginity-tests-on-women-must-stop-quebec-doctors-group-urges> (abgefragt am 8. 4. 2018)). In den Niederlanden haben Krankenanstalten Richtlinien zum Umgang mit Wünschen nach Hymenuntersuchung und -rekonstruktion veröffentlicht (Juth/Lynöe, J Med Ethics 2015, 215 (215)). Auch in der Lit wird vertreten, dass Ärzte/Ärztinnen solche Untersuchungen aus ethischen Gründen nicht durchführen sollten, weil sie gegen das Gebot des „Nichtschadens“ verstößen: Behrens, J Med Ethics 2015, 691.

⁸⁰¹ Juth/Lynöe, J Med Ethics 2015, 215; Wild, Ethik Med 2012, 275 (282).

⁸⁰² Stellamor/Steiner, Arztrecht I 174; Stolzlechner, Überlegungen zur ärztlichen Verschwiegenheits-, Anzeige- und Meldepflicht, RdM 2000, 67.

besteht die Möglichkeit, dass die Patientin den Arzt/die Ärztin von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber Dritten entbindet. Bei der Entbindung von der Verschwiegenheit ist hinsichtlich der heiklen Frage der Jungfräulichkeit jedoch, ebenso wie bei der Frage der Freiwilligkeit der Einwilligung in die Untersuchung, Vorsicht geboten. Voraussetzung für die Gültigkeit der Entbindung ist, dass die Willenserklärung frei von Willensmängeln erteilt wurde (§§ 870 f iVm § 876 ABGB). Hegt der Arzt/die Ärztin an der Freiwilligkeit der Entbindung Zweifel, so ist er/sie bis zur endgültigen Klärung weiterhin an die Schweigepflicht gebunden.⁸⁰³ Die Untersuchung des Hymens ist idR mit enormem sozialen Druck sowie einem Ungleichgewicht der Machtverhältnisse der Geschlechter verbunden⁸⁰⁴, weshalb besondere Sorgfalt bei der Überprüfung der Freiwilligkeit geboten ist. Zudem ist festzuhalten, dass sich durch die Entbindung von der Verschwiegenheit zwar aus der Vertragsbeziehung zwischen Arzt/Ärztin und Patientin eine Mitteilungspflicht an bestimmte dritte Personen ergeben kann, allerdings bedeutet die Entbindung noch keine Verpflichtung zur Offenbarung der Geheimnisse.⁸⁰⁵ Auch wenn daher zB die minderjährige entscheidungsfähige Patientin dem Arzt/der Ärztin unter Beisein der Eltern mitteilt, sie habe kein Problem damit, dass diese das Ergebnis der gynäkologischen Untersuchung erfahren, kann der Arzt/die Ärztin eine Abwägung treffen, welche Informationen er/sie tatsächlich an die Eltern weitergibt und welche nicht.⁸⁰⁶ Eine Studie in Schweden hat gezeigt, dass ca 50 % von über 1.000 befragten Ärzten/Ärztinnen und Gynäkologen/Gynäkologinnen unter keinen Umständen eine Hymenuntersuchung zum Zweck der Überprüfung der Jungfräulichkeit vornehmen würden. Zudem sind viele derjenigen, die solche Untersuchungen durchführen, bereit, gegenüber den Eltern oder sonstigen Dritten eine „diplomatische“ Auskunft zu erteilen, indem sie erklären, man könne nicht mit Sicherheit sagen, ob die Frau bereits Geschlechtsverkehr hatte oder nicht.⁸⁰⁷ Tatsächlich ist es in den meisten Fällen nicht möglich, anhand einer Hymenuntersuchung Rückschlüsse auf die Jungfräulichkeit der Patientin zu ziehen. Entgegen eines weit verbreiteten Irrglaubens ist das Hymen keine straff gespannte Membran, die den Scheideneingang verschließt und beim ersten Geschlechtsverkehr oder durch andere äußere Einflüsse (zB Sport, Verwendung von Tampons) reißt, sondern vielmehr ein weicher Saum, der den Scheideneingang umgibt und in den wenigsten Fällen durch Geschlechtsverkehr beeinträchtigt wird. Das Hymen tritt in unterschiedlicher Ausgestaltung

⁸⁰³ Leischner-Lenzhofer, RdM 2013/4 (16); Leitner in Emberger/Wallner, Ärztegesetz² § 54 Erläut 12.

⁸⁰⁴ Wild, Ethik Med 2012, 275 (277 f).

⁸⁰⁵ Stellamor/Steiner, Arztrecht I 168.

⁸⁰⁶ Dörfler, Anforderungen und Herausforderungen an Ambulanz für Migrantinnen.

⁸⁰⁷ Juth/Lynöe, J Med Ethics 2015, 215.

hinsichtlich Größe, Farbe und Form auf und umschließt nur in Ausnahmefällen die Vaginalöffnung völlig.⁸⁰⁸

Eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht gegenüber den Eltern kommt uU nach § 121 Abs 5 StGB in Frage. Dieser legt fest, dass der Arzt/die Ärztin die Verschwiegenheit durchbrechen darf, wenn die Offenbarung „nach Inhalt und Form durch ein berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist“. In der Lit wurde diskutiert, ob ein Krankenhausaufenthalt der entscheidungsfähigen minderjährigen Tochter aufgrund von Bauchschmerzen nach der Einnahme der „Pille danach“ ein solches Interesse des Vaters auslösen könnte und wurde dies eher verneint.⁸⁰⁹ Ein berechtigtes privates Interesse der Eltern an einer gynäkologischen Untersuchung ihrer entscheidungsfähigen minderjährigen Tochter, um Auskunft darüber zu erhalten, ob diese bereits Geschlechtsverkehr hatte, ist mE jedenfalls zu verneinen.

7.12.2 Hymenrekonstruktion

Die Hymenrekonstruktion ist eine gynäkologische Operation, bei der die Schleimhaut am Vaginaleingang so vernäht wird, dass es beim nächsten Geschlechtsverkehr mit möglichst großer Wahrscheinlichkeit zu einer Blutung kommt.⁸¹⁰ Der fälschliche Glaube daran, dass Jungfräulichkeit durch ein intaktes Hymen und eine Blutung nach dem ersten Geschlechtsverkehr nachgewiesen werden kann, veranlasst Mädchen und Frauen dazu, sich diesem Eingriff zu unterziehen. Dies nicht nur dann, wenn sie tatsächlich bereits Geschlechtsverkehr hatten, sondern auch aus Angst davor, dass beim ersten Geschlechtsverkehr keine Blutung auftreten könnte.⁸¹¹ In manchen Gesellschaften ist es üblich, dass Angehörige des Ehepaars nach der Hochzeitsnacht die Bettlaken auf Blutspuren untersuchen.⁸¹² Tatsächlich treten in weniger als 50 % der Fälle Blutungen nach dem ersten Geschlechtsverkehr auf.⁸¹³

Hymenrekonstruktionen werden in Österreich vermehrt angeboten und aktiv beworben.⁸¹⁴ Ein solcher Eingriff stellt eine ästhetische Operation iSd ÄsthOpG dar

⁸⁰⁸ RFSU, Vaginal corona. Myth surrounding virginity – your questions answered (2009); Donner, Nichts zu reißen, [badische-zeitung.de](http://www.badische-zeitung.de/gesundheit-ernaehrung/nichts-zu-reißen--54045378.html) 28. 12. 2011, <http://www.badische-zeitung.de/gesundheit-ernaehrung/nichts-zu-reißen--54045378.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁸⁰⁹ Salzer/Bernat, Das 15-jährige Mädchen, die „Pille danach“ und der Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses, RdM 2009/90 (156 f).

⁸¹⁰ Wild, Ethik Med 2012, 275 (277).

⁸¹¹ Essén/Blomkvist/Helström/Johnsdotter, The experience and responses of Swedish health professionals to patients requesting virginity restoration (hymen repair), Reproductive Health Matters 2010, 38 (38); Wölf, derStandard.at 4. 3. 2016.

⁸¹² Behrens, J Med Ethics 2015, 691 (691); Wild, Ethik Med 2012, 275 (278).

⁸¹³ RFSU, Vaginal corona 11.

⁸¹⁴ Disoski, Die intakte (Jung-)Frau, derStandard.at 22. 8. 2010, <http://derstandard.at/1282273246385/Die-intakte-Jung-Frau> (abgefragt am 8. 4. 2018); Woman&Health wirbt beispielsweise auf ihrer Webseite damit, Frauen mit zerstörtem Jungfernhäutchen Hilfe anzubieten, da eine Operation die einzige Möglichkeit darstellt,

(§ 3 Abs 1 Z 1 ÄsthOpG) und ist somit für Personen, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unzulässig (§ 7 Abs 1 ÄsthOpG). Mädchen, die das 16. Lebensjahr bereits vollendet haben, nicht jedoch das 18., dürfen nur dann eine Hymenrekonstruktion durchführen lassen, wenn sie Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der ästhetischen Operation einzusehen und ihren Willen danach zu bestimmen vermögen und sowohl sie selbst als auch die Erziehungsberechtigten nach entsprechender umfassender ärztlicher Aufklärung nachweislich und schriftlich zugestimmt haben. Zusätzlich hat vor Durchführung des Eingriffs nachweislich eine Abklärung allfälliger psychischer Störungen einschließlich Beratung durch eine/n klinische/n Psychologen/Psychologin, einen Facharzt/eine Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapeutische Medizin oder für Kinder- und Jugendpsychiatrie zu erfolgen. Das Vorliegen einer krankheitswertigen psychischen Störung schließt die Durchführung des Eingriffs aus, sofern im Rahmen der erfolgten Abklärung festgestellt wurde, dass der Wunsch nach dem Eingriff Folge dieser Störung ist (§ 7 Abs 2 ÄsthOpG).

Frauen, die über 18 Jahre alt sind, steht es frei, in eine solche Operation einzuwilligen. Auch hier sollte der/die BehandlerIn mE jedoch besonders darauf achten, ob die Einwilligung freiwillig erfolgt, da die Entscheidung zur Hymenrekonstruktion meist unter enormem sozialen Druck geschieht. Ergeben sich konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Operation aufgrund von Druck oder Zwang von Dritten durchgeführt werden soll, darf der/die BehandlerIn diese keinesfalls durchführen.

7.13 Einwilligung in Untersuchungen im Rahmen des Asylverfahrens

Asylwerbende durchlaufen im Rahmen des Asylverfahrens unterschiedliche medizinische Maßnahmen. Im Folgenden werden die einzelnen Eingriffe überblicksmäßig dahingehend beleuchtet, ob und, wenn ja, welche Form der Einwilligung dafür notwendig ist.

7.13.1 Erstuntersuchung

Die Grundversorgungsvereinbarung sieht die Durchführung einer medizinischen Untersuchung im Bedarfsfall bei der Erstaufnahme nach den Vorgaben der gesundheitsbehördlichen Aufsicht vor (Art 6 Abs 1 Z 4 Grundversorgungsvereinbarung). Grds unterliegt diese Untersuchung den allgemeinen Regeln der Aufklärung und Einwilligung und darf nicht gegen den Willen des/der Asylwerbenden durchgeführt werden.

Zwingend ist jedoch ein Lungenröntgen zur Tuberkulose (TBC)-Vorsorge. Der/die Landeshauptmann/frau kann für bestimmte Personengruppen gezielte TBC-Reihenuntersuchungen durch Verordnung festsetzen (§ 23 Abs 1 TubG). Für die einzelnen

das Hymen zu rekonstruieren. Dies sei, so heißt es auf der Seite, va für Frauen des arabischen oder südeuropäischen Raumes aus religiösen oder gesellschaftlichen Gründen von großer Bedeutung, <http://www.womanandhealth.at/gynaekologie/genitalchirurgie.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Bundesländer liegen solche Tuberkulosereihenuntersuchungsverordnungen vor. In den Verordnungen von Bgld, Krnt, NÖ, OÖ und Vbg werden Asylwerbende als zu untersuchende Personengruppe explizit festgelegt.⁸¹⁵ In Sbg, Stmk, Tir und W findet sich keine explizite Erwähnung von Asylwerbenden in der jeweiligen Tuberkulosereihenuntersuchungsverordnung. Jedenfalls dort, wo eine TBC-Reihenuntersuchung angeordnet ist, sind Asylwerbende verpflichtet, sich der angeordneten Untersuchung zu unterziehen (§ 24 TubG). Die Röntgenaufnahmen werden von einem Radiologen/einer Radiologin (Lungenfacharzt/ärztin) befunden. Liegen keine Auffälligkeiten beim Lungenröntgen vor, wird jedem/jeder Asylwerbenden eine freiwillige Untersuchung angeboten.⁸¹⁶

Asylwerbende, die im Rahmen der humanitären Aktion aus Syrien aufgenommen werden sollen bzw. aufgenommen wurden, werden nach Angabe des Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres vor ihrer Abreise aus Syrien – soweit technisch möglich – medizinisch untersucht.⁸¹⁷

7.13.2 Impfungen

Obwohl dies immer wieder öffentlich diskutiert wird und wurde⁸¹⁸, besteht in Österreich seit Aufhebung der Pockenimpfpflicht im Jahre 1980 (durch BGBl 1980/583) keine allgemeine Impfpflicht.⁸¹⁹ Dies gilt auch für Asylwerbende. Allerdings werden Asylwerbenden bestimmte Impfungen empfohlen. Im Österreichischen Impfplan 2018 wird die Poliomyelitisimpfung für Asylwerbende und Flüchtlinge explizit empfohlen⁸²⁰, im Impfplan 2016 wurden auch die Diphtherieimpfung sowie eine Hepatitis-A Impfung bei begründetem Infektionsrisiko bzw. bei einem Hinweis auf einen Ausbruch empfohlen.⁸²¹ Hinzu kommt eine Impfempfehlung für in Asyl-Erstaufnahmezentren aufgenommene Personen aus dem Jahr 2015 des damaligen BMG. Darin werden Impfungen gegen Masern,

⁸¹⁵ § 1 Abs 1 Z 3 Bgld Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung 2018 LGBI 2018/23; § 1 Abs 1 Z 3 Krnt Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung LGBI 2001/93; § 1 Abs 1 Z 4 NÖ Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung LGBI 9450/3-0; § 1 Abs 1 Z 4 OÖ Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung LGBI 1999/80 idF LGBI 2010/18; § 1 lit c Vbg Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung LGBI 1998/29 idF LGBI 2012/18.

⁸¹⁶ Bundesministerium für Inneres, Gesundheitsvorsorge in den Betreuungsstellen des Bundes für Asylsuchende, <http://bmi.gv.at/news.aspx?id=6847514B4B6C59596357383D> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁸¹⁷ Anfragebeantwortung 192/AB 25.GP.

⁸¹⁸ Für eine umfassende Darstellung der langen Geschichte der Diskussion um die Impfpflicht in Österreich siehe Memmer, Die Geschichte der Schutzimpfungen in Österreich, in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt (Hrsg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 7.

⁸¹⁹ Langbauer, Das österreichische Impfwesen unter besonderer Berücksichtigung der Schutzimpfung (2010) 37; Heissenberger, Impfen in Österreich – Überlegungen zur Impfpflicht und Darstellung de lege lata, in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt (Hrsg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 53 mwN.

⁸²⁰ Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, Impfplan Österreich 2018. Allgemein empfohlene Impfungen (2018) 42.

⁸²¹ Bundesministerium für Gesundheit, Impfplan Österreich (2016) 10, 14, 41.

Diphtherie-Tetanus-Polio sowie gegen Meningokokken ACWY empfohlen.⁸²² In den Arztstationen der Betreuungsstellen West und Ost können folgende Impfungen erhalten werden: Priorix (Masern, Mumps, Röteln), Repevax (Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Poliomyelitis), Boostrix Polio (Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Poliomyelitis), Revaxis (Diphtherie, Tetanus, Polio), Tetravac (Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Polio). Die Impfstoffe werden kostenlos zur Verfügung gestellt.⁸²³ Welche Schutzimpfungen den Asylwerbenden zur Vermeidung der Verbreitung von Infektionskrankheiten angeboten werden sollen, ist von der jeweiligen epidemischen Situation in den Herkunfts ländern abhängig.⁸²⁴ Da es sich um bloße Empfehlungen und nicht um eine Impfpflicht handelt, dürfen Impfungen bei Asylwerbenden nur nach deren Einwilligung erfolgen. Es gelten die allgemeinen Regeln für die Gültigkeit der Einwilligung in medizinische Heilbehandlungen.

Konkrete Zahlen zu den Durchimpfungsralten von Asylwerbenden gibt es nicht, da das Arzt-Patienten-Verhältnis allerdings häufig von Sprach- und Kulturrestrieren geprägt ist, ist die Inanspruchnahme der Impfangebote erschwert.⁸²⁵

Eine Impfpflicht für Asylwerbende könnte sich uU aus § 17 Abs 4 EpG ergeben, wonach im Einzelfall für bestimmte gefährdete Personen die Durchführung von Schutzimpfungen von der Bezirksverwaltungsbehörde anzurufen ist, sofern dies in Hinblick auf Art und Umfang des Auftretens einer meldepflichtigen Erkrankung zum Schutz vor deren Weiterverbreitung unbedingt erforderlich ist. In Erstaufnahmecentren, wo viele Personen, die womöglich einen schlechten Impfschutz haben, auf engem Raum zusammenleben und dadurch die Ansteckungsgefahr hoch sein kann, wäre eine solche Anordnung der Impfpflicht denkbar, sofern die Voraussetzungen des EpG erfüllt sind. Tatsächlich wurden Ausbrüche impfpräventabler Krankheiten sowohl in Deutschland⁸²⁶, als auch in Österreich vereinzelt in Gemeinschaftsunterkünften von Asylwerbenden verzeichnet.⁸²⁷

⁸²² Bundesministerium für Gesundheit, Impfempfehlung für in Asyl-Erstaufnahmecentren aufgenommene Personen, Version 2 vom 9. 12. 2015, http://www.bmfsf.gv.at/cms/home/attachments/4/0/8/CH1100/CMS14210_69535472/impfung_erstaufnahme.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁸²³ Bundesministerium für Inneres, Gesundheitsvorsorge.

⁸²⁴ Pfaff, Impfprävention bei Kindern und Jugendlichen mit Migrationshintergrund, 2. Nationale Impfkonferenz (2011) 66 (67).

⁸²⁵ Asylkoordination Österreich, Weniger Asyl – mehr Versorgung? Studie zu den Änderungen in der Bundesbetreuung (2005) 30; Leitner, Impfversorgung von MigrantInnen, in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt (Hrsg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 143 mwN.

⁸²⁶ Pfaff, Impfprävention 71; Robert Koch Institut, Masern unter tschetschenischen Asylsuchenden im Zeitraum Januar bis Juli 2016, Epidemiologisches Bulletin 2016/31, 279.

⁸²⁷ Parlamentarische Anfrage 198/J 25. GP; Parlamentarische Anfrage 199/J 25. GP; Parlamentarische Anfrage 200/J 25. GP; Parlamentarische Anfrage 4319/J 25. GP; Brickner, Traiskirchen: Asylwerber starb an Meningitis, derStandard.at 31. 7. 2014, <http://derstandard.at/2000003811527/Asylwerber-starb-in-Traiskirchenan-Meningitis> (abgefragt am 8. 4. 2018); Herrnböck, 88 Tuberkulosefälle in Traiskirchen gemeldet, derStandard.at 27. 11. 2013, <http://derstandard.at/1385169097947/88-Tuberkulosefaelle-in-Traiskirchen-gemeldet> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Gem § 8 Abs 1 Z 10 NÖ Grundversorgungsgesetz⁸²⁸ können Grundversorgungsleistungen iSd § 5 (zB Unterbringung in geeigneten Unterkünften, Versorgung mit angemessener Verpflegung und mit notwendiger Bekleidung) verweigert, eingeschränkt und eingestellt werden, wenn die betroffene Person eine die öffentliche Gesundheit gefährdende Krankheit aufweist und den Untersuchungsverpflichtungen nicht nachkommt bzw den medizinischen Heilungsverlauf durch ihr Verhalten gefährdet. Jez geht davon aus, dass der völlige Entzug der Grundversorgung als „Unwerturteil“ anzusehen ist und Asylwerbende dadurch nicht mehr frei wählen können, ob sie eine Impfung in Anspruch nehmen wollen oder nicht. Sie beurteilt diese Regelung daher sowohl kompetenzrechtlich als auch in Bezug auf die Vorgaben der AufnahmeRL sowie hinsichtlich des Rechts auf Gleichbehandlung als problematisch.⁸²⁹

7.13.3 Multifaktorielle Untersuchungsmethodik zur Altersdiagnose

Im Asylverfahren stellt die Frage, ob der/die Asylwerbende minder- oder volljährig ist, eine wichtige Vorfrage dar, an die zahlreiche Rechtsfolgen anknüpfen (zB die Zuständigkeit Österreichs zur Durchführung des Asylverfahrens). Gelingt es dem/der Asylwerbenden nicht, eine behauptete und aufgrund der bisher vorliegenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zweifelhafte Minderjährigkeit, auf die er/sie sich in einem Verfahren vor dem Bundesamt oder dem BVwG beruft, durch unbedenkliche Urkunden oder sonstige geeignete und gleichwertige Bescheinigungsmittel nachzuweisen, kann das Bundesamt oder das BVwG im Rahmen einer multifaktoriellen Untersuchungsmethodik zur Altersdiagnose auch die Vornahme radiologischer Untersuchungen, insb Röntgenuntersuchungen, anordnen (§ 13 Abs 3 BFA-Verfahrensgesetz⁸³⁰). Unter einer solchen multifaktoriellen Untersuchungsmethodik zur Altersdiagnose wird ein auf drei individuellen medizinischen Untersuchungen (insb körperliche, zahnärztliche und Röntgenuntersuchung) basierendes Modell zur Altersdiagnose nach dem Stand der Wissenschaft verstanden (§ 2 Abs 1 Z 25 AsylG 2005). Dass davon auch radiologische Untersuchungen umfasst sind, wurde – nachdem die zur Altersfeststellung herangezogenen Methoden durch die Rsp des VwGH und des AsylGH⁸³¹ stark verändert und weiterentwickelt wurden – durch die

⁸²⁸ LGBI 9240-0 idF LGBI 2018/23.

⁸²⁹ Jez, Die Impfpflicht in Zeiten der Migration – eine bipolare Patientin? in *Carvill-Schellenbacher/Dahlvik/Fassmann/Reinprecht* (Hrsg), *Migration und Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich*, Jahrbuch 4/2018 (2018) 91.

⁸³⁰ Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden (BFA-Verfahrensgesetz) BGBl I 2012/87 idF BGBl I 2015/70.

⁸³¹ Siehe dazu *Herbek*, Die Rechtsprechung des AsylGH zur Altersfeststellung, FABL 2009, 86. Ein Überblick über die Entwicklungen in diesem Bereich findet sich bei *Rudolf*, Medizinische Sachverständigenbegutachtung

Fremdenrechtsnovelle 2009⁸³² gesetzlich verankert. Da es sich dabei um einen Anwendungsfall von Röntgenuntersuchungen ohne medizinische Indikation handelt, waren die Untersuchungen bis zum 1. 1. 2010 aufgrund der Bestimmungen des Strahlenschutzgesetzes nicht erlaubt.⁸³³

Nunmehr wird bei der Altersdiagnose in einem ersten Schritt das körperliche Aussehen untersucht. Ergeben sich dadurch Zweifel an der Minderjährigkeit, wird in einem zweiten Schritt eine Handwurzelröntgenuntersuchung durchgeführt. Zeigt der Befund ein Mindestalter unter 18 Jahren, dann werden keine weiteren Untersuchungen durchgeführt. Andernfalls werden eine körperliche Untersuchung, eine Zahnbeurteilung, Zahnröntgenuntersuchung und CT-Untersuchung des Schlüsselbeins durchgeführt.⁸³⁴ Diese Untersuchung hat mit dem geringst möglichen Eingriff zu erfolgen. Die Mitwirkung des/der Fremden an einer radiologischen Untersuchung ist nicht mit Zwangsmittel durchsetzbar. Bestehen nach der Altersdiagnose weiterhin begründete Zweifel, so ist zu Gunsten des/der Fremden von seiner/ihrer Minderjährigkeit auszugehen (§ 13 Abs 3 BFA-Verfahrensgesetz). Entsprechend allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen ist die Weigerung der Mitwirkung an einer radiologischen Untersuchung jedoch im Rahmen der Beweiswürdigung vom Bundesamt und dem BVwG zu berücksichtigen.⁸³⁵

Wenngleich keine ausdrückliche Zustimmung zu geplanten Altersuntersuchungen vorgesehen und im Gesetz lediglich normiert ist, dass die Mitwirkung „nicht erzwungen werden kann“, gelangt die Lit zum Ergebnis, dass vor Durchführung einer ärztlichen Altersuntersuchung jedenfalls die Zustimmung des/der Asylwerbenden bzw des/der gesetzlichen Vertreters/Vertreterin einzuholen ist.⁸³⁶ Auch gem RL 2013/32/EU⁸³⁷ haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass der/die Minderjährige oder dessen/deren gesetzliche/r VertreterIn in die Untersuchung einwilligen (Art 25 Abs 5 lit b) und dass eine Aufklärung in einer für den/die Minderjährige/n verständlichen Sprache erfolgt (Art 25 Abs 5 lit a).

zur Alterseingrenzung im Rahmen von Asylverfahren unter Berücksichtigung der Verwendung von radiologischen Befunden, FABL 2009, 78; Rudolf, Altersunterscheidung in Strafverfahren unter Heranziehung des medizinischen Sachverständigenbeweises, ÖJZ 2015/34; Rudolf, Medizinischer Sachverständigenbeweis zur behördlichen Altersklassifikation von fraglich unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, DAG 2016/3.

⁸³² Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Gebührengesetz 1957, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009) BGBl 2009/122.

⁸³³ Geschäftsstelle des Menschenrechtsbeirates Bundesministerium für Inneres, Bericht des Menschenrechtsbeirates zu Kindern und Jugendlichen im fremdenrechtlichen Verfahren (2011) 12; Lukits/Lukits, Die medizinische Altersuntersuchung im österreichischen Asylrecht, EF-Z 2013/129 (196) mwN.

⁸³⁴ Koppenberg, Unbegleitete Minderjährige in Österreich – Rechtsrahmen, Praxis und Statistiken (2014) 43.

⁸³⁵ ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP 17.

⁸³⁶ Lukits/Lukits, EF-Z 2013/129 (198) mwN; Lukits/Lukits, Grundrechtliche Vorgaben der medizinischen Altersuntersuchung im Asylverfahren, EF-Z 2014/34; Rudolf, DAG 2016/3.

⁸³⁷ RL 2013/32/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl L 2013/180, 60.

Das österr Recht enthält auch für nicht asylsuchende unbegleitete Minderjährige, die sich in niederlassungs- und aufenthaltsrechtlichen oder fremdenpolizeilichen Verfahren befinden, einschlägige Bestimmungen zur Altersfeststellung. Diese finden sich in § 29 Abs 4 NAG⁸³⁸ sowie in § 12 Abs 4 FPG⁸³⁹.

Die Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer in Deutschland hat 2016 eine Stellungnahme zur „Medizinischen Altersschätzung bei unbegleiteten jungen Flüchtlingen“ herausgegeben und lehnt darin Röntgen- sowie Genitaluntersuchungen ab, solange keine systematische Evaluation der Verfahren der medizinischen Altersschätzung vorliegt und daraus interdisziplinäre Standards entwickelt wurden, die ethische und rechtliche Aspekte angemessen berücksichtigen. Darüber hinaus wird in der Stellungnahme empfohlen, Altersuntersuchungen lediglich unter Beziehung eines/einer fachlich qualifizierten Dolmetschers/Dolmetscherin durchzuführen, da ansonsten an der informierten Zustimmung der Minderjährigen gezweifelt werden muss. Zuletzt wird darin verlangt, die Untersuchung behutsam, kultursensitiv und geschlechtsadäquat vorzunehmen.⁸⁴⁰

7.13.4 DNA-Analyse zur Klärung des Verwandtschaftsverhältnisses

Gelingt es einem/einer Fremden nicht, ein behauptetes Verwandtschaftsverhältnis, auf das er/sie sich in einem Verfahren vor dem Bundesamt oder dem BVwG oder in einem Verfahren gem § 35 AsylG 2005 beruft, durch unbedenkliche Urkunden oder sonstige geeignete und gleichwertige Bescheinigungsmittel nachzuweisen, so hat ihm/ihr das Bundesamt oder das BVwG auf sein/ihr Verlangen und auf seine/ihre Kosten die Vornahme einer DNA-Analyse zu ermöglichen. Der/die Fremde ist über diese Möglichkeit zu belehren. Das mangelnde Verlangen des/der Fremden auf Vornahme einer DNA-Analyse ist keine Weigerung, an der Klärung des Sachverhaltes mitzuwirken. Im weiteren Verfahren darf nur die Information über das Verwandtschaftsverhältnis verarbeitet werden; allenfalls darüber hinausgehende Daten sind zu löschen. Das Bundesamt oder das BVwG hat dem/der Fremden die Kosten der DNA-Analyse auf Antrag zu erstatten, wenn das behauptete Verwandtschaftsverhältnis durch das auf der DNA-Analyse beruhende Gutachten festgestellt wurde und sich der/die Fremde im Bundesgebiet aufhält (§ 13 Abs 4 BFA-Verfahrensgesetz).

Inhaltsgleiche Regelungen finden sich für niederlassungs- und aufenthaltsrechtliche oder fremdenpolizeiliche Verfahren in § 12a FPG sowie § 29 Abs 2 NAG.

⁸³⁸ Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG) BGBI I 2005/100 idF BGBI I 2018/32.

⁸³⁹ Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG) BGBI I 2005/100 idF BGBI I 2018/32.

⁸⁴⁰ Bundesärztekammer, Stellungnahme der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Zentrale Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer „Medizinische Altersschätzung bei unbegleiteten jungen Flüchtlingen“, Deutsches Ärzteblatt 2016, 473.

7.13.5 Zwangsernährung in der Schubhaft

Zwangsernährung kommt in unterschiedlichen Settings vor. Unstrittig dürfen Strafgefangene gem § 69 Abs 2 StVG unter den dort angeführten Voraussetzungen zwangsernährt werden.⁸⁴¹ Auch untergebrachte psychisch kranke Patienten/Patientinnen dürfen unter bestimmten Voraussetzungen zwangsernährt werden.⁸⁴² Unter dem Blick der Kultursensibilität interessiert va die Zwangsernährung von Schubhäftlingen als Reaktion auf das „politisch-kulturelle Phänomen des Hungerstreiks“⁸⁴³. Diese befindet sich insofern in einem Grundrechtskonflikt, als es sich bei Schubhäftlingen idR nicht um Personen handelt, die eine gerichtlich strafbare Tat begangen haben.⁸⁴⁴ Nach hM ist eine Zwangsernährung allerdings zulässig, da § 79 Abs 1 FPG auf § 53d VStG⁸⁴⁵ verweist, dieser auf § 69 StVG und dieser in Abs 2 die Möglichkeit der Zwangsernährung für Strafhäftlinge zulässt, wenn alle anderen Maßnahmen nichts nützen, die Person nicht freigelassen werden kann und in der Haft sterben würde. Die Zwangsernährung ist jedoch nur als ultima ratio zulässig, zunächst müssen angesichts des Zwecks der Anhaltung (Sicherung einer Ausweisung bzw Abschiebung) und dem Status von Asylwerbenden gelindere Mittel wie Verbesserung der Schubhaftbedingungen (offener Vollzug, Arbeits- und Beschäftigungsmöglichkeiten, bessere psychologische und medizinische Betreuung durch Personen, die deren Sprache sprechen) zur Anwendung kommen.⁸⁴⁶

⁸⁴¹ Matscher, Die Rechtsprechung des EGMR zu Fragen aus dem Wirkungsbereich des BM.I, SIAK-Journal 2011/1, 4 (6); Moos in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 78 Rz 33 (Stand 1. 4. 2002, rdb.at); Muzak, Ist die Zwangsernährung in der Schubhaft nach dem FPG zulässig? RdM 2008/24; Muzak, Zwangsernährung: unmenschliche Behandlung oder positive Schutzpflicht? Christian Kopetzki zum 60. Geburtstag, RdM 2014/179.

⁸⁴² Binder, Die rechtliche Zulässigkeit von Zwangsbehandlung und behandlungsbedingter Freiheitsbeschränkung, SozSi 1997, 232; Kopetzki, Grundriss³ Rz 19; Leitner in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/BT/87 ff.

⁸⁴³ Buschmann, Hungerstreiks. Notizen zur transnationalen Geschichte einer Protestform im 20. Jahrhundert (2015) <http://www.bpb.de/apuz/216235/hungerstreiks-transnationale-geschichte-einer-protestform?p=0> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁸⁴⁴ Nowak, Rechtsgutachten zur Frage der Zwangsernährung von Schubhäftlingen in Österreich, http://bim.lbg.ac.at/files/sites/bim/Rechtsgutachten_Zwangser%C3%A4hrung_Manfred_Nowak.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁸⁴⁵ Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) BGBI 1991/52 idF BGBI I 2016/120.

⁸⁴⁶ Ammer, Schubhaft und Asyl, juridikum 2007, 72 (74); Muzak, RdM 2008/24; Muzak, RdM 2014/179; Nowak, Rechtsgutachten.

7.14 Zwischenresümee Recht auf Einwilligung

Der Gesetzgeber ermöglicht (migrantischen) Patienten/Patientinnen ein umfangreiches Recht auf Selbstbestimmung. Behandlungen, die nicht den eigenen religiösen oder kulturellen Vorstellungen entsprechen, können – auch wenn dies vitale Folgen hat – abgelehnt werden. Diese Ablehnung ist umfassend nicht nur möglich, solange der/die PatientIn entscheidungsfähig ist, sondern in gleicher Weise durch die Errichtung einer (verbindlichen) Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht oder gewählten Erwachsenenvertretung. Der Gesetzgeber hat das Spannungsverhältnis zwischen medizinisch möglichen und gebotenen Eingriffen und der Selbstbestimmung zugunsten der Selbstbestimmung gelöst und gewährleistet somit in der Theorie das, was hier unter Kultursensibilität verstanden wird. Jede persönliche, kulturelle, religiöse Werthaltung des Patienten/der Patientin muss respektiert werden und steht über medizinspezifischen Fachkriterien.

Der Gesetzgeber gewährleistet entscheidungsfähigen Patienten/Patientinnen nicht nur das Recht auf Selbstbestimmung, er schützt nicht entscheidungsfähige Patienten/Patientinnen davor, dass ihre gesetzlichen VertreterInnen die eigenen kulturellen und religiösen Wertvorstellungen auf sie übertragen. Hat der/die PatientIn seinen/ihren Willen nicht kundgetan oder gibt ihn auch nicht nach Verlust der Entscheidungsfähigkeit zu erkennen, so sind die VertreterInnen nicht berechtigt, medizinisch indizierte Eingriffe aus religiösen oder kulturellen Gründen abzulehnen. Verweigern sie die Zustimmung zu einer Behandlung, weil sie aus ihrer Sicht kulturellen oder religiösen Vorschriften widerspricht, so kann das Gericht die Zustimmung ersetzen oder eine/n andere/n VertreterIn bestellen. Ebenso gestaltet sich die Situation für nicht entscheidungsfähige Kinder und Jugendliche. Die Eltern müssen das objektive Wohl des/der Minderjährigen berücksichtigen und kulturelle oder religiöse Vorbehalte gegenüber Behandlungen außen vor lassen.

Trotz umfassender Regelung der Selbstbestimmung zeigt sich in der Praxis, dass Selbstbestimmung immer ein Zusammenspiel aus dem Eigenen und den sozialen Zwängen ist. Viele migrantische Patienten/Patientinnen aus extrem patriarchalen Strukturen, Personen, die in Glaubengemeinschaften eng eingebunden sind, oder Personen, denen in ihrem Familien- oder Gruppenverband eine untergeordnete Rolle zukommt, laufen Gefahr, ihr Recht auf Selbstbestimmung nicht ausüben zu können. Der Gesetzgeber schützt auch diese Patienten/Patientinnen, indem die Einwilligung in eine Heilbehandlung frei von Willensmängeln erfolgen und der/die PatientIn persönlich und umfassend aufgeklärt werden muss. In der Praxis fällt die Abgrenzung zwischen der erlaubten bloßen Beratung von Familie, Angehörigen, Freunden/Freundinnen, Glaubensbrüdern und -schwestern und einer Ausübung von unerlaubtem Zwang oder Druck dieser Personen auf den Patienten/die

Patientin jedoch schwer. Druck- oder Zwangssituationen zu erkennen wird umso schwieriger, wenn der/die BehandlerIn aufgrund von Sprach- und/oder Kulturbarrieren auf die vermeintlichen Vertrauenspersonen des Patienten/der Patientin angewiesen ist und die kulturellen Gepflogenheiten, die sich auf die Entscheidungsfindungsprozesse auswirken, nicht kennt bzw versteht. Der Einsatz von professionellen Dolmetschdiensten kann das Problem entschärfen, da durch eine direkte und qualitätsgesicherte Kommunikation zwischen BehandlerIn und PatientIn auch von Angehörigen aufgebaute Droh- oder Zwangszenarien entdeckt werden können.

Als weiterer Aspekt der Kultursensibilität in Hinblick auf die Einwilligung in medizinische Eingriffe ist die Diskussion um Behandlungswünsche von migrantischen Patienten/Patientinnen zu nennen. Hier setzt der Gesetzgeber kulturellen Praktiken eine klare Grenze, indem der Wunsch der Eltern, eine Hymenuntersuchung an der nicht einwilligungsfähigen Tochter durchführen zu lassen, nicht erfüllt werden darf und die in vielen Kulturen praktizierte Genitalverstümmelung von Mädchen und Frauen klar untersagt ist. Die Beschneidung von nicht einwilligungsfähigen Knaben auf Wunsch der gesetzlichen VertreterInnen billigt der Gesetzgeber hingegen.

8 Recht auf Dokumentation und Einsicht in die Krankengeschichte

Der/die PatientIn hat das Recht, dass der/die BehandlerIn – vereinfacht ausgedrückt – Aufzeichnungen über die bisherige Behandlung und deren Ergebnisse führt und diese Aufzeichnungen aufbewahrt.

Zudem haben Patienten/Patientinnen das Recht, jederzeit Einsicht in die Krankengeschichte bzw in die Aufzeichnungen des Behandlers/der Behandlerin zu nehmen.

In Hinblick auf die Kultursensibilität der Patientenrechte gilt es einerseits zu prüfen, inwieweit bei migrantischen Patienten/Patientinnen Besonderheiten, die sich aus Sprache, Kultur oder Religion ergeben, dokumentiert werden müssen, andererseits ist Gegenstand folgenden Kapitels, auf welche Weise nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen Einsicht in die Krankengeschichte nehmen können.

8.1 Rechtsgrundlagen

§ 10 KAKuG enthält die Pflicht des Krankenanstaltenträgers zur Führung von Krankengeschichten, § 24 Abs 4 KAKuG verpflichtet den Arzt/die Ärztin zur Dokumentation über eine vorzeitige Entlassung aus der Anstaltpflege. Für die meisten Gesundheitsberufe enthalten die Berufsrechte Dokumentationspflichten (§ 51 ÄrzteG; § 5 GuKG; § 9 HebG; § 5 SanG etc). Zudem wird die Dokumentation als Nebenpflicht des Behandlungsvertrages geschuldet.⁸⁴⁷ Ebenso sieht die Patientencharta vor, dass eine umfassende Dokumentation sicherzustellen ist (Art 21).

Das GTelG 2012 verpflichtet Ärzte/Ärztinnen, Zahnärzte/Zahnärztinnen, ApothekerInnen, Krankenanstalten und Pflegeeinrichtungen ab einem bestimmten Zeitpunkt, bestimmte medizinische Daten in der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) zu speichern (§§ 13 ff GTelG 2012).⁸⁴⁸

Das Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte ist grundrechtlich gesichert, weil der Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK) eine Garantie des Zugangs zu Aufzeichnungen über personenbezogene Daten beinhaltet, wodurch auch die gesundheitsbezogenen Daten mitumfasst sind.⁸⁴⁹ Zudem sind das Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte sowie das Recht auf Herstellung von Abschriften bzw Kopien aus der

⁸⁴⁷ OGH 23. 5. 1984, 1 Ob 550/84; *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³ § 51 Anm 5; *Ellinger/Missliwetz*, Die Verpflichtung zur Führung ärztlicher Aufzeichnungen, RZ 1994, 124; *Kerschner* in *Resch/Wallner F.* Rz 79; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 ABGB Rz 31a (Stand 1. 1. 2007, rdb.at).

⁸⁴⁸ Siehe zu ELGA *Aigner/Leisch*, ELGA – Die Elektronische Gesundheitsakte. Ein Überblick, RdM 2013/6; *Aigner/Milisits*, Die Elektronische Gesundheitsakte, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2018) I/351; *Auer/Milisits/Reimer*, ELGA-Handbuch (2014); *Milisits*, ELGA – die elektronische Gesundheitsakte. Ein Blick in die virutelle Welt der Gesundheit, ASoK 2011, 286; *Schwamberger*, ELGA-G und Pflege. Hinweise im ELGA-G bzw GTelG 2012 auf die Pflege, RdM 2013/37; *Stärker* in *GmundKomm GTelG 2012 mWn*.

⁸⁴⁹ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 891.

Dokumentation einfachgesetzlich geregelt (§ 5a Abs 1 Z 1 KAKuG; § 51 Abs 1 ÄrzteG), ergeben sich aus dem Behandlungsvertrag⁸⁵⁰ und finden sich in der Patientencharta (Art 19). Das Recht besteht unabhängig davon, zu welchem Zweck der/die PatientIn die Dokumentation verwendet.⁸⁵¹

Für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung sieht Art 4 Abs 2 lit f der RL 2011/24/EU die Erstellung einer schriftlichen oder elektronischen Patientenakte durch die Gesundheitsdienstleister sowie das Recht der Patienten/Patientinnen auf Zugang zu mindestens einer Kopie dieser Akte vor.

8.2 Besonderheiten der Dokumentation bei migrantischen Patienten/Patientinnen

Die Dokumentation muss umfassend erfolgen und alle wesentlichen diagnostischen Ergebnisse und therapeutischen Maßnahmen enthalten.⁸⁵² Für vorliegende Arbeit von Relevanz sind va nachstehende verpflichtende Inhalte der Dokumentation:

Das KAKuG verpflichtet Ärzte/Ärztinnen ebenso wie § 51 ÄrzteG⁸⁵³ dazu, das Aufklärungsgespräch zu dokumentieren. Bei nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen sind aus haftungsrechtlichen Gründen der Grad der Deutschkenntnisse sowie eine Begründung, warum das Gespräch bzw die Behandlung ohne Sprachmittlung erfolgt, zu dokumentieren. Wird ein/e professionelle/r DolmetscherIn oder LaiendolmetscherIn beigezogen, ist diese Tatsache sowie der Name der dolmetschenden Person sowie deren Qualifikation und der Verlauf der Dolmetschung zu dokumentieren. Erfolgt keine oder eine mangelhafte Dokumentation, begründet dies – bis zum Beweis des Gegenteils – die Vermutung, dass der/die PatientIn in einer ihm/ihr nicht verständlichen Form aufgeklärt wurde.⁸⁵⁴

Falls der/die PatientIn dies wünscht, ist das Religionsbekenntnis zu dokumentieren, sodass eine allfällige seelsorgerische Betreuung gewährleistet werden kann.⁸⁵⁵

Gibt der/die PatientIn an, spezielle Speisewünsche zu haben bzw spezielle Speisen aus religiösen oder kulturellen Gründen abzulehnen, ist die Art der Kost zu dokumentieren.⁸⁵⁶

⁸⁵⁰ OGH 23. 5. 1984, 1 Ob 550/84; Krückl, Der Anspruch des Patienten auf Einsicht in seine Krankengeschichte, ÖJZ 1983, 281.

⁸⁵¹ Kierein/Lanske/Wenda, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2011, 155 (163).

⁸⁵² OGH 28. 8. 1997, 3 Ob 2121/96 z. Für eine umfassende Auflistung aller zu dokumentierender Informationen siehe Kletečka-Pulker, Dokumentation und Datenschutz, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/155 (I/158 ff).

⁸⁵³ Anders Wallner, der die Verpflichtung zur Dokumentation des Aufklärungsgesprächs nicht in § 51 ÄrzteG verankert sieht, eine Dokumentation auf freiwilliger Basis jedoch für sinnvoll hält (Wallner F. in GmundKomm § 51 ÄrzteG Rz 5).

⁸⁵⁴ OGH 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94; Leischner-Lenzhofer, RdM 2013/4 (17); Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1299 ABGB (Stand 1. 1. 2007, rdb.at).

⁸⁵⁵ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/160.

⁸⁵⁶ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/160.

Allfällige Verfügungen des Patienten/der Patientin, mit denen bestimmte medizinische Maßnahmen (zB aus religiösen oder kulturellen Gründen) abgelehnt werden, sind zu dokumentieren.⁸⁵⁷

Alle Eintragungen müssen richtig, vollständig, nachvollziehbar, zuordenbar, lesbar und geordnet sein.⁸⁵⁸ Ist eine Maßnahme nicht dokumentiert, wird vermutet, dass diese nicht getroffen wurde.⁸⁵⁹ Der Arzt/die Ärztin kann zwar den Beweis antreten, dass eine nicht dokumentierte Maßnahme sehr wohl gesetzt wurde, gelingt dieser Beweis jedoch nicht, geht die non liquet Situation zu seinen/ihren Lasten.⁸⁶⁰

David/Borde haben festgestellt, dass die Dokumentation bei nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen häufiger kürzer und unvollständiger ist, als bei deutschsprachigen. Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass aufgrund der Sprachbarriere viele Informationen nicht eingeholt und nicht dokumentiert werden können, andererseits auf Vorbehalte von Behandlern/Behandlerinnen gegenüber migrantischen Patienten/Patientinnen und eine damit einhergehende weniger intensive Auseinandersetzung mit diesen.⁸⁶¹

8.3 Dokumentation von Folter: Istanbul-Protokoll

40 % der Flüchtlinge, die nach Deutschland kommen, haben traumatische Situationen, häufig körperliche oder seelische Qualen durch die Staatsgewalt im Herkunftsland erlebt und sind aus diesem Grund behandlungsbedürftig.⁸⁶² Va Krankenanstalten bzw den dort tätigen Behandlern/Behandlerinnen kommt eine entscheidende Rolle bei der Aufklärung von Übergriffen durch die Staatsgewalt auf Opfer zu.⁸⁶³

Die Dokumentation der Folter ist für Asylwerbende von großer Bedeutung, da die RL 2013/32/EU vorsieht, dass Folteropfern besondere Verfahrensgarantien zukommen und betroffenen Personen durch die Mitgliedstaaten entsprechende Unterstützung im Verfahren gewährleistet werden muss. § 30 AsylG 2005 sieht vor, dass bei Vorliegen eines Verdachts einer durch Folter oder durch ein gleichwertiges Ereignis ausgelösten verfahrensrelevanten „belastungsabhängigen krankheitswertigen psychischen Störung“ der Asylstatus zuerkannt

⁸⁵⁷ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/163.

⁸⁵⁸ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/167 ff.

⁸⁵⁹ OGH 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94; 12. 8. 2004, 1 Ob 139/04 d; 28. 1. 2011, 6 Ob 259/10 x.

⁸⁶⁰ Neumayr in GmundKomm Einleitung ABGB Rz 96.

⁸⁶¹ David/Borde, Kranksein 267 f.

⁸⁶² Merten, Herausforderung Folter-Opfer, Ärzte Zeitung 23. 1. 2015, http://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/gesundheitspolitik_international/article/877602/aerzte-gefragt-herausforderung-folter-opfer.html?sh=2&h=1506688699 (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁸⁶³ Volksanwaltschaft, Verstärkung des präventiven Menschenrechtsschutzes durch Anwendung des Istanbul-Protokolls in allen österreichischen Krankenanstalten, 14. 12. 2015, <http://volksanwaltschaft.gv.at/artikel/verstaerkung-des-praeventiven-menschenrechtsschutzes-durch-anwendung-des-istanbul-protokolls-in-allen-oesterreichischen-krankenanstalten> (abgefragt am 8. 4. 2018).

oder das Asylverfahren zugelassen wird, wobei hier auf die besonderen Bedürfnisse der Asylwerbenden Bedacht zu nehmen ist.

Das Handbuch für die wirksame Untersuchung und Dokumentation von Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder entwürdigender Behandlung oder Strafe („Istanbul-Protokoll“)⁸⁶⁴ ist der Standard der Vereinten Nationen für die Begutachtung von Personen, die den Vorwurf erheben, durch staatliche Organe gefoltert oder misshandelt worden zu sein, für die Untersuchung von Fällen mutmaßlicher Misshandlungen und für die Meldung solcher Erkenntnisse an die Justiz und andere Ermittlungsbehörden. Aus diesem Handbuch ergeben sich Leitlinien und Hinweise für Ärzte/Ärztinnen, Anwälte/Anwältinnen sowie Psychologen/Psychologinnen zur Dokumentation von Folter und Misshandlungsvorwürfen. Das Istanbul-Protokoll zeigt ausführlich und in systematischer Form die aktuellen Möglichkeiten zum Nachweis von Folterspuren auf. Es besteht aus sechs Kapiteln und vier Anhängen, wobei sich die zwei umfangreichsten Kapitel sowie drei Anhänge an Ärzte/Ärztinnen richten. Zudem umfasst ein Kapitel die ethischen Kodizes sowohl von Juristen/Juristinnen als auch von Angehörigen der Gesundheitsberufe.

Die im Istanbul-Protokoll enthaltenen Prinzipien stellen kein verbindliches Recht dar, sondern verstehen sich als Ratschläge und detaillierte Hinweise für Personen, die mit der Untersuchung von Foltervorfällen befasst sind. In der Lit wird dem Istanbul-Protokoll allerdings ein quasi-verbindlicher Charakter zugeschrieben, da ein Staat, der behauptet, eine sorgfältige und wirksame Untersuchung von Folteranschuldigungen durchzuführen, das Istanbul-Protokoll heranziehen muss, um glaubwürdig zu wirken.⁸⁶⁵

Auf Empfehlung der Volksanwaltschaft hat das damalige BMG im September 2015 sämtliche Krankenanstalten Österreichs über das Istanbul-Protokoll informiert und diese ersucht, für die Sicherstellung der Implementierung Sorge zu tragen.⁸⁶⁶

8.4 Einsicht in die Krankengeschichte

In die Krankengeschichte einsichtsberechtigt sind der/die PatientIn, gesetzliche VertreterInnen, Vertrauenspersonen, die zur Einsicht ermächtigt wurden, und Patientenanwälte/Patientenanwältinnen bei untergebrachten Personen bzw BewohnervertreterInnen nach dem HeimAufG. Darüber hinaus können auch Gerichte oder

⁸⁶⁴ UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment („Istanbul Protocol“) (2004) HR/P/PT/8/Rev.1, http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4638aca62&skip=0&query=istanbul_protocol (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁸⁶⁵ Furtmayr/Frewer, Das Istanbul-Protokoll und die Dokumentation von Folter, MenschenRechtsMagazin 2008, 155 (158) mwN.

⁸⁶⁶ Volksanwaltschaft, Verstärkung.

Behörden Einsichtsrecht bzw Übermittlungsanspruch haben.⁸⁶⁷ Das Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte steht nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen in gleicher Weise zu wie deutschsprachigen. Da sie die in deutscher Sprache abgefasste Dokumentation nicht verstehen werden, ist es sinnvoll, Kopien der Dokumentation anzufertigen und diese übersetzen zu lassen oder eine/n DolmetscherIn zur Einsicht in die Krankengeschichte mitzubringen und diese/n die Krankengeschichte vor Ort mündlich übersetzen zu lassen. Das Anfertigen von Kopien oder Abschriften gegen Kostenersatz stellt eine Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag dar und ist ausdrücklich in § 51 ÄrzteG, § 5 Abs 3 Z 3 GuKG und in Art 21 Patientencharta geregelt. Auch für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung gilt das Recht auf Kopien der Krankengeschichte (Art 4 Abs 2 lit f RL 2011/24/EU). Ein Recht auf schriftliche Übersetzung der wesentlichen Aktenstücke, wie es etwa § 56 Abs 1 StPO für nicht deutschsprachige Beschuldigte im Strafverfahren vorsieht, ist im medizinischen Kontext nicht existent. Die beiden Situationen sind mE auch nicht vergleichbar. Während es im Strafverfahren für den/die Beschuldigte/n unabdingbar ist, wesentliche Aktenstücke zu verstehen, ist die Einsicht in die Dokumentation keine Voraussetzung für eine rechtmäßige oder erfolgreiche Heilbehandlung. Aus dem gleichen Grund besteht mE auch kein Anspruch auf Zurverfügungstellung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin bei der Einsicht in die Krankengeschichte durch den/die BehandlerIn. Zudem ist die Einsicht in die Krankengeschichte idR nicht dringend, sodass es dem Patienten/der Patientin möglich sein wird, eine Übersetzung der kopierten Krankengeschichte anfertigen zu lassen.

8.5 Zwischenresümee Recht auf Dokumentation und Einsicht in die Krankengeschichte

Der Migrationshintergrund eines Patienten/einer Patientin kann bei der Dokumentation insofern eine Rolle spielen, als Besonderheiten, die sich durch die Sprach- oder Kulturbarriere ergeben, dokumentiert werden müssen. Davon umfasst ist zunächst die Dokumentation der Sprachkenntnisse des Patienten/der Patientin, um begründen zu können, warum das Aufklärungsgespräch ohne oder mit Dolmetschung stattgefunden hat. Wird ein/e DolmetscherIn beigezogen, sind Angaben über die Person des Dolmetschers/der Dolmetscherin und im Falle eines Laiendolmetschers/einer Laiendolmetscherin über dessen/deren Sprachkenntnisse sowie den Ablauf der Dolmetschung zu machen. Weiters ist zu dokumentieren, ob der/die PatientIn bestimmte Behandlungen oder Speisen aus religiösen oder kulturellen Gründen ablehnt. Falls der/die PatientIn dies wünscht, sind auch das Religionsbekenntnis sowie der Wunsch nach Seelsorge zu dokumentieren.

⁸⁶⁷ Kierein/Lanske/Wenda, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2011, 155 (163).

Wollen nicht deutschsprachige Personen Einsicht in die Dokumentation nehmen, stehen sie vor der Herausforderung, diese aufgrund der Sprachbarriere nicht lesen zu können. Eine unmittelbare Überbrückung der Sprachbarriere wird idR nicht möglich sein und es besteht auch keine Pflicht der Krankenanstalt, für eine Übersetzung der Dokumentation zu sorgen. Durch das Recht auf Anfertigung von Kopien der Krankengeschichte hat der/die Einsichtsberechtigte die Möglichkeit, diese übersetzen zu lassen und sich auf diese Weise Kenntnis zu verschaffen.

9 Recht auf Patientenvertretung durch Patienten- und Pflegeanwaltschaften in den Bundesländern

§ 11e KAKuG verpflichtet die Landesgesetzgebung zur Schaffung unabhängiger Patientenvertretungen (PatientensprecherInnen, Ombudseinrichtungen oder ähnliche Vertretungen) zur Prüfung allfälliger Beschwerden und auf Wunsch zur Wahrnehmung der Patienteninteressen. Im Unterschied zu den formell vertretungsbefugten Patientenanwälten/Patientenanwältinnen in der Psychiatrie (§§ 13ff UbG)⁸⁶⁸ oder den Bewohnervertretern/Bewohnervertreterinnen nach § 8 HeimAufG⁸⁶⁹ dienen diese Einrichtungen nicht der verfahrensförmigen Durchsetzung von Rechten, sondern vielmehr der Kommunikationsförderung und der informellen Konfliktbereinigung als Alternative zu rechts- und gerichtsförmigen Auseinandersetzungen.⁸⁷⁰ Die Landesgesetzgeber haben die unabhängigen Patientenvertretungen entweder im jeweiligen Krankenanstaltengesetz (§§ 91 ff NÖ KAG; §§ 12 f OÖ KAG 1997; § 22 SKAG) verankert oder ein eigenes Landesgesetz⁸⁷¹ dafür geschaffen. Zentrale Aufgabe aller Patientenvertretungen ist die Wahrung, Sicherung und Durchsetzung der Patientenrechte und -interessen in Krankenanstalten und Pflegeeinrichtungen (zB § 1 Abs 1 Z 1 und 2 Wr Patientinnen-/Patienten- und Pflegeanwaltschaft).⁸⁷²

Die Landesgesetze nehmen weder auf die Herkunft, noch auf die Staatsbürgerschaft der Patienten/Patientinnen Bezug, weshalb davon auszugehen ist, dass auch ausländische Staatsangehörige ein Recht auf Vertretung durch die Patientenanwaltschaft haben. Eine Verpflichtung, die Vertretung in einer Fremdsprache anzubieten, kann nicht abgeleitet werden, aus dem aktuellen Jahresbericht der Wiener Pflege-, Patientinnen- und Patientenanwaltschaft, der auf die Thematik der Diskriminierung von Patienten/Patientinnen mit nicht deutscher Muttersprache eingeht, geht jedoch hervor, dass die Patientenvertretungen Sprachbarrieren in der Praxis überbrücken und auch nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen unterstützen.⁸⁷³

⁸⁶⁸ Siehe dazu Kopetzki, Unterbringungsrecht II 707 ff; Kopetzki, Grundriss³ Rz 446 ff; Leitner in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/BT/76 ff.

⁸⁶⁹ Siehe dazu Bürger/Halmich, HeimAufG. Heimaufenthaltsgesetz (2015) 92 ff; Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 178 ff.

⁸⁷⁰ Kopetzki in Holoubek/Potacs 436.

⁸⁷¹ Gesetz über die Burgenländische Gesundheits-, Patientinnen-, Patienten- und Behindertenanwaltschaft LGBI 2000/51; Kärntner Patienten- und Pflegeanwaltschaftsgesetz LGBI 1990/53 idF LGBI 2014/19; Stmk Gesetz über die Patientinnen-/Patienten- und Pflegevertretung LGBI 2003/66 idF LGBI 2016/63; Gesetz über die Tiroler Patientenvertretung LGBI 2017/26; Vbg Gesetz über Einrichtungen zur Wahrung der Rechte und Interessen von Patienten und Klienten LGBI 1999/26 idF LGBI 2017/78; Wiener Pflege-, Patientinnen- und Patientenanwaltschaft LGBI 2006/59.

⁸⁷² Krit dazu Kalchschmid, Patientenautonomie aus Sicht der Patientenvertretung, in Barta/Kern (Hrsg), Recht auf Gesundheit (2002) 85 (87 ff).

⁸⁷³ Wiener Pflege-, Patientinnen- und Patientenanwaltschaft, Bericht über das Jahr 2017 (2018) 46.

9.1 Patientenentschädigungsfonds

In der Lit mehrfach diskutiert wurde die Einführung einer vom Verschulden unabhängigen Haftung bei Behandlungsfehlern.⁸⁷⁴ Eine solche wurde bis dato nicht umgesetzt, allerdings findet sich für bestimmte Härtefälle eine Fondslösung, in deren Rahmen iatrogen geschädigten Patienten/Patientinnen Gelder der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellt werden, wenn eine Haftung des Krankenanstaltenträgers bzw des Arztes/der Ärztin nicht eindeutig gegeben ist. Zur Beantwortung der Forschungsfrage der vorliegenden Dissertation ist zu prüfen, ob auch ausländische Staatsangehörige Entschädigungen daraus erhalten können.

9.1.1 Patientenentschädigungsfonds der Länder

Mit der KAG-Novelle 2001⁸⁷⁵ wurden österreichweite Patientenentschädigungsfonds eingeführt. Jeder sozialversicherte Pflegling der allgemeinen Gebührenklasse sowie jede/r SonderklassepatientIn, der/die in einem öffentlichen oder privaten gemeinnützigen Spital stationär aufgenommen worden ist, hat einen Beitrag von 0,73 Euro pro Verpflegstag zu leisten. Dieser Beitrag darf pro Pflegling für höchstens 28 Kalendertage in jedem Kalenderjahr eingehoben werden, wobei Personen, die im Fall der Mutterschaft, im Krankheitsfall im Zusammenhang mit der Mutterschaft, als Folge der Niederkunft oder im Zusammenhang mit einer Organspende im Spital sind sowie Personen, für die eine besondere soziale Schutzbedürftigkeit gegeben ist, davon befreit sind (§ 27a Abs 5 KAKuG).⁸⁷⁶ Dieser Beitrag wird von den Trägern der Krankenanstalten eingehoben und zur Entschädigung nach Schäden, die durch die Behandlung in diesen Krankenanstalten entstanden sind und bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist, zur Verfügung gestellt. Die Landesgesetzgeber haben die Bestimmung entsprechend umgesetzt und die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen der geschädigten Patienten/Patientinnen in

⁸⁷⁴ Aigner, Thesen zum Vorhaben der Schaffung einer verschuldensunabhängigen Entschädigung bei Behandlungsfehlern in der Medizin, *Die Versicherungsrundschau* 1997/3, 45; Kletečka in *Österreichische Juristenkommission* 64 f; Pichler, Arzthaftungsdynamik versus alternative, verschuldensunabhängige Entschädigungssysteme, in Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch (Hrsg), *Die Entwicklung der Arzthaftung* (1997) 172; Steininger, Umgang mit Behandlungsfehlern aus rechtsvergleichender Sicht: Kausalität und Kausalitätsbeweis, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), *Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit* (2013) 79. Ablehnend Aigner in *Österreichische Juristenkommission* 34; Katzenmeier, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz? in Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch (Hrsg), *Die Entwicklung der Arzthaftung* (1997) 59; Pichler, Patientenrecht auf Entschädigung, die Begründbarkeit einer Sonderentschädigungsordnung, Fonds oder Versicherung? in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), *Patientenrechte in Österreich* (2001) 35.

⁸⁷⁵ Bundesgesetz, mit dem das Krankenanstaltengesetz, das Bundesgesetz über die Dokumentation im Gesundheitswesen, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Beamten- Kranken- und Unfallversicherungsgesetz und das Sozialversicherungs-Ergänzungsgesetz geändert werden BGBI 2001/5.

⁸⁷⁶ Zur Diskussion über die Vor- und Nachteile dieser Mittelaufbringung durch die Patienten/Patientinnen selbst siehe Bernat, Der von der Haftung des Krankenanstaltenträgers losgelöste Ersatz des Patientenschadens nach § 27a Abs 6 KAKuG, *MedR* 2004, 310 mwN.

unterschiedlicher Weise geregelt.⁸⁷⁷ Es weichen von der Verfahrensablauf, die Zusammensetzung der Entschädigungskommission, die Verfristungsbestimmungen sowie die Höhe der im Einzelfall möglichen Fondsleistungen voneinander ab. Kopetzki bezeichnet die Umsetzung der Länder daher als „föderalistischen Wildwuchs“.⁸⁷⁸

Gemeinsam ist den Bestimmungen der einzelnen Bundesländer, dass zur Antragstellung Patienten/Patientinnen unabhängig von ihrem Wohnsitz berechtigt sind.⁸⁷⁹ Auch ausländische Staatsangehörige, die im Inland oder Ausland ihren Wohnsitz haben, können somit Entschädigung erhalten, sofern die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Sowohl die Grundsatzbestimmung des § 27a KAKuG sowie die einzelnen Umsetzungsgesetze der Länder stoßen in der Lit auf verfassungsrechtliche Bedenken. Kritisiert wird ua, dass auf die Ersatzleistung kein Rechtsanspruch besteht, obwohl die Patienten/Patientinnen zur Einzahlung eines Fixbetrages gesetzlich verpflichtet sind oder dass manche Bundesländer kein Entschädigungsmodell, sondern ein Härtefallmodell verwirklicht haben.⁸⁸⁰

9.1.2 Freiwilliger Wiener Härtefonds

Neben den genannten Patientenentschädigungsfonds, die in jedem Bundesland existieren, gibt es in Wien den Freiwilligen Wiener Härtefonds. Dieser Fonds wird aus steuerlichen Mitteln gespeist und dient dem Ersatz von Schäden, die Patienten/Patientinnen in einer Krankenanstalt oder einem Pflegeheim der Stadt Wien im Zusammenhang mit einer medizinischen Untersuchung, Behandlung oder Nichtbehandlung oder durch pflegerische

⁸⁷⁷ § 57 Abs 6 und 7 Bgld KAG 2000 iVm § 22 Burgenländisches Gesundheitswesengesetz 2017 LGBI 2018/6; § 57 Abs 5 und 6 K-KAO iVm §§ 14 f Kärntner Gesundheitsfondsgesetz LGBI 2013/67 idF LGBI 2017/69; §§ 45b, 98 ff NÖ KAG; § 52 Abs 3 und 4, §§ 86a ff Oö KAG 1997; § 62 Abs 4 und 5 SKAG iVm sbg Patientinnen- und Patientenentschädigungs-Gesetz LGBI 2002/59 idF LGBI 2016/44; § 74 Abs 6 StKAG iVm Stmk Patientenentschädigungsgesetz LGBI 2002/113 idF LGBI 2018/63 iVm Geschäftsordnung der Patienten-Entschädigungskommission Steiermark (GOPEK 2016) LGBI 2016/113; § 41 Abs 4 Tir KAG iVm Tiroler Patientenentschädigungsfonds-Gesetz LGBI 2001/71 idF LGBI 2017/32; § 85 Abs 3-8 Vlbg SpG iVm § 5a Patienten- und KlientenschutzG LGBI 1999/26 idF LGBI 2017/78; § 46a Abs 6 und 7 Wr KAG iVm Wiener Patientenentschädigungsfonds Richtlinien, https://www.wien.gv.at/gesundheit/einrichtungen/patientenanwalt_schaft/pdf/patientenentschaedigungsfonds-richtlinien-bf.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018). Für einen Vergleich aller neun Entschädigungslösungen fehlt hier der Raum und dieser ist für die Frage der Kultursensibilität auch nicht relevant. Gegenüberstellungen finden sich bei Kalchschmid/Trabucco, Patientenentschädigungsfonds in Österreich – Rechtstatsachen und Erfahrungen, in Barta/Ganner/Lichtmannegger (Hrsg), Patientenentschädigungsfonds oder Medizinhaftung? Status quo, Analyse, rechtspolitische Vorschläge (2009) 15; Kossak, Der Entschädigungsfonds gem § 27a Abs 5 und Abs 6 Krankenanstaltengesetz, RdM 2002/25; Pitzl/Huber, Verschuldensunabhängige Patientenentschädigung. Patientenentschädigungsfonds, RdM 2003/54; Bernat MedR 2004, 310.

⁸⁷⁸ Kopetzki in Kern/Kopetzki 27.

⁸⁷⁹ Kalchschmid/Trabucco in Barta/Ganner/Lichtmannegger 173; Leischner, Streitbeilegung 184.

⁸⁸⁰ Bernat, RdM 2014/49 (43) mwN; Kahl, Verschuldensunabhängige Entschädigungen nach § 27a Abs 5 und 6 KAKuG im Lichte des Verfassungsrechts, in Barta/Ganner/Lichtmannegger (Hrsg), Patientenentschädigungsfonds oder Medizinhaftung? (2009) 206; Kopetzki in Holoubek/Potacs 442 f; Kossak, RdM 2002/25; Pitzl/Huber, RdM 2003/54.

Maßnahmen oder deren Unterlassung erlitten haben und bei denen die Beweissituation schwierig ist.⁸⁸¹

Hilfe aus dem Freiwilligen Wiener Härtefonds können nur Personen erhalten, die in Wien ihren Wohnsitz haben.⁸⁸² Ausschlaggebendes Kriterium ist der Wohnsitz, nicht jedoch die Staatsbürgerschaft. Auch ausländische, in Wien wohnhafte Patienten/Patientinnen können daher Schäden aus dem Freiwilligen Wiener Härtefonds ersetzt bekommen.

9.1.3 Solidarfonds für den niedergelassenen Bereich

Für den niedergelassenen Bereich verpflichtet § 118 ÄrzteG die ÖÄK zur Einrichtung eines so genannten Solidarfonds. Die Solidarfondsverordnung der ÖÄK aus 2014⁸⁸³ sieht vor, dass zum Zweck der finanziellen Unterstützung und Entlastung von Patienten/Patientinnen, die durch schuldhaftes widerrechtliches ärztliches Handeln durch freiberuflich tätige Ärzte/Ärztinnen einschließlich Gesellschafter von Gruppenpraxen einen Schaden erlitten haben und für die keine Aussicht besteht, in angemessener Zeit eine anderweitige angemessene Entschädigung, insb aus der Berufshaftpflichtversicherung des Arztes/der Ärztin zu erhalten, ein Solidarfonds eingerichtet wird (§ 1 Solidarfonds-VO 2014). Mangels gegenteiligem Hinweis kann davon ausgegangen werden, dass Entschädigungen aus dem Fonds auch ausländischen oder Patienten/Patientinnen ohne Wohnsitz in Österreich zustehen.

9.2 Zwischenresümee Recht auf Patientenvertretung

Die Patientenvertretungen der Bundesländer vertreten grds alle in Österreich behandelten Patienten/Patientinnen, unabhängig von deren Staatsbürgerschaft oder Wohnsitz. Auch die Mittel aus den Patientenschädigungslandsfonds der Länder knüpfen nicht an die Staatsbürgerschaft oder den Wohnsitz an – maßgeblich ist lediglich, dass die Behandlung in einer vom jeweiligen Landesgesetz erfassten Einrichtung stattgefunden hat. Ebenso wenig stellt der Solidarfonds für den niedergelassenen Bereich auf die Staatsbürgerschaft oder den Wohnsitz ab. Der Wiener Härtefonds kann hingegen nur von Patienten/Patientinnen mit Wohnsitz in Wien in Anspruch genommen werden, die in einem Spital oder Pflegeheim der Stadt Wien behandelt wurden.

⁸⁸¹ RL des Freiwilligen Wiener Härtefonds, https://www.wien.gv.at/gesundheit/einrichtungen/patientenanwalt_schaft/pdf/haertefonds-richtlinien-bf.pdf (abgefragt am 3. 8. 2018).

⁸⁸² RL des Freiwilligen Wiener Härtefonds Punkt II.1.

⁸⁸³ VO der Österreichischen Ärztekammer über Leistungen aus dem Solidarfonds (Solidarfonds-VO 2014), Kundmachung der Österreichischen Ärztekammer Nr. 05/2014, veröffentlicht am 30. 6. 2014.

10 Spezielle Patientenrechte in Krankenanstalten

Krankenanstalten sind aufgrund ihres niederschwelligen Zugangs insb für Personen, die mit dem Gesundheitssystem weniger vertraut oder sozioökonomisch benachteiligt sind, die erste Anlaufstelle. In den letzten Jahren hat die Zahl der dort behandelten nicht deutschsprachigen und kulturell nicht westlich geprägten Patienten/Patientinnen zugenommen.⁸⁸⁴ Im Folgenden wird geprüft, welche speziellen Rechte migrantische Patienten/Patientinnen bei einem Krankenanstalenaufenthalt haben und inwiefern sie darüber informiert werden müssen. Im Fokus stehen Fragen nach den Möglichkeiten der Ausübung der Religion (Gebetszeiten und -räume), Besuch zu empfangen, religiöse oder kulturelle Speisevorschriften einzuhalten sowie die Privat- und Intimsphäre zu bewahren. Zudem wird auf das Recht auf Sterben in Würde sowie auf das Recht auf seelsorgerische bzw religiöse Betreuung eingegangen. Damit im Zusammenhang steht die Frage nach der Erlaubtheit religiöser Symbole in Krankenzimmern.

Dass die genannten Fragen von großer Wichtigkeit im Krankenhausalltag sind, zeigt die Tatsache, dass als Teil der EU-Strategie „Migration und Gesundheit“ das Projekt „migrant friendly hospitals“, an dem in Österreich das Kaiser-Franz-Josef-Spital in Wien teilnahm, initiiert wurde. Dieses Projekt beschäftigt sich umfassend mit den Herausforderungen bei der Betreuung von Migranten/Migrantinnen im Krankenhausalltag und versucht Instrumente und good practice-Beispiele zu entwickeln.⁸⁸⁵ Auch außerhalb des Projektes beschäftigen sich viele Krankenanstalten mit spezifischen Bedürfnissen von Migranten/Migrantinnen. In Nordrhein-Westfalen haben beispielsweise fast die Hälfte der Krankenanstalten migrationsspezifische Aspekte im Krankenhausleitbild (44,6 %) und im Pflegeleitbild (43,6 %) verwirklicht. In OÖ wurde im Jahr 2012 ein Religionsbeirat eingerichtet, der sich halbjährlich zu Arbeitstreffen unter dem Vorsitz des Landeshauptmanns trifft. Der Religionsbeirat hat gemeinsam mit den Trägerorganisationen aus dem Spitals- und Pflegebereich eine Broschüre mit dem Titel „Richtlinien für die Berücksichtigung religiöser Bedürfnisse in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen“ erarbeitet. Darin werden religiöse Vorschriften einzelner Religionsgemeinschaften sowie Aspekte der praktischen Seelsorge dargestellt.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ Karl-Trummer/Krajic/Novak-Zezula/Pelikan, Das „Migrantenfreundliche Krankenhaus“: Erfahrungen und Ergebnisse aus einem europäischen Projekt, www.ongkg.at/downloads-links/downloads.html?no_cache (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁸⁸⁵ Migrant friendly hospitals, <http://www.mfh-eu.net/public/home.htm> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁸⁸⁶ Oö Religionsbeirat, Richtlinien für die Berücksichtigung religiöser Bedürfnisse in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen (2014).

Den genannten Projekten ist gemeinsam, dass sie organisatorische Gegebenheiten umfassend behandeln, rechtliche Komponenten jedoch völlig außer Acht lassen. Folgendes Kapitel will diese Lücke schließen.

10.1 Recht auf Information über Patientenrechte

Die Rechtsträger von Krankenanstalten haben dafür zu sorgen, dass die Patienten/Patientinnen ausreichend Information über die ihnen zustehenden Rechte erhalten und über die Möglichkeit der unabhängigen Patientenvertretung informiert werden.⁸⁸⁷ In welcher Form bzw Sprache diese Informationen zur Verfügung zu stellen sind, ist unklar. Wird für die Behandlung von nicht deutschsprachigen Patienten/Patientinnen ein Dolmetschdienst beigezogen, kann dieser genutzt werden, um den Patienten/die Patientin über die Patientenrechte zu informieren. Da das Recht auf Information über Patientenrechte jedoch keine mündliche Informationsvermittlung verlangt, ist das Zurverfügungstellen von fremdsprachigen Informationsblättern ausreichend, um nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen zu informieren.

10.2 Gebetszeiten und -räume

Die Abläufe in der Krankenanstalt sind möglichst dem allgemein üblichen Lebensrhythmus anzupassen (§ 5a Abs 1 Z 10 KAKuG). Behandlungen sollen, sofern es nicht sachlich nötig ist, tagsüber stattfinden. Zudem sind die üblichen Essens- sowie Schlaf- und Weckzeiten einzuhalten.⁸⁸⁸

Manche gläubigen Patienten/Patientinnen möchten sich strikt an vorgegebene Betzeiten halten, was bei einem Krankenhausaufenthalt mit den medizinischen und pflegerischen Maßnahmen (zB Blutabnahme, Blutdruck- oder Temperaturmessungen) kollidieren kann.⁸⁸⁹ Muslime/Musliminnen sind beispielsweise angehalten, fünf Mal täglich zu beten. Die Pflichtgebete müssen dabei je in einem Zeitraum von zwei bis sechs Stunden abgehalten werden. Im Gegensatz zum Fasten sind Muslime/Musliminnen auch dann zum Beten verpflichtet, wenn sie krank sind. Es ist ihnen dann allerdings erlaubt, die vorgesehene Gebetshaltung zu vereinfachen.⁸⁹⁰ Um Kollisionen von Bet- und Behandlungszeiten zu vermeiden, ist es sinnvoll, den Patienten/die Patientin über den ungefähren Zeitpunkt einer Behandlung aufzuklären, ein rechtlicher Anspruch darauf besteht jedoch nicht.

In vielen Krankenanstalten stehen (interreligiöse) Gebetsräume zur Verfügung. Für das deutsche Bundesland Nordrhein-Westfalen liegen Zahlen vor. Dort haben 57,9 % der

⁸⁸⁷ Kerschner in Resch/Wallner F. Rz 85; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/45.

⁸⁸⁸ Kerschner in Resch/Wallner F. Rz 33.

⁸⁸⁹ Ilkilic, Begegnung⁵ 29.

⁸⁹⁰ Ilkilic, Begegnung⁵ 28.

Krankenanstalten einen Gebetsraum inklusive religiöser Ausstattung und weitere 36,8 % einen neutral gestalteten Religionsraum für alle Religionen.⁸⁹¹ Auch in Österreich haben zahlreiche Krankenanstalten Gebetsräume für unterschiedliche Religionen⁸⁹², konkrete Zahlen gibt es jedoch nicht.

10.3 Krankenbesuch

Der/die PatientIn hat das Recht auf ausreichend Besuchs- und Kontaktmöglichkeiten mit der Außenwelt, bei einer nachhaltigen Verschlechterung des Gesundheitszustandes auch außerhalb der Besuchszeiten (§ 5a Z 4 KAKuG). In manchen Kulturen oder Religionen ist es üblich, dass Kranke sehr viel Besuch bekommen. Muslime/Musliminnen sehen es zB als ihre religiöse Pflicht, einen Patienten/eine Patientin nach dem Befinden zu fragen, Anteil an dessen/deren Leid zu haben und Betroffenheitsgefühle und Genesungswünsche vor Ort zum Ausdruck zu bringen. Dieses Verhalten kann jedoch Mitpatienten/Mitpatientinnen belasten oder den Stationsablauf beeinträchtigen.⁸⁹³

Die Krankenanstalt hat nähere Bestimmungen über den Besuch von Pfleglingen in der Anstaltsordnung⁸⁹⁴ aufzunehmen (§ 6 Abs 1 lit f KAKuG). Diese Bestimmungen werden über die in der Anstaltsordnung enthaltene Hausordnung, die gegenüber vertraglich aufgenommenen Patienten/Patientinnen als AGB zu deuten ist, Nebenpflichten aus dem Behandlungsvertrag.⁸⁹⁵ Der Krankenanstaltenträger ist dabei berechtigt, die Zahl der gleichzeitig anwesenden BesucherInnen pro PatientIn zahlenmäßig zu beschränken. Dies insb deshalb, um Mitpatienten/Mitpatientinnen in Mehrbettzimmern vor Störungen zu schützen.⁸⁹⁶ Die Entscheidung über die Beschränkung muss nach medizinischen, hygienischen und sozialen Kriterien erfolgen.⁸⁹⁷

Vereinzelt bieten Krankenanstalten kulturspezifische Besuchs- und Aufenthaltsräume an, um dem Wunsch nach viel Besuch oder spezifischen Ritualen nachzukommen.⁸⁹⁸

⁸⁹¹ Blum/Steffen, Das Krankenhaus 2013, 709.

⁸⁹² So etwa das LKH-Univ. Klinikum Graz (<http://www.klinikum-graz.at/cms/beitrag/10020635/2095945/> (abgefragt am 8. 4. 2018)), das Uniklinikum Salzburg (*Uniklinikum Salzburg*, Integration), das AKH Linz (nunmehr Kepler Universitätsklinikum GmbH) (*Hiesmayr*, Ausnahmezustand Krankenhaus. Eröffnung des interreligiösen Andachtsraums des AKH Linz, Kirchenzeitung Diözese Linz 2013/9, 8 (8)) oder das AKH Wien (<http://www.akh-seelsorge.at/> (abgefragt am 8. 4. 2018))).

⁸⁹³ Ilkilic, Begegnung⁵ 34.

⁸⁹⁴ Zum Rechtscharakter der Anstaltsordnung siehe *Kneihs*, Privater Befehl und Zwang. Verfassungsrechtliche Bedingungen privater Eingriffsgewalt (2004) 334 ff; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 761 ff; *Larcher*, Welche rechtliche Qualität haben Verhaltensvorschriften in Anstaltsordnungen von Krankenanstalten? RdM 2012/146; *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 618 ff.

⁸⁹⁵ *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 663.

⁸⁹⁶ *Kerschner* in *Resch/Wallner F.* Rz 33.

⁸⁹⁷ *Krepler/Hackl/Marzi*, Recht im Krankenhausalltag. Ein Ratgeber für Pflegepersonal, Ärzte und Patienten (2002) 48.

⁸⁹⁸ Im deutschen Bundesland Nordrhein-Westfalen bietet eine Krankenanstalt etwa eine orientalische Ecke mit Samowar, einem speziellen Teekocher, an (*Blum/Steffen*, Das Krankenhaus 2013, 709)).

10.4 Speiseangebote

Fast alle Religionen kennen bestimmte Fastenbestimmungen und/oder Speisevorschriften. Im Christentum ist es üblich, am Freitag sowie in der 40-tägigen Fastenzeit im Osterfestkreis kein Fleisch zu essen. Hinzu kommen der Aschermittwoch und der Karfreitag als strenge Fast- und Abstinenztage.⁸⁹⁹ Die Einhaltung der islamischen Speisevorschriften ist ein fester Bestandteil des muslimischen Habitus. Dazu gehört zB kein Schweinfleisch zu verzehren.⁹⁰⁰ Manche Muslime/Musliminnen achten darüber hinaus darauf, dass das zu verzehrende Fleisch nach islamischen Ritualen geschlachtet wurde. Zudem fasten sie umfassend im Monat Ramadan.⁹⁰¹ Für Buddhisten/Buddhistinnen gibt es zwar kein Verbot des Fleischverzehrs, sie sind jedoch oftmals VegetarierInnen, da sie die Tötung von Tieren vermeiden. Mormonen/Mormoninnen lehnen Alkohol, Bohnenkaffee und schwarzen Tee ab. Für Hindus sind Rindfleisch und alle Produkte daraus tabu. Im Judentum ist ebenfalls Schweinfleisch verboten und sind darüber hinaus keine Meeresfrüchte und keine Milchprodukte und Fleisch in ein und demselben Gericht erlaubt.⁹⁰²

Für Österreich liegen keine Zahlen vor, eine Studie in deutschen Krankenanstalten im Jahr 2014 hat jedoch gezeigt, dass 25,6 % der Krankenanstalten kulturell angepasste Ernährung als Regelleistung und weitere 7,3 % kulturspezifisches Essen als Wahlleistung anbieten. Zudem offerieren 72,2 % der Krankenanstalten vegetarische Menüs als Hauptleistung und 18,5 % vegetarische Speisen als Wahlleistung.⁹⁰³ In Nordrhein-Westfalen bieten 23 % der Krankenanstalten Speisen und Getränke an, die nach religiösen Vorschriften zubereitet wurden (zB halal, koscher) und geben über zwei Drittel an, ob sich Schweineprodukte im Essen befinden.⁹⁰⁴ Patienten/Patientinnen, die religiöse Speisevorschriften einhalten möchten, haben daher in fast allen deutschen Krankenanstalten entweder die Möglichkeit, speziell nach religiösen Vorschriften zubereitetes Essen zu wählen oder vegetarisches Essen zu bestellen, das meist ebenfalls den religiösen Vorschriften – die sich hauptsächlich auf die Zubereitung von Fleisch beziehen – entspricht. Es ist auch möglich, dass Patienten/Patientinnen ihr Essen selbst mitbringen. Manche deutsche Krankenanstalten bieten einen Küchenbereich für Patienten/Patientinnen und deren Angehörige an, sodass mitgebrachtes Essen dort ggf nach religiösen Aspekten zubereitet oder aufgewärmt werden

⁸⁹⁹ Brandstetter, Religiöse Speisevorschriften, Fastenbestimmungen und ihre möglichen Auswirkungen auf die Gesundheit, in Peintinger (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 429 (429 f).

⁹⁰⁰ Ilkilic, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2007, 1587 (1588).

⁹⁰¹ Ilkilic, Begegnung⁵ 33.

⁹⁰² ÖÖ Religionsbeirat, Richtlinien.

⁹⁰³ Blum/Lehmann, Trends in der Krankenhausküche, Das Krankenhaus 2014, 328.

⁹⁰⁴ Blum/Steffen, Das Krankenhaus 2013, 709.

kann.⁹⁰⁵ Dabei ist jedoch auf eventuelle Diäten zu achten. Manche Hausordnungen, so etwa jene der Wiener Städtischen Krankenanstalten erlauben das Mitbringen von Speisen und Getränken nur mit Bewilligung des/der behandelnden Arztes/Ärztin.⁹⁰⁶

Auch wenn viele Krankenanstalten religiöse Speisevorschriften beachten, ist aus dem Blickwinkel der Kultursensibilität der Patientenrechte zu prüfen, ob Patienten/Patientinnen einen Anspruch darauf haben, eine ihren religiösen oder kulturellen Vorschriften entsprechende Verpflegung zu erhalten.

Das IsraelitenG sieht dazu vor, dass in öffentlichen Krankenanstalten, Versorgungs-, Pflege- oder ähnlichen Anstalten bei der Verpflegung von Mitgliedern der israelitischen Religionsgesellschaft auf die innerreligionsgesellschaftlichen Speisegebote Rücksicht zu nehmen ist (§ 12 Abs 2 IsraelitenG). Das IslamG 2015 enthält eine inhaltsgleiche Bestimmung für die Mitglieder der islamischen bzw der islamischen alevitischen Religionsgesellschaft (§ 12 Abs 2, § 19 Abs 2 IslamG 2015).

Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion nach dem Antidiskriminierungsrecht der Länder⁹⁰⁷ liegt nA von *Ulrich* vor, wenn das Verpflegungsangebot in Krankenanstalten so gestaltet ist, dass Patienten/Patientinnen die Einhaltung von Speisegeboten, zu der sie sich verpflichtet erachten, nicht möglich ist. Zwar sei das Verpflegungsangebot von Anstaltsküchen eine neutrale Anstaltsleistung, da es nicht auf bestimmte Ernährungsvorlieben von Patienten/Patientinnen abstellt und auch nicht unmittelbar an die vom Antidiskriminierungsrecht verpönten Diskriminierungsgründe wie Religion oder Ethnizität anknüpft. Patienten/Patientinnen mit bestimmten Religionen werden jedoch gegenüber anderen Patienten/Patientinnen dadurch benachteiligt, dass sie ihre Speisevorschriften nicht einhalten können. Diese Benachteiligung kann gerechtfertigt sein, wenn die Maßnahme einem legitimen Ziel dient und zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist. Als legitimes Ziel der Ungleichbehandlung kämen die Wirtschaftlichkeit sowie ernährungswissenschaftliche Standards in Betracht, allerdings hat der EuGH entschieden, dass die Kosteneinsparung für sich alleine genommen noch kein legitimes Ziel einer Ungleichbehandlung darstellt. Bejaht man das Vorliegen eines legitimen Ziels, so ist die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Verpflegungskonfiguration zu prüfen. *Ulrich* kommt mE zu Recht zu dem Ergebnis, dass die Berücksichtigung von religionsspezifischen Bedürfnissen von Patienten/Patientinnen bei der Anstaltpflege zwar

⁹⁰⁵ Blum/Steffen, Das Krankenhaus 2013, 709.

⁹⁰⁶ Wiener Krankenanstaltenverbund, Ratgeber für Patientinnen und Patienten sowie Hausordnung für die Wiener städtischen Krankenanstalten (ausgenommen Pflegeanstalten für chronisch Kranke, die ärztlicher Betreuung und besonderer Pflege bedürfen), http://www.wienkav.at/kav/texte_anzeigen.asp?id=2219 (abgefragt am 8. 4. 2018) 6.

⁹⁰⁷ Siehe zu den einzelnen Bestimmungen Kap 4.3.1.2 Krankenanstalten.

einen organisatorischen Mehraufwand und eine Kostensteigerung bedeuten würde, dass diese jedoch mit erheblichen nachteiligen betrieblich-organisatorischen und wirtschaftlichen Folgen einhergehen muss, um eine Benachteiligung religiöser Patienten/Patientinnen zu rechtfertigen. Die Verwirklichung alternativer Verpflegungsangebote wird für die Krankenanstaltenträger grds keine solchen Folgen nach sich ziehen und als zumutbar zu qualifizieren sein.⁹⁰⁸

10.5 Recht auf Wahrung der Privat- und Intimsphäre des Patienten/der Patientin

Die Privat- und Intimsphäre von Patienten/Patientinnen ist zu wahren (Art 9 Patientencharta). In Mehrbettzimmern sind die Betten beispielsweise durch bauliche oder organisatorische Maßnahmen (zB Trennvorhang) abzuschirmen. Auch bei Untersuchungen ist sicherzustellen, dass nur jene Personen anwesend sind, die für die Untersuchung notwendig sind.⁹⁰⁹ In Nordrhein-Westfalen gibt jedes zweite Krankenhaus an, kultursensible Aspekte beim Belegungsmanagement miteinzubeziehen. Es wird versucht, dass sich nach Möglichkeit Personen mit gleichem kulturellen und religiösen Hintergrund ein Zimmer teilen.⁹¹⁰ Einen Rechtsanspruch auf Wahl der Zimmerkollegen/Zimmerkolleginnen gibt es jedoch nicht.

10.6 Sterben in Würde

Die Überalterung der Gesellschaft in Österreich sowie in den restlichen Industriestaaten betrifft auch migrantische Patienten/Patientinnen. Zwar weisen diese einen jüngeren Altersdurchschnitt als nicht migrantische Patienten/Patientinnen auf⁹¹¹, ihr Anteil auf Palliativstationen oder geriatrischen Abteilungen wird jedoch ebenso steigen wie der Anteil der migrantischen Bevölkerung an sich und bringt bereits jetzt kulturbedingte Entscheidungs- und Interessenskonflikte am Lebensende mit sich.⁹¹²

Art 15 Abs 1 Patientencharta normiert, dass in stationären Einrichtungen ein Sterben in Würde zu ermöglichen ist. Dabei ist dem Gebot der bestmöglichen Schmerztherapie Rechnung zu tragen. Zudem ist Vertrauenspersonen der Patienten/Patientinnen Gelegenheit zum Kontakt mit Sterbenden zu geben. Andererseits sind Personen vom Kontakt auszuschließen, wenn der/die Sterbende dies wünscht (Art 15 Abs 2 Patientencharta).

Bei der angesprochenen Schmerztherapie handelt es sich um ein sensibles Feld, da Schmerz immer eine Frage der kulturellen und individuellen Interpretation darstellt. Im Buddhismus ist beispielsweise der Bewusstseinszustand beim Sterben von entscheidender Bedeutung für das Geschick des Menschen nach dem Tod, weshalb der Wunsch nach

⁹⁰⁸ Ulrich in Kröll/Schaupp 53 ff.

⁹⁰⁹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht I/37.

⁹¹⁰ Blum/Steffen, Das Krankenhaus 2013, 709.

⁹¹¹ Statistik Austria, Migration 28.

⁹¹² Ilkilic, Begegnung⁵ 226.

körperlicher Schmerzerleichterung für Angehörige des Buddhismus oftmals in den Hintergrund rückt oder nicht gewünscht wird. Angehörige anderer Glaubensrichtungen – etwa des Judentums – lehnen lebensverkürzende medizinische Maßnahmen ab, wovon va Schmerzmittel betroffen sind.⁹¹³ Schmerzmittel können von dem/der entscheidungsfähigen Patienten/Patientin durch Äußerung des aktuellen Willens oder antizipiert durch die Instrumente zur Selbstbestimmung abgelehnt werden.⁹¹⁴

Weiters wird in Art 15 Patientencharta der Kontakt von Angehörigen mit dem/der Sterbenden angesprochen. Für Muslime/Musliminnen ist es vor dem Sterben üblich, die zwischenmenschlichen Rechtsverletzungen und Beleidigungen in einem „letzten Besuch“ zu klären, da Gott diese nicht verzeihen kann. Aus diesem Grund empfangen sterbende muslimische Patienten/Patientinnen oft sehr viele BesucherInnen. Dies kann für Mitpatienten/Mitpatientinnen und Personal eine Belastung darstellen oder aus Gründen der Hygiene, zB auf Intensivstationen, kompliziert sein.⁹¹⁵ Die Besucheranzahl kann zwar pro PatientIn in der Anstaltsordnung eingeschränkt werden⁹¹⁶, in Hinsicht auf ein Sterben in Würde sollte mE davon in den letzten Tagen bzw Stunden des Patienten/der Patientin jedoch abgesehen werden. Vielmehr sollte versucht werden, räumlich und organisatorisch zu ermöglichen, dass der/die Sterbende sich in Würde verabschieden kann. In der Art 15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens⁹¹⁷ ist in Art 4 Abs 7 Z 4 vorgesehen, eine österreichweit gleichwertige, flächendeckende, abgestufte Versorgung im Palliativ- und Hospizbereich prioritär umzusetzen. Dies stellt einen rechtlich bindenden Auftrag an die Gesetzgebung dar.⁹¹⁸ Der Österreichische Strukturplan Gesundheit, der die Rahmenplanung für die stationäre und ambulante Versorgungsplanung in den Regionalen Strukturplänen Gesundheit darstellt (Art 5 Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens), empfiehlt dafür ein Konzept der abgestuften Hospiz- und Palliativversorgung. Es soll sechs verschiedene Versorgungsangebote, so genannte „Bausteine“, in der österr Versorgungslandschaft geben: Palliativstation, Stationäres Hospiz, Tageshospiz, Mobiles Palliativteam, Palliativkonsiliardienst und Hospizteam. Palliativstationen sowie das Stationäre Hospiz sollen dabei ua eine seelsorgerische Betreuung

⁹¹³ Heller, Sterbekulturen – die Bedeutung unterschiedlicher kultureller und religiöser Auffassungen für die palliative Betreuung und das Palliativ-Management in den Allgemeinordinationen, in Peintinger (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 303 (306 f).

⁹¹⁴ Siehe Kap 7.6 Ablehnung einer Heilbehandlung aus kulturellen/religiösen Gründen.

⁹¹⁵ Ilkilic, Begegnung⁵ 48 f.

⁹¹⁶ Siehe dazu Kap 10.3 Krankenbesuch.

⁹¹⁷ Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens BGBl I 2017/98.

⁹¹⁸ Kopetzki, Enquête „Würde am Ende des Lebens“, RdM 2014/101.

anbieten sowie Räume für Verabschiedungen und Meditationen.⁹¹⁹ In wie vielen Krankenanstalten dieser erhobene Bedarf bereits umgesetzt ist, ist unklar. In Nordrhein-Westfalen bieten 84,2 % aller Krankenanstalten Verabschiedungsräume für verstorbene Patienten/Patientinnen bzw Aufbahrungsräume an. In Österreich führt beispielsweise das Uniklinikum Salzburg an, einen rituellen Wasch- und Verabschiedungsraum, der unabhängig vom religiösen Bekenntnis genutzt werden kann, anzubieten.⁹²⁰

Jüdische und muslimische Patienten/Patientinnen müssen gem ihres Glaubens innerhalb eines Tages nach dem Tod begraben werden. Hinzu kommt, dass viele Migranten/Migrantinnen in der „Heimaterde“, also im Herkunftsland, begraben werden möchten. Angehörige versuchen daher oftmals die Patienten/Patientinnen in den letzten Lebenstagen noch ins Herkunftsland zu bringen, was Probleme mit den Fluggesellschaften verursacht oder dazu führt, dass die Patienten/Patientinnen auf der Reise sterben und erst recht nicht nach den Regeln der Religion begraben werden können. *Prinz et al* plädieren daher dafür, dass der Arzt/die Ärztin die Familie rechtzeitig auf den Zustand des/der Sterbenden aufmerksam macht, sodass kultursensitive Maßnahmen getroffen werden können.⁹²¹

10.7 Recht auf seelsorgerische bzw religiöse Betreuung

Wie die letzte Volkszählung im Jahr 2001 gezeigt hat, gehören 85,3 % der österr Bevölkerung einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft⁹²² an, 0,6 % einer registrierten Bekenntnisgemeinschaft (knapp 50.000 Personen; darunter 23.200 Zeugen Jehovas) und ein Promille der Bevölkerung hat eine andere (nicht registrierte) Religion angegeben (8.700 Personen). Rund 86 % der österr Bevölkerung gehören demnach einer Glaubensgemeinschaft an. Die Katholiken/Katholikinnen stellen mit 73,6 % den größten Anteil dar, jener der Protestanten/Protestantinnen beträgt 4,7 % und 4,3 % der Bevölkerung sind muslimischen Glaubens.⁹²³ In Krankenanstalten, die, wie es *Schaupp* formuliert, eine „Gesellschaft im Kleinen“ darstellen, spiegeln sich diese Religionszugehörigkeiten wider. Religiöse Fragen und Bedürfnisse treten in Krankenanstalten sogar vermehrt auf, weil die Personen dort oftmals mit schicksalhaften Diagnosen oder dem Tod konfrontiert werden und

⁹¹⁹ Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, Österreichischer Strukturplan Gesundheit 2017 inklusive Großgeräteplan gemäß Beschluss der Bundes-Zielsteuerungskommission vom 30. Juni 2017 inklusive der bis Dezember 2017 beschlossenen Anpassungen (2018) 157.

⁹²⁰ Uniklinikum Salzburg, Integration 14.

⁹²¹ Prinz/Hoffmann/Mitteräcker/Kutalek/Maier, Der alte Mensch im unterschiedlichen kulturellen Kontext, in Peintinger (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 263 (269).

⁹²² In Österreich sind derzeit 16 Kirchen und Religionsgesellschaften gesetzlich anerkannt. Für eine Auflistung siehe Help.gv.at, Gesetzlich anerkannte Kirchen und Religionsgesellschaften <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/82/Seite.820015.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁹²³ Statistik Austria, Volkszählung 2001. Textband. Die demographische, soziale und wirtschaftliche Struktur der österreichischen Bevölkerung (2007) 64. Seit der Volkszählung 2001 dürfen in Österreich bei Volkszählungen keine Daten zur Religionszugehörigkeit mehr erhoben werden (Bundeskanzleramt, Religionen in Österreich. Übersicht der in Österreich anerkannten Glaubensgemeinschaften (2014) 10).

diese „Grenzerfahrungen“ Fragen nach dem Sinn des Lebens, dem „Warum“ und einem Leben nach dem Tod aufwerfen.⁹²⁴ Umfassende Statistiken zur Zahl der SeelsorgerInnen oder Patienten/Patientinnen, die sich seelsorgerische Betreuung wünschen, gibt es nicht. Einzelne Studien zeigen jedoch, dass SeelsorgerInnen im Krankenhausalltag durchaus präsent sind. Am AKH Wien werden beispielsweise wöchentlich durchschnittlich 100 muslimische Patienten/Patientinnen aufgenommen, wovon ungefähr 70 % vom islamischen Seelsorgedienst kontaktiert werden.⁹²⁵ Im Jahr 2011 wurde im AKH Wien die katholische Seelsorge von Angehörigen oder von Patienten/Patientinnen über das Personal auf den Stationen 1.355 Mal angefordert, die Evangelische Seelsorge besuchte 2.084 Patienten/Patientinnen.⁹²⁶

Im Folgenden wird daher beleuchtet, inwieweit Krankenanstalten die religiöse und seelsorgerische Betreuung zu garantieren oder zu dulden haben.

10.7.1 Anstaltsseelsorge

Art 14 StGG gewährt dem Individuum die volle Glaubens- und Gewissensfreiheit, Art 15 StGG räumt jeder gesetzlich anerkannten Kirche und Religionsgesellschaft das Recht der gemeinsamen öffentlichen Religionsübung ein. Somit kommt dem/der einzelnen Patienten/Patientin das Grundrecht auf Religionsfreiheit zu, und haben anerkannte Religionsgemeinschaften das Recht religiöse Handlungen auch in öffentlichen Anstalten vorzunehmen.⁹²⁷

Das KAKuG sieht in § 5a Abs 1 Z 5 vor, dass durch die Landesgesetzgebung die Träger von Krankenanstalten unter Beachtung des Anstaltszwecks und des Leistungsangebotes zu verpflichten sind, auf Wunsch des Pfleglings eine seelsorgerische Betreuung zu ermöglichen. Die Bestimmungen der entsprechenden Landesgesetze setzen dies um.⁹²⁸

Das Recht auf religiöse Betreuung findet sich auch in der Patientencharta. Gem Art 12 ist die religiöse Betreuung stationär aufgenommener Patienten/Patientinnen auf deren Wunsch zu ermöglichen. Da der Besuch von Seelsorgern/Seelsorgerinnen als Besuch von

⁹²⁴ Schaupp, „Wiederkehr des Religiösen“. Gesellschaftliche Entwicklungen als Herausforderung für das Gesundheitswesen, in Schaupp/Platzer/Kröll (Hrsg), Gesundheitssorge und Spiritualität im Krankenhaus (2014) 11 (23).

⁹²⁵ Aslan/Modler-El Abdaoui/Charkasi, Islamische Seelsorge. Eine empirische Studie am Beispiel von Österreich (2015) 187.

⁹²⁶ Plattform der Interreligiösen Zusammenarbeit der Seelsorge und Besuchsdienste im AKH Wien, Seelsorge und Besuchsdienste im AKH Wien Jahresbericht 2011 (2012) 5.

⁹²⁷ Kremsmair, Anstaltsseelsorge in Österreich, ÖAKR 44 1995-97, 98 (99).

⁹²⁸ § 35 Abs 1 Z 5 Bgld KAG 2000; § 23 Abs 1 lit h K-KAO; § 16b Abs 1 Z 5 NÖ KAG; § 28 Abs 2 Z 5 Oö KAG 1997; § 21 Abs 1 Z 5 SKAG; § 19 Abs 2 Z 8 StKAG; § 9a Abs 1 Z 5, § 13 Tir KAG; § 30 Abs 2 lit i VbgSpitalgesetz; § 17a Abs 2 lit 1 Wr KAG.

Vertrauenspersonen zu qualifizieren ist⁹²⁹, ist auch Art 14 Abs 1 Patientencharta einschlägig, der vorsieht, dass sicherzustellen ist, dass Pfleglinge Besuch empfangen können. Zudem ist nach Art 14 Abs 2 Patientencharta dafür zu sorgen, dass „die Patienten und Patientinnen Vertrauenspersonen nennen können, die insb 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.“ Auch diese Vertrauenspersonen können SeelsorgerInnen sein.

Die religionsrechtlichen Regelungen ermöglichen zwei Formen der Anstaltsseelsorge: die institutionalisierte und die nicht-institutionalisierte. Während die institutionalisierte Anstaltsseelsorge von permanenter Betreuung durch eine/n an der Anstalt bestellte/n oder extern von der Religionsgesellschaft zur Ausübung der Seelsorge an einer Anstalt konkret beauftragte/n AnstaltsseelsorgerIn gekennzeichnet ist, stellt die nicht-institutionalisierte Anstaltsseelsorge auf beauftragte bzw ausgewiesene AmtsträgerInnen ab, die freien Zugang zu den Patienten/Patientinnen haben, sofern diese eine Betreuung wünschen.⁹³⁰

Konkret ist das Recht auf Seelsorge in den Krankenanstalten in den einzelnen Religionsgesetzen geregelt. Art XVI Konkordat 1933⁹³¹ sieht etwa für die Katholische Kirche vor, dass in öffentlichen Spitätern, Heil-, Versorgungs- und ähnlichen Anstalten im Einvernehmen mit dem zuständigen Diözesanordinarius eine eigene Anstaltsseelsorge eingerichtet wird. Ist dies nicht der Fall, gewährt die Anstalt dem Ortsseelsorger und dem an seiner Stelle beauftragten Geistlichen das Recht des freien Zutrittes zu den Patienten/Patientinnen zur Seelsorgeausübung.

Für die Evangelische Kirche enthält das Protestantengesetz⁹³² eine detaillierte Regelung. Es sieht vor, dass der Evangelischen Kirche die Ausübung der Seelsorge an Personen evangelischen Glaubensbekenntnisses, die in öffentlichen Krankenanstalten, Versorgungs- und ähnlichen Anstalten untergebracht sind, durch die von ihr beauftragten und ausgewiesenen AmtsträgerInnen jederzeit zu gewährleistet ist (§ 18 Abs 1 Protestantengesetz). In Krankenanstalten, in denen eine anstaltseigene Krankenseelsorge eingerichtet wird, können als evangelische KrankenseelsorgerInnen nur geistliche AmtsträgerInnen bestellt werden, die von der Evangelischen Kirchenleitung hiezu schriftlich ermächtigt sind. Entzieht die Evangelische Kirchenleitung diese Ermächtigung, endet die Funktion des/der betreffenden

⁹²⁹ Potz, Recht auf seelsorgliche Betreuung aus der Sicht der Patienten und der Religionsgemeinschaften, in Körtner/Müller/Kletečka-Pulker/Inthorn (Hrsg), Spiritualität, Religion und Kultur am Krankenbett (2009) 108 (113).

⁹³⁰ Potz in Körtner/Müller/Kletečka-Pulker/Inthorn 115.

⁹³¹ Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich samt Zusatzprotokoll BGBl II 1934/2.

⁹³² Bundesgesetz vom 6. Juli 1961 über äußere Rechtsverhältnisse der Evangelischen Kirche BGBl 1961/182 idF BGBl I 2009/92.

geistlichen Amtsträgers/Amtsträgerin als KrankenseelsorgerIn (§ 18 Abs 2 ProtestantenG). In Anstalten ohne eigene Krankenseelsorge, ist dem/der von der Evangelischen Kirche beauftragten und ausgewiesenen AmtsträgerIn der freie Zutritt zu den Pfleglingen evangelischen Glaubensbekenntnisses zur freien Ausübung der Krankenseelsorge zu ermöglichen. Zudem ist geregelt, dass die Anstaltsordnungen vorzusehen haben, dass die Aufnahme evangelischer Patienten/Patientinnen in regelmäßigen Zeitabständen dem/der nachfragenden AmtsträgerIn der Evangelischen Kirche zur Kenntnis gelangt. Bei Gefahr im Verzug ist der/die KrankenseelsorgerIn unverzüglich zu verständigen (§ 18 Abs 3 ProtestantenG). Die KrankenseelsorgerInnen haben bei Ausübung ihrer Funktion die Vorschriften der Anstaltsordnungen zu beachten und in den Angelegenheiten, die nicht geistliche Belange betreffen, die Anordnungen der zuständigen Anstaltsorgane zu befolgen (§ 18 Abs 4 ProtestantenG). Treten Unzukömmlichkeiten bei der Ausübung der Krankenseelsorge auf, sind diese der Evangelischen Kirchenleitung mitzuteilen und, soweit sie durch ein Verhalten des/der evangelischen Krankenseelsorgers/Krankenseelsorgerin verursacht sind, von dieser abzustellen (§ 18 Abs 5 ProtestantenG).

Für die griechisch-orientalische Kirche gelten die Bestimmungen des ProtestantenG (§ 7 Abs 1 OrthodoxenG⁹³³ iVm § 18 ProtestantenG) ebenso wie für die orientalisch-orthodoxen Kirchen (§ 3 Abs 1 OrientKG⁹³⁴ iVm § 18 ProtestantenG).

Nach der hL normiert § 1 Abs 2 III ProtestantenG ein religionsrechtliches Meistbegünstigungsprinzip. Dies bedeutet, dass Bestimmungen, die im Rahmen des besonderen Religionsrechts einer anerkannten Kirche oder Religionsgemeinschaft ausdrücklich gewährt werden, auch anderen Kirchen oder Religionsgemeinschaften gewährt werden müssen, sofern sie nicht an spezifischen Gegebenheiten der betreffenden Religionsgemeinschaft anknüpfen.⁹³⁵

§ 8 Abs 1 Z 3 IsraelitenG und § 11 Abs 1 IslamG 2015 räumen der israelitischen Religionsgesellschaft bzw der islamischen Glaubensgemeinschaft das Recht ein, ihre Mitglieder, die in öffentlichen Krankenanstalten, Versorgungs-, Pflege- oder ähnlichen Anstalten untergebracht sind, in religiöser Hinsicht zu betreuen. Im Gegensatz zu den Bestimmungen für andere Religionsgemeinschaften ist im IslamG 2015 die Qualifikation der SeelsorgerInnen umfassend geregelt. Es kommen nur Personen in Betracht, die aufgrund ihrer Ausbildung und ihres Lebensmittelpunktes in Österreich fachlich und persönlich dafür

⁹³³ Bundesgesetz vom 23. Juni 1967 über äußere Rechtsverhältnisse der griechisch-orientalischen Kirche in Österreich BGBl 1967/229 idF BGBl I 2011/68.

⁹³⁴ Bundesgesetz über äußere Rechtsverhältnisse der orientalisch-orthodoxen Kirchen in Österreich (Orientalisch-orthodoxes Kirchengesetz – OrientKG) BGBl I 2003/20.

⁹³⁵ Potz/Schinkele, Religionsrecht im Überblick² (2007) 174.

geeignet sind. Sie unterstehen in allen konfessionellen Belangen der Religionsgesellschaft, in allen anderen Angelegenheiten der jeweils zuständigen Leitung für die Einrichtung. Die fachliche Eignung liegt nur dann vor, wenn ein Abschluss eines Studiums gem § 24 IslamG 2015 oder eine gleichwertige Qualifikation vorliegt. Die persönliche Eignung erfordert mindestens drei Jahre einschlägige Berufserfahrung und Deutschkenntnisse auf dem Niveau der Reifeprüfung. Weiters ist eine Ermächtigung durch die Religionsgesellschaft erforderlich (§ 11 Abs 2 IslamG 2015).

10.7.2 Datenschutz

Wird bei der Aufnahme in die Krankenanstalt nach dem Religionsbekenntnis des Patienten/der Patientin gefragt, so muss der/die PatientIn diese Angabe nicht machen. Sowohl die formale Zugehörigkeit als auch das persönliche religiöse Bekenntnis fallen unter Art 9 DSGVO und stellen eine besondere Kategorie personenbezogener Daten dar. Gibt der/die PatientIn die Daten freiwillig bekannt, darf der Krankenanstaltenträger diese nur dann weitergeben, wenn der/die PatientIn eine Zustimmung zur Verwendung der Daten ausdrücklich erteilt hat (Art 9 Abs 2 lit a DSGVO). Auch aus Gründen der Wahrung des Vertrauensverhältnisses zwischen PatientIn und Arzt/Ärztin bzw Krankenanstalt, dem bei der Behandlung eine entscheidende Bedeutung zukommt⁹³⁶, müssen sämtliche Daten – auch jene über das Religionsbekenntnis – vertraulich behandelt werden.

10.8 Religiöse Symbole im Krankenzimmer

Für öffentliche und mit Öffentlichkeitsrecht ausgestattete Schulen, an denen der Religionsunterricht Pflichtgegenstand ist, gibt es eine gesetzlich festgelegte Pflicht, ein Kreuz in allen Klassenräumen anzubringen, wenn die Mehrzahl der SchülerInnen einem christlichen Religionsbekenntnis angehört (§ 2b Abs 1 Religionsunterrichtsgesetz⁹³⁷).⁹³⁸ Für die Gruppenräume der Kindergärten sehen die Landesgesetze entsprechende, wenn auch teilweise voneinander abweichende Regelungen vor.⁹³⁹

⁹³⁶ Aigner, Die ärztliche Verschwiegenheit unter besonderer Berücksichtigung der Amtsärzte, Mitteilungen der österreichischen Sanitätsverwaltung 1985/5, 121.

⁹³⁷ Bundesgesetz vom 13. 7. 1949, betreffend den Religionsunterricht in der Schule (Religionsunterrichtsgesetz) BGBl 1949/190 idF BGBl I 2017/138.

⁹³⁸ Potz/Schinkele, Überlegungen zum „Kreuzurteil“ des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Lautsi v. Italien, 3. 11. 2009, 30814/06) aus österreichischer Perspektive (2010) 2 f, www.laienrat.at/wpcontent/uploads/profpotzkreuzurteil.doc (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁹³⁹ § 12 Abs 2 NÖ Kindergartengesetz 2006 LGBI 5060-0 idF LGBI 2016/38 enthält ebenso wie § 18 Abs 2 OÖ. Kinderbetreuungsgesetz LGBI 2007/39 idF LGBI 2018/55 eine Regelung, die jener der Schulen entspricht, während im Bgld ein Kreuz als „staatliches Symbol“ in jedem Gruppenraum aufzuhängen ist, unabhängig davon, wie viele Kinder einem christlichen Religionsbekenntnis angehören (§ 19 Abs 3 Bgld. KBBG 2009 LGBI 2009/7 idF LGBI 2016/66). In der Stmk ist gem § 6 StKBBG (LGBI 2000/22 idF LGBI 2018/63) in öffentlichen Kinderbetreuungseinrichtungen, in denen die Mehrzahl der Kinder einem bestimmten Religionsbekenntnis angehört, ein religiöses Zeichen in jedem Gruppenraum anzubringen. In Sbg hat der Gesetzgeber sowohl eine Anbringung eines religiösen Symbols in Form eines Kreuzes in allen

Für Krankenanstalten bzw. Krankenzimmer in Krankenanstalten besteht keine derartige gesetzliche Verpflichtung. Dennoch finden sich in vielen Krankenanstalten Kreuze in den Zimmern. Sowohl der VfGH als auch der EGMR haben sich mit „Kreuzen“ in staatlichen Erziehungseinrichtungen beschäftigt, bisher jedoch noch nicht mit dem Anbringen von religiösen Symbolen in Krankenzimmern. Die diesbezügliche Jud ist aufgrund von Gewährleistungs- und Schutzpflichten sowie der besonderen Staatsnähe von Krankenanstalten mit Öffentlichkeitsrecht allerdings auch auf Krankenanstalten anwendbar.⁹⁴⁰

Der EGMR hatte eine Beschwerde zu behandeln, die sich gegen das Anbringen von Kreuzen in öffentlichen italienischen Schulen richtete. Die Mutter zweier Schüler führte aus, das Kreuz verletze ihr Elternrecht (Art 2 des 1. ZP EMRK), ihre Religionsfreiheit (Art 9 EMRK) sowie das Diskriminierungsverbot (Art 14 EMRK). Der EGMR ging ausschließlich auf das Elternrecht, nicht jedoch auf die Religionsfreiheit an sich ein und kam zu dem Schluss, dass das Anbringen von Kreuzen in italienischen öffentlichen Schulen keine Verletzung des Art 2 des 1. ZP EMRK darstellt. Zwar sei das Kreuz in erster Linie ein religiöses Symbol, da ein angebrachtes Kreuz jedoch ein passives Symbol sei, kann nicht angenommen werden, dass es einen Einfluss auf SchülerInnen haben kann.⁹⁴¹

Der VfGH wies die Klage von Eltern gegen das Anbringen von Kreuzen in einem niederösterre Kindergarten ebenfalls ab. Die Eltern hatten vorgebracht, das Kind sei durch das Kreuz im Gruppenraum in seinem Recht auf negative Religionsfreiheit verletzt und sie selbst in ihrem Elternrecht, das Kind religionslos zu erziehen.⁹⁴² Der VfGH sprach dem Kreuz eine Doppelfunktion, einerseits als Symbol abendländischer Geistesgeschichte, andererseits als Symbol christlicher Kirchen, zu.⁹⁴³ Er stellte fest, dass selbst unter der Annahme, dass die Anbringung von Kreuzen einen Eingriff in das Recht auf (negative) Religionsfreiheit bilden könnte, die Rechtsbeeinträchtigung nicht ein Ausmaß erreicht, das den solcherart

Gruppenräumen der von den Gebietskörperschaft geführten Horte (§ 52 Abs 5 Salzburger Kinderbetreuungsgesetz 2007 LGBI 2007/41 idF LGBI 2017/35), als auch in den Gruppenräumen der öffentlichen Kindergärten sowie der öffentlich zugänglichen Privatkindergärten (§ 27 Abs 6 leg cit) vorgesehen. Keine Regelungen in Bezug auf das Anbringen eines Kreuzes lassen sich im Krtn Kinderbildungs- und - betreuungsgesetz LGBI 2011/13 idF LGBI 2017/52, im Tir Kinderbildungs- und Kinderbetreuungsgesetz LGBI 2010/48 idF LGBI 2018/58, im Vbg Gesetz über das Kindergartenwesen LGBI 2008/52 idF LGBI 2018/25 und im Wr Kindergartengesetz LGBI 2003/40 idF LGBI 2018/19finden.

⁹⁴⁰ Kalb/Wakolbinger, Medizinrecht und Religionsrecht, in Resch/Wallner F. (Hrsg), Handbuch Medizinrecht² (2015) 1277 Rz 45.

⁹⁴¹ EGMR 3. 11. 2009, 30814/06, *Lautsi/Italien* und in derselben Sache die Entscheidung der Großen Kammer (EGMR 18.3.2011 (GK) 30814/06, *Lautsi/Italien*); Kalb, Das „Schulkreuz“ vor dem EGMR. Kommentar zum Urteil der großen Kammer, öarr 2010, 384. Kalb/Wakolbinger in Resch/Wallner F. Rz 24.

⁹⁴² VfGH 9. 3. 2011, G 287/09. Krit dazu Kneihs/Rill, Kreuze in Kindergärten. Kritische Anmerkungen zum Erkenntnis des VfGH vom 9. 3. 2011, G 287/09, Journal für Rechtspolitik 2013/21, 163.

⁹⁴³ Krit dazu Körtner, Religion im öffentlichen Raum. Die Kruzifixurteile des VfGH und des EGMR aus Sicht reformierter Theologie. Schulkreuze in österreichischer und europäischen Perspektive, öarr 2010, 353.

angenommenen Eingriff unverhältnismäßig und damit als unvereinbar mit dem Gesetzesvorbehalt des Art 9 Abs 2 EMRK erscheinen ließe.⁹⁴⁴

Ausgehend von diesen Entscheidungen, sieht die hL das Anbringen von Kreuzen in Patientenzimmern als zulässig an.⁹⁴⁵

Kalb/Wakolbinger empfehlen jedoch in Hinblick auf die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates in Bereichen der kultur- und leistungsstaatlichen Dimension – wie etwa dem Gesundheitsbereich – und dem Sachlichkeitsgebot, das Anbieten von Zimmern ohne Kreuz.⁹⁴⁶

Von der Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Kreuzes in einem Krankenzimmer ist die Frage zu unterscheiden, ob iS einer pluralistischen Offenheit auch andere Religionssymbole im Krankenzimmer anzubringen sind. *Kalb/Wakolbinger* verneinen dies unter Hinweis auf die Schwierigkeit bei der Auswahl der Symbole. Zudem entspreche es nicht dem Selbstverständnis der meisten Religionsgemeinschaften Symbole aufzuhängen, sondern es wäre ihnen ein Anliegen, das Kreuz zu entfernen. Das Gleichheitsgebot könne ebenfalls nicht derart ausgelegt werden.⁹⁴⁷

Unabhängig davon, ob ein religiöses Symbol im Zimmer angebracht ist, steht es Patienten/Patientinnen frei, religiöse Symbole mitzubringen und zB auf ihren Nachttisch zu stellen.⁹⁴⁸

⁹⁴⁴ VfGH 9. 3. 2011, G 287/09.

⁹⁴⁵ *Kalb/Wakolbinger* in *Resch/Wallner F.* Rz 49.

⁹⁴⁶ *Kalb/Wakolbinger* in *Resch/Wallner F.* Rz 50.

⁹⁴⁷ *Kalb/Wakolbinger* in *Resch/Wallner F.* Rz 51 f.

⁹⁴⁸ Eine Ausnahme davon kann sich gem 34a UbG ergeben. Siehe dazu *Kopetzki*, Grundriss³ Rz 577/4; *Leitner* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht I/BT/86.

10.9 Zwischenresümee Spezielle Patientenrechte in Krankenanstalten

Krankenanstalten dienen migrantischen Patienten/Patientinnen häufig als erste Anlaufstelle bei gesundheitlichen Problemen, wodurch sich dort vielschichtige Herausforderungen im Umgang mit religiös oder kulturell bedingten Besonderheiten ergeben. Vielfach berühren diese Besonderheiten Alltagsabläufe und -gewohnheiten und entfachen sich Konflikte um das Speiseangebot oder das Einhalten der Gebetszeiten. Das Recht kann solche Konfliktsituationen nur bedingt lösen. Zwar haben Patienten/Patientinnen auch in einer Krankenanstalt aufgrund ihrer Religionsfreiheit das Recht auf Ausübung ihrer Gebetsverpflichtungen oder auf Einhaltung der religiösen Speisevorschriften, die konkrete Umsetzung der Gewährleistung dieser Rechte obliegt jedoch dem Krankenanstaltenträger und hängt von den beteiligten Personen ab. Kollidieren die Gebetszeiten etwa mit der Krankenhausroutine, wird es an einer guten Kommunikation liegen, sowohl PatientIn als auch Gesundheitspersonal zufrieden zu stellen. Gleches gilt für das Recht auf Krankenbesuch oder Wahrung der Privat- und Intimsphäre. Patienten/Patientinnen steht es zu, Besuch zu empfangen, die konkrete Ausgestaltung muss in der Anstaltsordnung festgelegt werden. Zwar bestehen für den Krankenanstaltenträger Möglichkeiten, die gleichzeitige Besucherzahl pro PatientIn einzuschränken, ist eines kultursensiblen Umgangs mit den Wünschen des Patienten/der Patientin und von in Hinsicht auf das Recht auf Sterben in Würde, werden gute Kommunikation sowie die Schaffung von organisatorischen und räumlichen Möglichkeiten anzuraten sein, damit der/die PatientIn möglichst jeden Besuch empfangen kann, den er/sie möchte.

Gleches ist hinsichtlich der Frage nach der Erlaubtheit eines Kreuzes im Krankenzimmer festzustellen. Nach hL verstößt ein solches zwar nicht gegen die Religionsfreiheit eines/einer nicht christlichen Patienten/Patientin, ist einer guten Kommunikation ist das Anbieten von Zimmern ohne Kreuz jedoch wünschenswert.

11 Conclusio

Die Patientenrechte gelten für migrantische in gleicher Weise wie für nicht migrantische Patienten/Patientinnen und gebieten grds Sensibilität, Achtung und Respekt gegenüber deren individuellen Bedürfnissen. Bei migrantischen Patienten/Patientinnen ist dies insofern von besonderer Bedeutung, als der rechtliche Status, kulturelle und religiöse Werte sowie sprachliche Unterschiede im Behandlungssetting berücksichtigt werden müssen:

1. Benötigen Personen Erste Hilfe, muss diese sowohl von Krankenanstalten als auch von Ärzten/Ärztinnen unabhängig von Ethnizität, Staatsbürgerschaft, Wohnort, Aufenthalts- oder Versicherungsstatus der hilfsbedürftigen Person gewährt werden. In öffentlichen Krankenanstalten müssen darüber hinaus unabweisbare Patienten/Patientinnen – ebenfalls unabhängig von den genannten Faktoren – aufgenommen werden. Ist der/die PatientIn weder hilfsbedürftig, noch unabweisbar, steht es Krankenanstalten ebenso wie freiberuflich tätigen Ärzten/Ärztinnen grds frei, den Abschluss eines Behandlungsvertrages abzulehnen. Diskriminierungsverbote schützen allerdings davor, aufgrund von Ethnizität oder Religion abgelehnt zu werden.

Wünschen migrantische Patienten/Patientinnen Behandlungen, die nicht dem medizinischen Standard entsprechen, weil sie kulturell oder religiös geprägte Vorstellungen von Behandlung umsetzen möchten, kann der medizinische Standard in Grenzen abbedungen werden. Voraussetzung dafür ist, dass der/die BehandlerIn die vereinbarte Methode beherrscht und diese nicht kontraindiziert ist.

2. Das Recht auf freie Arztwahl erlaubt es Patienten/Patientinnen, den Behandlungsvertrag mit einem/einer beliebigen Arzt/Ärztin bzw. Krankenanstalt abzuschließen. Dass migrantische Patienten/Patientinnen ihre Arztwahl häufig von Geschlecht, Religion, Sprachkenntnissen oder Ethnizität des Arztes/der Ärztin abhängig machen, ist rechtlich unbedenklich. Anders gestaltet sich die Situation bei der Behandlung in Krankenanstalten, wo das Recht auf freie Arztwahl grds nicht besteht. Patienten/Patientinnen stimmen durch den Abschluss des Behandlungsvertrages mit der Krankenanstalt zu, durch deren kompetentes Personal – ohne Einschränkung auf bestimmte Ärzte/Ärztinnen oder Pflegepersonen – behandelt zu werden. Willigt der/die PatientIn allerdings nur in eine Behandlung durch eine/n bestimmte/n Arzt/Ärztin ein, muss er/sie darüber aufgeklärt werden, wenn ein/e andere/r Arzt/Ärztin eine Behandlung vornimmt.
3. Das Recht auf Aufklärung verpflichtet den Arzt/die Ärztin sowohl zur Beachtung von Sprach-, als auch Kulturrestrieren. Die Aufklärung ist so zu gestalten, dass der/die

PatientIn diese versteht. Liegt eine Sprachbarriere vor, ist es aus Gründen der Qualitätssicherung sowie aus haftungsrechtlichen Überlegungen sinnvoll, einen professionellen Dolmetschdienst beizuziehen. Nach hA und mit Blick auf die Rechtslage in Deutschland, ist es rechtlich allerdings auch vertretbar, LaiendolmetscherInnen heranzuziehen, sofern diese nicht offensichtlich unzureichend dolmetschen. In Hinsicht auf kulturelle Barrieren hat der/die BehandlerIn die Informationen entsprechend an die kulturelle Prägung des Patienten/der Patientin anzupassen und darf nicht davon ausgehen, dass migrantische das gleiche Vorwissen oder Verständnis von Gesundheit und Krankheit mitbringen wie nicht migrantische Patienten/Patientinnen.

Ist die Überwindung der Sprachbarriere nicht möglich und die Behandlung nicht dringend erforderlich, muss die Behandlungsübernahme abgelehnt bzw auf einen Zeitpunkt, in dem die Sprachbarriere überwunden werden kann, verschoben werden. Ist die Behandlung hingegen dringlich geboten, darf die Aufklärung beschränkt werden oder ganz entfallen und sind die Regeln der mutmaßlichen Einwilligung anzuwenden.

4. Nach erfolgter Aufklärung hat der/die entscheidungsfähige PatientIn die Möglichkeit, jede medizinische Behandlung aktuell oder antizipiert abzulehnen. Dadurch können weltanschauliche, religiöse oder kulturelle Vorstellungen von Behandlung verwirklicht werden.

Ist der/die PatientIn hingegen nicht entscheidungsfähig und hat keinen diesbezüglichen Willen geäußert, ist der/die gesetzliche VertreterIn grds nicht frei, medizinisch indizierte Behandlungen aus religiösen oder kulturellen Gründen abzulehnen. Auch Eltern dürfen nicht aus religiösen oder kulturellen Gründen die Zustimmung zu einer medizinisch indizierten Behandlung ihres nicht entscheidungsfähigen Kindes verweigern.

Religiöse oder kulturelle Prägungen führen oftmals dazu, dass Personen medizinisch nicht indizierte Eingriffe wünschen oder ohne ärztliche Unterstützung durchführen (lassen). Der Gesetzgeber billigt unter Hinweis auf die Religionsfreiheit die Beschneidung von entscheidungsfähigen Männern ebenso wie die Beschneidung von nicht entscheidungsfähigen Knaben auf Wunsch der Eltern. FGM ist hingegen in jeglicher Form verboten und wird auch bei Durchführung im Ausland in Österreich geahndet. Einen Graubereich stellen Hymenuntersuchungen sowie -rekonstruktionen dar. Mangels gesonderter Bestimmungen sind derartige Eingriffe erlaubt, konkret wird deren Rechtmäßigkeit jedoch häufig an der Freiwilligkeit und somit an einer rechtmäßigen Einwilligung in die Behandlung scheitern.

5. Ebenso wie nicht migrantische Patienten/Patientinnen, haben migrantische Patienten/Patientinnen das Recht auf Dokumentation und Einsicht in die Krankengeschichte. Dass Sprachbarrieren die faktische Ausübung dieses Rechts häufig verhindern, ist in der Theorie dadurch gelöst, dass nicht deutschsprachige Patienten/Patientinnen die Krankengeschichte kopieren und in der Folge übersetzen lassen können.
6. Zur Wahrung ihrer Rechte, haben Patienten/Patientinnen – neben der Beschreitung des Gerichtswegs – die Möglichkeit, sich an die Patientenvertretungen der Bundesländer zu wenden. Diese stehen grds allen Patienten/Patientinnen – unabhängig von Ethnizität, Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz – zur Verfügung.

Um Mittel aus den Patientenentschädigungsfonds der Länder in Anspruch nehmen zu können, ist maßgeblich, dass die Behandlung in einer vom jeweiligen Landesgesetz erfassten Einrichtung stattgefunden hat. Der Wohnsitz oder die Staatsbürgerschaft spielen ebenso wie bei Ansprüchen aus dem Solidarfonds für den niedergelassenen Bereich keine Rolle. Im Gegensatz dazu kann der Wiener Härtefonds nur von Patienten/Patientinnen mit Wohnsitz in Wien in Anspruch genommen werden, die in einem Spital oder Pflegeheim der Stadt Wien behandelt wurden.

7. Kulturelle oder religiöse Prägungen oder Verhaltensweisen werden bei der stationären Behandlung in einer Krankenanstalt besonders sichtbar. Rechtlich ist klar, dass Patienten/Patientinnen auch in der Krankenanstalt das Recht auf Religionsausübung haben, die konkrete Ausgestaltung muss jedoch mit den Abläufen in der Krankenanstalt kompatibel sein. Gleiches gilt für das Recht des Patienten/der Patientin, Besuch zu empfangen oder auf Wahrung der Privat- und Intimsphäre.

Das Sterben in einer Krankenanstalt ist dem Patienten/der Patientin in Würde zu ermöglichen, wobei auch hier kulturell und/oder religiös geprägte Wünsche nicht frei von den Notwendigkeiten des Krankenhausaustags bzw den Bedürfnissen der Mitpatienten/Mitpatientinnen gedacht werden können.

12 Rechtspolitisches Petitum

Selbstverständlich haben Migranten/Migrantinnen – wie aufgezeigt – subjektive Rechte. Diese stellen allerdings zunächst nur „Optionen auf Rechtsdurchsetzung“ dar, nicht bereits Rechtsdurchsetzung per se.⁹⁴⁹ Zahlreiche angeführte Studien haben gezeigt, dass die Schwierigkeiten bei der Behandlung von migrantischen Patienten/Patientinnen in der Praxis groß sind. Sie erfahren nicht die gleiche Gesundheitsversorgung wie nicht migrantische Patienten/Patientinnen. Sie sind unversorgt, überversorgt und fehlversorgt, sie werden nicht ernst genommen, nicht aufgeklärt oder es werden ihre Willensäußerungen nicht beachtet. Auch die Dokumentation über Behandlungen von migrantischen fällt idR weniger umfangreich aus als bei nicht migrantischen Patienten/Patientinnen. Um dem entgegenzutreten wären de lege ferenda folgende Verbesserungen wünschenswert:

1. BehandlerInnen wird ein hohes Maß an Kenntnissen und Erfahrungen im Umgang mit nicht deutschsprachigen oder kulturell nicht westlich geprägten Personen abverlangt. Neben den fachlichen Kenntnissen ist auch eine interkulturelle Expertise erforderlich, um sprachliche und kulturelle Barrieren zu umgehen und somit allen Patienten/Patientinnen – ungeachtet ihrer Herkunft oder Religion – ihre Rechte zu gewährleisten. Dabei ist es, wie Gartner beschreibt, „normal“ im Hinblick auf kulturelle Besonderheiten ein Stück unwissend zu sein.⁹⁵⁰ Dies umso mehr, als Kultur nichts Starres ist, das für alle Personen gleich ist, sondern es sich dabei um etwas Dynamisches handelt, zu dem jeder Mensch seinen ganz individuellen Zugang hat. In der interkulturellen Arbeit muss daher auf die Vorstellungen des/der Einzelnen Rücksicht genommen werden, wobei Informationen über kulturelle Gegebenheiten oder Bräuche sowie das Einbeziehen einer ethnologischen Perspektive dabei sehr hilfreich sein können.⁹⁵¹ In § 4 ÄAO 2015 ist vorgesehen, dass im Rahmen der ärztlichen Ausbildung eine geistige Grundhaltung der Achtung vor dem Leben, der Würde und den Grundrechten jedes Menschen, ungeachtet der Nationalität, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion, der Hautfarbe, des Alters, einer Behinderung, des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, der Sprache, der politischen Einstellung und der sozialen Zugehörigkeit vermittelt werden soll. Dies impliziert wohl auch eine gewisse Kultursensibilität, es wird jedoch notwendig sein, dem Gesundheitspersonal

⁹⁴⁹ Damm, Der Kampf um Patientenrechte. Soziale und rechtliche Determinanten des Patientenstatus in der modernen Medizin, in Estermann (Hrsg), Der Kampf ums Recht. Akteure und Interessen im Blick der interdisziplinären Rechtsforschung. Beiträge zum zweiten Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologischen Vereinigung (2012) 312 (314).

⁹⁵⁰ Gartner, Archaische Ängste und exotische Träume. Emotionale Herausforderungen in der Arbeit mit Migrantinnen und Migranten, iFamZ 2010, 345 (347).

⁹⁵¹ Gartner, iFamZ 2010, 345 (347).

neben dieser ethischen Grundhaltung ein konkretes Wissen über die angesprochenen Themen in der Ausbildung zu vermitteln und durch Weiter- und Fortbildungen ständig zu erweitern und zu vertiefen. Zusätzlich ist es nötig, sich nicht nur mit dem Anderen, dem Fremden, sondern auch mit dem Eigenen, mit sich selbst zu beschäftigen, da das Fremde nicht absolut ist, sondern in einem Beziehungsverhältnis mit dem Eigenen entsteht und nur als das verstanden werden kann, was dem Eigenen als nicht zugehörig empfunden wird.⁹⁵² Hier können auch Supervisionen für das Gesundheitspersonal hilfreich sein.

2. Die Erfüllung der Patientenrechte steht immer auch im Zusammenhang mit dem Vorhandensein ökonomischer Ressourcen. Das Ausmaß der Realisierbarkeit hängt – wie *Kopetzki* am Beispiel des Rechts auf Wahrung der Intimsphäre in Mehrbeträumen veranschaulicht – ganz wesentlich von der Höhe der eingesetzten Mittel ab.⁹⁵³ Besonders deutlich wird dies bei migrantischen Patienten/Patientinnen. Der Einsatz von Sprach- und Kulturdolmetschern/Kulturdolmetscherinnen, das Bereitstellen von mehrsprachigem Informationsmaterial und zusätzlichen personellen Ressourcen auf Seiten der Angehörigen der Gesundheitsberufe würden die Gewährleistung der Patientenrechte auch für diese vulnerable Gruppe ermöglichen. Wie viele dieser Ressourcen eingesetzt werden, ist eine politische Entscheidung. Das Recht könnte allerdings insofern hilfreich sein, als es die Verteilung der vorhandenen Ressourcen in nachvollziehbarer Weise steuert und beispielsweise klar regelt, unter welchen Umständen ein Dolmetschdienst beizuziehen ist oder ob eine Krankenanstalt Gebetsräume zur Verfügung stellen muss.
3. Die Beziehung von Laiendolmetschern/Laiendolmetscherinnen anstelle von professionellen Dolmetschdiensten führt regelmäßig zu Fehlern, was dem Patienten/der Patientin zum Nachteil gereichen kann. Aus Gerichtsurteilen⁹⁵⁴ sowie aus Medienberichten ist bekannt, dass Sprachprobleme immer wieder schwerwiegende Folgen haben. So wurden etwa im LKH Graz aufgrund einer Verwechslung bei einer schwangeren Türkin viel zu früh die Wehen eingeleitet⁹⁵⁵ oder verlor ein englischsprachiger Tourist aufgrund von sprachlichen Missverständnissen ein Bein.⁹⁵⁶

⁹⁵² *Czekelius*, Das Fremde – eine Annäherung, in *Leitner/Czekelius* (Hrsg), alltäglich | fremd (2010) 21 (31 f).

⁹⁵³ *Kopetzki*, Patientenrechte zwischen normativem Anspruch und ökonomischen Zwängen, in *Kopetzki/Zahrl* (Hrsg), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 9 (11).

⁹⁵⁴ OGH 11. 5. 2010, 4 Ob 36/10 p; OLG Düsseldorf, 12. 10. 1989, 8 U 60/88; OLG München 14. 2. 2002, 1 U 3495/01.

⁹⁵⁵ *derStandard.at*, Landeskrankenhaus Graz: Falsche Schwangere entbunden, 11. 7. 2004, <http://derstandard.at/1723227/Landeskrankenhaus-Graz-Falsche-Schwangere-entbunden> (abgefragt am 8. 4. 2018).

⁹⁵⁶ *derStandard.at*, Video-Dolmetsch-System in Wiener Arztpraxis, 23. 6. 2015, <http://derstandard.at/2000017904365/Video-Dolmetsch-System-in-Wiener-Arztpraxis> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Um sprachbedingte Behandlungsfehler zu verhindern, wäre es erstrebenswert, durch gesetzliche Bestimmungen, Leit- oder Richtlinien einheitliche Standards für die Aufklärung fremdsprachiger Patienten/Patientinnen zu schaffen.⁹⁵⁷ Dafür böte sich eine Regelung im ärztlichen Berufsrecht oder im Zivilrecht in Hinblick auf den Behandlungsvertrag an.

Darüber hinaus wäre es wünschenswert, die Erstattung von Dolmetschkosten in den Katalog der zu übernehmenden Leistungen der Sozialversicherung aufzunehmen. Die konkrete Ausgestaltung kann diskutiert werden. *Kletečka-Pulker* schlägt etwa vor, im Einzelfall zu überprüfen, welcher Umfang von Deutschkenntnissen dem Patienten/der Patientin aufgrund seines/ihrer Aufenthaltsdauer und seinem/ihrem Bildungsstand zugemutet werden kann und die Erstattung der Dolmetschkosten entsprechend anzupassen.⁹⁵⁸ Eine derartige Lösung ist in Hinsicht auf den demographischen Wandel von zweifacher Bedeutung: Einerseits führt der demographische Wandel dazu, dass der Anteil an älteren Personen und damit einhergehend an Personen, die an psychischen Erkrankungen wie Demenz, leiden, steigen wird. Dabei kann es vorkommen, dass Migranten/Migrantinnen die deutsche Sprache wieder verlernen⁹⁵⁹ und auf ihre Muttersprache angewiesen sind. Andererseits schreitet die Diversifizierung der Bevölkerung stetig voran und es ist daher davon auszugehen, dass der Anteil an Personen, die nicht bzw. noch nicht über ausreichende Deutschkenntnisse für einen Arztbesuch verfügen, ansteigen wird.

4. Wenngleich das Recht auf Einwilligung umfassend sowohl für entscheidungsfähige als auch für nicht entscheidungsfähige Patienten/Patientinnen geregelt ist, ergeben sich in der Praxis va bei der Ausübung des Rechts auf Selbstbestimmung durch ausländische Staatsangehörige Herausforderungen. Wünschenswert wäre eine Rechtsangleichung im Bereich der privaten Vorsorge (in Österreich: Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht, gewählte Erwachsenenvertretung), damit die Instrumente zur Selbstbestimmung staatenübergreifend genutzt werden können. Derzeit sind im Zweifel Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung nicht nur nach dem Recht des derzeitigen Aufenthaltsortes, sondern ggf auch nach dem Recht eines späteren Aufenthaltsortes zu errichten, was für Patienten/Patientinnen, BehandlerInnen und Juristen/Juristinnen oftmals unüberwindbare Hürden darstellt.

⁹⁵⁷ So auch *Kletečka*, Aktuelle Fragen der Medizinhaftung, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 57 (66).

⁹⁵⁸ *Kletečka-Pulker* in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* 59.

⁹⁵⁹ *Der Standard*, Deutschkurse für Senioren, 11. 5. 2010; *Prinz/Hoffmann/Mitteräcker/Kutalek/Maier* in *Peintinger* 267.

5. Zwar hat sich der Gesetzgeber in großer Deutlichkeit zur Beschneidung von Knaben geäußert⁹⁶⁰ und diese als straffrei deklariert, es wäre jedoch wünschenswert, die Rechtssicherheit in diesem Bereich – etwa durch eine Gesetzesänderung – zu erhöhen. Va ist Rechtssicherheit darüber zu schaffen, ob Beschneidungen auch von „Nichtärzten/Nichtärztinnen“ vorgenommen werden dürfen. Die Erläut zum ÄsthOpG halten zwar klar fest, dass nur ein Arzt/eine Ärztin Beschneidungen durchführen darf und mE erlaubt auch § 50a ÄrzteG nicht, Beschneidungen an Laien zu delegieren, in der Praxis führen jedoch weiterhin von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen durch und wird dies offenbar auch geduldet. Wünschenswert wäre eine rechtliche Klarstellung, wie sie etwa auch in Deutschland erfolgt ist. Dort dürfen in den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes auch besonders ausgebildete Laien die Beschneidung durchführen.
6. Die von den Einrichtungen der Gesundheitsversorgung getroffenen Maßnahmen zur Wahrung der Patientenrechte von migrantischen Patienten/Patientinnen weichen stark voneinander ab. Während manche Krankenanstalten Dolmetschdienste anbieten und religiös und/oder kulturell geprägte Bedürfnisse ihrer Patienten/Patientinnen auch im Krankenhausalltag berücksichtigen, mangelt es anderen Einrichtungen am Bewusstsein für die speziellen Herausforderungen bei der Behandlung von Patienten/Patientinnen mit Sprach- und/oder KulturbARRIERE. Es wäre daher erstrebenswert, den Verbreitungs- und Durchdringungsgrad von kultursensiblen Maßnahmen zunächst zu evaluieren und dann konkrete Zielvorgaben zu setzen, die mit einer durchgängigen Erfolgskontrolle verbunden sind.

Bei der Umsetzung genannter Vorschläge ist allerdings, wie es *Bergmann* zutreffend formuliert, davor zu warnen, den schwierigen und verantwortungsvollen Bereich der Behandlung und Versorgung migrantischer Patienten/Patientinnen mit einem Regelungsnetz zu versehen. Da die bereits herrschenden sehr hohen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes/der Ärztin bezüglich Wahrung des Fachstandards, Aufklärung und Dokumentation ebenso für die Behandlung und Versorgung migrantischer Patienten/Patientinnen gelten, wird es darauf ankommen, dass BehandlerInnen und Patienten/Patientinnen in einen Dialog miteinander treten.⁹⁶¹ Da Migranten/Migrantinnen keine homogene Gruppe darstellen, sollte durch verstärkte Kommunikation versucht werden, Besonderheiten in der Betreuung migrantischer Patienten/Patientinnen zu berücksichtigen.

⁹⁶⁰ ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 11.

⁹⁶¹ *Bergmann* in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* 122.

Eine tragende Rolle bei der Verbesserung der Situation der Gesundheitsversorgung von Migranten/Migrantinnen kommt der Forschung und dem Diskurs unter Experten/Expertinnen und Praktikern/Praktikerinnen zu. Die Berücksichtigung der in dieser Dissertation behandelten medizinrechtlichen Fragen in Hinsicht auf nicht deutschsprachige oder kulturell nicht westlich geprägte Patienten/Patientinnen ist essentiell. Denn eine Vernachlässigung dieses Themas in der Forschung und in weiterer Folge in der Praxis, könnte einer gefährlichen Polemisierung Vorschub leisten und zu einem Ausschluss ganzer Gruppen von der medizinischen Versorgung führen.

13 Rechtsquellenverzeichnis

13.1 Gesetzesquellen

Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. 7. 1951 (Genfer Flüchtlingskonvention – GFK) BGBI 1955/55.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946 idF BGBI I 2018/58.

Allgemeine Erklärung der Menschenrechte A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III).

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBI 1991/51 idF BGBI I 2013/161.

Bundesgesetz betreffend Datensicherheitsmaßnahmen bei der Verwendung elektronischer Gesundheitsdaten (Gesundheitstelematikgesetz 2012 – GTelG 2012) BGBI I 2012/111 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaftsgesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Rechtspflegergesetz, das Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. ErwSchG) BGBI I 2017/59.

Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden (BFA-Verfahrensgesetz) BGBI I 2012/87 idF BGBI I 2015/70.

Bundesgesetz, mit dem das Krankenanstaltengesetz, das Bundesgesetz über die Dokumentation im Gesundheitswesen, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Beamten- Kranken- und Unfallversicherungsgesetz und das Sozialversicherungs-Ergänzungsgesetz geändert werden BGBI 2001/5.

Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Gebührengesetz 1957, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009) BGBI 2009/122.

Bundesgesetz betreffend Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG) BGBI 1996/657 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch geändert wird (Strafgesetznovelle 2011) BGBI I 2011/130.

Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Gesundheit Österreich GmbH, das Sozialversicherungs-Ergänzungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Beamten- Kranken- und Unfallversicherungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Apothekengesetz, das Medizinproduktegesetz, das Ärztegesetz 1998, das Musiktherapiegesetz, das Psychotherapiegesetz, das EWR-Psychologengesetz, das EWR-Psychotherapiegesetz, das Psychologengesetz 2013, das Kardiotechnikergesetz, das Medizinische Assistenzberufe-Gesetz, das Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz, das Sanitätergesetz, das Zahnärztesgesetz und das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 geändert werden (EU-Patientenmobilitätsgesetz – EU-PMG) BGBI I 2014/32.

Bundesgesetz über Ausbildung, Tätigkeiten und Beruf der Sanitäter (Sanitätergesetz – SanG) BGBI I 2002/30 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz über äußere Rechtsverhältnisse der orientalisch-orthodoxen Kirchen in Österreich (Orientalisch-orthodoxes Kirchengesetz – OrientKG) BGBI I 2003/20.

Bundesgesetz über den Hebammenberuf (Hebammengesetz – HebG) BGBI 1994/310 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz über den kardiotechnischen Dienst (Kardiotechnikergesetz – KTG) BGBI I 1998/96 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (DSG) BGBI I 1999/165 idF BGBI I 2018/24.

Bundesgesetz über die allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetscher (Sachverständigen- und Dolmetschergesetz – SDG) BGBI 1975/137 idF BGBI I 2017/10.

Bundesgesetz über die äußeren Rechtsverhältnisse islamischer Religionsgesellschaften – Islamgesetz 2015 BGBI 2015/39.

Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG) BGBI I 2005/100 idF BGBI I 2018/32.

Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz 1998 – ÄrzteG 1998) BGBI I 1998/169 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG) BGBI I 2012/80 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz über die Gesundheit Österreich GmbH (GÖGG) BGBI I 2006/132 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (AsylG 2005) BGBI I 2005/100 idF BGBI I 2017/145.

Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GlBG) BGBI I 2004/66 idF BGBI I 2017/40.

Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgegesetz – NAG) BGBI I 2005/100 idF BGBI I 2018/32.

Bundesgesetz über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-Gesetz) BGBI 1992/460 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz über die religiöse Kindererziehung 1985 (RelKEG) BGBI 1985/155 idF BGBI I 1999/191.

Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen (Organtransplantationsgesetz – OTPG) BGBI I 2012/108.

Bundesgesetz über Gesundheits- und Krankenpflegeberufe (Gesundheits- und Krankenpflegegesetz – GuKG) BGBI I 1997/108 idF 2018/37.

Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG) BGBI 1957/1 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG) BGBI I 2006/55.

Bundesgesetz vom 1. März 1990 über die Unterbringung psychisch Krämer in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz – UbG) BGBI 1990/155 idF BGBI I 2017/131.

Bundesgesetz vom 13. 7. 1949, betreffend den Religionsunterricht in der Schule (Religionsunterrichtsgesetz) BGBI 1949/190 idF BGBI I 2017/138.

Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) BGBI 1978/304 idF BGBI I 2015/87.

Bundesgesetz vom 1. Juni 1982, mit dem das Krankenanstaltengesetz geändert wird BGBI 1982/273.

Bundesgesetz vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG) BGBI 1983/185 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG) BGBI 1975/218 idF BGBI I 2018/1.

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBI 1974/60 idF BGBI I 2017/117.

Bundesgesetz vom 23. Juni 1967 über äußere Rechtsverhältnisse der griechisch-orientalischen Kirche in Österreich BGBI 1967/229 idF BGBI I 2011/68.

Bundesgesetz vom 26. März 1969 über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahmen (Strafvollzugsgesetz – StVG) BGBI 1969/144 idF BGBI I 2018/32.

Bundesgesetz vom 31. März 1965 über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Dienstnehmer (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz) BGBI 1965/80 idF BGBI 1983/169.

Bundesgesetz vom 6. Juli 1960, mit dem Vorschriften über die Straßenpolizei erlassen werden (Straßenverkehrsordnung 1960 – StVO 1960) BGBI 1969/159 idF BGBI I 2018/42.

Bundesgesetz vom 6. Juli 1961 über äußere Rechtsverhältnisse der Evangelischen Kirche BGBI 1961/182 idF BGBI I 2009/92.

Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG) BGBI 1955/189 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz zur Qualität von Gesundheitsleistungen (Gesundheitsqualitätsgesetz – GQG) BGBI I 2004/179 idF BGBI I 2013/81.

Bundesgesetz, mit dem Arbeiten mit gentechnisch veränderten Organismen, das Freisetzen und Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und die Anwendung von Genanalyse und Gentherapie am Menschen geregelt werden (Gentechnikgesetz – GTG) BGBI 1994/510 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG) BGBI 1992/275 idF BGBI I 2018/37.

Bundesgesetz über die Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen 1987 (Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz 1987 – KJBG) BGBI 1987/599 idF BGBI I 2017/40.

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBI 1930/1 idF BGBI I 2018/22.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2010/C 83/02.

Epidemiegesetz 1950 BGBI 1950/186 idF BGBI I 2018/37.

Erlass des BMJ vom 31. 7. 2012, GZ BMJ-120001S/3/IV/12.

Gebührenordnung für Ärzte (Deutschland, dGOÄ) vom 12. November 1982 dBGBI I S. 1522 idF dBGBI I S. 1861.

Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – JN) RGBI 1895/111 idF BGBI I 2018/32.

Gesetz vom 21. März 1890, betreffend die Regelung der äußeren Rechtsverhältnisse der israelitischen Religionsgesellschaft RGBI 1890/57 idF BGBI I 2012/48.

Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte BGBI 1978/590.

Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich samt Zusatzprotokoll BGBI II 1934/2.

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBI 1958/210 idF BGBI III 2010/47.

RL 2000/43/EG des Rates vom 29. 7. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABIL 2000/180, 22.

RL 2004/113/EG des Rates vom 13. 12. 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABIL 2004/373, 37.

RL 2010/64/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 10. 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABIL 2010/280, 1.

RL 2011/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 9. 3. 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABIL 2011/88, 45 (Patientenmobilitätsrichtlinie).

RL 2013/32/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABIL 2013/180, 60.

RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABIL 2013/180, 96.

Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder RGBI 1867/142 idF BGBI 1988/684.

Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919 StGBI 1920/303 idF BGBI III 2002/179.

Strafprozeßordnung 1975 (StPO) BGBI 1975/631 idF BGBI I 2018/32.

Tuberkulosegesetz BGBI 1968/127 idF BGBI I 2016/63.

Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul Konvention) BGBI III 2014/164 idF BGBI III 2018/106.

Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen (Haager Erwachsenenschutzübereinkommen – HESÜ) BGBI III 2013/287.

Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens BGBI I 2017/98.

Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) in Österreich (Grundversorgungsvereinbarung – Art. 15a B-VG) BGBI I 2004/80.

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) BGBI III 1999/86 idF BGBI III 2009/132.

Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) BGBI 1991/52 idF BGBI I 2016/120.

VO (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABI L 2008/177, 6.

VO (EG) 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABI L 2007/199, 40.

VO (EG) 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 2004/166, 1.

VO (EU) 1259/2010 des Rates vom 20. 12. 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABI L 2007/343, 10.

VO (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (DSGVO) ABI L 2016/119, 1.

VO (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1992/2006.

VO der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales betreffend den Gesundheitsschutz von Spendern und die Qualitätssicherung von Blut und Blutbestandteilen (Blutspenderverordnung – BSV) BGBI II 1999/100 idF BGBI II 2010/17.

VO des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über die Kriterien für die Reihung der ärztlichen und zahnärztlichen BewerberInnen um Einzelverträge mit den Krankenversicherungsträgern (Reihungskriterien-Verordnung) BGBI II 2002/487 idF BGBI II 2015/64.

VO der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über Weiterbildungen für Gesundheits- und Krankenpflegeberufe (Gesundheits- und Krankenpflege-Weiterbildungsverordnung – GuK-WV) BGBI II 2006/453 idF BGBI II 2010/359.

VO der Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur betreffend die Anerkennung der Anhänger von Jehovahs Zeugen als Religionsgesellschaft BGBI II 2009/139.

VO der Österreichischen Ärztekammer über Leistungen aus dem Solidarfonds (Solidarfonds-VO 2014), Kundmachung der Österreichischen Ärztekammer Nr. 05/2014, veröffentlicht am 30. 6. 2014.

VO der Bundesministerin für Gesundheit über die Ausbildung zur Ärztin für Allgemeinmedizin/zum Arzt für Allgemeinmedizin und zur Fachärztin/zum Facharzt (Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2015 – ÄAO 2015) BGBI II 2015/147.

VO der Bundesministerin für Gesundheit über gesundheitliche Vorkehrungen für Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen BGBI II 2015/198.

Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen BGBI 1969/318.

13.2 Landesrechtliche Bestimmungen

Burgenländisches Antidiskriminierungsgesetz (Bgld ADG) LGBI 2005/84 idF LGBI 2018/39.

Burgenländisches Mindestsicherungsgesetz LGBI 2010/76 idF LGBI 2018/40.

Geschäftsordnung der Patienten-Entschädigungskommission Steiermark (GOPEK 2016) LGBI 2016/113.

Gesetz über das Kindergartenwesen Vorarlberg LGBI 2008/52 idF LGBI 2018/25.

Gesetz über die Burgenländische Gesundheits-, Patientinnen-, Patienten- und Behindertenanwaltschaft LGBI 2000/51.

Gesetz über die Tiroler Patientenvertretung LGBI 2017/26.

Gesetz vom 7. Dezember 2017 über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens im Burgenland (Burgenländisches Gesundheitswesengesetz 2017) LGBI 2018/6.

Gesetz vom 18. April 2007 über die Kinderbetreuung im Land Salzburg (Salzburger Kinderbetreuungsgesetz 2007) LGBI 2007/41 idF LGBI 2017/35.

Gesetz vom 30. Juni 2010 über die Kinderbetreuung in Tirol (Tiroler Kinderbildungs- und Kinderbetreuungsgesetz) LGBI 2010/48 idF LGBI 2018/58.

Gesetz vom 30. 10. 2008 über die Kinderbetreuung im Burgenland (Bgld. KBBG 2009) LGBI 2009/7 idF LGBI 2016/66.

Kärntner Antidiskriminierungsgesetz (K-ADG) LGBI 2004/63 idF 2017/44.

Kärntner Gesundheitsfondsgesetz LGBI 2013/67 idF LGBI 2017/69.

Kärntner Mindestsicherungsgesetz LGBI 2007/15 idF LGBI 2018/10.

Kärntner Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz – K-KBBG LGBI 2011/13 idF LGBI 2017/52.

Kärntner Patienten- und Pflegeanwaltschaftsgesetz LGBI 1990/53 idF LGBI 2014/19.

Krnt Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung LGBI 2001/93.

Landesgesetz, mit dem Bestimmungen über die Kinderbetreuung in der Gruppe erlassen werden (Oö. Kinderbetreuungsgesetz – Oö. KBG) LGBI 2007/39 idF LGBI 2018/55.

NÖ Antidiskriminierungsgesetz (NÖ ADG) LGBI 2017/24.

NÖ Grundversorgungsgesetz LGBI 9240-0 idF LGBI 2018/23.

NÖ Mindestsicherungsgesetz LGBI 9205-3 idF LGBI 2018/23.

NÖ Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung LGBI 9450/3-0.

Oö Antidiskriminierungsgesetz (Oö ADG) LGBI 2005/50 idF LGBI 2017/51.

Oö Mindestsicherungsgesetz LGBI 2011/74 idF LGBI 2018/55.

Oö Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung LGBI 1999/80 idF LGBI 2010/18.

RL des Freiwilligen Wiener Härtefonds, https://www.wien.gv.at/gesundheit/einrichtungen/patienten_anwaltschaft/pdf/haertefonds-richtlinien-bf.pdf (abgefragt am 3. 8. 2018).

Salzburger Gleichbehandlungsgesetz (S.GBG) LGBI 2006/31 idF LGBI 2018/1.

Sbg Patientinnen- und Patientenentschädigungs-Gesetz LGBI 2002/59 idF LGBI 2016/44.

Salzburger Mindestsicherungsgesetz LGBI 2017/63 idF LGBI 2017/124.

Steiermärkisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz – StKBBG LGBI 2000/22 idF LGBI 2018/63.

Steiermärkisches Mindestsicherungsgesetz LGBI 2011/14 idF LGBI 2018/63.

Stmk Gesetz über die Patientinnen-/Patienten- und Pflegevertretung LGBI 2003/66 idF LGBI 2016/63.

Stmk Landes-Gleichbehandlungsgesetz (L-GBG) LGBI 2004/66 idF LGBI 2017/104.

Stmk Patientenentschädigungsgesetz LGBI 2002/113 idF LGBI 2018/63.

Tiroler Antidiskriminierungsgesetz 2005 (TADG 2005) LGBI 2005/25 idF LGBI 2017/127.

Tiroler Patientenentschädigungsfonds-Gesetz LGBI 2001/71 idF LGBI 2017/32.

Tiroler Mindestsicherungsgesetz LGBI 2010/99 idF LGBI 2018/18.

Vbg Gesetz über das Verbot der Diskriminierung LGBI 2005/17 idF LGBI 2017/16.

Vbg Gesetz über Einrichtungen zur Wahrung der Rechte und Interessen von Patienten und Klienten (Patienten- und KlientenschutzG) LGBI 1999/26 idF LGBI 2017/78.

Vbg Mindestsicherungsgesetz LGBI 2010/64 idF LGBI 2018/37.

Vbg Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung LGBI 1998/29 idF LGBI 2012/18.

Verordnung des Landeshauptmannes von Burgenland vom 16. April 2018 zur Erfassung unbekannter Tuberkulosefälle (Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnung 2018) LGBI 2018/23.

Wiener Antidiskriminierungsgesetz (Wr ADG) LGBI 2004/35 idF LGBI 2018/39.

Wiener Kindergartengesetz (WKGG) LGBI 2003/40 idF LGBI 2018/19.

Wiener Patientenentschädigungsfonds Richtlinien, <https://www.wien.gv.at/gesundheit/einrichtungen/patientenanwaltschaft/pdf/patientenentschaedigungsfonds-richtlinien-bf.pdf> (abgefragt am 3. 8. 2018).

Wiener Pflege-, Patientinnen- und Patientenanwaltschaft LGBI 2006/59 idF LGBI 2011/18.

Wiener Mindestsicherungsgesetz LGBI 2010/38 idF LGBI 2018/02.

13.3 Materialien

AB 1381 BlgNr 22. GP.
AB 1089 BlgNR 15. GP.
Anfragebeantwortung 192/AB 25.GP.
BT-Drs 17/10488, 25.
ErläutRV 30 BlgNR 13. GP.
ErläutRV 296 BlgNR 21. GP.
ErläutRV 1299 BlgNR 22. GP.
ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP.
ErläutRV 1689 BlgNR 24. GP.
ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP.
ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP.
ErläutRV 33 BlgNR 25. GP.
ErläutRV 446 BlgNR 25. GP.
ErläutRV 688 BlgNR 25. GP.
ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP.
Erläut Reihungskriterien-Verordnung, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Begut/BEGUT_COO_2026_100_2_531790/COO_2026_100_2_531804.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018).
Parlamentarische Anfrage 198/J 25. GP.
Parlamentarische Anfrage 199/J 25. GP.
Parlamentarische Anfrage 200/J 25. GP.
Parlamentarische Anfrage 4319/J 25. GP.
RV 754 BlgNR 21. GP.
StProtNR 15. GP.

13.4 Rechtsquellen aus Deutschland

Bürgerliches Gesetzbuch d BGBI 2002 I S. 42, 2909; 2003 I 738 idF d BGBI 2016 I S. 1190.
Erstes Buch Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – Gesetz vom 11. 12. 1975, d BGBI I S. 3015 idF d BGBI I S. 2325 m.W.v. 1. 1. 2015.
Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20. 12. 2012 d BGBI I 2749.
Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013, d BGBI 2013 I Nr. 9, 277.
Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespflegesatzverordnung – BPfIV) BGBI I S. 2750 idF BGBI I S. 2581.

14 Judikaturverzeichnis

14.1 EGMR

EGMR 23. 6. 1993, 12875/87, *Hoffmann/Österreich*.

EGMR 3. 11. 2009, 30814/06, *Lautsi/Italien*.

EGMR 18.3.2011 (GK) 30814/06, *Lautsi/Italien*.

14.2 Judikatur aus Österreich

OGH 19. 12. 1956, 2 Ob 673/56 EvBl 1957/132 = SZ 29/84.

OGH 12. 3. 1963, 8 Ob 34/63 EvBl 1963/265 = ZVR 1963/237 = JBl 1964, 150 = SZ 36/37.

OGH 30. 5. 1974, 2 Ob 115/74 EvBl 1975/45 = ZVR 1975/145 = SZ 47/69.

OGH 18. 3. 1981, 1 Ob 743/80 JBl 1982, 491 = REDOK 1842.

OGH 23. 6. 1982, 3 Ob 545/82 SZ 55/114 = VersR 1983, 744 = JBl 1983, 373 (krit Holzer).

OGH 23. 5. 1984, 1 Ob 550/84 SZ 57/98 = JBl 1985, 159 = EvBl 1985, 149.

OGH 11. 9. 1984, 9 Os 121/84 SSt 55/59 = JBl 1985, 304 = EvBl 1985/48.

OGH 19. 12. 1984, 3 Ob 562/84 RdW 1985, 272 = JBl 1985, 548 = EvBl 1985/85 = SZ 57/207 = ÖJZ 1985/85.

OGH 3. 9. 1986, 1 Ob 586/86 SZ 59/144 = EvBl 1989/80 = JBl 1988, 237 = RZ 1987/40 = ÖJZ 1989/80 = EFSIg 52.740 = EFSIg 51.322 = EFSIg 51.321 = EFSIg 51.338 = EFSIg 52.768 = EFSIg 51.316.

OGH 21. 10. 1987, 8 Ob 652/87 = ÖJZ 1988/6 = ÖJZ 1988/85 = EFSIg 96.800 = EFSIg 96.799.

OGH 16. 3. 1989, 8 Ob 525/88 (8 Ob 526/88) SZ 62/53.

OGH 21. 9. 1989, 8 Ob 535/89 JBl 1990, 459 = KRES 9/16 = ecolex 1993, 658 (*Heid/Rudolf, Rechtsprechungsübersicht*).

OGH 25. 1. 1990, 7 Ob 727/89 ÖJZ 1990/87.

OGH 12. 9. 1990, 1 Ob 651/90 JBl 1991, 455 = KRES 9/18.

OGH 4. 7. 1991, 6 Ob 558/91 EvBl 1993/3 = JBl 1992, 520 (*Apathy*) = VersR 1992, 1498.

OGH 7. 4. 1992, 10 ObS 22/92 ARD 4402/7/92 = ZAS 1993/12 (*Schrammel, Radner*) = infas 1992, 73 = DRdA 1993/3 (*Binder*).

OGH 12. 11. 1992, 8 Ob 628/92 JBl 1994, 336 = RdM 1994/2 (*Kopetzki*) = KRES 9/24 = JBl 1994, 336.

OGH 28. 4. 1993, 6 Ob 542/93 RdM 1994/20.

OGH 7. 9. 1993, 10 Ob 503/93 RdM 1994/1 (*Kopetzki*).

OGH 25. 1. 1994, 1 Ob 532/94 RdM 1994, 121 (*Kopetzki*) = JBl 1995, 245 = SZ 67/9 = Jus-Extra OGH-Z 1933 = EFSIg 74.919.

OGH 23. 6. 1994, 6 Ob 555/94 RdM 1995, 16 (*Kopetzki*).

OGH 31. 1. 1995, 4 Ob 509/95 JBl 1995, 453 = RdM 1995/15 (*Kopetzki*) = ÖJZ 1995/149 = EFSIg 78.505 = KRES 9/40 = EFSIg 78.504 = ÖJZ-LSK 1995/194.

OGH 11. 1. 1996, 2 Ob 505/96 RdM 1996/11.

OGH 30. 1. 1996, 4 Ob 505/96 RdM 1996/24.

OGH 12. 3. 1996, 10 Ob 1530/96 RdM 1996/25 = ZfRV 1996/48.

OGH 4. 6. 1996, 1 Ob 601/95 JBl 1996, 714 = Jus-Extra OGH-Z 2173 = RdM 1997, 49 = EFSIg 81.119 = EFSIg 81.120 = EFSIg 81.123 = EFSIg 81.126 = EFSIg 81.129 = EFSIg 81.134 = EFSIg 81.147 = EFSIg 81.189 = EFSIg 81.190 = EFSIg 81.212 = EFSIg 81.212 = EFSIg 81.232.

OGH 13. 8. 1996, 2 Ob 2192/96 h SZ 69/179 = ecolex 1996, 858 = ÖJZ 1997/1.

OGH 3. 9. 1996, 10 Ob 2350/96 RdM 1997/4 = SZ 69/199 = ZVR 1997/47.

OGH 12. 9. 1996, 10 ObS 2303/96 s DRdA 1997/29 (*Mazal*) = RdM 1997/12 = ZASB 1997, 28 = SSV-NF 10/95.

OGH 28. 8. 1997, 3 Ob 2121/96 z RdM 1998/7 = ÖJZ 1998/24.

OGH 14. 4. 1998, 10 Ob 137/98 i RdM 1998/21 = EFSIg 88.168.

OGH 23. 2. 1999, 4 Ob 335/98 p RdM 1999/11 (*Kletečka*) = KRES 9/70 = EFSIg 90.124 = RdW 1999, 465 = JBl 1999, 531.

OGH 23. 11. 1999, 1 Ob 254/99 f ÖJZ-LSK 2000/81 = ÖJZ-LSK 2000/82 = ÖJZ-LSK 2000/80 = EvBl 2000/79 = RZ 2000, 125 = RdM 2000, 123 = JBl 2000, 657 (*Jabornegg*) = SZ 72/183.

OGH 23. 3. 2000, 10 Ob 24/00 b RdM 2001, 18 = ARD 5146/35/2000.

OGH 29. 1. 2001, 3 Ob 87/00 s RdM 2001/21 = Sachverständige 2012, 203.

OGH 28. 2. 2001, 7 Ob 233/00 s RZ 2001/31 = RdM 2002/2 = VRInfo 2008 H 11, 4.

OGH 15. 3. 2001, 6 Ob 258/00 k RdM 2001/29 = ZVR 2002/32.

OGH 29. 3. 2001, 2 Ob 60/01 i RdM 2002/10 = ZVR 2002/36 = ARD 5350/10/02.

OGH 30. 7. 2001, 10 ObS 151/01 f RdW 2002/313 = ARD 5292/17/2002 = ZASB 2002, 3 = ASoK 2002, 311.

OGH 19. 12. 2001, 7 Ob 199/01 t RdM 2002/21.

OGH 12. 12. 2002, 6 Ob 280/02 y.

OGH 5. 6. 2003, 12 Os 73/03 ÖJZ-LSK 2003/197 = EvBl 2003/189 = RZ 2003, 258 = RZ 2004/27 = SSt 2003/73.

OGH 26. 9. 2003, 3 Ob 131/03 s SZ 2003/112 = ZVR 2004, 114 = RdW 2004, 208 = RdM 2004, 58 = RZ 2004, 114.

OGH 12. 8. 2004, 1 Ob 139/04 d RdM 2004, 188 = ARD 5596/19/05 = ZVR 2005, 77 (*Danzl*) = SZ 2004/122.

OGH 4. 10. 2005, 4 Ob 121/05 f SZ 2005/139 = Zak 2006/25 = ÖJZ-LSK 2006/17 = EvBl 2006/21 = RdM 2006, 21 = JBl 2006, 254 (*Pfersmann*) = ZVR 2006/42 (*Danzl*, tabellarische Übersicht).

OGH 7. 3. 2006, 1 Ob 4/06 d.

OGH 18. 10. 2006, 9 Ob 72/06 p Zak 2007/127 = RZ 2007, 74.

OGH 11. 12. 2007, 5 Ob 148/07 m Zak 2008/164 = RdM 2008/38 (*Kopetzki*) = EF-Z 2008/63 = iFamZ 2008/68 = ÖJZ-LS 2008/27 = JBl 2008, 521 = ecolex 2008/109 (*Wilhelm*) = RdM 2008/126 (*Leischner*, tabellarische Übersicht) = RZ 2008/11 = EFSIg 117.259 = ZVR 2008/54 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = Jus-Extra OGH-Z 5908.

OGH 10. 6. 2008, 4 Ob 87/08 k EF-Z 2008/103 = Jus-Extra OGH-Z 4562 = Zak 2008/542 = RdM 2008/126 (*Leischner*, tabellarische Übersicht) = EvBl-LS 2008/18 = RdM 2009/35 = iFamZ 2008/123 = RZ 2009, 39 = ZVR 2009/38 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = EFSIg 119.580 = SZ 2008/82.

OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07 p EF-Z 2008/117 = EF-Z 2008/141 (Jud) = RdM 2008/119 = Zak 2008/571 (*Kletečka*) = iFamZ 2008/178 = EvBl-LS 2008/35 = JBl 2009,100 = iFamZ 2009/40 = RdM 2009/111 (*Leischner*, Rechtsprechungsübersicht) = RZ 2009, 42 = EFSIg 119.903 = EFSIg 119.904 = EFSIg 119.905 = EFSIg 119.906 = EFSIg 119.907 = EFSIg 119.927 = EFSIg 119.928 = SZ 2008/94.

OGH 11. 5. 2010, 4 Ob 36/10 p ZfRV-LS 2010/44 = ecolex 2010/269 = Zak 2010/480 (*Kletečka*) = ÖZPR 2010/93 (*Resch*) = RdM 2010/152 (*Bernat*) = iFamZ 2010/193 = RdM 2010/160 (*Leischner*, Rechtsprechungsübersicht) = Zak 2011/76 (*Harrer-Hörzinger*) = RZ 2011, 17 = ZVR 2011/45 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = MietSlg 62.175 = SZ 2010/52 = Zak 2014/80 (*Nigl*, Judikaturübersicht).

OGH 1. 9. 2010, 7 Ob 141/10 a RdM-LS 2011/4 = RdM 2011/150 (*Leischner*, Rechtsprechungsübersicht).

OGH 4. 11. 2010, 8 Ob 123/10 m RdM-LS 2011/8 = RdM 2011/150 (*Leischner*, Rechtsprechungsübersicht) = Zak 2014/80 (*Nigl*, Judikaturübersicht).

OGH 28. 1. 2011, 6 Ob 259/10 x RdM-LS 2011/13 = Zak 2011/175 = iFamZ 2011/110 = ÖZPR 2011/80 = RdM 2011/150 (*Leischner*, Rechtsprechungsübersicht) = Zak 2014/80 (*Nigl*, Judikaturübersicht).

OGH 28. 2. 2011, 9 Ob 4/11 w RdM-LS 2011/36 = RdM 2011/150 (*Leischner*, Rechtsprechungsübersicht).

OGH 8. 3. 2011, 5 Ob 231/10 x RdM-LS 2011/37 = EvBl-LS 2011/109 = iFamZ 2011/158 = RdM 2011/150 (*Leischner*, Rechtsprechungsübersicht) = ZVR 2012/42 (*Danzl*, tabellarische Übersicht).

OGH 31. 3. 2011, 1 Ob 9/11 x Zak 2011/371 = iFamZ 2011/161 = RdM 2011/138 (*Leischner*) = RdM 2011/150 (*Leischner*, Rechtsprechungsübersicht) = ZVR 2012/42 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = Zak 2014/80 (*Nigl*, Judikaturübersicht).

OGH 22. 6. 2011, 2 Ob 219/10 k Newsletter Menschenrechte NL 2011, 250 = Zak 2011/526 = AnwBl 2011, 408 = Jus-Extra OGH-Z 5044 = EvBl 2011/152 (*Steininger*) = ecolex 2011/388 = JBl 2012, 251 (*Kalb*) = RdM 2011/168 (*Leischner*) = RZ 2012, 67 = ZVR 2012/42 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = ZVR 2012/44 (*Huber*) = SZ 2011/76 = Zak 2014/80 (*Nigl*, Judikaturübersicht).

OGH 18. 7. 2011, 6 Ob 168/10 i RdM-LS 2011/64 = RdM 2012/110 (*Leischner-Lenzhofer*, Rechtsprechungsübersicht).

OGH 24. 7. 2013, 9 ObA 40/13 t ARD 6353/5/2013 = ZAS-Judikatur 2013/150 = RdW 2013/608 = DRdA 2014, 66 = RZ 2014, 71 = ecolex 2013/414 = infas 2013, 231.
OGH 17. 2. 2014, 4 Ob 27/14 w RdM-LS 2014/21 = RdM 2014/208 (*Leischner-Lenzhofer*, Rechtsprechungsübersicht).
OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14 a EvBl-LS 2015/45 (*Rohrer*) = Zak 2015/100 = ZVR 2015/45 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = HAVE/REAS 2015, 164 (*Huber*) = RdM 2015/111 = RdM 2015/149 (*Leischner-Lenzhofer*, Rechtsprechungsübersicht).
OGH 18. 3. 2015, 3 Ob 22/15 d RdM-LS 2015/53 = DAG 2015/55 = RdM 2015/149 (*Leischner-Lenzhofer*, Rechtsprechungsübersicht) = ZfG 2016, 16 (*Leitner*, Rechtsprechungsübersicht).
OGH 25. 9. 2015, 5 Ob 26/15 g Zak 2015/686 = RdM-LS 2015/90 = iFamZ 2016/2 = ZfG 2016, 16 (*Leitner*, Rechtsprechungsübersicht) = ZVR 2016/44 (*Danzl*, tabellarische Übersicht).
OGH 21. 4. 2016, 9 Ob 19/16 h ZfG 2016, 52 (*Fischer/Leitner*, Rechtsprechungsübersicht) = Zak 2016/466.
OGH 31. 8. 2016, 2 Ob 148/15 a Zak 2016/643.
OGH 27. 9. 2017, 7 Ob 70/17w ZfG 2017, 130 = Zak 2017/748 = DAG 2018/9 = RdM-LS 2018/12.
OGH 20. 12. 2017, 3 Ob 212/17 y RdM-LS 2018/70 (*Leischner-Lenzhofer*) = ZfG 2018, 25.
OGH 22. 3. 2018, 4 Ob 208/17 t Zak 2018/258 = iFamZ 2018/88 = AnwBl 2018/168 = DAG 2018/44.

RIS-Justiz RS0021335.
RIS-Justiz RS0026413.
RIS-Justiz RS0026473.
RIS-Justiz RS0026499.
RIS-Justiz RS0027787.
RIS-Justiz RS0038270.
RIS-Justiz RS0102906.

VfGH 16. 3. 1995, G 247, 248/94 VfSlg 14094 = RdM 1995, 153 = ZfVB 1996/443 = JBl 1995, 646 = ARD 4656/15/95.
VfGH 18. 3. 2000, G 24/98 ua, V 38/98 ua VfSlg 15787-15865.
VfGH 23. 6. 1989, B 1973/88 VfSlg 12107 = ZfVB 1990/973 = ZfVB 1990/979.
VfGH 9. 12. 2014, V54/2014 VfSlg 19936.
VfGH 9. 3. 2011, G 287/09 öarr 2010, 449 = iFamZ 2011/90 = ZfVB 2011/1412 = ZfVB 2011/1428 = ZfVB 2011/1434 = JBl 2011, 372 = JRP 2013, 163.

VwGH 2. 6. 1965, Z 1817/64 VwSlg 6719A/1965 = ÖJZ 1966, 333 = JBl 1966, 332.
VwGH 12. 12. 1967, 564/3/67 ÖJZ 1969, 53.
VwGH 23. 4. 2007, 2004/10/0192 ZfVB 2008/694.
VwGH 27. 4. 2016, Ra 2015/10/0111 JusGuide 2016/26/4647 = JBl 2016, 412 = ZVG-Slg 2016/14, 60.
VwGH 24. 4. 2018, Ro 2017/03/0016.

14.3 Judikatur aus Deutschland

AG Leipzig, 30. 5. 2003, 17 C 344/03 MedR 2003, 582.

BGH 18. 3. 1980, VI ZR 247/78 BGHZ 76, 259.
BGH 10. 1. 1984, VI ZR 297/81 BGHZ 89, 250.
BGH 8. 1. 1985, VI ZR 15/83 VersR 1985, 361.
BGH 19. 7. 2016, VI ZR 75/15.

BSG 10. 5. 1995, 1 RK 20/94 NJW 1996, 806.
BSG, 6. 2. 2008, B 6 KA 40/06 R.

BVerfG, 28. 1. 2013, 1 BvR 274/12.

BVerwG 25. 1. 1996, 5 C 20/95 NJW 1996, 3092.

KG Berlin 15. 1. 1998, 20 U 3654/96 MedR 1999, 226.
KG Berlin 8. 5. 2008, 20 U 202/06 MedR 2009, 47.

Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 31. 8. 2006, L 7 VG 9/05.

LG Berlin 15. 1. 1998, 20 U 3654/96 MedR 1999, 226.

LG Köln 28. 2. 2007, 23 O 28/06 VersR 2008, 525.
LG Köln 7. 5. 2012, 151 Ns 169/11.

OLG Brandenburg 10. 6. 1998, 1 U 3/98 MedR 1998, 470.

OLG Braunschweig 11. 4. 2002, 1 U 37/01 openJur 2012, 38054.

OLG Düsseldorf 12. 10. 1989, 8 U 60/88 NJW 1990, 771 = VersR 1990, 852.

OLG Frankfurt a. M. 19. 5. 1993, 13 U 138/92 VersR 1994, 986.

OLG Hamm 19. 12. 1979, 13 U 268/78 VersR 1981, 686.

OLG Hamm 15. 3. 1982, 3 U 184/81 AHRS 5350/10.

OLG Hamm 11. 9. 2000, 3 U 109/99 VersR 2002, 192.

OLG Karlsruhe 17. 12. 1986, 7 U 43/84 VersR 1988, 93.

OLG Karlsruhe 2. 8. 1995, 13 U 44/94 VersR 1997, 241.

OLG Karlsruhe 19. 3. 1997, 13 U 52/96 VersR 1998, 718.

OLG Karlsruhe 11. 9. 2002, 7 U 102/01 MedR 2003, 104.

OLG München 26. 7. 1978, 12 U 1879/78 VersR 1979, 848 = AHRS 6805/88.

OLG München 31. 5. 1990, 24 U 961/89 AHRS 5350/21.

OLG München 26. 11. 1992, 1 U 6976/91 VersR 1993, 1488.

OLG München 23. 6. 1994, 1 U 7286/93 VersR 1995, 95.

OLG München 14. 2. 2002, 1 U 3495/01 VersR 2002, 717.

OLG Nürnberg 28. 6. 1995, 4 U 3943/94 VersR 1996, 1372.

OLG Nürnberg 30. 10. 2000, 5 U 319/00 NJW-RR 2002, 1255 = ArztR 2002, 267 (m Anm *Debong*).

OLG Oldenburg 17. 1. 2011, 5 U 187/10.

OLG Oldenburg 30. 5. 2014, 5 U 216/11.

OLG Saarbrücken 24. 3. 1993, 1 U 126/92 VersR 1994, 1427.

OLG Stuttgart 7. 1. 1993, 14 U 49/92.

OVG Lüneburg 11. 1. 2002, 4 MA 1/02.

OVG Lüneburg 23. 7. 2002, 4 ME 336/02 NJW 2003, 3290.

SG Hamburg 10. 12. 2003, S 27 KS 251/01 BeckRS 2004, 40600.

SG Hildesheim 1. 12. 2011, S 34 SO 217/10.

15 Literaturverzeichnis

- Adensamer*, Vorsorgevollmacht mit Auslandsberührungen. Kollisionsrechtliche Beurteilung aus österreichischer Sicht, iFamZ 2009, 372.
- Aichinger*, Kind obduziert: Mutter erhält kein Schmerzengeld, Die Presse 27. 12. 2015, http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4894565/Kind-obduziert_Mutter-erhaelt-kein-Schmerzengeld- (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Aigner*, Die ärztliche Verschwiegenheit unter besonderer Berücksichtigung der Amtsärzte, Mitteilungen der österreichischen Sanitätsverwaltung 1985/5, 121.
- Aigner*, Organentnahmen – ein Problem der ärztlichen Verschwiegenheit? Österreichische Ärztezeitung 1985/10, 29.
- Aigner*, Organentnahmen bei Verstorbenen zu Transplantationszwecken gemäß § 62a KAG; Widerspruchsregister, RdM 1994, 119.
- Aigner*, Zur Aufnahmepflicht öffentlicher Krankenanstalten, RdM 1996, 111.
- Aigner*, Rechtsgrundlagen auf dem Sektor der Notfallmedizin, RdM 1996, 67.
- Aigner*, Thesen zum Vorhaben der Schaffung einer verschuldensunabhängigen Entschädigung bei Behandlungsfehlern in der Medizin, Die Versicherungsrundschau 1997/3, 45.
- Aigner*, Sonderklasse – freie Arztwahl, RdM 1998, 21.
- Aigner*, Zur Situation der Patientenrechte in Österreich. Bestandsaufnahme und Perspektiven, RdM 2000, 77.
- Aigner*, Weibliche Beschneidung, RdM 2001, 16.
- Aigner*, Zur Situation der Patientenrechte in Österreich, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Patientenrechte in Österreich (2001) 31.
- Aigner*, Risiko und Recht der Gesundheitsberufe, RdM 2004/23.
- Aigner*, Die Patientenverfügung – Rückblick, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz. Stärkung oder Schwächung der Patientenrechte? (2006) 15.
- Aigner*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (PatVG), J Neurol Neurochir Psychiatr 2007/4, 29.
- Aigner*, Kind und Recht in der Medizin, in *Kerbl/Thun-Hohenstein/Damm/Waldhauser* (Hrsg), Kind und Recht. 3. Jahrestagung Politische Kindermedizin 2009 (2010) 1.
- Aigner*, Datenschutz – Patientenschutz aus gesundheitspolitischer Sicht, RdM 2012/56.
- Aigner*, Arzt und Patient – die ärztliche Aufklärung, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 25.
- Aigner*, Impfaufklärung und Einverständniserklärung, http://www.draloisdengg.at/bilder/pdf/Impf_kritik/Impfaufklaerung_Einverstaendniserklaerung_Aigner2012.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Aigner*, Das ärztliche Berufsrecht, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) III/1.
- Aigner M.*, Schmerz im kulturellen Kontext, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 159.
- Aigner/Hausreither*, Beschneidung – Rechtsansicht des BMJ. Zur Frage der strafrechtlichen Relevanz der Vornahme einer Beschneidung an Knaben aus religiösen Motiven, RdM 2012/147.
- Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998 samt erläuternden Anmerkungen³ (2007).
- Aigner/Leisch*, ELGA – Die Elektronische Gesundheitsakte. Ein Überblick, RdM 2013/6.
- Aigner/Milisits*, Die Elektronische Gesundheitsakte, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2018) I/351.
- Aigner/Schwamberger*, Weitergabe von Patientendaten im Notfall. Ärztegeheimnis und Datenschutz stehen einer Weitergabe von Patientendaten im Notfall an Notärzte nicht entgegen, RdM 2006/94.
- Alesch*, Vorstellung von AniMedes-Apps, Wien Klin Wochenschr [Suppl], DOI 10.1007/s00508-013-0462-8.
- Aljović/Dučić/Mestrović*, Generation Dolmetsch, dasbiber, <http://www.dasbiber.at/content/generation-dolmetsch> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Alpers/Hanssen*, Interpreters in Intercultural Health Care Settings: Health professionals' and professional interpreters' cultural knowledge and their reciprocal perception and collaboration, Journal of Intercultural Communication, ISSN 1404-1634, Issue 23.
- Amir*, Ritual Circumcision and Urinary Tract Infection in Israel, IMAJ 2010, 303.
- Ammer*, Schubhaft und Asyl, juridikum 2007, 72.

- Andreas*, Dolmetscherkosten bei ausländischen Patienten, ArztR 2001, 206.
- Anouk*, Krankenhausverbindungskomitee, <https://geistigkrank.wordpress.com/tag/krankenhausverbindungskomitee/> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Anzenberger/Bodenwinkler/Breyer*, Migration und Gesundheit. Literaturbericht zur Situation in Österreich. Im Auftrag der Arbeiterkammer Wien und des Bundesministeriums für Gesundheit (2015).
- Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III. Schuldrecht Besonderer Teil³ (2008).
- Arbeitskreis „Charta für eine kultursensible Altenpflege“*, Für eine kultursensible Altenpflege. Eine Handreichung (2002), <http://www.bagso.de/fileadmin/Aktuell/Themen/Pflege/handreichung.pdf> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Ärzte Zeitung (Deutschland)*, Eingliederung von Migranten braucht Geduld. Wie lassen sich Migranten in den Pflegearbeitsmarkt integrieren? Ein Schwerpunkt beim 14. Gesundheitspflege-Kongress von Springer Pflege, 8. 11. 2016.
- Ärzte Zeitung (Deutschland)*, Flüchtlingsversorgung: Kliniken im Norden erhalten sechs Millionen, 23. 11. 2016, https://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/gp_specials/fluechtinge/article/924401/fluechtlingsversorgung-kliniken-norden-erhalten-sechs-millionen.html (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Ärzte Zeitung online (Deutschland)*, 19. 7. 2016, Genitalverstümmelung. Große Dunkelziffer in Deutschland, <http://www.aerztezeitung.de/extras/druckansicht/?sid=916335&pid=907634> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Aslan/Modler-El Abdaoui/Charkasi*, Islamische Seelsorge. Eine empirische Studie am Beispiel von Österreich (2015).
- Asylkoordination Österreich*, Weniger Asyl – mehr Versorgung? Studie zu den Änderungen in der Bundesbetreuung (2005).
- Auer/Milisits/Reimer*, ELGA-Handbuch (2014).
- Austrian Health*, <http://www.austrianhealth.at/index.php/ueber-uns> (abgefragt am 16. 9. 2016).
- Ayasch*, Reformen bei der Untersuchung von SexdienstleisterInnen, ZfG 2016/4, 113.
- Babitsch/Braun/Borde/David*, Doctor's perception of doctor-patient relationships in emergency departments: What roles do gender and ethnicity play? BMC Health Services Research 2008, 8:82.
- Barth*, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 57.
- Barth*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2005, 596.
- Barth*, Medizinisch nicht indizierte Beschneidung ist Körperverletzung, iFamZ 2012/163.
- Barth*, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz – die wichtigsten Änderungen aus der Sicht der Pflege (Teil I), ÖZPR 2017/50.
- Barth*, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz – die wichtigsten Änderungen aus der Sicht der Pflege (Teil II), ÖZPR 2017/68.
- Barth/Dokalik*, Personensorge, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 147.
- Barth/Ganner*, Grundlagen des materiellen Sachwalterrechts, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 33.
- Baumgartner*, Familienrecht und Gewissensfreiheit in Österreich, ÖJZ 2000, 781.
- Beclin*, Gutachtliche Stellungnahme zur Frage der Haftpflichtigen und der Verantwortung für Dritte nach dem III. Teil des GlBG, <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/documents/340065/441424/Gutachtliche+Stellungnahme+zur+Frage+der+Haftpflichtigen.pdf/89fa12ba-3377-45b1-bf33-ab988502c58e> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Beer*, Ethnos, Ethnie, Kultur, in *Fischer/Beer* (Hrsg), Ethnologie. Einführung und Überblick⁵ (2003) 53.
- Behrens*, Why physicians ought not to perform virginity tests, J Med Ethics 2015, 691.
- Bergmann*, Aufklärung in der arbeitsteiligen Medizin, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Risiko Aufklärung (2001) 91.
- Bergmann*, Organisationsanforderungen bei der Behandlung ausländischer Patienten aus rechtlicher Sicht, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 109.
- Bernat*, Behandlungsabbruch und (mutmaßlicher) Patientenwill, RdM 1995, 51.
- Bernat*, Die medizinische Behandlung Minderjähriger im österreichischen Recht – Selbst- und Fremdbestimmung nach dem Inkrafttreten des Kinderschutzrechts-Änderungsgesetzes 2001, VersR 2002, 1467.

- Bernat*, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung: Die medizinische Behandlung Minderjähriger nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, in *Kern/Mazal* (Hrsg), Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 45.
- Bernat*, Der von der Haftung des Krankenanstaltenträgers losgelöste Ersatz des Patientenschadens nach § 27a Abs 6 KAKuG, MedR 2004, 310.
- Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? (Teil I) Anmerkungen zum BG über Patientenverfügungen sowie zur Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, EF-Z 2006/23.
- Bernat*, Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei einwilligungsunfähigen Patienten – Anmerkungen zu OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07p, JBl 2009, 129.
- Bernat*, Die rituelle Beschneidung nichteinwilligungsfähiger Knaben. Zugleich eine Besprechung des Urteils des LG Köln v 7. 5. 2012, 151 Ns 169/11, EF-Z 2012/121.
- Bernat*, Entwicklungslinien des Medizinrechts. Eine Bestandsaufnahme aus Anlass von 20 Jahren „Recht der Medizin“ (1994-2014), RdM 2014/49.
- Bienwalt*, Aktuelle Entwicklungen im Kindschaftsrecht in Deutschland. Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, iFamZ 2013, 76.
- Biermann*, Der Wille des Patienten ist oberstes Gebot: Wie weit reicht die Behandlungspflicht tatsächlich? in *Kröll/Pateter/Schweppé* (Hrsg), Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin. Festschrift für Univ.-Prof. Dr. Helfried Metzler (2009) 20.
- Biffl/Rössl/Faustmann*, Migration, Interkulturalität und Sucht – ein komplexes Zusammenspiel, SozSi 2015, 493.
- Binder*, Die rechtliche Zulässigkeit von Zwangsbehandlung und behandlungsbedingter Freiheitsbeschränkung, SozSi 1997, 232.
- Binder*, Das Wohl des Kindes geht vor, Kurier 21. 7. 2012, <http://kurier.at/chronik/oberoesterreich/das-wohl-des-kindes-geht-vor/805.098> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Bleiler*, Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto (2010).
- Blum/Lehmann*, Trends in der Krankenhausküche, Das Krankenhaus 2014, 328.
- Blum/Steffen*, Das migrantenfreundliche Krankenhaus, Das Krankenhaus 2013, 709.
- Borde/Braun/David*, Unterschiede in der Inanspruchnahme klinischer Notfallambulanzen durch deutsche Patienten/innen und Migranten/innen. Problembeschreibung, Ursachenanalyse, Lösungsansätze. Schlussbericht (2003).
- Bramböck*, Vom Sachwalter zum Erwachsenenvertreter: Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz und medizinische Behandlungen, DAG 2017/62.
- Brandstetter*, Die Begrenzung medizinischer Behandlungspflicht durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in *Mazal* (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 45.
- Brandstetter*, Religiöse Speisevorschriften, Fastenbestimmungen und ihre möglichen Auswirkungen auf die Gesundheit, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 429.
- Brandstetter/Zahrl*, Die strafrechtliche Haftung des Arztes, RdM 1994, 17.
- Brauer*, Autonomie und Familie. Behandlungsentscheidungen bei geschäfts- und einwilligungsunfähigen Volljährigen (2013).
- Braune*, *Informed Consent* im kulturbedingten Spannungsfeld, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 189.
- Brickner*, Traiskirchen: Asylwerber starb an Meningitis, derStandard.at 31. 7. 2014, <http://derstandard.at/2000003811527/Asylwerber-starb-in-Traiskirchenan-Meningitis> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Bürger/Halmich*, HeimAufG. Heimaufenthaltsgesetz (2015).
- Bundesärztekammer*, Stellungnahme der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Zentrale Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer „Medizinische Altersschätzung bei unbegleiteten jungen Flüchtlingen“, Deutsches Ärzteblatt 2016, 473.
- Bundeskanzleramt*, Religionen in Österreich. Übersicht der in Österreich anerkannten Glaubensgemeinschaften (2014).
- Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz*, Impfplan Österreich 2018. Allgemein empfohlene Impfungen (2018).
- Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz*, https://www.bmfsf.gv.at/home/Gesundheit/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheiten/Infektionskrankheiten_A-Z/Geschlechtskrankheiten (abgefragt am 8. 4. 2018).

- Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres*, Patientenverfügung, <https://www.bmeia.gv.at/reise-aufenthalt/leben-im-ausland/gesundheit-und-soziales/patientenverfuegung/> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Deutschland*, Handbuch für eine kultursensible Altenpflege (2006), http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/publikationen_did=80754.html (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Bundesministerium für Gesundheit*, Schulimpfungen von Schülärztinnen und -ärzte, http://bmgs.gv.at/home/Schwerpunkte/Gesundheitsfoerderung_Praevention/Impfen/Schulimpfung_en_von_Schul%C3%A4rztinnen_und_-_%C3%A4rzte (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Bundesministerium für Gesundheit*, Impfplan Österreich (2016).
- Bundesministerium für Gesundheit und Frauen*, Interkulturelle Kompetenz im Gesundheitswesen (2005).
- Bundesministerium für Gesundheit und Frauen*, Österreichischer Strukturplan Gesundheit 2017 inklusive Großgeräteplan gemäß Beschluss der Bundes-Zielsteuerungskommission vom 30. Juni 2017 inklusive der bis Dezember 2017 beschlossenen Anpassungen (2018).
- Bundesministerium für Gesundheit*, Impfempfehlung für in Asyl-Erstaufnahmecentren aufgenommene Personen, Version 2 vom 9. 12. 2015, http://www.bmgs.gv.at/cms/home/attachments/4/0/8/CH1100/CMS1421069535472/impfung_erstaufnahme.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Bundesministerium für Inneres*, Gesundheitsvorsorge in den Betreuungsstellen des Bundes für Asylsuchende, <http://bmi.gv.at/news.aspx?id=6847514B4B6C59596357383D> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz*, Konsenspapier: Erwachsenenschutzrecht für Gesundheitsberufe (2018), <https://www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/erwachsenenschutz/konsenspapiere-mit-institutionen~43.de.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Buschmann*, Hungerstreiks. Notizen zur transnationalen Geschichte einer Protestform im 20. Jahrhundert (2015), <http://www.bpb.de/apuz/216235/hungerstreiks-transnationale-geschichte-einer-protestform?p=0> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Chan/Alagappan/Rella/Bentley/Soto-Greene/Martin*, Interpreter Services In Emergency Medicine, The Journal of Emergency Medicine 2010, 133.
- Cinthio*, „You go home and tell that to my dad!“ Conflicting Claims and Understandings on Hymen and Virginity, Sexuality and Culture (2015) 172.
- Coussey*, Framework of integration policies (2000).
- Czekelius*, Das Fremde – eine Annäherung, in *Leitner/Czekelius* (Hrsg), alltäglich | fremd (2010) 21.
- Damm*, Der Kampf um Patientenrechte. Soziale und rechtliche Determinanten des Patientenstatus in der modernen Medizin, in *Estermann* (Hrsg), Der Kampf ums Recht. Akteure und Interessen im Blick der interdisziplinären Rechtsforschung. Beiträge zum zweiten Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologischen Vereinigung (2012) 312.
- Daneshmandi*, „Sie sind keine tickende Zeitbombe“. Schätzungen zufolge ist jeder zweite Asylwerber traumatisiert – die Wartezeit für eine Behandlung dauert bis zu ein Jahr, kurier.at 26. 7. 2016, <https://kurier.at/wissen/fluechtinge-und-asylwerber-traumatisiert-aber-deshalb-keine-potenzielle-attentaeter/211.805.760> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- David*, Besonderheiten bei der Versorgung von zugewanderten Patientinnen. Ergebnisse aktueller Studien und praktische Erfahrungen in Frauenheilkunde und Geburtshilfe, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 1.
- David/Borde*, Kranksein in der Fremde? Türkische Migrantinnen im Krankenhaus (2001).
- Degn*, Fremdsprachige Patienten, Ärzte Krone 2008/3, 29 (Editorial).
- derStandard.at*, Deutschkurse für Senioren, 11. 5. 2010, <http://derstandard.at/1271376486573/Deutschkurse-fuer-Senioren> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- derStandard.at*, Landeskrankenhaus Graz: Falsche Schwangere entbunden, 11. 7. 2004, <http://derstandard.at/1723227/Landeskrankenhaus-Graz-Falsche-Schwangere-entbunden> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- derStandard.at*, Video-Dolmetsch-System in Wiener Arztpraxis, 23. 6. 2015, <http://derstandard.at/2000017904365/Video-Dolmetsch-System-in-Wiener-Arztpraxis> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Deusel*, Beschneidung und jüdische Identität, Allgemeine Rabbinerkonferenz, 2012, <http://a-r-k.de/bitmila/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

- Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht⁷ (2014).*
- Die Presse, Opfer und Medienstar: Der Fall Olivia Pilhar, 16. 1. 2010, https://diepresse.com/home/leben/gesundheit/533340/Opfer-und-Medienstar_Der-Fall-Olivia-Pilhar (abgefragt am 8. 4. 2018).*
- Disoski, Die intakte (Jung-)Frau, derStandard.at 22. 8. 2010, <http://derstandard.at/1282273246385/Die-intakte-Jung-Frau> (abgefragt am 8. 4. 2018).*
- Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² (Stand: 26. 11. 2015, rdb.at).*
- Dörfler, Anforderungen und Herausforderungen an eine Ambulanz für Migrantinnen, Vortrag im Rahmen des Symposiums Migration. Epidemiologische und medizinische Aspekte, 16. 11. 2011, https://www.meduniwien.ac.at/hp/fileadmin/tropenmedizin/PDF_Christ/MigraDoerfler.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018).*
- Dujmovits, Der Schutz religiöser Minderheiten nach der EMRK, in *Grabenwarter/Thienel* (Hrsg), Kontinuität und Wandel der EMRK. Studien zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1998) 139.*
- Dujmovits, Organtransplantation, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/BT/1.*
- Dullinger, Mitwirkungspflichten des Patienten im Rahmen der ärztlichen Behandlung, RdM 2012/136.*
- Ebden/Bhatt/Carey/Harrison, The Bilingual Consultation, The Lancet 1988, 347.*
- Edlbacher, Körperliche, besonders ärztliche, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365.*
- Eich/Grundmann, Muslimische Rechtsmeinungen zu Hirntod, Organtransplantation und Leben, Zeitschrift für medizinische Ethik 2003, 302.*
- Ellinger/Missliwetz, Die Verpflichtung zur Führung ärztlicher Aufzeichnungen, RZ 1994, 124.*
- Emberger/Wallner (Hrsg), Ärztegesetz mit Kommentar² (2008).*
- Englähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996).*
- Erlinger, Die Aufklärung nicht Deutsch sprechender Patienten. Drei neue Urteile zu einem alten Thema, Der Onkologe 2003, 865.*
- Essén/Blomqvist/Helström/Johnsdotter, The experience and responses of Swedish health professionals to patients requesting virginity restoration (hymen repair), Reproductive Health Matters 2010, 38.*
- Fabrizy, StGB⁹ (2006).*
- Fatahi/Mattsson/Lundgren/Hellström, Nurse radiographers' experiences of communication with patients who do not speak the native language, Journal of Advanced Nursing 2010, 774.*
- FH Oberösterreich Studienbetriebs GmbH (Hrsg), 1. Symposium „Interkulturalität & Pflege – ein Querschnittsthema“. Abstraktband (2015).*
- Fischer-Czermak, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293.*
- Fischer-Czermak, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004/83.*
- Fischmeister/Eibler, Ersteinschätzung der Behandlungsdringlichkeit in der Notfallambulanz des St.-Anna-Kinderspitals in Wien. Erfahrungsbericht nach einem Jahr Manchester Triage System (MTS), in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* (Hrsg), Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit (2013) 173.*
- Fleisch, Der chirurgische Eingriff aus Sicht des Juristen, ÖJZ 1965, 421.*
- Flora, Die Anwendung nicht-wissenschaftlicher Behandlungsmethoden durch Ärzte – ein Betrug? RdM 1997, 109.*
- Flubacher, Schweizer Erfahrungen mit Dolmetschern im Gesundheitswesen. Anstrengungen, den Einsatz kompetenter Dolmetscher zu fördern, in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* (Hrsg), Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit (2013) 119.*
- Fokus online, Migration. Kopftücher und Großfamilien in Arztpraxis verboten, 3. 9. 2010, http://www.focus.de/politik/deutschland/migration-kopftuecher-und-grossfamilien-in-arztpraxis-verboten_aid_548571.html (abgefragt am 8. 4. 2018).*
- Forschungsbereich beim Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, In Vielfalt altern. Pflege und Pflegepräferenzen im Einwanderungsland Deutschland, Policy Brief des SVR-Forschungsbereichs 2015-2 (2015).*
- Forschungsprojekt KURVE, <http://home.pflegeundmigration.de/> (abgefragt am 30. 9. 2016).*

Forum für eine kultursensible Altenhilfe, <https://www.kultursensible-altenhilfe.de/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Frankfurter Allgemeine, Traumatisierte Flüchtlinge „Mindestens die Hälfte der Menschen ist psychisch krank“, 16. 9. 2015, <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/fluechtlinge-sind-oftmals-traumatisiert-13806687.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Franta, Die geschichtliche Entwicklung des Transplantationsrechts. Dissertation (2005).

Frisch, Video-Sprechstunde. Krankenkasse prescht vor, ÄrzteZeitung 8. 2. 2016, http://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/e-health/telemedizin/article/904512/video-sprechstunde-krankenkasse-prescht.html (abgefragt am 8. 4. 2018).

Frischenschlager, Delegation ärztlicher Aufgaben an Angehörige, RdM 2005/112.

Fuchs, Religionsfreiheit erlaubt nicht alles, Die Presse 2012/31/01.

Fuchs L., Zur Haftung des Belegarztes, RdM 2002/43.

Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (Stand: 1. 6. 2016, rdb.at).

Furger, Probleme der Transplantationsmedizin aus theologischer Sicht, in *Ach/Quante* (Hrsg), Hirntod und Organverpflanzung. Ethische, medizinische, psychologische und rechtliche Aspekte der Transplantationsmedizin² (1999) 101.

Furtmayr/Frewer, Das Istanbul-Protokoll und die Dokumentation von Folter, MenschenRechtsMagazin 2008, 155.

Füszl, Das neue Organtransplantationsgesetz, ÖZPR 2013/19.

Ganahl/Dahlvik/Röthlin/Alpagu/Sikic-Fleischhacker/Peer/Pelikan, Gesundheitskompetenz bei Personen mit Migrationshintergrund aus der Türkei und Ex-Jugoslawien in Österreich. Ergebnisse einer quantitativen und qualitativen Studie (2016).

Gartner, Archaische Ängste und exotische Träume. Emotionale Herausforderungen in der Arbeit mit Migrantinnen und Migranten, iFamZ 2010, 345.

Gemeinsamer Europäischer Referenzrahmen für Sprachen, <http://www.europaeischer-referenzrahmen.de/sprachniveau.php> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Geroldinger, Eckpfeiler des neuen Erwachsenenschutzverfahrens, RZ 2018, 69.

Geschäftsstelle des Menschenrechtsbeirates Bundesministerium für Inneres, Bericht des Menschenrechtsbeirates zu Kindern und Jugendlichen im fremdenrechtlichen Verfahren (2011).

Gesundheit Österreich GmbH, Verfahrensanweisungen. Überprüfung der Einwilligung einer Lebendspenderin / eines Lebendspenders zur Organspende (2014).

Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besuchswerteter Personen. Eine Darstellung aus materiellrechtlicher Sicht – Schluss, ÖJZ 2004/7.

Gmeiner/Kopetzki, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungs-Gesetz? Zeitschrift für Biopolitik 2005/2, 67.

Gözler/Schneck, Traumatisierte Flüchtlinge in Deutschland/Traumatised refugees in Germany – circumstances of psychotherapeutic treatment, Kontext 2013/44, 41.

Greifeld, Einführung in die Medizinethnologie, in *Greifeld* (Hrsg), Ritual und Heilung. Eine Einführung in die Medizinethnologie³ (2003) 11.

Gregoritsch, Zur Gesundheitsversorgung von Asylwerbern in Österreich, SozSi 2006, 55.

Gregoritsch, Frauenärztinnen bevorzugt – Warum? SozSi 2015, 100.

Gröger, FGM – betrifft uns nicht? in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), Justiz und Menschenrechte (2008) 49.

Grundmann, Scharia, Hirntod und Organtransplantation: Kontext und Wirkung zweier islamischer Rechtsentscheidungen im Nahen und Mittleren Osten, <http://www.ruhr-uni-bochum.de/kbe/scharia.pdf> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Grundtner, Zur Unmittelbarkeit einer ärztlichen Behandlung, ZfG 2017, 36.

Grünständl, Aufgaben und Projekte der Integrationskoordination in Österreich, in *FH Oberösterreich Studienbetriebs GmbH* (Hrsg), 1. Symposium „Interkulturalität & Pflege – ein Querschnittsthema“. Abstraktband (2015) 8.

Hadis, Genitale Verstümmelung in Österreich, in *Österreichische Gesellschaft für Familienplanung* (Hrsg), Female Genital Mutilation (FGM) ein „harmloser“ Brauch oder ein tiefgehender Schaden für Frauen? (2001) 37.

Haidenthaler, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen. Gedanken zum neuen § 146c ABGB, RdM 2001, 163.

Halmich, Recht für Sanitäter und Notärzte. Die Praxis der präklinischen Notfallversorgung² (2016).

- Hametner*, From retreating to resisting. How Austrian-Turkish women deal with experiences of racism, *Migration Letters* 2014, 288.
- Han*, Soziologie der Migration. Erklärungsmodelle, Fakten, politische Konsequenzen, Perspektiven⁴ (2016).
- Handstanger*, Grundrecht auf Gesundheitsschutz, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 101.
- Harrer*, Zufall und Wahrscheinlichkeit im Haftungsrecht. Sonderheft Verkehrsrechtstag 2012, ZVR 2012/237.
- Hartinger-Klein/Klein/Haas*, Gesundheitstelematik: medizinische, ökonomische und ethische Gesichtspunkte, *SozSi* 2012, 258.
- Hasler*, Mann drohte Spital mit Bombe weil ein Arzt seine Frau nackt sah, *Tagesanzeiger* 29. 10. 2013, <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/Mann-drohte-Spital-mit-Bombe-weil-ein-Arzt-seine-Frau-nackt-sah/story/21544538> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Hauptverband d. ö. Sozialversicherungsträger*, WGKK: Symposium zur transkulturellen Gesundheitsversorgung, *SozSi* 2015, 504.
- Heidinger*, Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, in *Harrer/Graf* (Hrsg), Ärztliche Verantwortung und Aufklärung (1999) 17.
- Heine/Lohlker/Potz*, Muslime in Österreich. Geschichte | Lebenswelt | Religion (2012).
- Heissenberger*, Das Bundesgesetz über die Transplantation menschlicher Organe und dessen wesentliche Neuerungen, *RdM* 2013/35.
- Heissenberger*, Impfen in Österreich – Überlegungen zur Impfpflicht und Darstellung de lege lata, in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt* (Hrsg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 53.
- Heller*, Sterbekulturen – die Bedeutung unterschiedlicher kultureller und religiöser Auffassungen für die palliative Betreuung und das Palliativ-Management in den Allgemeinordinationen, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 303.
- Hellwagner*, Kulturelle und religiöse Aspekte in der Notfallmedizin, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Medizin im Konflikt der Kulturen (2011) 111.
- Help.gv.at*, Gesetzlich anerkannte Kirchen und Religionsgesellschaften <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/82/Seite.820015.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (Stand 1. 3. 2018, *rdb.at*).
- Herbek*, Die Rechtsprechung des AsylGH zur Altersfeststellung, *FABL* 2009, 86.
- Herrnböck*, 88 Tuberkulosefälle in Traiskirchen gemeldet, *derStandard.at* 27. 11. 2013, <http://derstandard.at/1385169097947/88-Tuberkolosefaelle-in-Traiskirchen-gemeldet> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Herz As Media & Communications*, Neues Patientenservice in Österreich: fremdsprachige Beipackzettel, <http://gesund.co.at/fremdsprachige-beipackzettel-fuer-migranten-11864/> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Hetzler*, Kulturmampf: Wenn der Arzt kein Mann sein darf, *Die Presse* 12. 8. 2007, http://diepresse.com/home/panorama/welt/323042/Kulturmampf_Wenn-der-Arzt-kein-Mann-sein-darf (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Hiesmayr*, Ausnahmezustand Krankenhaus. Eröffnung des interreligiösen Andachtsraums des AKH Linz, *Kirchenzeitung Diözese Linz* 2013/9, 8.
- Hillenkamp*, Zur Strafbarkeit des Arztes bei verweigerter Bluttransfusion, in *Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter*, Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag (2007) 123.
- Hobsig*, Female Genital Mutiliation – Problemfelder in der Beratungssituation, in *Österreichische Gesellschaft für Familienplanung* (Hrsg), Female Genital Mutilation (FGM) ein „harmloser“ Brauch oder ein tiefgehender Schaden für Frauen? (2001) 40.
- Hofer*, Der Migrant als Patient, *Ärzte Woche* 2014/9, <http://www.springermedizin.at/artikel/39301-der-migrant-als-patient> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Hofmann*, Die Aufklärungspflicht des Arztes im Lichte der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, *RZ* 1998, 80.
- Holczabek/Kopetzki*, Rechtsgrundlagen von Organtransplantationen, *Wien Klin Wochenschr* 1986, 417.

- Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkt des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil II), ÖJZ 2001, 530.
- Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1.-165. Lieferung (Stand: 1. 10. 2016, rdb.at).
- Hsieh*, Understanding Medical Interpreters: Reconceptualizing Bilingual Health Communication, Health Communication 2006/20, 177.
- Huber*, Wenn der „falsche“ Arzt operiert – und dann Komplikationen entstehen. Überlegungen aus Anlass der E OGH 25. 11. 2014, 8 Ob 120/14a RdM 2015/111, RdM 2015/91.
- Hundstorfer*, Interkulturalität und Pflege, in *FH Oberösterreich Studienbetriebs GmbH* (Hrsg), 1. Symposium „Interkulturalität & Pflege – ein Querschnittsthema“. Abstraktband (2015) 6.
- IERM/ANetPAS*, Teil-Projekt „Sprachbarriere – Eine Befragung von Wiener KinderärztInnen zu Lösungsstrategien bei der Versorgung nicht-deutschsprachiger PatientInnen im niedergelassenen Bereich“, (2013).
- Ilkilic*, Der muslimische Patient. Medizinethische Aspekte des muslimischen Krankheitsverständnisses in einer wertpluralen Gesellschaft (2002).
- Ilkilic*, Begegnung und Umgang mit muslimischen Patienten. Eine Handreichung für die Gesundheitsberufe⁵ (2005).
- Ilkilic*, Gesundheits- und Krankheitsverständnis der Muslime als Herausforderung an das deutsche Rechtswesen, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 39.
- Ilkilic*, Medizinethische Aspekte im Umgang mit muslimischen Patienten, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2007, 1587.
- Ilkilic*, Die kultursensible und kultursensitive Patientenverfügung in einer wertpluralen Gesellschaft am Beispiel muslimischer Patienten, Ethik Med 2008, 221.
- Ilkilic*, Kulturelle Aspekte bei ethischen Entscheidungen am Lebensende und interkulturelle Kompetenz, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2008, 857.
- Ilkilic*, Religiöser Glaube – Islam. Mögliche Konflikte im klinisch-gynäkologischen Alltag, Gynäkologe 2010/43, 53.
- Ilkilic/Schmidtke*, Medizin-ethische Aspekte der Kultur in der Neonatologie, pädiat prax 2007, 569.
- Ilkilic/Takim*, Kultur und medizinische Versorgung, Natur & Geist 2007, 46.
- Inthorn/Kletečka-Pulker*, Ergebnisse der ersten Phase der Evaluationsstudie zum Patientenverfügungsgesetz. Die Patientenverfügung als ein Weg zum „guten Sterben“? iFamZ 2008, 139.
- Jehovas Zeugen in Deutschland*, Informationsportal, <http://www.jehovaszeugen.de/Wie-wir-ueber-medizinische-Behandlu.76.0.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Jez*, Die Impfpflicht in Zeiten der Migration – eine bipolare Patientin? in *Carvill-Schellenbacher/Dahlvik/Fassmann/Reinprecht* (Hrsg), Migration und Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich, Jahrbuch 4/2018 (2018) 91.
- Jox*, „Hirntod“: historische Entwicklung, aktuelle Kontroversen und künftige Perspektiven, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 79.
- Juen*, Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für den Behandlungsfehler – der Arzthaftungsprozess in Österreich² (2005).
- Jungbecker*, Formulargestützte Aufklärung, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Risiko Aufklärung. Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wohin führt die Rechtsprechung? (2001) 31.
- Jungbecker*, Aufklärung, Verständnishorizont und Compliance beim ausländischen Patienten aus rechtlicher Sicht, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 93.
- Juth/Lynöe*, Zero tolerance against patriarchal norms? A cross-sectional study of Swedish physicians' attitudes towards young females requesting virginity certificates of hymen restoration, J Med Ethics 2015, 215.
- Kadrić*, Dolmetschung als Ausdruck staatlicher Fürsorgepflicht – neue Impulse durch die RL 2010/64/EU, juridikum 2012, 76.
- Kaelin*, A question of justice: assessing nurse migration from a philosophical perspective, Developing World Bioethics 2011, 30.
- Kahl*, Verschuldensunabhängige Entschädigungen nach § 27a Abs 5 und 6 KAKuG im Lichte des Verfassungsrechts, in *Barta/Ganner/Lichtmannegger* (Hrsg), Patientenschädigungsfonds oder Medizinhaftung? (2009) 206.

- Kalb*, Das „Schulkreuz“ vor dem EGMR. Kommentar zum Urteil der großen Kammer, öarr 2010, 384.
- Kalb*, „Religiös motivierte Beschneidung Minderjähriger – einige Anmerkungen“, in *Wagner/Bergthaler* (Hrsg), Interdisziplinäre Rechtswissenschaft – Schutzansprüche und Schutzaufgaben im Recht (2013) 353.
- Kalb/Wakolbinger*, Medizinrecht und Religionsrecht, in *Resch/Wallner, F.* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht² (2015) 1277.
- Kalchschmid*, Patientenautonomie aus Sicht der Patientenvertretung, in *Barta/Kern* (Hrsg), Recht auf Gesundheit (2002) 85.
- Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation. Plädoyer für ein Transplantationsgesetz, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 13.
- Kalchschmid/Trabucco*, Patientenentschädigungsfonds in Österreich – Rechtstatsachen und Erfahrungen, in *Barta/Ganner/Lichtmannegger* (Hrsg), Patientenentschädigungsfonds oder Medizinhaftung? Status quo, Analyse, rechtspolitische Vorschläge (2009) 15.
- Karl-Trummer/Krajic/Novak-Zezula/Pelikan*, Das „Migrantenfreundliche Krankenhaus“: Erfahrungen und Ergebnisse aus einem europäischen Projekt, www.ongkg.at/downloads-links/downloads.html?no_cache (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Karliner/Jacobs/Chen/Mutha*, Do Professional Interpreters Improve Clinical Care for Patients with Limited English Proficiency? A Systematic Review of the Literature, Health Research and Educational Trust DOI: 10.1111/j.1475-6773.3006.00629.x.
- Karollus*, Vergesellschaftung von Ärzten und Zahnärzten in *Resch/Wallner, F.* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht² (2015) 1037.
- Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006/34.
- Katzenmeier*, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz? in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch* (Hrsg), Die Entwicklung der Arzthaftung (1997) 59.
- Kern*, Schwachstellenanalyse der Rechtsprechung, in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch* (Hrsg), Die Entwicklung der Arzthaftung (1997) 313.
- Kern*, Limitierte Einwilligung. Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden (1999).
- Kern*, Vernunft – Gewissen – Heilbehandlung, in *Kern/Mazal* (Hrsg), Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 169.
- Kern*, Die religiös motivierte Patientenverfügung, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz. Stärkung oder Schwächung der Patientenrechte? (2006) 67.
- Kern*, Mediation –Was ist das? in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 113.
- Kern/Pruckner*, Schwangerschaft, Geburt und Wochenbett als psychosoziales Risiko? Gesundheitsförderung und Prävention für sozial benachteiligte Schwangere mit und ohne Migrationshintergrund, in *Wolf/Endler/Wimmer-Puchinger* (Hrsg), Frauen Gesundheit Soziale Lage (2010) 120.
- Kerschner*, Behandlungsverträge bei minderjährigen Patienten, RdM 2013/138.
- Kerschner*, Patientenrechte und Behandlungsbegrenzung (Abbruch, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht), in *Resch/Wallner* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht² (2015) 147.
- Kierein/Lanske/Wenda*, Auszüge aus Erledigungen und Informationen des Gesundheitsministeriums, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2011, 155.
- Klaus*, Ärztliche Schweigepflicht (1991).
- Kletečka*, Hilfeleistungspflicht in öffentlichen Krankenanstalten – Behandlungsbedarf ist von einem Arzt zu beurteilen, Zak 2010/480.
- Kletečka*, Aktuelle Fragen der Medizinhaftung, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 57.
- Kletečka*, Einwilligung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/154.
- Kletečka*, Zivilrechtliche Haftung (Schadenersatz), in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/1.
- Kletečka/Neumayer*, Die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, insbesondere bei Schulimpfaktionen, RdM 2012/31.
- Kletečka/Schauer*, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Stand 1. 7. 2016, rdb.at).
- Kletečka-Pulker*, Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009/67.

- Kletečka-Pulker*, Neue Formen der Selbstbestimmung, J Hyperton 2010/4, 12.
- Kletečka-Pulker*, Patientenrecht auf muttersprachliche Aufklärung? Videodolmetschen – neue Wege der Kommunikation mit MigrantInnen im Gesundheitsbereich, in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* (Hrsg), Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit (2013) 45.
- Kletečka-Pulker*, Die PEG-Sonde aus rechtlicher Sicht, Universum Innere Medizin 2014/03, 77.
- Kletečka-Pulker*, Sprachbarrieren im Gesundheitsbereich – Reduktion des Haftungsrisikos durch Videodolmetschen, GesR 2016, 206.
- Kletečka-Pulker*, Rechtsgrundlagen der Behandlung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/1.
- Kletečka-Pulker*, Dokumentation und Datenschutz, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/155.
- Kletečka-Pulker*, Schweige-, Anzeige-, und Meldepflichten, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/191.
- Kletečka-Pulker/Körtner/Kaelin/Kopetzki/Leitner*, Rechtliche Rahmenbedingungen und Erfahrungen bei der Umsetzung von Patientenverfügungen. Folgeprojekt zur Evaluierung des Patientenverfügungsgesetzes (PatVG) (2014).
- Kletečka-Pulker/Leitner*, Warum braucht es einen Vorsorgedialog? Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht auf dem Prüfstand, Hospizkultur & Palliative Care 2014/1, 3.
- Kletečka-Pulker/Leitner*, Der Vorsorgedialog (VSD) – Beachtliche Patientenverfügung oder aktuelle Behandlungsablehnung? RdM 2017/154.
- Kletečka-Pulker/Parrag*, Qualitätssicherung in der Versorgung nicht-deutschsprachiger PatientInnen. Videodolmetschen im Gesundheitswesen. Endbericht (2015).
- Kletečka-Pulker/Parrag*, Kinder als Laiendolmetscher im Gesundheits- und Sozialbereich. Wenn Kinder dolmetschen: Haftungsrisiken und Probleme einer gängigen Praxis, iFamZ 2016, 101.
- Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998).
- Kneihs*, Privater Befehl und Zwang. Verfassungsrechtliche Bedingungen privater Eingriffsgewalt (2004).
- Kneihs*, Selbstbestimmung zum Lebensende in *Kopetzki/Pöschl/Reiter/Wittmann-Tiwald* (Hrsg), Körper-Codes. Moderne Medizin, individuelle Handlungsfreiheiten und die Grundrechte (2009) 93.
- Kneihs/Rill*, Kreuze in Kindergärten. Kritische Anmerkungen zum Erkenntnis des VfGH vom 9. 3. 2011, G 287/09, Journal für Rechtspolitik 2013/21, 163.
- Knipper*, Migrationshintergrund? Plädoyer für eine zeitgemäße Beachtung der sozialen und kulturellen Hintergründe von Kindergesundheit in Deutschland, in *Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte e. V.* (Hrsg), Migrantinnen und Migranten in der Pädiatrie (2013) 65.
- Knischewitzki/Machleidt/Graef-Calliess*, Interkulturelle Öffnung des psychiatrisch-psychotherapeutischen Versorgungssystems, Nervenheilkunde 2014, 434.
- Koch/Assion/Bender/Siefen*, Interkulturelle Öffnung der psychiatrischen Kliniken in Deutschland, Nervenheilkunde 2014/6, 427.
- Kohlhofer*, Das Patiententestament aus Sicht der Zeugen Jehovas, in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen. „Patiententestament“ und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (2000) 143.
- Kohlwein*, Das interkulturelle Problemfeld Krankenhaus, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Medizin im Konflikt der Kulturen (2011) 11.
- Kontaktstelle Patientenmobilität, <https://www.gesundheit.gv.at/service/patientenmobilitaet/behandlungsmitgliedstaat/behandlungskosten> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Kopetz*, Die telefonische Beratung – eine ärztliche Tätigkeit, ÖÄZ 1990, 31.
- Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation. Eine systematische Analyse des geltenden Rechts (1988).
- Kopetzki*, Rechtliche Voraussetzungen der Hirntodbestimmung, in *Schwarz/Kröll/List* (Hrsg), Schädel-Hirn-Trauma. Hirntod. Beiträge zur Anaesthesiologie, Intensiv- und Notfallmedizin 45 (1995) 231.
- Kopetzki*, Unterbringungsrecht II (1995).
- Kopetzki*, Zum Begriff der („besonderen“) Heilbehandlung aus juristischer Sicht, RdM 1997, 6.
- Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts (1997).

- Kopetzki*, Der menschliche Leichnam im heute gültigen deutschen und österreichischen Recht, in *Stefenelli* (Hrsg), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten (1998) 862.
- Kopetzki*, Non-beating-heart donors aus rechtlicher Sicht, *Imago Hominis* 1998, 49.
- Kopetzki*, Patientenrechte zwischen normativem Anspruch und ökonomischen Zwängen, in *Kopetzki/Zahrl* (Hrsg), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 9.
- Kopetzki*, Rechtliche Aspekte der Widerspruchslösung, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (1999) 43.
- Kopetzki*, Telemedizin und Recht. Juristische Überlegungen zur ärztlichen Tätigkeit im Informationszeitalter, in *Stodulka/Tauss* (Hrsg), Medizin Online. Das Internet-Handbuch für Ärzte und Patienten (2000) 125.
- Kopetzki*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte antizipierter Patientenverfügungen, in *Kopetzki* (Hrsg), Antizierte Patientenverfügungen. „Patiententestament“ und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (2000) 38.
- Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in *Taupitz* (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens – Eine internationale Dokumentation (2000) 1.
- Kopetzki*, Verfassungsfragen des Patientenschutzes, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Patientenrechte in Österreich (2001) 19.
- Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1.
- Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten. Die österreichische Rechtslage, *Ethik Med* 2004, 275.
- Kopetzki*, Entwicklung des Medizinrechts: Blick über die Grenzen, in *Eser/Just/Koch* (Hrsg), Perspektiven des Medizinrechts (2004) 79.
- Kopetzki*, Patientenrechte in Österreich – Entwicklungen und Fehlentwicklungen, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung. Über Patientenverfügungen, Patientenvertretungen und Mediation (2006) 13.
- Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten. Praktische Auswirkungen der gesetzlichen Neuerungen durch PatVG und SWRÄG, *iFamZ* 2007, 197.
- Kopetzki*, Zum neuen österreichischen Patientenverfügungs-Gesetz, in *Duttge* (Hrsg), Ärztliche Behandlung am Lebensende (2008) 79.
- Kopetzki*, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz im Gesundheitsrecht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Geheimnisschutz. Datenschutz. Informationsschutz (2008) 69.
- Kopetzki*, Entnahmeeinrichtungen, Gewinnverbote und Gewinnung vom verstorbenen Spender, in *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2009) 142.
- Kopetzki*, Patientenverfügung: Ist alles machbare auch rechtlich geboten? in *Kröll/Pateter/Schweppé* (Hrsg), Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin. Festschrift für Univ.-Prof. Dr. Helfried Metzler (2009) 38.
- Kopetzki*, Der Abbruch der künstlichen Ernährung beim Wachkomapatienten, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), *Eluana Englaro – Wachkoma und Behandlungsabbruch* (2010) 61.
- Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruchs (2010) 9.
- Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012).
- Kopetzki*, Beschneidung vor das Strafgericht? RdM 2012/87.
- Kopetzki*, Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen Knaben (m Anm Schinkele), RdM 2012/131.
- Kopetzki*, Neues Transplantationsrecht beschlossen, RdM 2012/142.
- Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht³ (2013) 277.
- Kopetzki*, Enquête „Würde am Ende des Lebens“, RdM 2014/101.
- Kopetzki*, Das Organtransplantationsgesetz (OTPG) 2012, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 35.
- Kopetzki*, Obduktion und Religionsfreiheit, RdM 2015/145.
- Kopetzki*, Telegesundheitsdienste und „unmittelbare“ Berufsausübung – (k)ein Widerspruch? RdM 2018/45.
- Koppenberg*, Unbegleitete Minderjährige in Österreich – Rechtsrahmen, Praxis und Statistiken (2014).
- Korinek/Vonkilch*, Gewissen contra Schadensminderungspflicht, *JBl* 1997, 756.

- Körtner*, Patientenverfügungen in der theologischen Diskussion, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Ethische und rechtliche Aspekte (2007) 20.
- Körtner*, Religion im öffentlichen Raum. Die Kruzifixurteile des VfGH und des EGMR aus Sicht reformierter Theologie. Schulkreuze in österreichischer und europäischen Perspektive, öarr 2010, 353.
- Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Inthorn*, Studie über die rechtlichen, ethischen und faktischen Erfahrungen nach In-Kraft-Treten des Patientenverfügungs-Gesetzes (PatVG) (2009).
- Kossak*, Der Entschädigungsfonds gem § 27a Abs 5 und Abs 6 Krankenanstaltengesetz, RdM 2002/25.
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Band I Allgemeiner Teil³ (1997).
- Koziol*, Die Einwilligung zu medizinischen Eingriffen, JBl 2016, 617.
- Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014).
- Kremla*, Psychotherapie für Flüchtlinge. Vom Wohlwollen und dem politischen Willen, SozSi 2012, 497.
- Kremsmair*, Anstaltsseelsorge in Österreich, ÖAKR 44 1995-97, 98.
- Krepler/Hackl/Marzi*, Recht im Krankenhausalltag. Ein Ratgeber für Pflegepersonal, Ärzte und Patienten (2002).
- Kreß*, Das Hirntodkriterium in seiner Abhängigkeit von theologischen und kulturellen Vorentscheidungen. Mit einem Ausblick auf die Frage der Organentnahme bei Kindern, in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 99.
- Kröll*, Kulturelle und religiöse Aspekte in der Intensivmedizin, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Medizin im Konflikt der Kulturen (2011) 93.
- Kronenthaler/Eissler*, Assoziationen zu muslimischen Patienten in der Hausarztpraxis – Eine Befragung deutscher Allgemeinmediziner, Das Gesundheitswesen 2014, 434.
- Kropf/Aigner/Hausreither*, Ärztliche Ausbildung NEU, RdM 2015/94.
- Krückl*, Der Anspruch des Patienten auf Einsicht in seine Krankengeschichte, ÖJZ 1983, 281.
- Kultursensible Pflege BAZ (Berufs-Ausbildungs-Zentrum) Selbelang e.V.*, http://www.kultursensible_pflege.de/kontakt.html (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Kunz*, Belegarzt – Beleghebamme – Belegspital, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) IV/217.
- Kurier*, Alpen: Österreich trägt größte Transitlast, Kurier am 19. 1. 2012, <https://kurier.at/wirtschaft/alpen-oesterreich-traegt-groesste-transitlast/755.330> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Kutalek*, Kulturelle Aspekte von Gesundheit und Krankheit. Medizinanthropologische Ansätze, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 23.
- Lampert/Voth*, Gesundheits(informations)verhalten von älteren Migrantinnen und Migranten. Eine Expertise im Auftrag der Hamburger Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz (2009).
- Langbauer*, Das österreichische Impfwesen unter besonderer Berücksichtigung der Schutzimpfung (2010).
- Langer*, Kultursensitive Arzt-Patienten-Kommunikation, in *Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte e.V.* (Hrsg), Migrantinnen und Migranten in der Pädiatrie (2013) 61.
- Langer/Schaper/Gupta/Porst/Ostermann*, Sprachbarrieren in der Betreuung von Patienten mit Migrationshintergrund – Ergebnisse einer Pilotstudie zu den Erfahrungen von Kinder- und Jugendärzten, Klin Padiatr 2013/225, 96.
- Larcher*, Welche rechtliche Qualität haben Verhaltensvorschriften in Anstaltsordnungen von Krankenanstalten? RdM 2012/146.
- Laufs*, Arztrecht⁵ (1993).
- Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht⁶ (2009).
- Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht⁷ (2015).
- Lehna*, Interpreter Services in Pediatric Nursing, Pediatric Nursing 2005, 292.
- Leischner*, Streitbeilegung in medizinischen Haftungsfällen (2007).
- Leischner*, Schockschaden naher Angehöriger in Folge unterlassener Erster Hilfe, RdM 2010/153.
- Leischner*, Sprach- und kulturspezifische Anforderungen an die ärztliche Aufklärung, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 203.
- Leischner-Lenzhofer*, Die ärztliche Aufklärung bei fremdsprachigen Patienten, RdM 2013/4.
- Leitner*, Braucht Wien dich? Perspektiven für PolizistInnen mit Migrationshintergrund in Wien, in *Leitner/Czekelius* (Hrsg), alltäglich | fremd (2010) 93.

- Leitner*, „Tschuschen-Ordi“ oder „Vorzeigepraxis“? Dolmetschen im niedergelassenen ärztlichen Bereich, in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* (Hrsg), *Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit* (2013) 135.
- Leitner*, Impfversorgung von MigrantInnen, in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt* (Hrsg), *Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte* (2016) 143.
- Leitner*, Patientenverfügung: Ein Instrument auch für die Notfallmedizin? in *ÖGERN* (Hrsg), *Notfallmedizin am Lebensende. Schriftenreihe Ethik und Recht in der Notfallmedizin* Band 3 (2016) 83.
- Leitner*, Fragen zur Kultursensibilität bei Behandlung und Behandlungsabbruch in der Neonatologie – eine juristische Perspektive, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker/Müller* (Hrsg), *Entscheidungsfindung und Entscheidungshilfen am Lebensanfang* (2017) 117.
- Leitner*, Unterbringungsrecht, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), *Handbuch Medizinrecht für die Praxis* (2018) I/BT/31.
- Leitner/Parrag*, Sprachbarriere – (k)ein Problem? Lösungsstrategien bei Wiener KinderärztlInnen, Wien Klin Wochenschr [Suppl 1] DOI 10.1007/s00508-013-0462-8, 2014/126, 64.
- Leitner/Parrag*, Sprachbarriere – Barriere zur Gesundheit? Videodolmetschen im Gesundheitswesen, ÖPZ 2013/2, 20.
- Leitner/Parrag*, Probleme und Lösungsansätze in der Versorgung nicht-deutschsprachiger PatientInnen in Österreich – Videodolmetschen auf dem Prüfstand, in *Carvill-Schellenbacher/Dahlvik/Fassmann/Reinprecht* (Hrsg), *Migration und Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich* (2016) 257.
- Löschke-Yaldiz/Özsoy/San/Ünsal/Keegan*, „Gesund in allen Sprachen“. Health Literacy bei MigrantInnen, in *Wolf/Endler/Wimmer-Puchinger* (Hrsg), *Frauen Gesundheit Soziale Lage* (2010) 143.
- Ludwig/Frey*, „Kein Eintritt für Flüchtlinge“ – Diskriminierungsschutz beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, VbR 2016/26.
- Lukits*, Die Obsorge für unbegleitete minderjährige Asylwerber (Teil 1), EF-Z 2016/140.
- Lukits*, Die gesetzliche Krankenversicherung von Asylwerbern und Asylberechtigten, migralex 2017, 14.
- Lukits/Lukits*, Die medizinische Altersuntersuchung im österreichischen Asylrecht, EF-Z 2013/129.
- Lukits/Lukits*, Grundrechtliche Vorgaben der medizinischen Altersuntersuchung im Asylverfahren, EF-Z 2014/34.
- Lurger*, Die Grenzen der Selbstbestimmung im Alter aus privatrechtlicher Sicht, in *WiR-Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), *Alter und Recht* (2012) 87.
- MacFarlane/O'Reilly-de Brún/de Brún/Dowrick/O'Donnell/Mair/Spiegel/van den Muijsenbergh/van Weel Baumgarten/Lionis/Clissmann*, Healthcare for migrants, participatory health research and implementation science – better health policy and practice through inclusion. The RESTORE project, European Journal of General Practice 2014, 148.
- Mader*, Angst vor Englisch, zeit.de 16. 1. 2010, <http://www.zeit.de/karriere/bewerbung/2010-01/bewerbungsgespraech-englisch> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Maier*, Mutter werden in der Fremde. Eine afghanische Asylwerberin in Niederösterreich, Hebammen Zeitung 2015/01, 14.
- Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681.
- Mangold/Mascherbauer/Peintinger/Kopetzki*, Behandlungsablehnung trotz vitaler Indikation, RdM 2010/4.
- Matscher*, Die Rechtsprechung des EGMR zu Fragen aus dem Wirkungsbereich des BM.I, SIAK-Journal 2011/1, 4.
- Mauch*, Rituelle Beschneidungen auch in Österreich, Kurier 3. 7. 2012, <https://kurier.at/politik/rituelle-beschneidungen-auch-in-oesterreich/792.417> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Maurer*, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis³ (2007).
- Mazal*, Die Behandlung in der Sonderklasse, in *Schrammel* (Hrsg), *Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung* (1992) 75.
- Mazal*, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in *Mazal* (Hrsg), *Grenzfragen der ärztlichen Behandlung* (1998) 27.
- Mazal*, Medizinische Aufklärung – Berücksichtigung neuer Medien, RdM 2000, 161 (Editorial).

- Medien Servicestelle Neue ÖsterreicherInnen*, Gesundheit: Über 53.000 MigrantInnen beschäftigt (2012), http://medienservicestelle.at/migration_bewegt/2012/06/20/gesundheit-uber-53-000-beschäftigte-mit-migrationshintergrund/ (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Memmer*, Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen. „Patiententestament“ und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (2000) 1.
- Memmer*, Überlegungen zum Patientenverfügungs-Gesetz 2006, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz. Stärkung oder Schwächung der Patientenrechte? (2006) 31.
- Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006/116.
- Memmer*, Patientenverfügung und Patientenrechte, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 45.
- Memmer*, Das neue Patientenverfügungs-Gesetz, Internetbeitrag Österreichische Wachkoma-Gesellschaft, Mai 2006, http://www.wachkoma.at/Informationen/Info_Dokumente/Patienten_verfuegungsgesetz.pdf (abgefragt am 24. 3. 2016).
- Memmer*, Die Geschichte der Schutzimpfungen in Österreich, in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt* (Hrsg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 7.
- Memmer*, Rechte und Pflichten – Patient und Behandler, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/27.
- Memmer*, Aufklärung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) I/71.
- Memmer/Till*, Patientenverfügung und Rettungsdienst, ZfG 2016, 4.
- Menardi*, Zustimmungs- und Genehmigungspflichten bei der medizinischen Behandlung Minderjähriger, ÖA 1998, 3.
- Menz*, Ärztliche Gespräche mit PatientInnen mit geringen Deutschkenntnissen, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 225.
- Merten*, Herausforderung Folter-Opfer, Ärzte Zeitung 23. 1. 2015, http://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/gesundheitspolitik_international/article/877602/aerzte-gefragt-herausforderung-folter-opfer.html?sh=2&h=1506688699 (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Migrant friendly hospitals*, <http://www.mfh-eu.net/public/home.htm> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Milicevic*, 2. ErwSchG: Eintragung im ÖZVV, AnwBl 2018, 415.
- Milisits*, ELGA – die elektronische Gesundheitsakte. Ein Blick in die virutelle Welt der Gesundheit, ASoK 2011, 286.
- Mittelstaedt*, Wenn Obduktionen aus religiösen Gründen verhindert werden, derStandard.at 7. 2. 2014, <http://derstandard.at/1389859681339/Wenn-Obduktionen-aus-religioesen-Gruenden-verhindert-werden> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Morina/Maier/Mast*, Lost in Translation? – Psychotherapie unter Einsatz von Dolmetschern, Psychother Psych Med 2010, 104.
- Mosler*, Die freie Arztwahl in der Krankenversicherung, DRdA 2015, 139.
- Muckenthaler/Freidl/Rásky*, Healthcare for migrants and for marginalized individuals: The Marienambulanz in Graz, Austria, Wien Klin Wochenschr 2011, 559.
- Mück-Raab*, Arzt will Regelungen für Patientinnen mit Kopftuch, Der Tagesspiegel 10. 9. 2010, <http://www.tagesspiegel.de/weltspiegel/hessen-arzt-will-regelungen-fuer-patientinnen-mit-kopftuch/1930054.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Muschner*, Die haftungsrechtliche Stellung ausländischer Patienten und Medizinalpersonen in Fällen sprachbedingter Missverständnisse (2002).
- Muschner*, Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten, VersR 2003, 831.
- Muzak*, Ist die Zwangsernährung in der Schubhaft nach dem FPG zulässig? RdM 2008/24.
- Muzak*, Zwangsernährung: unmenschliche Behandlung oder positive Schutzpflicht? Christian Kopetzki zum 60. Geburtstag, RdM 2014/179.
- National Post*, ‘Degrading’ virginity tests on women must stop, Quebec doctors’ group urges. 12. 10. 2013, <http://news.nationalpost.com/news/canada/degrading-virginity-tests-on-women-must-stop-quebec-doctors-group-urges> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Nentwich*, Digitalisierung der Medizin. Zur Klärung einiger rechtlicher Fragen der Telemedizin, RdM 1997, 175.

Neumayr, Wer verwaltet wen? Leitlinien für die Verwaltung des Vermögens von behinderten Personen, iFamZ 2012, 244.

Neumayr, Zur Rolle der Gerichte bei der Entwicklung des Medizinrechts, RdM 2014/50.

Neumayr/Resch/Wallner (Hrsg), Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016).

Nigsch, Die neue Vorsorgevollmacht nach dem 2. ErwSchG (Teil I). Die Vollmacht, ihr Wirkungsbereich und die Errichtung, EF-Z 2018/74.

Noll, Der mündige Minderjährige – Umgang mit Meinungsverschiedenheiten in der medizinischen Behandlung, in *Kern/Mazal* (Hrsg), Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 79.

Nowak, Rechtsgutachten zur Frage der Zwangsernährung von Schubhaftlingen in Österreich, http://bim.lbg.ac.at/files/sites/bim/Rechtsgutachten_Zwangsern%C3%A4hrung_Manfred_Nowak.pdf (abgefragt am 8. 4. 2018).

Oberhammer/Graf/Slonina, Sachwalterschaft für Deutsche und Schweizer in Österreich. Kollisionsrechtliche Fragen am Übergang vom nationalen Recht zum Haager Erwachsenenschutzübereinkommen, ZfRV 2007, 133.

ÖBIG-Transplant, Transplant-Jahresbericht 2017. Gesundheit Österreich GmbH (2018).

ÖBIG-Transplant, Eintragung/Streichung/Änderung, <https://transplant.goeg.at/node/106> (abgefragt am 8. 4. 2018).

ÖBIG-Transplant, Widerspruchsregister, <https://transplant.goeg.at/widerspruchsregister> (abgefragt am 8. 4. 2018).

ÖBIG/GÖG, Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme. Entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 16. November 2013 (2013).

O'Donnell/Burns/Dowrick/Lionis/MacFarlane, Health-care access for migrants in Europe, The Lancet 2013, 393.

Ofner, Patientenverfügung und Internationales Privatrecht, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Ethische und Rechtliche Aspekte (2007) 185.

OÖ Nachrichten, „Wunderheiler“ Hamer und der Fall Olivia, 2. 9. 2016, <http://www.nachrichten.at/nachrichten/ticker/Wunderheiler-Hamer-und-der-Fall-Olivia;art449,2333823> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Oö Religionsbeirat, Richtlinien für die Berücksichtigung religiöser Bedürfnisse in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen (2014).

Oestreich, „Sie dürfen Kinder nicht betäuben“, TAZ 11. 10. 2012, <http://www.taz.de/!5082053/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

ORF, Beschneidung: Verfahren eingestellt, <https://wien.orf.at/news/stories/2567607/> (abgefragt am 24. 7. 2018).

ORF, Hemayat: 400 Flüchtlinge warten auf Betreuung, 8. 1. 2018, <https://wien.orf.at/news/stories/2888073/> (abgefragt am 8. 4. 2018).

Österreichische Gesellschaft für Gerichtliche Medizin, Empfehlungen der ÖGGM zur Obduktion von Angehörigen verschiedener Glaubensgemeinschaften (2017), <https://oeggm.com/assets/files/Religionen%20und%20Obduktion-%C3%96GGM-Neufassung2017.pdf> (abgerufen am 8. 4. 2018).

Österreichische Plattform Gesundheitskompetenz, Jahresbericht der Österreichischen Plattform Gesundheitskompetenz 2015. Bericht über weitere Schritte in Bezug auf das Umsetzungsprogramm des Rahmen-Gesundheitsziels 3 „Gesundheitskompetenz der Bevölkerung stärken“ (2016).

Paar, Die religiös motivierte Beschneidung des Knaben und das Recht der Eltern auf religiöse Kindererziehung, JRP 2013, 311.

Pabel, Die Straflosigkeit der Beschneidung im Lichte der Grundrechte. Fragen des öffentlichen Rechts im Jahr 2012, Jahrbuch Öffentliches Recht 2013, 23.

Paier/Kröll, Die „vorgezogene“ Vorsorgevollmacht, JMG 2016, 76.

Parmakerli, Eine „Migrantenpraxis“ in Mannheim: Vom Einzelfall zur Regelversorgung, in *Andres/Pöllabauer* (Hrsg), Spürst Du, wie der Bauch rauf-runter? Fachdolmetschen im Gesundheitsbereich (2009) 159.

Pesendorfer, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz. Ein Überblick, ÖJZ 2018/66.

Pesendorfer/Traar, Internationale Aspekte der Patientenverfügung. Kollisionsrechtliche Anknüpfungspunkte und Reichweite des ordre public, iFamZ 2008, 367.

- Pette/Borde/David*, Kenntnis über die Diagnose und Therapie ihrer Erkrankung bei deutschen und türkischstämmigen Patientinnen vor und nach einem Krankenhausaufenthalt, *J Turkish German Gynecol Assoc* 2004, 330.
- Pette/Pachaly/David*, Turkish and German patient's recall of diagnosis and therapy before and following informed consent, *Ethn Health* 2004, 213.
- Pfaff*, Impfprävention bei Kindern und Jugendlichen mit Migrationshintergrund, 2. Nationale Impfkonferenz (2011) 66.
- Pichler*, Die Kinder der Zeugen Jehovas – Probleme der Obsorge und der Bluttransfusion, *ÖA* 1994, 171.
- Pichler*, Religionsfreiheit – Elternrechte – Kinderrechte, *ÖJZ* 1997, 450.
- Pichler*, Arzthaftungsdynamik versus alternative, verschuldensunabhängige Entschädigungssysteme, in *Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch* (Hrsg), *Die Entwicklung der Arzthaftung* (1997) 172.
- Pichler*, Patientenrecht auf Entschädigung, die Begründbarkeit einer Sonderentschädigungsordnung, Fonds oder Versicherung? in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), *Patientenrechte in Österreich* (2001) 35.
- Pilz/Gribl*, Rechte von Patienten und Patientinnen. Selbstbestimmung/Vertretungsbefugnisse, in *Pfeil/Prantner* (Hrsg), *Krankenversicherung zwischen Leistungsanspruch und Selbstbestimmung der Versicherten* (2015) 79.
- Pinzker*, Probleme im medizinischen Alltag im Umgang mit Migrantinnen und Migranten. Kommunaldolmetschen – ein Lösungsansatz, *Ärzte Krone* 2008/3, 30.
- Pitzl/Huber*, Behandlungsaufklärung – Risikoauflärung – Aufklärungsbögen, *RdM* 1996, 113.
- Pitzl/Huber*, Verschuldensunabhängige Patientenschädigung. Patientenschädigungsfonds, *RdM* 2003/54.
- Plattform der Interreligiösen Zusammenarbeit der Seelsorge und Besuchsdienste im AKH Wien*, Seelsorge und Besuchsdienste im AKH Wien Jahresbericht 2011 (2012).
- Pöchhacker*, Kommunikation mit Nichtdeutschsprachigen in Wiener Gesundheits- und Sozialeinrichtungen in *Csitkovics/Eder/Matuschek* (Hrsg), *Die gesundheitliche Situation von MigrantInnen in Wien, MA 15/WHO Projekt* (1997) 91.
- Pöchhacker*, Dolmetschen. Konzeptuelle Grundlagen und deskriptive Untersuchungen (2000).
- Pöchhacker*, Krankheit, Kultur, Kinder, Kommunikation: Die Nichte als Dolmetscherin, *curare* 2008/31, 13.
- Pöchhacker*, KrankenhausdolmetscherInnen: Bedarf, Probleme, Perspektiven, in *Rásky* (Hrsg), *Gesundheit hat Bleiberecht: Migration und Gesundheit* (2009) 117.
- Pöchhacker/Kadrić*, The Hospital Cleaner as Healthcare Interpreter, *The Translator* 1999, 161.
- Pöllabauer*, Dolmetschen im sozialen, medizinischen und therapeutischen Bereich – eine Gratwanderung zwischen Interessenskonflikten und Streben nach Professionalität, in *Pöllabauer/Prunč* (Hrsg), *Brücken bauen statt Barrieren. Sprach- und Kulturmöglichkeiten im sozialen, medizinischen und therapeutischen Bereich* (2003).
- Pöllabauer*, „Im Wilden Westen des Dolmetschens. Ausbildung als Schritt zur Professionalisierung des Community Interpreting“, in *Rásky* (Hrsg), *Gesundheit hat Bleiberecht: Migration und Gesundheit* (2009) 97.
- Pollak/Potyka*, Internationales Sachwalterrecht, in *Barth/Ganner* (Hrsg), *Handbuch des Sachwalterrechts²* (2010) 597.
- Pöltner*, Die theoretische Grundlage der Hirntodthese, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), *Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens* (1995) 123.
- Potz*, Recht auf seelsorgliche Betreuung aus der Sicht der Patienten und der Religionsgemeinschaften, in *Körtner/Müller/Kletečka-Pulker/Inthorn* (Hrsg), *Spiritualität, Religion und Kultur am Krankenbett* (2009) 108.
- Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007).
- Potz/Schinkele*, Überlegungen zum „Kreuzurteil“ des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Lautsi v. Italien, 3. 11. 2009, 30814/06) aus österreichischer Perspektive (2010), <http://www.laienrat.at/wp-content/uploads/profpotzkreuzurteil.doc> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Potz/Schinkele*, Das neue Israelitengesetz 2012, *öarr* 2013, 303.
- Prais/Shoov-Furman/Amir*, Is ritual circumcision a risk factor for neonatal urinary tract infections? *Arch Dis Child* 2009, 191.
- Prietl*, Die ärztliche Verschwiegenheitspflicht nach dem Tod des Patienten, *RdM* 1995, 6.

- Prinz/Hoffmann/Mitteräcker/Kutalek/Maier*, Der alte Mensch im unterschiedlichen kulturellen Kontext, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 263.
- Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung. Handbuch für Ärzte, Juristen und Patienten² (2004).
- Pütz*, Wie Arbeitgeber Blender und Aufschneider entlarven, welt.de 19. 7. 2011, <https://www.welt.de/wirtschaft/karriere/tipps/article13495184/Wie-Arbeitgeber-Blender-und-Aufschneider-entlarven.html> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Putzke/Stehr/Dietz*, Strafbarkeit der Zirkumzision von Jungen. Medizinrechtliche Aspekte eines umstrittenen ärztlichen Eingriffs, Monatsschr Kinderheilkd 2008/156, 783.
- Rabussay*, Das Recht auf Übersetzungshilfe vor dem Hintergrund der RL 2010/64/EU und des Budgetbegleitgesetzes 2011, RZ 2011, 263.
- Radner W./Kiss/Diendorfer/Richter-Müksch/Stifter/Radner A.*, Ärztliche Aufklärungspflicht, RdM 2003/34.
- Radner*, Freie Arztwahl und Krankenversicherung, SozSi 1993, 625.
- Radner*, Die Anstaltpflege im Wechselspiel von Sozialversicherungsrecht, Krankenanstaltenrecht und Krankenanstaltenvertrag (1995).
- Razum/Geiger*, Migranten, in *Schwartz/Badura/Busse/Leidl/Raspe/Siegrist/Walter* (Hrsg), Public Health. Gesundheit und Gesundheitswesen² (2003) 686.
- Rebhahn*, Wann dürfen Vertragsärzte die Behandlung von Versicherten ablehnen? RdM 2013/140.
- Rebhahn*, Krankenversicherung zwischen Leistungsanspruch und Selbstbestimmung. Verfassungsrecht, Unionsrecht und Ethik, in *Pfeil/Prantner* (Hrsg), Krankenversicherung zwischen Leistungsanspruch und Selbstbestimmung der Versicherten (2015) 1.
- Reibenwein/Pachner*, Disziplinarverfahren: Wiener Arzt behandelt keine Asylwerber, Kurier 14. 1. 2016, <https://kurier.at/chronik/wien/disziplinarverfahren-wiener-arzt-behandelt-keine-asylwerber/174.871.977> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Reimer/Eckert/Hautzinger/Wilke*, Psychotherapie. Ein Lehrbuch für Ärzte und Psychologen² (2000).
- Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997).
- Resch*, Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 38.
- Resch*, Freie Arztwahl in der allgemeinen Gebührenklasse im Umweg des Arzthaftungsrechts? RdM 2004/102.
- Resch*, Abweisung eines Kranken durch einen Krankenpfleger, ÖZPR 2010/93.
- Resch*, Organisationsverschulden der Krankenanstalt aus Sicht des Arbeitnehmers, RdM 2010/64.
- RFSU*, Vaginal corona. Myth surrounding virginity – your questions answered (2009).
- Riss/Kepplinger*, Haftungsfragen bei Delegation ärztlicher Tätigkeiten an „Nichtärzte“, RdM 2016/134.
- Rixen*, Das todkranke Kind zwischen Eltern und Arzt, MedR 1997, 351.
- Robert Koch Institut*, Masern unter tschetschenischen Asylsuchenden im Zeitraum Januar bis Juli 2016, Epidemiologisches Bulletin 2016/31, 279.
- Rohe*, Islamisierung des deutschen Rechts? JZ 2007, 801.
- Rohrmoser*, Wenn Muslime zum Arzt gehen, Ärzte Woche 2007/17, <http://www.springermedizin.at/artikel/8404-wenn-muslime-zum-arzt-gehen> (abgefragt am 20. 7. 2016).
- Rosenleitner/Rittmannsberger*, Zwischen Glauben und Wahn, Neuropsychiatr 2013, 212.
- Röthel*, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht in europäischer Perspektive, FPR 2007, 79.
- Rudolf*, Medizinische Sachverständigenbegutachtung zur Alterseingrenzung im Rahmen von Asylverfahren unter Berücksichtigung der Verwendung von radiologischen Befunden, FABL 2009, 78.
- Rudolf*, Altersunterscheidung in Strafverfahren unter Heranziehung des medizinischen Sachverständigenbeweises, ÖJZ 2015/34.
- Rudolf*, Medizinischer Sachverständigenbeweis zur behördlichen Altersklassifikation von fraglich unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, DAG 2016/3.
- Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (Stand 1. 8. 2015, rdb.at).
- Rummel/Lukas*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (Stand 1. 8. 2015, rdb.at).
- Salzer/Bernat*, Das 15-jährige Mädchen, die „Pille danach“ und der Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses, RdM 2009/90.
- Samadzade*, Hirntod und Organtransplantation aus islamischer Sicht (2009).

- San*, Türkischsprachiges Service im Rahmen der Vorsorgeuntersuchung. Ich bleib' gesund – Sağlıklı kalacağım, in *Karl-Trummer/Pammer* (Hrsg), Migration, Kultur und Gesundheit. Chancen, Herausforderungen und Lösungen (2010).
- Sautner*, Die religiös motivierte Verweigerung der ärztlichen Heilbehandlung bei Minderjährigen. Die Problematik der Bluttransfusionen bei den Zeugen Jehovas, JAP 1999/2000, 14.
- SAVD Videodolmetsch GmbH*, <http://www.videodolmetschen.com/> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Schaupp*, Spiritualität als wesentliches Element in der Arzt-Patient-Beziehung mit unterschiedlichen kulturellen Werthaltungen? in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 89.
- Schaupp*, „Wiederkehr des Religiösen“. Gesellschaftliche Entwicklungen als Herausforderung für das Gesundheitswesen, in *Schaupp/Platzer/Kröll* (Hrsg), Gesundheitssorge und Spiritualität im Krankenhaus (2014) 11.
- Schaupp*, Das Hirntodkonzept – Theologisch-ethische Sicht, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation (2014) 97.
- Scheiber*, Dolmetschen bei Gerichten und Behörden. Grundsätzliche Gedanken zum Thema aus Anlass der Enquete, RZ 2006, 262.
- Schick*, Intensivmedizin und strafrechtliche Aspekte, in *Bernat/Kröll* (Hrsg), Intensivmedizin als Herausforderung für Recht und Ethik (1999) 34.
- Schick*, Die kriminologische und arztrechtliche Problematik unwissenschaftlicher Heilmethoden, in *Schwind/Kube/Kühne* (Hrsg), Kriminologie an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998 (1998) 255.
- Schima*, Nachtrag zum „Neuen Recht 2006“: Die legistische Behandlung von Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht und einige Überlegungen aus religionsrechtlicher Perspektive, öarr 2008, 494.
- Schinkele*, Religionsfreiheit, Reichweite und Grenzen im Kontext religiös-kultureller Praktiken – unter besonderer Berücksichtigung von Femal Genital Mutilation und Zirkumzision, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 103.
- Schinkele*, Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen Knaben, RdM 2012, 189.
- Schlund*, Aufklärungsproblematik, Der Unfallchirurg 2000, 251.
- Schmidt-Glenewinkel*, Kinder als Dolmetscher in der Arzt-Patienten-Interaktion (2013).
- Schmidhuber*, Hosen runter! Körperliche Durchsuchung und Untersuchung von Strafgefangenen mit besonderer Berücksichtigung der Gender-Perspektive und kultureller/religiöser Aspekte, SPRW 2014, 310.
- Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1999) 1.
- Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, ÖJZ 2000, 361.
- Schrammel*, Die Sonderklasse in öffentlichen Krankenanstalten, in *Martinek/Wachter* (Hrsg), Arbeitsleben und Rechtsordnung. Festschrift Gerhard Schnorr zum 65. Geburtstag (1988) 421.
- Schreiner*, Von was reden wir? Interkulturalität, Transkulturalität, Kultursensibilisierung. Versuch einer Begriffsdefinition, in *FH Oberösterreich Studienbetriebs GmbH* (Hrsg), 1. Symposium „Interkulturalität & Pflege – ein Querschnittsthema“. Abstraktband (2015) 10.
- Schroth*, Der Tod des Menschen aus juristischer Sicht, in *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg), Hirntod und Organtransplantation. Zum Stand der Diskussion (2016) 67.
- Schütz*, Abbruch der künstlichen Ernährung bei einer einwilligungsunfähigen Patientin – vorsätzliche Tötung durch Unterlassen? Anmerkung zu OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 286/07 p aus strafrechtlicher Perspektive, iFamZ 2009, 32.
- Schwamberger*, Teleoperation – rechtliche Aspekte, RdM 1997, 47.
- Schwamberger*, Einige gesundheitsrechtlich relevante Aspekte des Datenschutzgesetzes 2000, RdM 1999, 131.
- Schwamberger*, ELGA-G und Pflege. Hinweise im ELGA-G bzw GTelG 2012 auf die Pflege, RdM 2013/37.
- Schwarz*, Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, JZ 2008, 1125.
- Schwarzenegger/Thunhart*, Was kommt nach den fiktiven Heilungskosten? Vorschusspflicht und Rückforderbarkeit im Schadenersatzrecht, ÖJZ 2001, 673.
- Schwimann*, ABGB Praxiskommentar³ (2006).

- Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ (2011).
- Siemer*, „Die meisten bedanken sich für die Hilfe“, DFZ 2016/60, 16.
- Smith*, Ramadan. So fasten chronisch Kranke ohne Folgen, Ärzte Zeitung 27. 6. 2016.
- Smutny*, Tradition als Tarnanzug für (Menschen)Rechtsverletzungen – Überlegungen zu FGM aus rechtlicher Sicht, in *Österreichische Gesellschaft für Familienplanung* (Hrsg), Female Genital Mutilation (FGM) ein „harmloser“ Brauch oder ein tiefgehender Schaden für Frauen? (2001) 22.
- Sorensen/Pelikan/Röthlin/Ganahl/Slonska/Doyle/Fullam/Kondilis/Agrafiotis/Uiters/Falcon/Mensing/Tchamov/van der Broucke/Brand*, Health literacy in Europe: comparative results of the European health literacy survey (HLS-EU), European Journal of Public Health 2015, 1053.
- Spickhoff*, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267.
- Spickhoff*, Sonderpersonen: Kinder und Jugendliche, ältere Patienten, Bewusstlose, Ausländer, Sektenanhänger, in *Deutsch/Spickhoff* (Hrsg), Medizinrecht⁷ (2014) 770.
- Spickhoff*, Zur Erstattungsfähigkeit von Dolmetschkosten bei medizinischer Behandlung. Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, in *Jaeger/Huber/Luckey* (Hrsg), FS für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag (2014) 119.
- Stadler*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die berufliche Fortbildung von angestellten Spitalsärzten, RdM 2011/84.
- Stadler*, Aufklärung von fremdsprachigen Patienten, ÖZPR 2013/85.
- Stange-Budumlu*, Praxisbericht eines Krankenhausarztes. Behandlung ausländischer Patienten im Krankenhaus, in *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg), Globalisierung in der Medizin. Der Einbruch der Kulturen in das deutsche Gesundheitswesen (2005) 17.
- Stärker*, Freie Arztwahl – Vorschlag einer Neuregelung, RdM 2007/28.
- Statistik Austria*, Volkszählung 2001. Textband. Die demographische, soziale und wirtschaftliche Struktur der österreichischen Bevölkerung (2007).
- Statistik Austria*, Tourismusstatistik erstellt am 18. 2. 2016: Ankünfte und Übernachtungen nach Herkunfts ländern im Kalenderjahr 2015, endgültige Ergebnisse Österreich.
- Statistik Austria*, Migration und Integration. Zahlen Daten Indikatoren 2017 (2017).
- Steffen*, Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbeschränkungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten, in *Brandner/Hagen/Stürner* (Hrsg), FS für Karlmann Geiß (2000) 487.
- Steinbereithner*, Hirntod und Intensivmedizin, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens (1995) 67.
- Steiner*, Zur inhaltlichen Unterscheidung zwischen Belegarzt und Konsiliararzt, RdM 1998, 70.
- Steiner*, Dolmetschkosten im Krankenhaus, RdM 2005/67.
- Steiner*, Zum Versorgungsauftrag öffentlicher Krankenanstalten, RdM 2010/157.
- Steininger*, Umgang mit Behandlungsfehlern aus rechtsvergleichender Sicht: Kausalität und Kausalitätsbeweis, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 79.
- Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts. Arzt – Recht – Ethik. Band I: Arzt und Recht (1999).
- Stiftung kreuznacher diakonie*, Grundsätze zur Behandlung von Zeugen Jehovas vor dem Hintergrund der Gabe von Blut und Blutprodukten in Krankenhäusern der Stiftung kreuznacher diakonie (2011).
- Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008).
- Stolzlechner*, Überlegungen zur ärztlichen Verschwiegenheits-, Anzeige- und Meldepflicht, RdM 2000, 67.
- Stonek/Berdenich/Knyrim/Kern*, Datenschutzkonforme Onlinekommunikation zwischen Ärzten und Patienten, Dako 2016/49.
- Stormann*, Rechtliche Probleme der Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, in *Kerbl/Thun-Hohenstein/Damm/Waldhauser* (Hrsg), Kind und Recht. 3. Jahrestagung Politische Kindermedizin 2009 (2010) 59.
- Strasser*, Religiöse Rechtfertigung – was dürfen Eltern im Namen der Religionsfreiheit? Interpretation einfachgesetzlicher Bestimmungen aus grundrechtlicher Sicht, iFamZ 2012, 220.
- Strätling/Strätling-Tölle/Scharf/Schmucker*, „Automatische“ gesetzliche Stellvertretung nicht entscheidungsfähiger Patienten durch „nahe Angehörige“? MedR 2003, 372.
- Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012).

- Svejda-Hirsch*, „Ein Trauma kann man als Erdbeben im Kopf umschreiben.“ Migration als Herausforderung für die Psychiatrie, Soziale Medizin 2010/3, 31.
- Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag (2000) (zit nach *Hillenkamp*).
- Telefondolmetschdienst Schweiz*, <http://www.0842-442-442.ch> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Thiele*, Rechtsfragen der medizinischen Online-Beratung, RdM 2003/33.
- Tichy*, Die Abgrenzung zwischen religiöser und ethnischer Diskriminierung nach den EU-Gleichbehandlungsrichtlinien, öarr 2008, 266.
- Tipold*, Die strafrechtliche Verantwortung, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2018) II/33.
- Topf*, Das schwerkranke fremdsprachige Kind und seine Familie – ein mehrfacher Übersetzungsprozess, in *Kaelin/Kletečka-Pulker/Körtner* (Hrsg), Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein? Migration, Übersetzung und Gesundheit (2013) 155.
- Tosun*, Kulturelle und religiöse Aspekte in der Patientenbetreuung, Journal für Urologie und Urogynäkologie 2013/20, 19.
- Traar*, Das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen. Bevorstehende Neuordnung des internationalen Erwachsenenschutzes, iFamZ 2009, 113.
- Traar/Pesendorfer/Fritz/Barth*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung (2015).
- Transkulturelle Pflege/Kultursensible Pflege*, <http://www.transkulturellepflege.de/> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Triple win*, <https://www.triple-win-pflegekraefte.de> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Türk/Bussler*, Rechtliche Betreuung von Menschen mit Migrationshintergrund. Anforderungen und Best-Practise-Modell, iFamZ 2010, 343.
- Tylor*, The origins of culture (1958).
- Ulrich*, Religiöse Freiheit als Grundrecht im Krankenhaus, in *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Medizin im Konflikt der Kulturen (2011) 37.
- Uluköylü*, „Ich finde es schade, für meine Leute“. Wenn nicht(-)professionelle DolmetscherInnen im medizinischen Bereich dolmetschen, in *Rásky* (Hrsg), Gesundheit hat Bleiberecht: Migration und Gesundheit (2009) 124.
- UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR)*, Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment („Istanbul Protocol“) (2004) HR/P/PT/8/Rev.1, http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4638aca62&skip=0&query=istanbul_protocol (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Uniklinikum Salzburg*, Integration und Transkulturalität. Auf dem Weg zum kultursensiblen Krankenhaus (2016).
- Urban*, Transkulturelle Pflege am Lebensende. Umgang mit Sterbenden und Verstorbenen unterschiedlicher Religionen und Kulturen² (2014).
- Uslucan*, Kulturelle Sensibilität in Pflegeschaftsverfahren. Auswirkungen kultureller Heterogenität auf die familienrechtliche Praxis, iFamZ 2010, 339.
- Verband der intensivmedizinischen Gesellschaften Österreich (FASIM)*, Empfehlungen zur Durchführung der Todesfeststellung bei einer geplanten Organentnahme nach Hirntod durch Kreislaufstillstand. Entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 16. November 2013 (2013).
- Volksanwaltschaft*, Verstärkung des präventiven Menschenrechtsschutzes durch Anwendung des Istanbul-Protokolls in allen österreichischen Krankenanstalten, 14. 12. 2015, <http://volksanwaltschaft.gv.at/artikel/verstaerkung-des-praeventiven-menschenrechtsschutzes-durch-anwendung-des-istanbul-protokolls-in-allen-oesterreichischen-krankenanstalten> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Wächter-Raquet*, Gesundheitsversorgung von Asylsuchenden. Gesundheitskarte und psychotherapeutische Versorgung: ein Sachstandsbericht (2016).
- Wagner*, Dolmetsch via Telefon, Ärzte Krone 2016/17, 4.
- Wallner F.*, Grenzen der Verschwiegenheitspflicht der Gesundheitsberufe, RdM 2013/106.
- Wallner F.*, Berufs- und haftungsrechtliche Fragen iZm der Transplantation von Allografts in der Orthopädie, RdM 2015/90.
- Wallner J.*, Health Care zwischen Ethik und Recht (2007).
- Wallner J.*, Die Beschneidung von nicht einwilligungsfähigen Knaben, RdM 2012/144.

- Weitzenböck, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach den KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 1.
- Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015).
- Wenzel*, Das Recht der medizinischen Behandlung, in *Wenzel* (Hrsg), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007) 221.
- Wesselmann/Lindemeyer/Lorenz*, Wenn wir uns nicht verstehen, verstehen wir nichts. Übersetzen im Krankenhaus. Der hausinterne Dolmetschdienst (2004).
- WGKK*, Gesamtvertrag vom 1. Jänner 2004, <http://www.hauptverband.at/portal27/portal/hvbportal/content/contentWindow?contentid=10007.693863&action=2&viewmode=content> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- WHO*, Female Genital Mutilation: Report of a WHO Technical Working Group, Geneva, 17-19 July 1995 (1996).
- WHO*, HIV/AIDS, <http://www.who.int/features/qa/71/en/> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Wiener Krankenanstaltenverbund*, Ratgeber für Patientinnen und Patienten sowie Hausordnung für die Wiener städtischen Krankenanstalten (ausgenommen Pflegeanstalten für chronisch Kranke, die ärztlicher Betreuung und besonderer Pflege bedürfen), http://www.wienkav.at/kav/texte_anzeigen.asp?id=2219 (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Wiener Pflege-, Patientinnen- und Patientenanwaltschaft*, Bericht über das Jahr 2017 (2018).
- Wienke/Sailer*, Aufklärung und Behandlung trotz Sprachbarriere – Wer trägt die Dolmetscherkosten? Hessisches Ärzteblatt 2013, 846.
- Wild*, Zum Umgang mit „kulturellen Fragen“ in der klinischen Ethik am Beispiel der Hymenrekonstruktion, Ethik Med 2012, 275.
- Wilhelm*, Emanzipation durch Vorsorgevollmacht, ecolex 2006, 261.
- Willinger*, Ethische und rechtliche Aspekte der ärztlichen Aufklärungspflicht (1996).
- Wimberger*, Was bedeutet das 2. ErwSchG für bestehende Sachwalterschaften? ÖZPR 2018/54.
- Wimmer-Puchinger/Wolf*, Gesellschaftliche und familiäre Spannungsfelder im Kontext von Migration: Relevanz für Gesundheit und Krankheit, in *Peintinger* (Hrsg), Interkulturell kompetent. Ein Handbuch für Ärztinnen und Ärzte (2011) 285.
- Wimmer-Puchinger/Wolf/Engleder*, Migrantinnen im Gesundheitssystem. Inanspruchnahme, Zugangsbarrieren und Strategien zur Gesundheitsförderung, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2006, 884.
- Windisch-Graetz*, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das österreichische Krankenanstaltenrecht Teil I, ZfV 2002, 628.
- Windisch-Graetz*, Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts für Gesundheitsberufe, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2018) IV/77.
- Wirbel-Rusch*, Telemedizin – Haftungsfragen (2001).
- Wolf/Eljelede*, Weibliche Genitalverstümmelung. Ein Gesundheitsrisiko für Frauen, in *Wolf/Endler/Wimmer-Puchinger* (Hrsg), Frauen Gesundheit Soziale Lage (2010) 155.
- Wölfl*, Die Angst davor, als Nichtjungfrau zu gelten, derStandard.at 4. 3. 2016, <http://derstandard.at/2000032283839/Die-Angst-davor-als-Nichtjungfrau-zu-gelten> (abgefragt am 8. 4. 2018).
- Woman&Health*, <http://www.womanandhealth.at/gynaekologie/genitalchirurgie.html> (abgefragt am 7. 7. 2016).
- Zankl*, Eigenmächtige Heilbehandlung und Gefährdung des Kindeswohls, ÖJZ 1989, 299.
- Zehetgruber/Habersack*, MultiMed21 – mehrsprachiges multimediales Patienten-Aufklärungstool im personalisierten Einsatz am Krankenbett, Wien Klin Wochenschr [Suppl], DOI 10.1007/s00508-013-0462-8.
- Zimmermann*, Kulturelle Missverständnisse in der Medizin. Ausländische Patienten besser versorgen (2000).
14. *Gesundheitspflege-Kongress mit Schwerpunkt kultursensible Pflege*, <http://www.gesundheitskongresse.de/hamburg/2016/> (abgefragt am 30. 9. 2016).

16 Abstract

16.1 Englisch

The treatment of patients in Austria, who do not speak German, who are not shaped by western culture or do not have the Austrian citizenship, causes a lot of challenges from a legal point of view.

First of all, it must be clarified under which circumstances foreign citizens have a right to be treated in Austrian health facilities. Are the patients and the health facilities free to decide with whom they want to conclude a treatment contract?

If the treatment contract is valid, doctors and patients have rights and duties. The patients' rights also include, that the language and culture of the patient are taken into account during the treatment. The doctor has to make sure, that the patient gets sufficient information concerning the treatment, in order for him or her to be able to give informed consent. The information that is given to a patient, who is not shaped by western culture, has to be adapted to the knowledge and beliefs of the patient. If patient and doctor do not have a common language, an interpreter is needed. This raises numerous legal questions such as liability issues, questions of quality of the interpreter or questions about his or her duty of confidentiality.

Challenges that come along with the treatment of patients, who were not born in Austria, can also arise, when patients refuse a treatment because of religious or cultural beliefs or if they want to have a treatment, which is not indicated from a medical point of view. Such treatments can be for example the circumcision of boys, but also of girls (= female genital mutilation) or hymen reconstruction.

The present thesis deals with the points raised and analyses, if the Austrian legal system guarantees a culture-sensitive treatment for patients, who need it.

16.2 Deutsch

Werden nicht deutschsprachige, kulturell nicht westlich geprägte oder ausländische Personen in Österreich medizinisch versorgt, ergeben sich zahlreiche rechtliche Herausforderungen.

Zunächst ist die Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen ausländische Staatsangehörige einen Anspruch auf Versorgung in österr Krankenanstalten oder durch in Österreich niedergelassene Ärzte/Ärztinnen haben und inwieweit es sowohl Behandlern/Behandlerinnen als auch Patienten/Patientinnen freisteht, Behandlungsverträge zu schließen.

Kommt ein gültiger Behandlungsvertrag zustande, erwachsen daraus Rechte und Pflichten sowohl für die Patienten-, als auch für die Behandlerseite. Analysiert man die Rechte der Patienten/Patientinnen dahingehend, inwiefern sie Besonderheiten für Migranten/Migrantinnen aufweisen, wird schnell klar, dass der Gesetzgeber sowohl die Sprache, als auch die kulturelle Prägung bei der Behandlung berücksichtigt wissen will. So sind für Art und Umfang der Aufklärung über medizinische Maßnahmen sowohl eine Sprach-, als auch eine Kulturrelle Barriere relevant und ist die Aufklärung entsprechend anzupassen. Versteht der/die PatientIn aufgrund einer Sprach- und/oder Kulturrelle Barriere die Aufklärung nicht, war diese rechtlich unzureichend und der/die PatientIn kann nicht wirksam in die Heilbehandlung einwilligen. Eine Umgehung dieser Barrieren ist etwa durch Dolmetschung des Aufklärungsgesprächs möglich, wobei sich zahlreiche rechtliche Fragen – etwa nach Haftung, Qualität, Kosten oder Verschwiegenheit der DolmetscherInnen – auftun.

Besonderheiten bei der Behandlung von migrantischen Patienten/Patientinnen können sich auch dann ergeben, wenn der/die PatientIn lebensnotwendige Behandlungen aus kulturellen oder religiösen Gründen ablehnt oder sich umgekehrt Behandlungen wünscht, die medizinisch nicht indiziert oder nicht an die Paradigmen der westlichen Medizin angepasst sind. Zu denken ist hier etwa an die Beschneidung von Männern bzw Knaben, die Genitalverstümmelung von Frauen bzw Mädchen oder die Untersuchung des Hymens zum Zweck der „Überprüfung der Jungfräulichkeit“.

Vorliegende Dissertation greift die angesprochenen Themen auf und stellt juristisch fundiert dar, inwieweit die Rechtsordnung Möglichkeiten oder die Verpflichtung dazu bietet, Patienten/Patientinnen kultursensibel zu behandeln.

Lebenslauf

Mag. phil. Mag. iur Katharina Leitner

Geburtsdatum: 14. 03. 1987

Staatsbürgerschaft Österreich

SCHULISCHE & AKADEMISCHE BILDUNG

10/2013 – dato	Doktoratsstudium Rechtswissenschaften
Universität Wien	<ul style="list-style-type: none">• Dissertationsfach: Medizinrecht• Wahlfachkorb Medizinrecht
10/2005 – 11/2012	Diplomstudium der Rechtswissenschaften
Universität Wien	<ul style="list-style-type: none">• Wahlfachkorb Mediation
10/2005 – 01/2011	Diplomstudium der Kultur- und Sozialanthropologie
Universität Wien	<ul style="list-style-type: none">• Abschluss mit Auszeichnung• Diplomarbeit zum Thema „EINE Polizei für alle – Perspektiven von PolizistInnen mit Migrationshintergrund in Wien“
1997 – 2005	Gymnasium
BG/BRG Rohrbach	<ul style="list-style-type: none">• Matura mit ausgezeichnetem Erfolg

BERUFSERFAHRUNG

01/2019 – dato	Leiterin der Österreichischen Notariatsakademie
07/2017 – 01/2019	Juristin Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz
01/2017 – 07/2017	Juristin Rechtsabteilung, Medizinische Universität Wien
11/2011 – 12/2016	Wissenschaftliche Mitarbeiterin/Universitätsassistentin Prae Doc Institut für Ethik und Recht in der Medizin, Universität Wien
09/2011 – 11/2013	Lehrgangsbetreuerin und Program Managerin Plattform Patientensicherheit
10/2011 – 02/2013	Tutorin Institut für Rechtswissenschaften, Universität für Bodenkultur Wien
01/2010 – 06/2012	Wissenschaftliche Mitarbeiterin Verein zur Förderung sicherheitspolitischer Perspektive

MMag. Leitner hält zahlreiche Vorträge im Bereich des Medizinrechts und ist Lehrbeauftragte an der Universität Wien, der Medizinischen Universität Wien, der Danube Private University, der Karl Landsteiner Privatuniversität für Gesundheitswissenschaften sowie der FH Campus Wien. Darüber hinaus publiziert sie regelmäßig zu medizinrechtlichen Themen.