



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Die rechtliche Stellung minderjähriger Patienten
im Wandel der Zeit unter besonderer Berücksichtigung der
Einwilligung in medizinische Behandlungen (20./21. Jh.)“**

Verfasserin

Mag. iur. Birgit Stranz

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, Juni 2010

Studienkennzahl: A 083 101

Dissertationsgebiet: Rechtswissenschaften

Betreuer: ao. Univ.-Prof. Dr. Michael Memmer

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG	7
 ERSTER TEIL: DIE RECHTSLAGE IN DER ERSTEN HÄLFTE DES 20. JAHRHUNDERTS	
I. Einleitende Bemerkung	10
II. Gesetzliche Regelungen betreffend die Einwilligung von Patienten	11
1. Die Einwilligung im Strafrecht	11
1.1. Der Strafgesetzentwurf von 1912	11
1.2. Der Strafgesetzentwurf von 1927	15
1.3. Die Strafgesetznovelle von 1937	19
2. Die Einwilligung im Krankenanstaltenrecht	21
III. Judikatur zur Einwilligung minderjähriger Patienten	24
1. Darstellung der Entscheidungen	24
1.1. Urteil des deutschen Reichsgerichts vom 31. Mai 1984	25
1.2. Urteil des OGH vom 4. Jänner 1906	28
2. Zusammenfassende Überlegungen	30
IV. Die Einwilligung minderjähriger Patienten in der Literatur	31
1. Einwilligung des Minderjährigen	32
2. Mitwirkung der Eltern	34
V. Zusammenfassung	35
 ZWEITER TEIL: DIE RECHTSLAGE IN DER ZWEITEN HÄLFTE DES 20. JAHRHUNDERTS	
I. Einleitende Bemerkung	37
II. Gesetzliche Regelungen betreffend die Einwilligung von Patienten	37
1. Die Einwilligung im Strafrecht	37
2. Die Einwilligung im Zivilrecht	42

2.1.	Der Entwurf eines Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 1999 – Anstöße für die Reform und grundlegende Ziele	42
2.2.	Die Einwilligung in medizinische Behandlungen	45
2.3.	Überblick über Stellungnahmen zum Ministerialentwurf	49
2.3.1.	Inhalt der Stellungnahmen.....	49
2.3.2.	Auswertung der Stellungnahmen	58
3.	Die Einwilligung im Krankenanstaltenrecht und weiteren verwaltungsrechtlichen Sonderbestimmungen	63
3.1.	Das Krankenanstaltengesetz	63
3.2.	Weitere verwaltungsrechtliche Sondervorschriften	65
3.2.1.	Das Bundesgesetz über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung und das das Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Tuberkulose	66
3.2.2.	Das Arzneimittelgesetz und das Medizinproduktegesetz	69
3.2.3.	Das Unterbringungsgesetz	71
3.2.4.	Das Fortpflanzungsmedizingesetz und das Gentechnikgesetz	75
3.3.	Zusammenfassende Überlegungen	76
III.	Judikatur zur Einwilligung minderjähriger Patienten	79
1.	Darstellung der Entscheidungen	79
1.1.	Urteil des OGH vom 11. September 1984	80
1.2.	Urteil des OGH vom 19. Dezember 1984	81
1.3.	Urteil des OGH vom 1. April 1987	83
1.4.	Urteil des OGH vom 3. September 1996	85
1.5.	Urteil des OGH vom 11. November 1997	86
2.	Zusammenfassende Überlegungen	87
IV.	Die Einwilligung minderjähriger Patienten in der Literatur	90
1.	Die Rechtsnatur der Einwilligung	90
2.	Entwicklung des Kriteriums der Einsichts- und Urteilsfähigkeit	93
3.	Art des Eingriffes	97
4.	Mitwirkung der Eltern	100
4.1.	Gründe für die Zustimmung der Eltern	101
4.2.	Die zustimmungsberechtigte Person	102
4.3.	Vorgangsweise bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Kind und Eltern über die Vornahme der Behandlung	106
5.	Beachtung des Kindeswohls	109
V.	Zusammenfassung	114

DRITTER TEIL: DIE RECHTSLAGE ZU BEGINN DES 21. JAHRHUNDERTS

I. Einleitende Bemerkung	116
II. Gesetzliche Regelungen betreffend die Einwilligung von Patienten	116
1. Die Einwilligung im Zivilrecht	117
2. Die Einwilligung im Krankenanstaltenrecht und weiteren verwaltungsrechtlichen Sonderbestimmungen	120
2.1. Das Krankenanstaltengesetz	120
2.2. Weitere verwaltungsrechtliche Sondervorschriften	123
III. Judikatur zur Einwilligung minderjähriger Patienten	125
1. Darstellung der Entscheidungen	125
1.1. Urteil des LG Wien vom 25. Jänner 2005	125
1.2. Urteil des OGH vom 10. Juni 2008	127
2. Zusammenfassende Überlegungen	129
IV. Die Einwilligung minderjähriger Patienten in der Literatur	130
1. Die Einwilligungsfähigkeit	130
2. Der Begriff der medizinischen Behandlung	134
2.1. Definition	134
2.2. Die Unterscheidung zwischen der leichten und schweren Behandlung	140
3. Die Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist	143
4. Behandlung einsichts- und urteilsunfähiger minderjähriger Patienten ...	145
5. Behandlung einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Patienten	146
6. Wahrung des Kindeswohls	150
7. Die dringende Behandlung	152
V. Schlussbetrachtung	154
QUELLENVERZEICHNIS	156
ANHANG	
– Curriculum Vitae	168
– Abstract	169

EINLEITUNG

Das Arzt-Patienten-Verhältnis ist von einer Vielzahl wechselseitiger Rechte und Pflichten geprägt.¹ Diese gelten grundsätzlich sowohl für erwachsene als auch für minderjährige Patienten. Minderjährige werden von der Rechtsordnung allerdings besonders geschützt und dieser Schutz wirkt sich auch im medizinischen Bereich aus.² Das hat zur Folge, dass bei der Behandlung von Minderjährigen teilweise andere Regelungen als bei Erwachsenen bestehen. Eine lückenlose Darstellung all dieser Regelungen würde ausufern, sodass sich die vorliegende Arbeit auf die Einwilligung minderjähriger Patienten – als eine der wesentlichsten Ausprägungen des Selbstbestimmungsrechts³ – in medizinische Eingriffe beschränkt.

Der Einwilligung kommt deshalb besondere Bedeutung zu, da sie grundsätzlich Voraussetzung jeder rechtmäßigen ärztliche Behandlung ist. Abgesehen von wenigen Ausnahmen – etwa bei Gefahr im Verzug, also wenn der Eingriff dringend geboten ist und eine Einwilligung nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne das Leben oder die Gesundheit des Betroffenen zu gefährden,⁴ sowie in den vom Gesetz ausdrücklich genannten Ausnahmefällen einer „Zwangsbehandlung“⁵ – ist eine einwilligungslose Behandlung bzw eine Behandlung gegen den Willen des Patienten immer rechtswidrig. Ein Verstoß dagegen kann straf-, zivil-, und verwaltungsrechtliche Folgen nach sich ziehen.

Ein Blick in das vergangene Jahrhundert zurück zeigt, dass sich die „Einwilligungs-Problematik“ erst nach und nach entwickelte. Dabei gab es im Laufe der Zeit unterschiedliche Ansichten, ob bzw unter welchen Voraussetzungen Minderjährige selbst in einen medizinischen Eingriff einwilligen können.

¹ Vgl hierzu etwa *Memmer*, Rechte und Pflichten, I/27f.

² Vgl § 21 Abs 1 ABGB. *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 13.

³ Siehe hierzu etwa *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 108; *Kletečka*, Einwilligung, I/132; *Memmer*, Rechte und Pflichten, I/39.

⁴ Vgl etwa *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 108; *Kletečka*, Einwilligung, I/132; *Memmer*, Rechte und Pflichten, I/40.

⁵ „Zwangsbehandlungen“ sehen zB das Strafvollzugsgesetz (StVG – BGBl 1996/144), das Epidemiegesetz 1950 (EpG – BGBl 1950/186), das Geschlechtskrankheitengesetz (GeschlkrG – StGBI 1945/152), das Tuberkulosegesetz (TubG – BGBl 1968/127) oder das Unterbringungsgesetz (UbG – BGBl 1990/155) vor.

Von diesem Gedanken ausgehend soll ein historischer Abriss über die Entwicklung der Einwilligung minderjähriger Patienten vom Beginn des 20. Jahrhunderts an gegeben werden. Dieser Zeitrahmen wurde als Ausgangspunkt gewählt, da hier das Thema der Einwilligung in medizinische Eingriffe allgemein an Bedeutung gewann. Während der Arzt über Jahrhunderte hindurch – bis weit in das 19. Jahrhundert hinein – das „blinde Vertrauen“ seiner Patientinnen und Patienten⁶ genoss und diese selbst gar nicht in die ärztliche Entscheidung mit einbezogen wurden, geriet das ärztliche Entscheidungsmonopol mit dem Entstehen des Bewusstseins für die Entscheidungsfreiheit des Individuums allmählich ins Wanken.⁷ Die Fremdbestimmung wurde zugunsten der Selbstbestimmung in den Hintergrund gedrängt. Das Problem der Bedeutung der Einwilligung des Patienten für die Beurteilung des ärztlichen Eingriffs trat ins Bewusstsein – und damit auch die Frage nach der Möglichkeit der Einwilligung minderjähriger Patienten.

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil wird ein Überblick über die Rechtslage in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, im zweiten Teil über die Rechtslage in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts gegeben. Dabei werden zunächst – sofern vorhanden – gesetzliche Regelungen im Zusammenhang mit der Einwilligung in medizinische Behandlungen bzw deren Entwürfe präsentiert. In der Folge wird einschlägige Judikatur und Literatur vorgestellt. Hier werden vor allem jene Themen berücksichtigt, die in der Lehre Anlass für Diskussion gaben, sodass dementsprechend auch die Untergliederung in den Kapiteln „Die Einwilligung minderjährige Patienten in der Literatur“ in den einzelnen Teilen der Arbeit unterschiedlich ausfällt. Die Arbeit schließt mit einer Darstellung der aktuellen Rechtslage, wobei versucht wird, auch eine Lösung für offene Fragen zu finden.

Abschließend bleibt anzumerken, dass die Einwilligung in eine medizinische Behandlung nicht mit dem Abschluss des Behandlungsvertrages verwechselt werden darf. Hier geht es um die allgemeinen zivilrechtlichen Probleme beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts, welche nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein

⁶ Um die Lesbarkeit zu erleichtern wird in der Folge auf die geschlechtsspezifische Formulierung verzichtet. Die personenbezogenen Ausdrücke verstehen sich für Frauen und Männer gleichermaßen.

⁷ Eser, Der Arzt im Spannungsfeld von Recht und Ethik, 80.

sollen.⁸ Ebenso wenig soll das Thema der Aufklärungspflicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein.⁹

⁸ Vgl hierzu etwa *Englähringer*, ÖJZ 1993, 490, *Maleczky*, ÖJZ 1994, 682; *Steiner*, RdM 1994, 7; *Pircher*, RdM 1999, 174; *Resch*, Fähigkeit zur Einwilligung, 40; *Kletečka-Pulker*, Rechtsgrundlagen der Behandlung, I/4 oder *Haberl*, Kinderrechte, 116.

⁹Die geschichtliche Entwicklung der ärztlichen Aufklärungspflicht samt Judikaturnachweisen findet sich etwa in der rechtswissenschaftlichen Dissertation von *Kappel*, Die Entwicklung der zivilrechtlichen Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, 65.

ERSTES KAPITEL: DIE RECHTSLAGE IN DER ERSTEN HÄLFTE DES 20. JAHRHUNDERTS

I. Einleitende Bemerkung

Im ausgehenden 19. Jahrhundert fanden sich weder im Straf- noch im Zivilrecht Vorschriften betreffend das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient bzw spezielle Vorschriften über eine allfällige Strafbarkeit ärztlicher Eingriffe und der damit zusammenhängenden „Einwilligungs-Problematik“ minderjähriger Patienten. Auch das Verwaltungsrecht kannte keine diesbezüglichen Sonderbestimmungen. Anfang des 20. Jahrhunderts wurden erste Gesetzesentwürfe ausgearbeitet, in welchen auch auf die Einwilligung in ärztliche Eingriffe Bezug genommen wurde. Diese werden in der Folge dargestellt. Der OGH beschäftigte sich erstmals im Jahr 1906 mit der Einwilligung Minderjähriger. Zuvor erregte jedoch eine Entscheidung des Deutschen Reichsgerichts aus dem Jahr 1894¹⁰ großes Aufsehen, in welcher eine medizinisch indizierte Amputation des Fußes eines siebenjährigen Kindes gegen den erklärten Willen dessen Vaters als tatbestandsmäßige Körperverletzung qualifiziert wurde.¹¹ In der Literatur stieß man bereits auf einige Abhandlungen zum Thema der Einwilligung in ärztliche Eingriffe.¹² Vorweggenommen werden kann, dass die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes an sich überwiegend gar nicht bezweifelt wurde – „Der Arzt will heilen, nicht verletzen.“¹³ – sondern lediglich der Grund der Straflosigkeit.¹⁴ Weiters war man sich darüber einig, dass die Zustimmung des zu Behandelnden oder seiner Angehörigen in der Regel eine Bedingung für die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes bildete.¹⁵ Beiträge, die speziell auf die

¹⁰ RG 31.5.1894, RGSt 25, 375 = JBl 1894/29, 343.

¹¹ Bezug auf diese Entscheidung nehmen ua etwa *Finger*, ZStW 1900, 22; *Moll*, Ärztliche Ethik, 262; *Hoyer*, Die Strafgesetznovelle vom Jahre 1937, ÖRZ 1937, 261; *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 119; *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 44; *Seizinger*, Einwilligung in den Heileingriff im Strafrecht, 11; *Weissauer*, Behandlungsverweigerung und fehlende Einwilligungsfähigkeit, 13; *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts², 813.

¹² So etwa *Stoß*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 103; *Stubenrauch*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Gesetzbuch, 645; *Janka*, Das österreichische Strafrecht⁴, 107; *Mauczka*, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes, 88; *Büdinger*, RZ 1905, 258 oder *Stoß*, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts², 270.

¹³ 90 BlgHH 11. Session 1912, 290.

¹⁴ *Stoß*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 103; *Büdinger*, RZ 1905, 255; *Ehrenzweig*, Die Schuldhaftung im Schadenersatz, 265.

¹⁵ *Büdinger*, RZ 1905, 256.

Einwilligung minderjähriger Patienten Bezug nehmen, waren jedoch selten, sodass hierüber lediglich ein grober Überblick gegeben werden kann.

II. Gesetzliche Regelungen betreffend die Einwilligung von Patienten

Die Einwilligung in ärztliche Eingriffe war va im Strafrecht ein großes Thema. Im Zusammenhang mit der Frage der rechtlichen Qualifikation derselben und der Bedeutung der Einwilligung an sich kam man nicht um die Frage herum, ob auch Minderjährige selbst über die Vornahme einer Behandlung entscheiden können. Wie die nachstehenden Ausführungen zeigen werden, setzte sich der Gesetzgeber hiermit ansatzweise im StG-Entwurf 1912 auseinander, vernachlässigte dieses Thema in der Folge allerdings wieder und schaffte schließlich eine ganz allgemeine Regelung betreffend die Einwilligung in medizinische Behandlungen. Anderes galt jedoch für den Bereich des Krankenanstaltenrechts. So enthielt bereits das KAG 1920 eine Regelung, die im Speziellen auch auf minderjährige Patienten Bezug nahm. Das ABGB hingegen kannte überhaupt keine eigene Bestimmung, welche die Einwilligung in ärztliche Eingriffe regelte, sodass der Bereich des Zivilrechts in diesem ersten Teil der Arbeit ausgeklammert wird.

1. Die Einwilligung im Strafrecht

1.1. Der Strafgesetzentwurf von 1912

In ärztlichen Kreisen wurde der Wunsch laut, der Gesetzgeber möge die „Einwilligungs-Problematik“ durch eine ausdrückliche Bestimmung lösen.¹⁶ Es sollte klargestellt werden, dass der Arzt bei Durchführung einer Operation nicht wegen vorsätzlicher Körperbeschädigung zur Verantwortung gezogen werden kann. Neben dem Schutz des Arztes sollte aber auch der Patient geschützt und die Behandlung

¹⁶ 90 BlgHH 21. Session 1912, 290.

gegen seinen Willen oder seines gesetzlichen Vertreters als eigenständiges Delikt unter Strafe gestellt werden.¹⁷ Der Patient sollte keinen Eingriff eines Arztes dulden müssen, sondern die Freiheit erhalten, selbst zu entscheiden, ob und wie er sich behandeln lässt.¹⁸

Justizminister *von Hochenburger* brachte den Entwurf eines Strafgesetzbuches, der Ergebnis jahrelanger Vorarbeiten für ein neues Strafgesetz war,¹⁹ am 29. Juni 1912 im Herrenhaus ein.²⁰ § 301 idF des StG-Entwurfes sah auch eine Bestimmung betreffend die „Körperbeschädigung mit Einwilligung des Verletzten“ vor und lautete wie folgt:²¹

Wer einen anderen mit dessen Einwilligung eine schwere Verletzung am Körper oder schweren Schaden an der Gesundheit zufügt, wird mit Gefängnis oder Haft von zwei Wochen bis zu zwei Jahren bestraft.

Aus dieser Bestimmung folgte die Straflosigkeit der leichten Verletzung und Gesundheitsschädigung mit Einwilligung des Verletzten.²² Die Erläuterungen StG-Entwurf stellten klar, dass folglich auch der Arzt, „*der einem Gesunden mit dessen Zustimmung ein Stückchen Haut abnimmt, um es auf die Wunde eines Operierten zu verpflanzen, keine Strafverfolgung zu fürchten*“ hat.²³ Weiters wurde in den Erläuterungen ausgeführt, dass notwendige chirurgische Eingriffe eines Arztes niemals als „*Körperbeschädigung*“ in Betracht kommen, da sie Heilungs- und keine Verletzungshandlungen sind. Ob der Kranke in die Operation einwilligt oder nicht sei idZ unerheblich, doch könne der Arzt in letzterem Falle wegen eigenmächtiger ärztlicher Behandlung haften.²⁴ Alle anderen chirurgischen Eingriffe seien zwar Körperverletzungen, allerdings handle der Arzt hier nicht vorsätzlich, sodass eine

¹⁷ 90 BlgHH 21. Session 1912, 290.

¹⁸ 90 BlgHH 21. Session 1912, 290.

¹⁹ Vgl die Entwürfe der Jahre 1867, 1874, 1881, 1889, 1891, 1902, den „*Högelschen-Entwurf*“ von 1906 sowie den von Justizminister Dr. *Ruber* im September 1909 veröffentlichten Vorentwurf eines Strafgesetzbuches.

²⁰ *Stoß*, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts², 47; *Rittler*, Grundriss des österreichischen Strafrechts⁵, 18.

²¹ 90 BlgHH 21. Session 1912, 82.

²² 90 BlgHH 21. Session 1912, 272.

²³ 90 BlgHH 21. Session 1912, 272.

²⁴ 90 BlgHH 21. Session 1912, 273.

Haftung allenfalls wegen fahrlässiger Beschädigung oder Gefährdung in Betracht komme.²⁵

Daneben stellte § 325 idF des StG-Entwurfes 1912 die „eigenmächtige Heilbehandlung“ unter Strafe:

1. Wer einen anderen wider dessen erklärten oder aus den Umständen zu erschließenden Willen ärztlich behandelt;

2. wer einen anderen, der das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder mangels geistiger Reife oder Gesundheit oder wegen Störung des Bewußtseins die Notwendigkeit der Behandlung nicht zu beurteilen vermag, wider den erklärten oder aus den Umständen zu erschließenden Willen des gesetzlichen Vertreters behandelt, wird [...] bestraft.

Wer die Tat begeht um einen anderen aus Lebensgefahr zu retten, wird wegen eigenmächtiger ärztlicher Behandlung nicht strafbar.²⁶

Demnach sollte jeder, der einen anderen gegen dessen erklärten oder aus den Umständen zu erschließenden Willen ärztlich behandelt, strafbar sein, sofern der Eingriff nicht zur Lebensrettung notwendig war. Den Erläuterungen zu § 325 idF des StG-Entwurfes kann entnommen werden, dass dies ausschließlich für ärztliche Behandlungen gelten sollte.²⁷ Gleichzeitig wurde festgehalten, dass ärztliche Behandlungen nur jene sind, die zu Heilzwecken an einem Kranken vorgenommen werden.²⁸ Wissenschaftliche Versuche sowie Eingriffe zu Nutzen eines Dritten, wie etwa Transplantationen, sollten hingegen nicht erfasst sein.²⁹

Hervorzuheben ist, dass die Bestimmung für minderjährige Patienten unter 16 Jahren sowie für Personen, die mangels geistiger Reife oder Gesundheit oder wegen Störung des Bewusstseins die Notwendigkeit der Behandlung nicht beurteilen können, eine spezielle Regelung enthielt. Sollten Behandlungen an diesen Personen vorgenommen werden, war auf den Willen des gesetzlichen Vertreters abzustellen.

²⁵ 90 BlgHH 21. Session 1912, 273.

²⁶ 90 BlgHH 21. Session 1912, 290.

²⁷ 90 BlgHH 21. Session 1912, 290.

²⁸ 90 BlgHH 21. Session 1912, 290.

²⁹ 90 BlgHH 21. Session 1912, 290.

Weshalb man bei minderjährigen Patienten gerade die Altersgrenze von 16 Jahren heranziehen wollte, geht aus den Erläuterungen zum Strafgesetzbuch jedoch nicht hervor. Auch die einschlägige Strafrechtswissenschaft gibt keine Antwort³⁰, wenngleich einzelne Autoren auf diese Altersgrenze abstellten.³¹ Auf die Altersgrenze von 16 Jahren wurde zu dieser Zeit – soweit ersichtlich – auch nicht in anderen Rechtsgebieten, wie etwa im Eheschließungsrecht, Bezug genommen. So konnten Minderjährige bereits ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine Ehe schließen.³² Auch stellte man nicht auf das Erreichen der Volljährigkeit ab, denn zur Zeit, als der Gesetzesentwurf beraten wurde, galt noch die Volljährigkeitsgrenze von 24 Jahren, welche seit 1. Jänner 1812 bestand.³³ Auch das Erreichen der Mündigkeit war nicht ausschlaggebend, da man bereits mit 14 Jahren mündig war. Man erachtet es daher wohl auch nicht als erforderlich, dass man (voll) geschäftsfähig sein musste, um rechtswirksam in eine Heilbehandlung einwilligen zu können. Offenbar waren andere Kriterien ausschlaggebend. So ging aus den Erläuterungen zu § 325 idF des StG-Entwurfes auch klar hervor, dass die Verfügungsfreiheit des Kranken über seinen Körper das Gut ist, gegen das sich der Angriff in § 325 leg.cit. richtet.³⁴ Weiters nahm der Entwurf einen Mangel der Verfügungsfähigkeit des Kranken an, wenn dieser das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder *„mangels geistiger Reife oder Gesundheit oder wegen Störung des Bewusstseins“* die Notwendigkeit der Behandlung nicht beurteilen kann.³⁵ Um rechtswirksam in eine Heilbehandlung einwilligen zu können musste man also über bestimmte psychische Erfordernisse verfügen, wobei die Formulierung *„wenn dieser das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder [...] die Notwendigkeit der Behandlung nicht zu beurteilen vermag“* nahe legt, dass man Personen ab 16 Jahren diese Erfordernisse

³⁰ Vgl etwa Finger, Das Strafrecht², Stooß, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts², Lammasch/Rittler, Grundriss des österreichischen Strafrechts⁵ oder Altmann/Jacob, Kommentar zum Österreichischen Strafrecht.

³¹ Büdinger, RZ 1905, 258, allerdings ohne Begründung.

³² § 48 ABGB idStF.

³³ Vgl § 21 ABGB, JGS 1811/946, Patent vom 1^{ten} Junius 1811, in Kraft getreten am 1. Jänner 1812. § 21 ABGB lautete: „Diejenigen, welche wegen Mangels an Jahren, Gebrechen des Geistes, oder anderer Verhältnisse wegen, ihre Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen unfähig sind, stehen unter dem besonderen Schutz der Gesetze. Dahin gehören Kinder, die das siebente; Unmündige die das vierzehnte; Minderjährige, die das vier und zwanzigste Jahr ihres Lebens noch nicht zurückgelegt haben; dann: Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige, welche des Gebrauches ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt, oder wenigstens unvermögend sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, ferner: diejenigen, welche der Richter als erklärten Verschwendern die fernere Verwaltung ihres Vermögens untersagt hat; endlich Abwesende und Gemeinden.“

³⁴ 90 BlgHH 21. Session 1912, 290.

³⁵ 90 BlgHH 21. Session 1912, 290.

grundsätzlich zuschrieb, also Minderjährige ab dieser Altersgrenze selbst die Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff geben konnten. Auch in der Literatur wurde – wie bereits erwähnt – ua auf diese Grenze abgestellt.³⁶

Außerdem wurde ausdrücklich festgelegt, wessen Wille ausschlaggebend sein sollte, wenn der des Betroffenen nicht herangezogen werden konnte – nämlich jener des gesetzlichen Vertreters. Wie in den nachfolgenden Kapiteln noch dargestellt wird, war dieses Thema in der Literatur jedoch ein strittiges.³⁷

Der dargestellte Entwurf wurde allerdings nie Gesetz. Zwar wurde der Entwurf am 27. Juni 1913 noch vom Herrenhaus verabschiedet, jedoch konnte er auf Grund des Ausbruches des Ersten Weltkrieges im Abgeordnetenhaus nicht mehr weiter behandelt werden, da die 21. Session des Reichsrates bereits am 25. Juni 1914 beendet worden war.³⁸

Abschließend bleibt zu bemerken, dass bei Einführung der dargestellten Bestimmung Österreich neben England einer der ersten Staaten gewesen wäre, der eine eigene Strafbestimmung für eigenmächtige ärztliche Behandlungen vorgesehen hätte.³⁹

1.2. Der Strafgesetzentwurf von 1927

Nach dem Ersten Weltkrieg wurden die Reformarbeiten zu einem neuen Strafgesetzbuch allmählich wieder aufgenommen. Allerdings ließ Österreich auf Grund des Bestrebens der Herstellung einer Rechtseinheit mit dem Deutschen Reich den Entwurf des Strafgesetzbuches von 1912 trotz seiner allgemeinen Befürwortung fallen und die Reformarbeiten wurden unter dem Gesichtspunkt eines einheitlichen neuen Strafgesetzes für die Republik Österreich und für das Deutsche Reich

³⁶ *Büdinger*, RZ 1905, 258.

³⁷ Vgl Kapitel IV.2.

³⁸ *Stoß*, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts², 47; RV 49 BlgNR 3. GP 44.

³⁹ 90 BlgHH 21 Session 1912, 289.

fortgeführt.⁴⁰ Nachdem sich die Österreichische Kriminalistische Vereinigung in einer Tagung mit dem deutschen StG-Entwurf vom Jahre 1919 beschäftigt hatte, wurde von Univ.-Prof. Dr. *Kadečka* ein Gegenentwurf zum deutschen Strafgesetzentwurf ausgearbeitet.⁴¹ Diese beiden Entwürfe – der deutsche und der österreichische Gegenentwurf – waren Grundlage des Entwurfes eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, welcher 1922 vom deutschen Reichsminister der Justiz *Dr. Radbruch* der Reichsregierung zur Beschlussfassung vorgelegt wurde. Zur Kabinettsitzung am 5. November 1922 stand der Entwurf zwar auf der Tagesordnung, die Beratung wurde aber laut Protokoll wieder abgesetzt.⁴² In der Zeit vom 23. November 1922 bis zum 13. August 1923 wurde das Reichsjustizministerium von *Heintze* übernommen, der in der Strafrechtsreform keine weiteren Initiativen ergriff. Inzwischen waren Anträge mehrerer Reichsministerien zum Entwurf von 1922 eingegangen, sodass schließlich im Mai 1923 im Reichsjustizministerium die Materien zusammengestellt wurden, bei denen eine Änderung im Reichskabinett zu erwägen war.⁴³ Soweit ersichtlich waren die Bestimmungen betreffend ärztliche Eingriffe davon nicht betroffen. Am 5. Juni 1924 leitete Staatssekretär *Joël* der Reichsregierung die Neufassung des Entwurfes von 1922 zu und das Kabinett verabschiedete die Vorlage am 12. November 1924 ohne nähere Debatte.⁴⁴ Der Entwurf samt amtlicher Begründung, an der auch Univ.-Prof. Dr. *Kadečka* mitgewirkt hatte, wurde im Reichsrat eingebracht.⁴⁵ Die Beratungen zu den Bestimmungen betreffend die Körperverletzungsdelikte sowie den Bestimmungen iZm ärztlichen Eingriffen fanden Mitte November 1926 statt.⁴⁶ Dabei nahm weitgehend auch Univ.-Prof. Dr. *Kadečka* als Sachverständiger teil.⁴⁷ Nachdem der deutsche Reichsrat dem Entwurf in der Sitzung vom 13. April 1927 in zweiter Lesung zustimmte, wurde er am 14. Mai 1927 dem Reichstag vorgelegt. Die österreichische Regierung hat am Entwurf nur dort Änderungen vorgenommen, wo das wegen der Verschiedenheit der Verfassung oder

⁴⁰ *Lammasch/Rittler*, Grundriss des Österreichischen Strafrechts⁵, 19.

⁴¹ RV 49 BlgNR 3. GP 45.

⁴² *Schubert/Regge/Rieß/Schmid*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, XII.

⁴³ *Schubert/Regge/Rieß/Schmid*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, XII.

⁴⁴ *Schubert/Regge/Rieß/Schmid*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, XVI.

⁴⁵ *Schubert/Regge/Rieß/Schmid*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, XVIII.

⁴⁶ *Schubert/Regge/Rieß/Schmid*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, XIX.

⁴⁷ *Schubert/Regge/Rieß/Schmid*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, XIX.

anderer Gesetze oder aus anderen zwingenden Gründen geboten war, nämlich bei den Bestimmungen betreffend Mord und Totschlag, der Anstaltsverwahrung von Verbrechern und dem Schwangerschaftsabbruch.⁴⁸ Hinsichtlich der Regelungen betreffend ärztliche Eingriffe sah der Entwurf Folgendes vor:

§ 263. Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen im Sinne dieses Gesetzes.⁴⁹

§ 281. Wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Die Vorschrift des Absatzes 1 findet keine Anwendung, wenn der Behandelnde nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung des Behandelten rechtzeitig einzuholen, ohne sein Leben oder seine Gesundheit ernstlich zu gefährden.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Behandelten verfolgt.

In besonders leichten Fällen kann das Gericht von der Strafe absehen.⁵⁰

Während der StG-Entwurf vom Jahre 1912 und die hierauf aufbauende Regierungsvorlage 1913 lediglich mittelbar erklärten, dass ärztliche Eingriffe grundsätzlich keine Körperverletzung sind, stellte dies der Entwurf vom Jahre 1927 für alle Heilbehandlungen in seinem § 263 ausdrücklich klar.⁵¹ Die Erläuterungen führten aus: „Den Maßstab, nach dem sich die Zulässigkeit des Eingriffs oder der Behandlung beurteilt, bildet die Übung eines gewissenhaften Arztes.“⁵² In der Folge wurde ergänzt, dass der Eingriff oder die Behandlung überdies auch im Einklang mit der ärztlichen Ethik stehen müsse. Sofern diese Voraussetzungen vorlagen, machte sich der Arzt bei Vornahme eines Eingriffes keiner Körperverletzung schuldig – auch dann nicht, wenn der erwartete Heilerfolg ausbleiben sollte.⁵³

Unter denselben Voraussetzungen wollte man außerdem auch Eingriffe und Behandlungen zur Beseitigung von körperlichen Mängeln unter den Tatbestand der

⁴⁸ RV 49 BlgNR 3. GP 45.

⁴⁹ RV 49 BlgNR 3. GP 29.

⁵⁰ RV 49 BlgNR 3. GP 31.

⁵¹ RV 49 BlgNR 3. GP 204. So auch *Altmann/Jacob*, Kommentar zum Österreichischen Strafrecht, I. Band, 385.

⁵² RV 49 BlgNR 3. GP 204.

⁵³ RV 49 BlgNR 3. GP 204.

Heilbehandlung subsumieren sowie auch Eingriffe, die zur Stellung einer Diagnose erforderlich sind oder lediglich vorbeugenden Charakter haben.⁵⁴ Die Erläuterungen nannten idZ die Beseitigung von Leberflecken, Schielen, Entstellungen sowie Impfungen. Dagegen sollten durch die Vorschrift nicht solche Fälle gedeckt werden, in denen der Betroffene erst krank gemacht werden sollte, um an ihm zB die Wirkung einer neuen Arznei oder eines neuen Heilverfahrens zu erproben.⁵⁵

Auch wenn in der Bestimmung lediglich vom Arzt die Rede war, stellten die Erläuterungen klar, dass die Vorschrift nicht auf diesen beschränkt sei, sondern sich auch „*andere Heilkundige*“, etwa Hebammen oder Apotheker, auf sie berufen können.⁵⁶

Die konsequente Anwendung dieser Bestimmung hätte dazu geführt, dass in den beschriebenen Fällen die Strafbarkeit wegen Körperverletzung auch dann ausgeschlossen gewesen wäre, wenn der Eingriff ohne Einwilligung oder gegen den Willen des Betroffenen erfolgte. Da der Gesetzgeber einen solchen Eingriff in die Willensfreiheit allerdings nicht ungestraft lassen wollte, sollte mit § 281 idF des Entwurfes eine Vorschrift zum Schutz der persönlichen Freiheit gegen eigenmächtige Heilbehandlungen geschaffen werden.⁵⁷ Dementsprechend sollte ein jeder bestraft werden, der einen anderen gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt, sofern die Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden konnte, ohne Leben oder Gesundheit der betroffenen Person ernstlich zu gefährden.

Anders als § 325 idF des StG-Entwurfes 1912 differenzierte § 281 idF des StG-Entwurfes 1927 nicht hinsichtlich der einwilligenden Person. Während ersterer bei unter 16-Jährigen und Personen, die wegen mangelnder geistiger Reife oder Gesundheit oder wegen Störung des Bewusstseins die Notwendigkeit der Behandlung nicht beurteilen können, auf den Willen des gesetzlichen Vertreters abstellte, traf letzterer eine solche Unterscheidung nicht und enthielt mit „*Wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt [...]*“ eine ganz allgemeine

⁵⁴ RV 49 BlgNR 3. GP 204.

⁵⁵ RV 49 BlgNR 3. GP 204.

⁵⁶ RV 49 BlgNR 3. GP 204.

⁵⁷ RV 49 BlgNR 3. GP 213.

Formulierung. Ob bzw ab welcher Altersgrenze auch Minderjährige selbstständig in eine Heilbehandlung einwilligen können, blieb damit unbeantwortet. Den Erläuterungen kann hiezu nichts zu entnommen werden. Es ist daher auf die (spärlichen) Ausführungen in der Literatur zu verweisen.⁵⁸

Der StG-Entwurf vom Jahre 1927 gestaltete das Vergehen der eigenmächtigen Heilbehandlung überdies erstmals als Privatanklagedelikt aus; es sollte also nur auf Verlangen des Verletzten strafrechtlich verfolgt werden.

Der Entwurf wurde bis in die Ausschussberatungen des Jahres 1930 gehalten. Auf Grund der politischen Veränderungen in Deutschland und Österreich wurden die gemeinsamen Reformbestrebungen jedoch danach nicht weiter verfolgt.⁵⁹ Ab dem 4. März 1933 verlief die politische Entwicklung in Österreich ähnlich wie im Deutschen Reich. Die Ausschaltung des Parlaments durch die Regierung *Dollfuß* bedeutete de-facto das Ende der Demokratie in Österreich und unterbrach das Reformwerk des Strafrechts in Österreich.

2.3. Die Strafgesetznovelle von 1937

Den wichtigsten Punkt in der Entwicklung des heutigen Deliktes der eigenmächtigen Heilbehandlung stellte die Strafgesetznovelle des Jahres 1937⁶⁰ dar, mit der der Straftatbestand explizit im österreichischen Strafrecht verankert wurde. Zweck der Strafgesetz-Novelle war va die Abänderung und Ergänzung der Strafbestimmungen zum Schutze der Leibesfrucht, wobei auch die eigenmächtige Einleitung einer Fehlgeburt unter Strafe gestellt werden sollte.⁶¹ Dabei hielt man es für erforderlich, zuvor die eigenmächtige Heilbehandlung allgemein zu erfassen⁶²: *„Die Einführung dieser neuen Strafdrohung in unser Strafgesetz macht es notwendig, auch die*

⁵⁸ Vgl Kapitel IV.

⁵⁹ *Schubert/Regge/Rieß/Schmid*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, XIX; *Foregger/Fabrizy*, StGB⁹, 3.

⁶⁰ BGBl 1937/202.

⁶¹ 157 Blg Haus der Bundesgesetzgebung, 2.

⁶² 157 Blg Haus der Bundesgesetzgebung, 4.

eigenmächtige Heilbehandlung strafrechtlich zu erfassen." § 499a StG, der am 8. Juli 1937 in Kraft trat, lautete wie folgt:

Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, macht sich einer Übertretung schuldig und wird mit Geldstrafe bis zu 2.500 S oder mit Arrest von drei Tagen bis zu drei Monaten, bei besonders erschwerten Umständen aber mit strengem Arrest von einem bis zu sechs Monaten bestraft. Konnte der Täter die Einwilligung des Behandelten nicht rechtzeitig einholen, ohne dessen Leben oder seine Gesundheit ernsthaft zu gefährden, so ist die Eigenmacht nicht strafbar.

Durch die Bestimmung wurde klargestellt, dass eine mit Einwilligung zu Heilzwecken vorgenommene Behandlung immer straflos ist und dass eine ohne Einwilligung vorgenommene Heilbehandlung unter den angeführten besonderen Voraussetzungen ebenfalls nicht rechtswidrig ist.⁶³ Das sollte auch dann gelten, wenn der lege artis ausgeführte Heileingriff nicht gelungen war, da die Wertung, ob eine Tätigkeit Heilbehandlung ist oder nicht, immer ex ante zu erfolgen habe.⁶⁴ Wie sich noch zeigen wird, bereitete in der Praxis allerdings die Beurteilung Schwierigkeiten, welche Eingriffe als Heilbehandlung iSd Bestimmung qualifiziert werden können. Die Gesetzesmaterialien äußerten sich hierzu nicht. Sie weisen lediglich darauf hin, dass sich die vorgeschlagene Bestimmung des § 499a StG an § 325 des StG-Entwurfes vom Jahre 1912 und § 281 des StG-Entwurfes vom Jahre 1927 lehne; weitere Ausführungen zu § 499a StG sind den Materialien nicht zu entnehmen. Auch in diversen zeitnah herausgegebenen Kommentaren zum StGB finden sich keine diesbezüglichen Erläuterungen.⁶⁵ *Malaniuk*⁶⁶ allerdings wertete zur Beseitigung von Schönheitsfehlern oder Alterserscheinungen vorgenommene kosmetische Operationen noch als Heileingriffe. Der OGH führte in diesem Zusammenhang in seiner Entscheidung vom 8. Mai 1934⁶⁷ jedoch aus, dass kosmetische Eingriffe nur dann rechtmäßig seien, wenn der mit dem Eingriff verbundene Nachteil nicht größer als der zu erwartende Vorteil ist.

⁶³ *Malaniuk*, JBl 1959, 524.

⁶⁴ *Piegler*, VersR 1962, 923; *Fleisch*, ÖJZ 1965, 424.

⁶⁵ Vgl etwa *Hoyer*, Das Strafgesetz, 1944²; *Kaniak*, Strafgesetz, 1949².

⁶⁶ *Malaniuk*, JBl 1959, 524.

⁶⁷ 5 Os 1070/33.

ME weicht der Inhalt dieses neuen Tatbestandes deutlich von den beiden Strafgesetzentwürfen, insbesondere jenem vom Jahre 1912, ab. So enthielt § 499a StG lediglich eine ganz allgemeine Formulierung betreffend das Erfordernis der Einwilligung, ohne – anders als § 325 des StG-Entwurfes 1912 – festzulegen, ob bzw ab welcher Altersgrenze auch Minderjährige selbstständig in eine Heilbehandlung einwilligen können. In dieser Hinsicht glich § 499a StG jedoch § 281 idF des StG-Entwurfes 1927, welcher ebenfalls nicht hinsichtlich der einwilligenden Person differenzierte. Im Unterschied zu § 281 idF des StG-Entwurfes 1927 war § 499a StG außerdem nicht als Privatanklagedelikt ausgestaltet.

Aus strafrechtlicher Sicht ist somit festzuhalten, dass das Gesetz keine Antwort auf die Frage der Einwilligung minderjähriger Patienten gab. Als Anhaltspunkt kann lediglich § 325 idF des StG-Entwurfes 1912 genannt werden, der auf die Altersgrenze von 16 Jahren abstellte, jedoch nie Gesetz wurde. Da die Erläuterungen zu § 499a StG darauf hinwiesen, dass sich die Bestimmung an § 325 des StG-Entwurfes vom Jahre 1912 lehnt, kann mE wohl davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber Minderjährige ab 16 Jahren – auf diese Grenze wird zum Teil auch in der Literatur Bezug genommen⁶⁸ – wirksam in eine Heilbehandlung einwilligen lassen wollte, ansonsten der gesetzliche Vertreter die Zustimmung zur Behandlung erteilen musste.

3. Die Einwilligung im Krankenanstaltenrecht

Der Erste Weltkrieg belastete die Bevölkerung und damit auch die Krankenanstalten schwer. Auf Grund der Teuerung der Betriebserfordernisse und des Mangels an Einnahmen waren die meisten öffentlichen Krankenanstalten bankrott.⁶⁹ Legistische Maßnahmen betreffend eine stärkere Rolle des Staates in der Finanzierung wurden daher als dringend notwendig angesehen.⁷⁰ Der Entwurf eines KAG sah eine einheitliche Regelung des Krankenanstaltenwesens in rechtlicher und

⁶⁸ Vgl hierzu Kapitel IV.1. unten.

⁶⁹ AB zum KAG 1920, 916 BlgKNV, 10.

⁷⁰ Aigner, Gesundheitswesen, 1450; Stöger, Krankenanstaltenrecht, 31.

wirtschaftlicher Hinsicht vor und anerkannte zum ersten Mal die Pflicht des Staates, sich an den Kosten der Heilbehandlung sämtlicher Staatsbürger finanziell zu beteiligen.⁷¹ Darüber hinaus enthielt der Entwurf mit § 25 Abs 3 auch eine Bestimmung betreffend die Einwilligung in ärztliche Eingriffe⁷²:

Operative Eingriffe dürfen an einem Pflegling nur mit dessen Zustimmung, wenn aber der Pflegling das 16. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat oder mangels geistiger Reife oder Gesundheit die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit des Eingriffes nicht zu beurteilen vermag, nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden. Ist der Eingriff so dringend notwendig, dass der mit der Einholung der Zustimmung des Pfeglings oder seines gesetzlichen Vertreters oder mit der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters verbundene Aufschub das Leben des Pfeglings gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung seiner Gesundheit verbunden wäre, so ist der Eingriff vorzunehmen. Über seine Notwendigkeit und Dringlichkeit entscheidet der Anstaltsleiter oder der für die Leitung der Krankenabteilung verantwortliche Arzt.

Der Entwurf ordnete ua somit an, dass „operative Eingriffe“ an einem Pflegling grundsätzlich nur mit dessen Einwilligung (im Gesetz damals noch „Zustimmung“) vorgenommen werden dürfen, wobei die „Zustimmung“ des gesetzlichen Vertreters eingeholt werden sollte, wenn der Betroffene das 16. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatte oder mangels geistiger Reife oder Gesundheit die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit des Eingriffes nicht beurteilen konnte. Es fällt sofort auf, dass die Formulierung sehr jener des StG-Entwurf 1912 ähnelt, der in seiner Regelung betreffend die eigenmächtige Heilbehandlung ebenfalls das vollendete 16. Lebensjahr als ausschlaggebende Altersgrenze herangezogen hatte. Aber auch die Erläuterungen zum KAG äußerten sich nicht dazu, weshalb gerade dieser Altersgrenze besondere Bedeutung zukommen sollte.

Konnte das Kind nicht selbst in eine Operation einwilligen, war die „Zustimmung“ des gesetzlichen Vertreters einzuholen. Lediglich bei Gefahr im Verzug, wobei klargestellt wurde, dass hierüber der Anstaltsleiter oder der für die Leitung der

⁷¹ RV zum KAG 1920, 764 BlgKNV, 25.

⁷² RV zum KAG 1920, 764 BlgKNV,10.

Krankenabteilung verantwortliche Arzt zu entscheiden hatte, konnte auf die Einholung der „Zustimmung“ verzichtet werden.

Das KAG 1920⁷³ trat am 28. Juli 1920 in Kraft. § 25 Abs 3 leg.cit enthielt jedoch eine Änderung gegenüber dem dargestellten Entwurf. Die Altersgrenze, ab welcher Minderjährige selbst die Einwilligung zu einer Operation erteilen konnten, wurde auf das 18. Lebensjahr angehoben. Diese Änderung wurde ohne nähere Begründung vom Ausschuss für soziale Verwaltung angeregt: *„Von Abänderungen wären insbesondere zu erwähnen: Die Erhöhung der Altersgrenze, von welcher angefangen Spitalspflinglinge die Zustimmung zur Vornahme operativer Eingriffe selbst erteilen können, vom 16. auf das 18. Lebensjahr [...]“*⁷⁴ Den stenographischen Protokollen der Konstituierenden Nationalversammlung⁷⁵ ist hierzu lediglich die schlichte Aussage zu entnehmen, dass der Ausschuss den Pflingling durch diese Abänderung schützen wollte. Näheres zu diesem Schutzgedanken wird allerdings nicht ausgeführt. Denkbar scheint, dass man jüngeren Kindern noch nicht die Verantwortung übertragen wollte, darüber zu entscheiden, ob ein Eingriff vorgenommen werden soll oder nicht. Auch *Mayer/Schneider*⁷⁶ äußern sich in ihrem Kommentar zum KAG nicht zur Altersgrenze.

Das KAG 1920 wurde im Jahr 1923 geändert, wodurch va die Kosten des Betriebs der Krankenanstalten reduziert werden sollten. Änderungen betreffend die Bestimmung über die Zustimmungserklärung von Pflinglingen waren jedoch nicht vorgesehen.⁷⁷

Mit 1. Oktober 1928 trat das KAG 1920 auf Grund der Verfassungsbestimmungen des § 3 Abs 2 des Verfassungs-Übergangsgesetzes 1920 (ÜG 1920)⁷⁸ außer Kraft. Die Länder leiteten das KAG 1920 jedoch weitgehend unverändert als

⁷³ Gesetz vom 15. Juli 1920 über die Errichtung, die Erhaltung und den Betrieb öffentlicher Heil- und Pflegeanstalten, StGBI Nr 327 (KAG).

⁷⁴ AB zum KAG 1920, 916 BlgKNV, 1.

⁷⁵ StProt KNV, 95. Sitzung am 15.7.1920, 3096.

⁷⁶ *Mayer/Schneider*, Krankenanstaltengesetz, 30.

⁷⁷ Vgl BGBI 1923/72.

⁷⁸ IdF BGBI 1925/269.

Landesgesetze über.⁷⁹ Die Erlassung eines Bundes-Grundsatzgesetzes scheiterte kurz darauf, sodass inhaltlich nur eine Änderung dahingehend eintrat, dass die Länder in ihren Gesetzen die Genehmigungspflicht auf nicht öffentliche „Heil- und Pflege-, Gebär und Irrenanstalten“ ausdehnten. Eine Änderung des verfassungsrechtlichen Rahmens trat durch die Erlassung der Verfassung 1934⁸⁰ ein, wonach die „Heil- und Pflegeanstalten“ zur Sache des Bundes in Gesetzgebung und Vollziehung erklärt wurden. Der Bund erließ bis zum Ende des Ständestaates aber kein neues KAG.⁸¹

III. Judikatur zur Einwilligung minderjähriger Patienten

1. Darstellung der Entscheidungen

Die Höchstgerichte hatten sich Ende des 19. bzw zu Beginn des 20. Jahrhunderts kaum mit der Frage der Einwilligung minderjähriger Patienten auseinanderzusetzen. In der Literatur⁸² wurde – wie bereits angedeutet – immer wieder auf eine Entscheidung des deutschen Reichsgerichts⁸³ verwiesen. Da in dieser Entscheidung – soweit ersichtlich – erstmals auf minderjährige Patienten Bezug genommen wurde, wird sie in der Folge dargestellt. Der OGH beschäftigte sich erst 12 Jahre später mit der Einwilligung minderjähriger Patienten.

⁷⁹ Bgld LGBl 1928/63; ktn LGBl 1928/43; nö LGBl 1928/152; öö LGBl 1928/61; sbg LGBl 1929/29, stmk LGBl 1928/71; tir LGBl 1928/41; wr LGBl 1928/33. Vorarlberg begnügte sich in LGBl 1929/36 mit einem rudimentären Gesetz, das nicht an das KAG 1920 anknüpfte. Vgl RV 431 BlgNR 7. GP 14 sowie *Aigner*, Gesundheitswesen, 1452; *Stöger*, Krankenanstaltenrecht, 38.

⁸⁰ BGBl 1934/239.

⁸¹ *Stöger*, Krankenanstaltenrecht, 39.

⁸² Vgl etwa *Finger*, ZStW 1900, 22; *Moll*, Ärztliche Ethik, 262; *Hoyer*, Die Strafgesetz-Novelle vom Jahre 1937, ÖRZ 1937, 261; *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 119; *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 44; *Seizinger*, Einwilligung in den Heileingriff im Strafrecht, 11; *Weissauer*, Behandlungsverweigerung und fehlende Einwilligungsfähigkeit, 13; *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts², 813.

⁸³ Das RG war im Bereich des Strafrechts zur Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision gegen Urteile der Strafkammern erster Instanz und der Schwurgerichte berufen; vgl §§ 374 ff der Strafprozessordnung des Deutschen Reichs, RGBl 1877/149.

1.1. Das Urteil des deutschen Reichsgerichts vom 31. Mai 1894⁸⁴

Ein 7-jähriges Mädchen wurde wegen einer tuberkulösen Vereiterung der Fußwurzelknochen stationär behandelt. Als die Behandlung erfolglos blieb und laut eines eingeholten Sachverständigengutachtens die Weiterverbreitung der Infektion „chronisches Siechtum“ und schließlich den Tod zur Folge haben würde, empfahl der Arzt den Eltern eine Amputation. Der Vater sprach sich mehrmals ausdrücklich gegen eine solche aus. Dennoch führte der Arzt die Amputation des Fußes durch. Es traten danach keine tuberkulösen Erscheinungen mehr auf; das Kind entwickelte sich normal weiter.

Der behandelnde Arzt wurde in erster Instanz von der Strafkammer vom Vorwurf der Körperverletzung gemäß § 223 des preußischen Strafgesetzbuches freigesprochen.⁸⁵ In der Begründung führte das Gericht aus, dass die dem Mädchen bei der Operation zugefügte Körperverletzung weder als Gesundheitsschädigung noch als Misshandlung angesehen werden könne, weil die Gesundheit der Patientin durch die Operation verbessert worden sei. Aufgrund dessen sei es auch rechtlich gleichgültig, ob der Arzt „mit oder gegen den Willen des Vaters das in des letzteren väterlichen Gewalt befindliche unmündige Kind operiert habe“⁸⁶.

Das Reichsgericht hob das erstinstanzliche Urteil auf und begründete seine Entscheidung zusammengefasst folgendermaßen: Für das Verhältnis zwischen Arzt und Patient sei die zwischen diesen Personen bestehende Willensübereinstimmung leitender und entscheidender Gesichtspunkt und Grundlage für das ärztliche Tun sei immer der „Wille des Kranken bzw seiner Angehörigen und gesetzlichen Vertreter“⁸⁷. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liege lediglich bei Bewusstlosigkeit, Geisteskrankheit, Unzurechnungsfähigkeit oder Gefahr im Verzug vor bzw wenn die Willensäußerung des „Kranken oder seiner Angehörigen“⁸⁸ unklar ist oder der Arzt

⁸⁴ RGSt 25, 343.

⁸⁵ RGSt 25, 375.

⁸⁶ RGSt 25, 377.

⁸⁷ RGSt 25, 381.

⁸⁸ RGSt 25, 382.

sein Recht zur Durchführung der „vorsätzlichen Körperverletzung“⁸⁹ nicht aus einem bestehenden Vertragsverhältnis oder einer „präsumtiven Zustimmung“⁹⁰ herleiten kann. Der Arzt dürfe nämlich davon ausgehen, „dass der Kranke oder dessen Willensvertreter [...] auch seinem Rate unterordnen, seine Weisungen befolgen, sich seine Heilmittel gefallen lassen werden, ihm daher bei allen seinen Eingriffen in den Organismus des zu Heilenden die Zustimmung jener zur Seite steht“⁹¹. Der Kranke könne allerdings den Auftrag zum Heilverfahren jederzeit widerrufen und mit dem Moment solcher Weigerung des „zurechnungsfähigen Kranken oder seines gesetzlichen Willensvertreters“⁹² erlösche die Befugnis des Arztes zur Behandlung. Hätte der Arzt in der Einlieferung des Mädchens in die chirurgische Abteilung den „Konsens der Eltern zu operativen Eingriffen“⁹³ erblickt und deshalb ohne deren ausdrückliche Erklärung die Amputation vorgenommen, so wäre der Arzt nicht strafbar gewesen. Da im gegenständlichen Fall allerdings feststand „dass, eher er mit der Resektion der Fußknochen seinen operativen Eingriffe begann, der gesetzliche Vertreter des zu operierenden Kindes den Auftrag zur ferneren ärztlichen Behandlung desselben positiv widerrufen und die Zustimmung zur Operation des Fußes ausdrücklich verweigert hat, trägt das Verfahren des Angeklagten objektiv alle Merkmale der Rechtswidrigkeit an sich.“⁹⁴ „Nicht also weil eine immanente Gefahr ihn berechtigte, anzunehmen, dass die Operation jetzt und gerade jetzt notwendig vorgenommen werden [...] müsse, sondern weil er von seinem überlegenen Standpunkte des Chirurgen aus den Widerspruch des Vaters überhaupt für unbeachtlich hielt [...]“⁹⁵ sei der Arzt strafbar.

Das deutsche Reichsgericht führte zunächst ganz allgemein aus, dass für die Durchführung einer ärztlichen Behandlung im Allgemeinen der Wille des Kranken bzw der seiner „Angehörigen“ und „gesetzliche Vertreter“ ausschlaggebend sei. Im Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung an Kindern stellte es hingegen auf den Willen der Eltern ab; genau genommen sprach es vom „Konsens der Eltern zu

⁸⁹ RGSt 25, 381.

⁹⁰ RGSt 25, 381.

⁹¹ RGSt 25, 381.

⁹² RGSt 25, 382.

⁹³ RGSt 25, 382.

⁹⁴ RGSt 25, 382.

⁹⁵ RGSt 25, 383.

*operativen Eingriffen*⁹⁶. Schließlich begründete das Reichsgericht die Strafbarkeit des Arztes damit, dass sich der Vater als „gesetzlicher Vertreter“⁹⁷ des Kindes – minderjährig war man zu dieser Zeit bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres⁹⁸ – gegen die Operation aussprach. Durch die Verwendung dieser beiden unterschiedlichen Begriffe ist mE nicht klar, wer bei der Behandlung eines minderjährigen Patienten nun tatsächlich die Zustimmung zu erteilen hatte.

Auch das zu dieser Zeit geltende Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten (ALR)⁹⁹ gibt keine Klärung. In seinem zweiten Teil, zweiter Titel, legte das ALR die Rechte und Pflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern fest.¹⁰⁰ Während bestimmte Befugnisse beiden Eltern gleichmäßig zustanden, durften andere nur durch den Vater auf Grund seiner besonderen väterlichen Gewalt ausgeübt werden.¹⁰¹ Daneben gab es Rechte, die grundsätzlich zwar gemeinschaftlich ausgeübt werden sollten, jedoch zunächst dem Vater die Befugnis zur Ausübung zukam.¹⁰² So oblagen etwa die Vertretung der Kinder bei ihren rechtlichen Handlungen sowie der Abschluss ihrer Willenserklärungen und Verträge ausschließlich dem Vater (§§ 125, 147-175 ALR).¹⁰³ Die „körperliche Pflege und Wartung“ kam hingegen grundsätzlich der Mutter zu.¹⁰⁴

Interessant ist die Entscheidung auch hinsichtlich des Vorgehens im Fall von Gefahr im Verzug. Aus der Sachverhaltsdarstellung geht die medizinische Indikation der Amputation zweifelsfrei hervor. Laut Sachverständigem war die Durchführung der Operation zur Lebensrettung des Kindes unbedingt erforderlich. Das Reichsgericht führte zunächst zwar Bewusstlosigkeit, Geisteskrankheit, Unzurechnungsfähigkeit und Gefahr im Verzug als Beispiele an, in denen von der Einholung der Einwilligung bzw Zustimmung abgesehen werden könne, bejahte die Haftung des Arztes allerdings dennoch damit, dass die lebensnotwendige Amputation nicht dem Willen

⁹⁶ RGSt 25, 382.

⁹⁷ RGSt 25, 382.

⁹⁸ § 26 Teil I, Titel 1 ALR.

⁹⁹ Das ALR ist zB in *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, abgedruckt.

¹⁰⁰ Die Ausführung beschränkt sich auf eheliche Kinder.

¹⁰¹ *Zu Cosel*, Väterliche Gewalt, 517.

¹⁰² *Zu Cosel*, Väterliche Gewalt, 517.

¹⁰³ *Zu Cosel*, Väterliche Gewalt, 517.

¹⁰⁴ § 66 Teil II, Titel 2 ALR.

des Vaters entsprach. Es führte aus, dass in dem Augenblick, in dem der Patient seine Zustimmung zu einer ärztlichen Maßnahme zurückziehe, auch die Befugnis des Arztes zur Behandlung erlösche.¹⁰⁵ Daraus kann geschlossen werden, dass es auf den verfolgten Heilungszweck bzw den Erfolg des Eingriffs gar nicht ankommt, sondern vielmehr die zwischen Arzt und Patient bestehende Willensübereinstimmung der leitende und entscheidende Gesichtspunkt ist.¹⁰⁶

Auch Moll¹⁰⁷ hielt fest, dass der Arzt nicht ohne weiteres berechtigt sei, einen Eingriff auszuführen, der für die Gesundheit des Menschen notwendig sei, wenn er diesen dabei verletzen werde und er zu dem Eingriff nicht besonders legitimiert wurde. *„Es ist eben rechtlich nicht jeder verpflichtet, für die Gesundheit seiner Mitmenschen zu sorgen, und auch der Arzt nicht, wenn er sich nicht in einem ganz klaren Vertragsverhältnis befindet, das ihm die notwendigen Rechte gibt.“*¹⁰⁸

1.2. Das Urteil des OGH vom 4. Jänner 1906¹⁰⁹

Eine 19-jährige junge Frau – also damals noch Minderjährige¹¹⁰ – litt unter der Verunstaltung ihres „hässlichen blinden Auges“ und ersuchte einen Augenarzt, dieses zu verschönern. Der Arzt hielt einen operativen Eingriff für erforderlich und die Patientin erklärte sich damit einverstanden. Bei der Operation verletzte der Arzt allerdings den Augapfel. Es kam zu einer trichterförmigen Einschrumpfung des Augapfels und dadurch zu einer Verschlimmerung der Verunstaltung.

Die junge Frau brachte in der Folge beim LG Wien eine Schadenersatzklage gegen den Arzt ein, die sich im Wesentlichen darauf stützte, dass der Arzt nicht die Zustimmung ihres Vaters eingeholt hatte und *„hiebei offenbar nicht nach den*

¹⁰⁵ RGSt 25, 382.

¹⁰⁶ Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts², 814.

¹⁰⁷ Moll, Ärztliche Ethik, 262.

¹⁰⁸ Moll, Ärztliche Ethik, 262.

¹⁰⁹ GIUNF 4449, 821.

¹¹⁰ Minderjährig war man bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres; vgl § 21 ABGB, JGS 1811/946.

Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft und nicht unter Anwendung der einem Sachverständigen obliegenden Sorgfalt [...] vorgegangen sei.“¹¹¹

Der Augenarzt wurde in erster Instanz zum Schadenersatz verurteilt, wobei das LG Wien zur Einholung der väterlichen Zustimmung Folgendes ausführte: *„Obwohl die A nicht in der Lage ist, sich auf eine Gesetzesbestimmung zu berufen, wonach ein Arzt eine Operation an einer Minderjährigen ohne Zustimmung ihrer Angehörigen nicht vornehmen soll, so muss es doch mit Rücksicht auf die ständige ärztliche Praxis und die Wichtigkeit derartiger Eingriffe als selbstverständliche Pflicht des Arztes angesehen werden, daß er sich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der Minderjährigen versichert. [...] Durch die Zustimmung der Angehörigen und die Warnung der Patientin vor den Gefahren, hätte er die Verantwortung von sich auf die A und deren Angehörigen überwältzt und sich diesen gegenüber vor Schadenersatzansprüchen geschützt. Es hat also B, obwohl die nachteiligen Folgen nach Angabe des Sachverständigen auf einen ungünstigen Zufall zurückzuführen sind, trotzdem für den verursachten Schaden aufzukommen.“¹¹²*

Das OLG Wien, welches ebenfalls eine Haftung des Arztes bejahte, begründete seine Entscheidung im Wesentlichen mit der fehlenden Aufklärung. Es müsse angenommen werden, dass die minderjährige Patientin der Operation, die lediglich kosmetischen Zwecken dienen sollte, nicht zugestimmt hätte, wenn sie auf die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren aufmerksam gemacht worden wäre und über die mögliche Verunstaltung informiert geworden wäre.¹¹³ Die Frage, ob den Arzt auch in der Unterlassung der Verständigung des gesetzlichen Vertreters der minderjährigen Patientin ein Verschulden treffe, wird in der Entscheidung allerdings nicht behandelt. Den Revisionen beider Teile wurde vom OGH unter Verweisung auf die richtige Begründung des Urteils des OLG keine Folge gegeben.¹¹⁴

Die Entscheidung des OGH lässt mE mehrere Fragen unbeantwortet. Zunächst äußerte sich der OGH zur Frage der Einwilligung minderjähriger Patienten gar nicht

¹¹¹ GIUNF 4449, 821.

¹¹² GIUNF 4449, 821.

¹¹³ GIUNF 4449, 822.

¹¹⁴ GIUNF 4449, 822.

explizit, sondern verwies auf die richtige Begründung des OLG Wiens. Das OLG Wien wiederum behandelte die Frage, ob der Arzt den gesetzlichen Vertreter der Minderjährigen einbeziehen hätte müssen nicht, sondern sprach lediglich von der Zustimmung der betroffenen Minderjährigen „[...] die A der es nur um die Beseitigung eines Schönheitsfehlers zu tun war, niemals in die Vornahme der Operation eingewilligt hätte, wenn sie auf die mit denselben verbundenen Gefahren aufmerksam gemacht worden wäre [...]“.¹¹⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob im Falle der Aufklärung der minderjährigen Patientin deren Einwilligung ausreichend gewesen wäre. Folgt man der Ansicht des LG Wiens, kann dies verneint werden. Führt es doch aus, es müsse „[...] mit Rücksicht auf die ständige ärztliche Praxis und die Wichtigkeit derartiger Eingriffe als selbstverständliche Pflicht des Arztes angesehen werden, daß er sich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der Minderjährigen versichert[...]“¹¹⁶. Im vorliegenden Fall geht es darüber hinaus um einen rein kosmetischen Eingriff. Wie die Ausführungen im nächsten Kapitel zeigen werden, ging man im Zusammenhang mit der Einwilligung minderjähriger Patienten bei kosmetischen Operationen von strengeren Grundsätzen als bei Heilbehandlungen aus. Selbst wenn man daher bei vorliegender Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die Haftung des Arztes verneint hätte, könnte der Entscheidung lediglich der Grundsatz entnommen werden, dass Minderjährige nicht selbst in eine kosmetische Operation einwilligen können. Dass dies auch für Heilbehandlungen gelten sollte, also auch hier eine Einwilligung durch den Minderjährigen selbst nicht möglich ist, lässt sich daraus hingegen nicht folgern – diese Ansicht stünde überdies nicht im Einklang mit der Literatur. Angemerkt sei schließlich, dass diese Entscheidung in der damaligen Literatur nicht näher erläutert wurde.

2. Zusammenfassende Überlegungen

Die dargestellten Entscheidungen lassen zahlreiche Fragen betreffend die Einwilligung minderjähriger Patienten in medizinische Behandlungen offen. Der

¹¹⁵ GIUNF 4449, 822.

¹¹⁶ GIUNF 4449, 821.

Entscheidung des deutschen Reichsgerichts sind jedoch jedenfalls folgende zwei Grundsätze zu entnehmen: Die Durchführung eines ärztlichen Eingriffes ist aus strafrechtlicher Sicht nur dann gerechtfertigt, wenn in diesen zuvor eingewilligt wurde. Der minderjährige Patient selbst kann nicht rechtswirksam in einen ärztlichen Eingriff einwilligen. Aus der Entscheidung des OGH lässt sich außerdem ableiten, dass Minderjährige nicht selbst in eine kosmetische Operation einwilligen können.

IV. Die Einwilligung minderjähriger Patienten in der Literatur

Bereits im ausgehenden 19. Jahrhundert fand man in der Literatur einige Aussagen betreffend die Einwilligung in ärztliche Eingriffe. So schrieb etwa *Carl Stooß*: *„Es wird vielen Ärzten neu sein, zu erfahren, dass ihre hauptsächliche Tätigkeit in Körperverletzen besteht und dass sich die Kriminalisten noch heute darüber streiten, auf welchem Grund die Berechtigung zur Ausführung solcher Körperverletzung beruhe.“*¹¹⁷ Im selben Jahr erklärte *Stooß* in der Wiener Juristischen Gesellschaft: *„Selbstverständlich dürfen operative Eingriffe nur mit Zustimmung des Patienten gemacht werden, sonst verletzt der Arzt die persönliche Freiheit; [...]“*¹¹⁸ Darüber hinaus machten sich einzelne Autoren bereits Gedanken über die Einwilligung in ärztliche Eingriffe an Kindern: *„Über Operationen bei einem Kinde entscheiden die Eltern desselben. [...]“*¹¹⁹ Selbst wenn das Thema der Einwilligung minderjähriger Patienten bereits anklang, wurde es keineswegs ausführlich diskutiert. Im Übrigen gingen – wie in der Folge dargestellt wird – nur einzelne Autoren speziell auf die rechtliche Stellung Minderjähriger ein. Es kann daher mit einer groben Untergliederung (Einwilligung des Minderjährigen, Mitwirkung der Eltern) das Auslangen gefunden werden.

¹¹⁷ *Stooß*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 103.

¹¹⁸ *Stooß*, „Operation und Körperverletzung“, Vortrag in der Wiener Juristischen Gesellschaft 1898, zusammengefasst in JBl 1898, 113.

¹¹⁹ Kappel, Zivilrechtliche Haftung des Arztes, 69 unter Verweis auf *Langenbeck*, Vorlesungen über Akirurgie mit Benutzung hinterlassener Manuskripte.

1. Einwilligung des Minderjährigen

*Büdinger*¹²⁰ wollte minderjährige Patienten unter bestimmten Voraussetzungen selbstständig in ärztliche Eingriffe einwilligen lassen. Als „ärztlichen Eingriff“ verstand er dabei einen Eingriff, der den Zweck hatte, körperliche Anomalien zu bekämpfen oder Krankheiten zu verhüten und der auch dem jeweiligen Stand der medizinischen Regel entsprach.¹²¹ Bei der Beurteilung, ob Minderjährige nun in einen solchen Eingriff selbst einwilligen konnten, stellte er in erster Linie auf die wirtschaftliche Selbstständigkeit ab. Eine Definition dieses Begriffes lieferte allerdings nicht. § 141 ABGB in der StF¹²² stellte jedoch iZm der Regelung, wie lange Kindern Unterhalt gebührt, darauf ab, wann „*sie sich selbst ernähren können*“ – was wohl als „wirtschaftliche Selbstständigkeit“ verstanden werden kann. Der OGH setzte diese mit jenem Zeitpunkt gleich, ab dem das Kind in der Lage ist, die Mittel zur Bestreitung eines standesgemäßen Unterhaltes durch Arbeit selbst zu verdienen.¹²³ In zweiter Linie stellte *Büdinger*¹²⁴ auf – bei Männern und Frauen unterschiedliche – Altersgrenzen ab. Bei Männern wollte er das 18. und bei Frauen das 16. Lebensjahr berücksichtigen. Diese Altersgrenzen wurden bereits im StG-Entwurf 1912 sowie im KAG 1920 herangezogen. Allerdings gab auch *Büdinger* keine Begründung, weshalb gerade diese Grenzen ausschlaggebend sein sollten. Auch sonst wird in der österreichischen Rechtsordnung – soweit ersichtlich – zunächst nirgends auf die Altersgrenze von 16 Jahren abgestellt. Erst im Ehegesetz 1938¹²⁵, das in seinem § 1 Abs 1 festlegte, dass junge Frauen mit 16 ehemündig werden, tauchte diese Altersgrenze auf.

Bei fremdnützigen Eingriffen sowie bei Versuchen zu wissenschaftlichen Zwecken vertrat *Büdinger* eine strengere Ansicht als bei Eingriffen, die den Zweck haben, körperliche Anomalien zu bekämpfen oder Krankheiten zu verhüten. So wollte er

¹²⁰ *Büdinger*, RZ 1905, 258.

¹²¹ *Büdinger*, RZ 1905, 257.

¹²² § 141 ABGB, JGS 1811/946 lautete: „Es ist vorzüglich die Pflicht des Vaters, so lange für den Unterhalt der Kinder zu sorgen, bis sie sich selbst ernähren können. Die Pflege des Körpers und ihrer Gesundheit ist hauptsächlich die Mutter auf sich zu nehmen verbunden.“

¹²³ OGH 14.6.1978, 1 Ob 630/78; *Gschnitzer*, Österreichisches Familienrecht, 107.

¹²⁴ *Büdinger*, RZ 1905, 257.

¹²⁵ Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet, dRGBI I 1938/807 = GBlÖ 1938/244.

etwa bei Transplantationen auf Spenderseite ausschließlich eigenberechtigte Personen einwilligen lassen, wenn es für den Kranken keine andere Heilungsmöglichkeit gab und es sich außerdem um ein ernstes Leiden handelte.¹²⁶ Er betonte, dass dem Gewalthaber hier kein Verfügungsrecht zukomme.¹²⁷ Das Gleiche galt nach *Büdinger* bei Versuchen zu wissenschaftlichen Zwecken an Minderjährigen.¹²⁸

1926 beschäftigten sich auch *Lammasch* und *Rittler* in ihrem Grundriss des österreichischen Strafrechts näher mit der Bedeutung der Einwilligung. Sie führten aus, dass die Einwilligung nur dann von Bedeutung sei, wenn sie ernstlich und frei erteilt wird und der Einwilligende überdies geistig reif und gesund ist.¹²⁹ Eine bestimmte Altersgrenze, die hierfür herangezogen werden kann, nannten die Autoren allerdings nicht. Sie hielten vielmehr fest, dass in der Praxis der Strafrichter nach seinen Überlegungen von der Einsicht des Jugendlichen urteile, ohne dass die Bestimmungen des ABGB für ihn richtungsweisend wären.¹³⁰

Mitte der 30er Jahre des 20. Jahrhunderts behandelte auch *Wolff*¹³¹ das Thema der Einwilligung und unterschied drei Kategorien ärztlicher Eingriffe, nämlich die Einwilligung bei notwendigen, nützlichen und sonstigen ärztlichen Eingriffen. Notwendige Eingriffe, also solche, die das Leben eines anderen retten sollten (Eingriffe zu Heilzwecken), erachtete *Wolff* stets als zulässig. Ob der Betroffene in den Eingriff eingewilligt hatte oder nicht bzw selbst eine allfällige Verweigerung desselben war in diesem Zusammenhang irrelevant. Daher spielte es im Ergebnis auch keine Rolle, ob man noch minderjährig war oder nicht. Er begründete seine Ansicht mit dem rechtlichen Interesse an der Erhaltung des Lebens, welches größer sei als jenes der körperlichen Unversehrtheit und jenes der Freiheit eines Menschen, über seinen Körper zu verfügen. Das Gleiche galt bei zu befürchtenden schweren Gesundheitsschädigungen.¹³² Bei allen anderen Arten von Eingriffen forderte *Wolff*

¹²⁶ *Büdinger*, RZ 1905, 258.

¹²⁷ *Büdinger*, RZ 1905, 258.

¹²⁸ *Büdinger*, RZ 1905, 258.

¹²⁹ *Lammasch/Rittler*, Grundriss des Österreichischen Strafrechts⁵, 179.

¹³⁰ *Lammasch/Rittler*, Grundriss des Österreichischen Strafrechts⁵, 179.

¹³¹ *Wolff* in *Klang*, VI, § 1294, 29.

¹³² *Wolff* in *Klang*, VI, § 1294, 30.

die Einwilligung des Patienten, allerdings konnten nach *Wolff* minderjährige Patienten nicht selbst in diese einwilligen. In der zweiten Auflage des Klang-Kommentars zum ABGB (1951) widmete sich *Wolff* wieder dem Thema der Einwilligung in ärztliche Eingriffe. Dabei gab er aber lediglich seinen in der vorigen Auflage erschienen Beitrag wörtlich wieder.¹³³

2. Mitwirkung der Eltern

War das Kind noch nicht volljährig bzw konnte es nicht selbst in eine ärztliche Behandlung einwilligen, weil es etwa noch nicht wirtschaftlich selbstständig oder nicht im ausreichenden Maße geistig reif und gesund war, musste die Einwilligung zur Behandlung von einer anderen Person erteilt werden, um gerechtfertigt zu sein.

Nach *Büdinger* war in diesem Fall die Einwilligung des Gewalthabers erforderlich.¹³⁴ Nach dem ABGB standen alle minderjährigen, eheliche Kinder grundsätzlich unter der gemeinsamen „elterlichen Gewalt“¹³⁵. Den Eltern kam daher das Recht zu, gemeinsam die Handlungen ihrer Kinder zu leiten. Im Falle einer Meinungsverschiedenheit ging allerdings der Wille des Vaters vor.¹³⁶ Dieser durfte seine Einwilligung nicht ungerechtfertigter Weise verweigern, da er sich sonst nach § 360 StG¹³⁷ (Vernachlässigung des Kranken von Seite seiner Angehörigen) strafbar machte.¹³⁸

Wolff, der bei bloß nützlichen Eingriffen, die etwa die Heilung beschleunigen sollten, und sonstigen ärztlichen Eingriffen, wie etwa kosmetische Operationen, in jedem Fall die Einwilligung des Patienten forderte, betonte dass bei Geschäftsunfähigen

¹³³ *Wolff* in *Klang*, VP, § 1294.

¹³⁴ *Büdinger*, RZ 1905, 258.

¹³⁵ § 144 ABGB idF JGS 1811/946: „Die Eltern haben das Recht, einverständlich die Handlungen ihrer Kinder zu leiten; die Kinder sind ihnen Erfurcht und Gehorsam schuldig.“

¹³⁶ *Ehrenzweig*, Privatrecht, 220.

¹³⁷ § 360 idF RGBI 117/1852 lautet: „Wenn dargetan wird, daß diejenigen, denen aus natürlicher oder übernommener Pflicht die Pflege eines Kranken obliegt, es demselben an dem notwendigen medizinischen Beistande, wo solcher zu verschaffen war, gänzlich haben mangeln lassen, sind sie einer Uebertretung schuldig.“

¹³⁸ *Büdinger*, RZ 1905, 258.

immer die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sei.¹³⁹ Auch nach *Lammasch und Rittler* war auf die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abzustellen – allerdings nur dann, wenn der Minderjährige nicht geistig reif und gesund war.¹⁴⁰ Kosmetische Eingriffe waren nach *Wolff* überdies ausschließlich dann zulässig, wenn der durch den Eingriff erfolgende Nachteil nicht größer als der zu erwartende Vorteil war.¹⁴¹ Sinngemäß sollte dies auch für wissenschaftliche Versuche und Eingriffe im Interesse eines Dritten gelten. Da Minderjährige bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres geschäftsunfähig waren – die Volljährigkeitsgrenze wurde mit Gesetz vom 6. Februar 1919 vom 24. auf das vollendete 21. Lebensjahr herabgesetzt¹⁴² – musste somit stets die Einwilligung des Vaters als deren gesetzlicher Vertreter¹⁴³ eingeholt werden.

V. Zusammenfassung

Das Thema der Einwilligung in medizinische Behandlungen gewann mit Beginn des 20. Jahrhunderts auch in Österreich zunehmend an Bedeutung. Mit der StG-Novelle 1937 wurde das Delikt der eigenmächtigen Heilbehandlung eingeführt. Es wurde klargestellt, dass eine mit Einwilligung vorgenommene Behandlung eines Arztes oder „*anderen Heilkundigen*“, die Heilzwecken dient, immer straflos ist. Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen minderjährige Patienten die Einwilligung zu einer Heilbehandlung geben können, war jedoch nicht explizit geregelt. Auf Grund der Gesetzesmaterialien kann wohl davon ausgegangen, dass Minderjährige ab 16 Jahren wirksam in eine Heilbehandlung einwilligen können sollten, ansonsten der gesetzliche Vertreter die Einwilligung zur Behandlung erteilen musste. Das

¹³⁹ *Wolff in Klang*, VI, § 1294, 30.

¹⁴⁰ *Lammasch/Rittler*, Grundriss des Österreichischen Strafrechts⁵, 179.

¹⁴¹ *Wolff in Klang*, VI, § 1294, 30.

¹⁴² § 21 ABGB idF StGBI 1919/96 lautet: „Diejenigen, welche wegen Mangels an Jahren, Gebrechen des Geistes, oder anderer Verhältnisse wegen, ihre Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen unfähig sind, stehen unter dem besonderen Schutz der Gesetze. Dahin gehören Kinder, die das siebente; Unmündige die das vierzehnte; Minderjährige, die das einundzwanzigste Jahr ihres Lebens noch nicht zurückgelegt haben; dann: Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige, welche des Gebrauches ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt, oder wenigstens unvermögend sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, ferner: diejenigen, welche der Richter als erklärten Verschwendern die fernere Verwaltung ihres Vermögens untersagt hat; endlich Abwesende und Gemeinden.“

¹⁴³ *Bartsch in Klang*, § 152, 882.

KAG 1920 verlangte hingegen von minderjährigen Patienten ab 18 Jahren die „Zustimmung“ zur Operation. Judikatur und Literatur behandelten das Thema der Einwilligung Minderjähriger ebenfalls eher stiefmütterlich. So beschäftigte sich der OGH lediglich in einer einzigen Entscheidung mit der Einwilligung minderjähriger Patienten und auch in der Literatur finden sich nur einzelne Beiträge zur Einwilligung minderjähriger Patienten im Speziellen. Gemeinsame Grundsätze sind diesen allerdings nicht zu entnehmen: Während nach *Wolff* minderjährige Patienten gar nicht selbst in ärztliche Eingriffe einwilligen konnten – sofern eine Einwilligung überhaupt erforderlich war – wollten *Büdinge*r und *Lammasch/Rittler* minderjährige Patienten unter bestimmten Voraussetzungen selbst in ärztliche Eingriffe einwilligen lassen. Eingriffe zu Gunsten Dritter und wissenschaftliche Experimente am Minderjährigen waren nach *Büdinge*r grundsätzlich unzulässig; anders als nach *Wolff*.

Auch die Frage, wer an Stelle des minderjährigen Patienten, der nicht selbst in einen ärztlichen Eingriff einwilligen kann, seine Einwilligung zu erteilen hat, war nicht eindeutig zu beantworten. Der StG-Entwurf 1912, das KAG 1920 sowie ein Teil der Lehre stellten auf den gesetzlichen Vertreter ab. Allerdings wurden in der Literatur auch die Eltern als Gewalthaber als zustimmungsberechtigte Personen genannt.

Zusammengefasst war somit keine einheitliche Linie bei Beantwortung der Frage, ob minderjährige Patienten selbst bzw unter welchen Voraussetzungen diese in einen ärztlichen Eingriff einwilligen können bzw wer an deren Stelle der Behandlung zustimmen muss, erkennbar.

ZWEITES KAPITEL: DIE RECHTSLAGE IN DER ZWEITEN HÄLFTE DES 20. JAHRHUNDERTS

I. Einleitende Bemerkung

Die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts bietet eine wahre „Fundgrube“ zum Thema der Einwilligung minderjähriger Patienten. Neben „neuen Gesetzen“ gab es auch einige höchstgerichtliche Entscheidungen. Besonders hervorzuheben ist allerdings die zahlreiche Literatur. Die Autoren griffen dieses Thema immer wieder auf, sodass zwar reichlich Literatur vorhanden ist, es dementsprechend aber ebenso viele unterschiedliche Ansichten gab, unter welchen Voraussetzungen Minderjährige in medizinische Behandlungen einwilligen können bzw wer an deren Stelle die Einwilligung zu erteilen hat. Auch in diesem zweiten Teil der vorliegenden Arbeit richtet sich die Untergliederung im Kapitel IV danach, welche Aspekte von den verschiedenen Autoren im Wesentlichen diskutiert wurden.

II. Gesetzliche Regelungen betreffend die Einwilligung von Patienten

1. Die Einwilligung im Strafrecht

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges setzten Reformbemühungen um ein neues Strafgesetzbuch ein. Am 2. April 1954 fand hierzu eine Enquete zur Vorbereitung einer Strafgesetzreform statt.¹⁴⁴ Nachdem die Mehrheit der Teilnehmer eine Gesamtreform für erforderlich hielt, wurde eine Strafrechtskommission zur Ausarbeitung eines neuen Strafgesetzbuches einberufen.¹⁴⁵ Den Vorsitz dieser Kommission hatte Univ.-Prof. Dr. *Kadekča* inne.¹⁴⁶ Die Kommission erstellte in erster

¹⁴⁴ *Stangl*, Die neue Gerechtigkeit, 29.

¹⁴⁵ *Stangl*, Die neue Gerechtigkeit, 31.

¹⁴⁶ *Stangl*, Die neue Gerechtigkeit, 31.

(1960) und zweiter Lesung (1962) einen Kommissionsentwurf.¹⁴⁷ Dieser bildete die Grundlage für die unter Justizminister *Broda* erfolgte Ausarbeitung des Ministerialentwurfs 1964.¹⁴⁸ Das Delikt der eigenmächtigen Heilbehandlung war in § 134 geregelt und sollte wie folgt lauten¹⁴⁹:

(1) Wer einen anderen, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, jedoch ohne dessen Einwilligung behandelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 100.000 S bestraft.

(2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß das Leben oder die Gesundheit des Behandelten sonst ernstlich gefährdet gewesen wäre, so ist er wegen eigenmächtiger Heilbehandlung nur strafbar, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er das bei genügender Aufmerksamkeit hätte erkennen können.

(3) Die Tat wird nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten verfolgt.

Es fällt sofort auf, dass der ME keine eigene Regelung für die Einwilligung minderjähriger Patienten vorsah. Aus den Erläuterungen geht lediglich hervor, dass die Einwilligung „*alle psychischen Voraussetzungen einer rechtswirksamen Willensentscheidung erfüllen*“ müsse.¹⁵⁰ Von der Darstellung dieser „*vielfältigen Erfordernisse, von denen die Wirksamkeit der Einwilligung im Einzelfall abhängig ist*“, im Gesetz selbst wurde allerdings – so die Erläuterungen – bewusst abgesehen.¹⁵¹ *Zipf*¹⁵² etwa führte in diesem Zusammenhang aus, dass die Einwilligung nur dann wirksam sei, wenn der Rechtsgutträger seinen Rechtsgutverzicht in Kenntnis der Tragweite dieser Erklärung abgegeben hat und Voraussetzung dieser wirksamen Disposition sei die Einsichtsfähigkeit.

Im Unterschied zu § 499a idF BGBl 1937/202 sollte § 134 idF des ME 1964 nicht nur Behandlungen zu Heilzwecken erfassen. Vielmehr sollte jede Behandlung, die nach ihrer Zielrichtung einer nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft

¹⁴⁷ *Reissig/Kunst*, StGB³, 12.

¹⁴⁸ Bundespressedienst, Das neue Strafrecht, 7; *Reissig/Kunst*, StGB³, 12.

¹⁴⁹ Der Ministerialentwurf samt Erläuterungen ist abgedruckt in BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches.

¹⁵⁰ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 34.

¹⁵¹ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 34.

¹⁵² *Zipf*, ÖJZ 1977, 383.

durchgeführten Behandlung entspricht, umfasst sein – also jede zu diagnostischen, therapeutischen, prophylaktischen oder schmerzlindernden Zwecken vorgenommene Behandlung.¹⁵³ Dennoch wollte man die Überschrift „Eigenmächtige Heilbehandlung“ beibehalten, da so die Heilbehandlung als der wichtigste Fall einer „medizinischen“ Behandlung herausgehoben werden sollte.¹⁵⁴ Neben Krankheiten im engeren Sinne konnten auch Leiden Gegenstand der Behandlung sein.¹⁵⁵ Unter Leiden verstand man die körperliche oder seelische Gesundheit des Betroffenen beeinträchtigende Dauerzustände, körperliche Schäden nicht krankhafter Art, die einer Besserung oder Heilung zugänglich sind (zB Schielen, Hinken) sowie körperliche oder seelische Beeinträchtigungen anderer Art, wie etwa anormale Schwangerschaftsbeschwerden, Höhenangst oder Aufregungszustände, die durch äußere Ursachen hervorgerufen werden.¹⁵⁶

Außerdem unterschied sich § 134 idF des ME 1964 von § 499a idF BGBl 1937/202 auch dahingehend, dass nicht bloß auf die Unzumutbarkeit der rechtzeitigen Einholung der Einwilligung abgestellt wurde, sondern auf die Unzumutbarkeit schlechthin.¹⁵⁷ Der Behandler sollte nämlich nicht nur dann straffrei sein, wenn er durch die Verzögerung der Behandlung die Gefahr herbeiführte, sondern auch dann, wenn die Einholung der Einwilligung ohne Rücksicht auf das zeitliche Moment gefährlich wäre.¹⁵⁸ Bei der Beurteilung der Strafwürdigkeit sollte es außerdem darauf ankommen, ob der Behandler angenommen hat, dass die Einholung der Einwilligung den Patienten gefährden würde bzw er dies bei genügender Aufmerksamkeit hätte erkennen können.¹⁵⁹

Schließlich wurde § 134 ME 1964 als Privatanklagedelikt ausgestaltet, da die Bestimmung ein höchstpersönliches Rechtsgut schützen sollte und das öffentliche

¹⁵³ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 60.

¹⁵⁴ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 60.

¹⁵⁵ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 60.

¹⁵⁶ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 60.

¹⁵⁷ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 60.

¹⁵⁸ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 60.

¹⁵⁹ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 60.

Interesse an der uU in die Intimsphäre des Behandelten eingreifenden Strafverfolgung demgegenüber zurücktritt.¹⁶⁰

Auf Grund der zu diesem Entwurf eingelangten Stellungnahmen wurde 1966 ein zweiter Ministerialentwurf erstellt.¹⁶¹ Die Änderungen der Mehrheitsverhältnisse im österreichischen Parlament – die Nationalratswahlen 1966 führten zu einer Ablösung der langjährigen Koalition zwischen ÖVP und SPÖ durch eine Alleinregierung der ÖVP – führten allerdings dazu, dass nicht der Entwurf vom gleichen Jahr weiter verfolgt, sondern vom damaligen BM für Justiz Dr. *Kadečka* ein in mehreren Punkten geänderter Entwurf 1968 als RV¹⁶² eingebracht wurde.¹⁶³ Das Delikt der eigenmächtigen Heilbehandlung war jedoch lediglich insofern abgeändert, als der Strafraum der Freiheitsstrafe und die Höhe der Geldstrafe angehoben wurden. Abgesehen von einer Grundsatzdebatte im Justizausschuss des Parlaments am 18. Oktober 1968 kam es allerdings zu keiner Behandlung dieser RV¹⁶⁴, da sich die parlamentarischen Fraktionen über die Modalitäten der Behandlung nicht einigen konnten.¹⁶⁵

Zu Beginn der 70-er Jahre des 20. Jahrhunderts kam es zu einem Voranschreiten der Reformbestrebungen. Zunächst wurde im Sommer 1970 unter BM für Justiz *Broda* ein Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes als RV eingebracht.¹⁶⁶ Während der Beratungen wurde im Frühjahr 1971 ein Paket von Modifikationen der früheren Entwürfe, aufbauend auf dem ME 1964, einem neuen Begutachtungsverfahren unterzogen.¹⁶⁷ Der Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes wurde vom Nationalrat am 8. Juli 1971 als Strafrechtsänderungsgesetz 1971 zum Beschluss erhoben.¹⁶⁸ Am

¹⁶⁰ BMJ, Entwurf eines Strafgesetzbuches, 60.

¹⁶¹ *Stangl*, Die neue Gerechtigkeit, 78; *Reissig/Kunst*, StGB³, 12.

¹⁶² RV 706 BlgNR 11. GP; die eigenmächtigen Heilbehandlung war in § 124 geregelt.

¹⁶³ Bundespressedienst, Das neue Strafrecht, 8.

¹⁶⁴ Bundespressedienst, Das neue Strafrecht, 8.

¹⁶⁵ *Reissig/Kunst*, StGB³, 12.

¹⁶⁶ *Reissig/Kunst*, StGB³, 13.

¹⁶⁷ *Reissig/Kunst*, StGB³, 13.

¹⁶⁸ *Reissig/Kunst*, StGB³, 13.

16. November 1971 wurde schließlich die RV eines Strafgesetzbuches im Nationalrat eingebracht.¹⁶⁹ Die eigenmächtige Heilbehandlung war in § 115¹⁷⁰ geregelt:

(1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs.1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewusst sein können.

(3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

§ 115 Abs 1 idF der RV glich im Wesentlichen § 134 ME 1964. Dementsprechend ist den Erläuterungen zu § 115 Abs 1 idF der RV nichts Abweichendes zu § 134 idF des ME 1964 zu entnehmen.

Nach Beratung im Justizausschuss von März 1972 bis November 1973 wurde dem Nationalrat ein mehrfach modifizierter Entwurf zur Annahme empfohlen.¹⁷¹ Die Bestimmung der eigenmächtigen Heilbehandlung war von den Änderungsvorschlägen allerdings nicht betroffen. Da aber einige Bestimmungen betreffend den Schwangerschaftsabbruch gestrichen wurden, fand sich die Bestimmung der eigenmächtigen Heilbehandlung – inhaltlich unverändert – schließlich in § 110 StGB.¹⁷²

Am 29. November 1973 kam es nach dreitägiger Debatte zur Beschlussfassung des Nationalrates.¹⁷³ Bei der zum Teil paragrafenweisen Abstimmung in der zweiten Lesung wurden von den 324 Paragrafen 318 einstimmig und nur 6 mehrstimmig angenommen.¹⁷⁴ In der dritten Lesung hingegen stimmten nur die Abgeordneten der

¹⁶⁹ Reissig/Kunst, StGB³, 13.

¹⁷⁰ RV 30 BlgNR 13. GP, 16.

¹⁷¹ AB 159 BlgNR, 13. GP.

¹⁷² BMJ, Dokumentation zum Strafgesetzbuch, 53.

¹⁷³ Bundespressedienst, Das neue Strafrecht, 9; Reissig/Kunst, StGB³, 14.

¹⁷⁴ Bundespressedienst, Das neue Strafrecht, 9.

SPÖ dem Gesetz zu, während die Abgeordneten der ÖVP und FPÖ die Gesetzesvorlage wegen der Regelung des Schwangerschaftsabbruches zur Gänze ablehnten.¹⁷⁵ Ein Einspruch des Bundesrates vom 6. Dezember 1973, gestützt auf die damalige Mehrheit der beiden Oppositionsparteien (ÖVP, FPÖ) in der Länderkammer, führte zum Beharrungsbeschluss des Nationalrats vom 23. Jänner 1974.¹⁷⁶ Die Kundmachung des Strafgesetzbuches in der Fassung des Ausschussberichtes erfolgte schließlich am 29. Jänner 1974.¹⁷⁷ Der mit 1. Jänner 1975 in Kraft getretene §110 StGB steht auch heute noch in dieser Fassung in Geltung.

Selbst wenn weder § 110 StGB noch den Erläuterungen zu dieser Bestimmung Näheres betreffend die Einwilligung minderjähriger Patienten entnommen werden kann, waren sich die Autoren¹⁷⁸ darüber einig, dass bei Minderjährigen grundsätzlich der gesetzliche Vertreter die Einwilligung in eine Behandlung zu erteilen hatte. Einige Autoren¹⁷⁹ verlangten bei mündigen Minderjährigen zusätzlich deren Einwilligung bzw wollten sie diese in harmlose Eingriffe selbst einwilligen lassen. Auf die Lehrmeinungen wird allerdings noch in Kapitel IV eingegangen.

2. Die Einwilligung im Zivilrecht

2.1. Der Entwurf eines Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 1999 – Anstöße für die Reform und grundlegende Ziele

Ende der Neunzigerjahre des 20. Jahrhunderts wurden Forderungen betreffend Änderungen des Kindschaftsrechts laut. Grund war va das Streben nach mehr Selbstverantwortung und Eigenständigkeit junger Menschen, ein steigendes

¹⁷⁵ Bundespressdienst, Das neue Strafrecht, 9.

¹⁷⁶ Bundespressdienst, Das neue Strafrecht, 9; *Reissig/Kunst*, StGB³, 14; *Foregger/Fabrizy*, StGB⁹, Einführung Rz 3.

¹⁷⁷ BGBl 1974/60.

¹⁷⁸ Vgl etwa *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436; *Zipf*, ÖJZ 1977, 384; *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 311; *Bertel/Schwaighofer*, BT I², 91; *Triffterer*, AT², 242, *Fuchs*, AT, 136; *Bertel* in WK², § 110 Rz 24.

¹⁷⁹ Vgl etwa *Foregger/Serini*, StGB, 157; *Reissig/Kunst*, StGB³, 85; *Bertel/Schwaighofer*, BT I², 91.

Grundrechtsbewusstsein sowie internationale Entwicklungen.¹⁸⁰ Durch wirtschaftliche Veränderungen, neue Medien, Änderungen in der Arbeitswelt und im Bildungssystem sowie in den sozialen Strukturen entstand nach Ansicht des Gesetzgebers ein höheres Selbstbewusstsein der Jugend.¹⁸¹ Auch setzte nach Meinung des Gesetzgebers der Prozess des Suchens und Strebens Jugendlicher nach der eigenen Identität, nach Identifikation in ihrem Umfeld, nach Eigenständigkeit und Selbstverantwortung, in dessen Status Heranwachsende früh eintreten („verbreitertes Jugendalter“), bereits in jungen Jahren ein.¹⁸² Die Bereitschaft, eigenständige Entscheidungen, für die auch Verantwortung übernommen wird, zu treffen, sei deutlich größer geworden,¹⁸³ wodurch nach Ansicht des Gesetzgebers eine frühere Reifung der Gesamtpersönlichkeit verbunden war.¹⁸⁴

Neben diesem „neuen Selbstbewusstsein“ Jugendlicher spielte das steigende Grundrechtsbewusstsein, das sich auch im Verhältnis zwischen Arzt und Patient auswirkte, eine wesentliche Rolle.¹⁸⁵ Als Schlagworte in diesem Zusammenhang wurden der „informed consent“ und die Forderung nach ausdrücklicher Verankerung der Patientenrechte genannt. So stand die Überzeugung im Vordergrund, dass die Rechtsordnung den Menschen die verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmung auch im täglichen Leben gewährleisten müsse – *„unabhängig von Alter, geistiger Behinderung und psychischer Krankheit, sofern nur die sogenannte Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben ist“*¹⁸⁶. Dem modernen Grundrechtsverständnis würde es daher widersprechen, wenn das Gesetz an Stelle möglicher Eigenbestimmung ohne sachliche Rechtfertigung Fremdbestimmung anordnen würde.¹⁸⁷

Das Verständnis, dass das Kind Träger von eigenen Rechten ist, wurde auch durch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom

¹⁸⁰ 335/ME 20. GP 40.

¹⁸¹ 335/ME 20. GP 45.

¹⁸² 335/ME 20. GP 45.

¹⁸³ 335/ME 20. GP 45.

¹⁸⁴ 335/ME 20. GP 46.

¹⁸⁵ 335/ME 20. GP 47.

¹⁸⁶ 335/ME 20. GP 47.

¹⁸⁷ 335/ME 20. GP 47.

26. Jänner 1990 (Kinderrechtekonvention), das von Österreich am 16. August 1992 ratifiziert wurde¹⁸⁸, sowie der „European Convention on the exercise of childrens rights“ (Kinderrechteausübungskonvention) gefördert.¹⁸⁹

Die UN-Konvention sichert in Art 12 dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, sowie die Berücksichtigung der Meinung des Kindes entsprechend seinem Alter und Reife. Gemäß Art 16 darf kein Kind willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben ausgesetzt werden. In Art 24 wird schließlich das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit und zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit anerkannt.¹⁹⁰

In der vom Ausschuss der Vereinten Nationen zu der Kinderrechtekonvention verfassten Stellungnahme über die Rechte des Kindes zum österreichischen Erstbericht wurde Österreich empfohlen, ein „*geeignetes Alter und Strukturen für eine medizinische Behandlung ohne elterliche Einwilligung durch Gesetz*“ festzusetzen.¹⁹¹

Den eben dargestellten Entwicklungen sollte der Entwurf des KindRÄG 1999 Rechnung tragen, indem er insbesondere die Rechtsstellung heranwachsender Menschen stärkt sowie an Stelle der Rechte der Eltern deren Verantwortung gegenüber ihren Kindern betont.¹⁹² Dabei sollte auch die Altersgrenze für die Erreichung der Volljährigkeit auf 18 Jahre herabgesetzt werden.¹⁹³

Der Gesetzgeber ließ sich hierbei vom Grundsatz der Wahrung des Kindeswohls leiten, auf welchen in einer Reihe von kindschaftsrechtlichen Bestimmungen als

¹⁸⁸ BGBl 1993/7. Die Kinderrechtekonvention ist zwar nicht unmittelbar anwendbar, dient allerdings zur Interpretation innerstaatlichen Rechts. Vgl dazu Noll, Der mündige Minderjährige, 84.

¹⁸⁹ 335/ME 20. GP 47.

¹⁹⁰ Noll, Der mündige Minderjährige, 84.

¹⁹¹ Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 486.

¹⁹² 335/ME 20. GP 52.

¹⁹³ 335/ME 20. GP 49.

maßgebliches Handlungs- und Entscheidungskriterium Bezug genommen wird.¹⁹⁴ So bestimmt etwa § 178a ABGB¹⁹⁵, dass bei der Beurteilung des Kindeswohls die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, sowie die Lebensverhältnisse der Eltern Berücksichtigung zu finden haben.

Am 25. Jänner 1999 wurde schließlich der vom Bundesministerium für Justiz erarbeitete Entwurf eines KindRÄG 1999 dem allgemeinen Begutachtungsverfahren zugeleitet.¹⁹⁶

2.2. Die Einwilligung in medizinische Behandlungen

Besondere rechtliche Bedeutung sollte der verstärkten Berücksichtigung des Willens junger Menschen auch bei medizinischen Behandlungen zukommen. Eine elterliche Befugnis zur stellvertretenden Zustimmung zu medizinischen Behandlungen sollte daher nur mehr dann vorgesehen werden, wenn das Kind die Einwilligung nicht selbst erteilen kann.¹⁹⁷ Die Einwilligung minderjähriger Patienten war in § 146c ABGB geregelt; dieser sollte wie folgt lauten:

(1) In Angelegenheiten der Pflege und Erziehung haben die Eltern auch auf den Willen des Kindes Bedacht zu nehmen, soweit dem nicht dessen Wohl und ihre Lebensverhältnisse entgegenstehen. Der Wille des Kindes ist umso maßgeblicher, je mehr es den Grund und die Bedeutung einer Maßnahme einzusehen und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen vermag.

(2) Einwilligungen in medizinische Behandlungen hat das einsichts- und urteilsfähige Kind selbst zu erteilen; das Vorliegen dieser Einsichts- und

¹⁹⁴ Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 487.

¹⁹⁵ Eingefügt durch BGBl 1977/403.

¹⁹⁶ Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz, das Unterhaltsvorschußgesetz, die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozeßordnung, das Außerstreitgesetz, das Rechtspflegergesetz, die Exekutionsordnung, das Jugendgerichtsgesetz 1988, das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht und das Krankenanstaltengesetz geändert werden (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 1999 – KindRÄG 1999) = BMJ GZ 4.601A/1-I.1/1999 = 335/ME 20. GP 52.

¹⁹⁷ 335/ME 20. GP 54.

Urteilsfähigkeit wird bei mündigen Minderjährigen, vorbehaltlich des § 154b, vermutet. Sofern eine solche Behandlung im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit des minderjährigen Kindes nicht bloß geringfügig ist, ist jedoch dessen Zustimmung nur wirksam, wenn auch die Eltern Gelegenheit hatten, die Behandlung mit dem Kind und dem Arzt erschöpfend zu erörtern.

(3) Lehnt ein nicht einsichts- und urteilsfähiges minderjähriges Kind eine medizinische Behandlung, die mit einer besonders schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit verbunden ist, als solche nachdrücklich und entschieden ab, so bedarf die Einwilligung der Eltern in die Behandlung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung.

(4) Die Zustimmung des minderjährigen Kindes, die Einwilligung der Eltern oder die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung sind nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, dass der mit der Einholung der Zustimmung, der Einwilligung oder deren Genehmigung verbundene Aufschub das Leben des Kindes gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre.

Der Begriff der medizinischen Behandlung lehnt sich nach den Erläuterungen an den Behandlungsbegriff des § 110 StGB an.¹⁹⁸ Er sollte daher neben der Heilbehandlung im engeren Sinn auch diagnostische, prophylaktische und schmerzlindernde Maßnahmen, selbst wenn sie nicht nach den Regeln der Schulmedizin erfolgen, sowie kosmetische Operationen, Transplantationen, Transfusionen und die Verabreichung von Medikamenten umfassen.¹⁹⁹

Bei der Beurteilung, ob ein minderjähriger Patient selbst in eine medizinische Behandlung einwilligen kann, müsse man sich nach Meinung des BMJ „in Übereinstimmung mit der bereits derzeit herrschenden Lehre und Rechtsprechung“ des Begriffes der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bedienen.²⁰⁰ Eine Definition dieses

¹⁹⁸ 335/ME 20. GP 105.

¹⁹⁹ 335/ME 20. GP 105.

²⁰⁰ 335/ME 20. GP 54.

Begriffes kann den Erläuterungen nicht entnommen werden. Allerdings verweisen sie auf § 36 UbG und führen in der Folge aus, dass immer dann, wenn der minderjährige Patient Grund und Bedeutung seiner Behandlung einsehen und auch seinen Willen nach dieser Einsicht bestimmen kann, er auch selbst die Einwilligung in eine medizinische Behandlung erteilen muss.²⁰¹ Schließlich seien bei der Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit Alter, Reife, Gesundheitszustand und Persönlichkeit des Kindes zu berücksichtigen sowie auch die Schwere des Eingriffes, die mit dem Eingriff oder dessen Unterbleiben verbundenen Risiken und der Stand der medizinischen Wissenschaft.²⁰² Dies entsprach auch der in der Literatur bisher vertretenen Meinung. Unter Verweis auf *Kopetzki*²⁰³ führen die Erläuterungen weiter aus, dass ausschlaggebend sei, ob der minderjährige Patient den Wert der von der Entscheidung betroffenen Güter und Interessen erfassen und sein Verhalten nach dieser Einsicht ausrichten könne.²⁰⁴ Es habe also immer eine Beurteilung des Einzelfalles zu erfolgen. Allerdings betonen die Erläuterungen, dass das Bedürfnis nach Rechtssicherheit der behandelnden Ärzte, die eine Beurteilung hinsichtlich des (Nicht-)Vorliegens der Einsichts- und Urteilsfähigkeit vorzunehmen haben, nicht übersehen werden dürfe.²⁰⁵ Deshalb wurde nach Einholung der Meinung führender Vertreter aus den Fachgebieten der Kinder- und Jugendneuropsychiatrie und der Kinderpsychologie eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab dem vollendeten 14. Lebensjahr vorgesehen.²⁰⁶ Für den Fall, dass das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ernsthaft bezweifelt wird, sollte diese Frage durch gerichtliche Überprüfung geklärt werden können.²⁰⁷

Bei Behandlungen, die nicht mit „*bloß geringfügigen Beeinträchtigungen des minderjährigen Kindes*“ verbunden sind, sollten überdies auch die mit Pflege und Erziehung betrauten Personen in den Entscheidungsprozess eingebunden werden, ohne aber das Selbstbestimmungsrecht des minderjährige Patienten einzuschränken. Daher war vorgesehen, dass diese die Behandlung vor deren

²⁰¹ 335/ME 20. GP 54.

²⁰² 335/ME 20. GP 106.

²⁰³ *Kopetzki*, Grundriss, 1997.

²⁰⁴ 335/ME 20. GP 106.

²⁰⁵ 335/ME 20. GP 55.

²⁰⁶ 335/ME 20. GP 55.

²⁰⁷ 335/ME 20. GP 55.

Durchführung mit dem einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen und dem Arzt erörtern sollten.²⁰⁸

Bei minderjährigen Patienten, die nicht einsichts- und urteilsfähig sind, und die folglich nicht selbst in eine medizinische Behandlung einwilligen können, sollten die Eltern über die (Nicht-)Vornahme der Behandlung entscheiden.²⁰⁹ Ist die Behandlung darüber hinaus mit besonders schweren und nachhaltigen Beeinträchtigungen der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit verbunden und das Kind lehnt diese ausdrücklich ab, sollte nach dem KindRÄG 1999 außerdem die Genehmigung des Gerichtes zur Durchführung der Behandlung erforderlich sein.²¹⁰ Als Beispiel für solche Behandlungen nennen die Erläuterungen längerfristige, mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringungen in Verbindung mit der Behandlung durch persönlichkeitsverändernde Medikamente oder nicht reversible operative Eingriffe wie etwa kosmetische Operationen.²¹¹ Schließlich übernahm der Entwurf des KindRÄG 1999 die bereits bekannte „Gefahr-im-Verzug-Klausel“ aus dem damaligen § 8 Abs 3 KAG.²¹²

Unter das dargestellte Schema sollte hingegen nicht die Einwilligung in einen Schwangerschaftsabbruch oder in eine Sterilisation fallen. Der Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch liegen – laut Erläuterungen – beinahe ausschließlich höchstpersönliche Wertungen im ethischen, moralischen und sozialen Bereich zu Grunde.²¹³ Es gehe in erster Linie darum, ob eine Frau ein Kind haben möchte und nicht um eine Entscheidung über die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit.²¹⁴ Im Ergebnis wurde daher auf die geltende Strafrechtslehre verwiesen.²¹⁵ Auch hinsichtlich der Vornahme einer Sterilisation wurde auf das StGB verwiesen. Zusätzlich heben die Erläuterungen hervor, dass bei Minderjährigen keine sachliche Rechtfertigung für eine medizinische Maßnahme, die

²⁰⁸ 335/ME 20. GP 56.

²⁰⁹ 335/ME 20. GP 56.

²¹⁰ 335/ME 20. GP 56.

²¹¹ 335/ME 20. GP 107.

²¹² 335/ME 20. GP 107.

²¹³ 335/ME 20. GP 57.

²¹⁴ 335/ME 20. GP 57.

²¹⁵ 335/ME 20. GP 57.

die Herbeiführung einer dauernden Fortpflanzungsfähigkeit zum Ziel hat, bestehe und daher diese generell ausgeschlossen sei.²¹⁶ Anderes sollte jedoch gelten, wenn die dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit als notwendige Begleiterscheinung auftritt; wie etwa wenn wegen eines bösartigen Tumors die Entfernung der Gebärmutter oder der Hoden erforderlich ist.²¹⁷

2.3. Überblick über Stellungnahmen zum Entwurf des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 1999

2.3.1. Inhalt der Stellungnahmen²¹⁸

Der Bund Österreichischer Frauenvereine²¹⁹ sowie auch die **Österreichische Frauenbewegung²²⁰** bezeichneten die Formulierungen in § 146c idF des ME als zu „kompliziert“. Gegen § 146c Abs 4 leg.cit. („Gefahr-im-Verzug-Klausel“) wandten sie überdies ein, dass sich die Frage stelle, in welchen Fällen eine Schädigung der Gesundheit als gegenwärtig angenommen werden könne.

Der Verein der Amtsvormünder Österreichs²²¹ betonte die Verantwortung des Arztes, welchem nach § 146c idF des ME die Beurteilung des Vorliegens der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kindes obliegen sollte. Weiters warf er die Frage auf, nach welchen Kriterien eine nachdrückliche und entschiedene Ablehnung einer medizinischen Behandlung durch ein einsichts- und urteilsfähiges Kind, welche die Anrufung des Pflschaftsgerichts zur Folge habe, beurteilt werden solle.

Der **OGH²²²** sprach sich dafür aus, dass der Wille des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten auch dann ausschlaggebend sein soll, wenn dieser eine Behandlung ablehnt, die zwar nicht dringend notwendig iSd § 146c Abs 4 ist, deren

²¹⁶ 335/ME 20. GP 58.

²¹⁷ 335/ME 20. GP 108.

²¹⁸ Die Darstellung der Stellungnahmen erfolgt in chronologischer Abfolge nach ihrem Einlangen.

²¹⁹ 5/SN-335/ME 20.GP.

²²⁰ 21/SN-335/ME 20.GP.

²²¹ 10/SN-335/ME 20.GP.

²²² 11/SN-335/ME 20.GP.

Unterbleiben jedoch das Leben des Kindes gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre.

Die Kinder- und Jugendanwaltschaft Kärnten²²³ merkte an, dass die Einsichts- und Urteilsfähigkeit von unmündigen Minderjährigen stark von der ärztlichen Aufklärung abhängt. Es stelle deshalb ein großes Problem dar, wenn sich Ärzte nicht verständlich ausdrücken. Schließlich hob sie den Bedarf nach einer klaren und eindeutigen Regelung betreffend den Schwangerschaftsabbruch hervor und hielt fest, dass keineswegs nachvollziehbar sei, weshalb der Schwangerschaftsabbruch von den medizinischen Behandlungen ausgenommen werden soll.

Der **Österreichische Rechtsanwaltskammertag**²²⁴ begrüßte die Möglichkeit der selbstständigen Erteilung der Einwilligung durch einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patienten. Allerdings sei unklar, wie vorzugehen ist, wenn der Minderjährige nicht einsichts- und urteilsfähig ist. Es werde nicht geregelt, was zu gelten habe, wenn ein einsichts- und urteilsunfähiger minderjähriger Patient eine von den Eltern gewünschte Behandlung nicht ablehne, weil ihm die Tragweite des Eingriffes nicht bewusst ist. Weiters fehlen Regelungen für jene Fälle, in denen der einsichts- und urteilsunfähige minderjährige Patient eine bestimmte medizinische Behandlung ausdrücklich wünscht, die Eltern aber dagegen sind. Aus § 146c Abs 3 idF des ME folge, dass auch in den beschriebenen Fällen – sofern damit eine besonders schwere und nachhaltige Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit verbunden sein könnte – die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung eingeholt werden müsse. Wird die Genehmigung nicht erteilt, müsse die Behandlung daher unterbleiben. Dies würde nach Ansicht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages zu folgendem Ergebnis führen: Bei nicht einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten müsse bei medizinischen Behandlungen, die mit einer besonders schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit verbunden sind bzw sein könnten, bei widerstreitenden Willen von Eltern und Kind die Entscheidung des Pflegschaftsgerichts eingeholt werden. Hingegen liege bei einsichts- und

²²³ 12/SN-335/ME 20.GP.

²²⁴ 16/SN-335/ME 20.GP.

urteilsfähigen minderjährige Patienten die Entscheidung, ob eine medizinische Behandlung vorgenommen werden soll oder nicht, bei diesen selbst, wobei in bestimmten Fällen die Eltern zumindest das Recht haben, die Frage mit Arzt und Kind eingehend zu erörtern. Bei dringenden Fällen bei Gefahr im Verzug obliege die Entscheidung dem behandelnden Arzt. Schließlich hinterfragte der Österreichische Rechtsanwaltskammertag was zu gelten habe, wenn eine noch nicht einsichts- und urteilsfähige Minderjährige gegen den Willen ihrer Eltern einen Schwangerschaftsabbruch wünscht oder verweigert. Durch den Ausschluss des Schwangerschaftsabbruchs von der medizinischen Behandlung gebe es hierfür keine Regelung. Es sei allerdings erforderlich, diese Vorgangsweise klarzustellen.

Die **Vorarlberger Rechtsanwaltskammer**²²⁵ begrüßte zwar die „Gefahr-im-Verzug-Klausel“, lehnte jedoch § 146c Abs 2 ausdrücklich ab. Wenn man dem einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten grundsätzlich selbst die Entscheidung über die Vornahme einer medizinischen Behandlung zukommen lässt und die Position der Eltern auf eine solche der „Erörterung“ zurückdrängt, werde über das Ziel hinausgeschossen. Oft seien nämlich schon Erwachsene in Situationen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, bei der eine Vielzahl therapeutischer Möglichkeiten und denkbare Behandlungsmethoden abzuwägen sind, überfordert. Umso mehr gelte dies für Kinder. Außerdem sei der Begriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit viel zu unbestimmt und auch die Vermutung, dass diese bei über 14-jährigen Kindern vorliege, sei „gefährlich“.

Der **Kinder- und Jugendanwalt des Landes Steiermark**²²⁶ befürwortete die Bedachtnahme auf den Willen des minderjährigen Patienten. Allerdings sei mit der Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit eine große Verantwortung des Arztes verbunden. IdZ sei auch fraglich, ob alle Ärzte in der Lage sind, Jugendlichen die Vor- und Nachteile eines schweren Eingriffes zu erklären. Schließlich konnte auch vom Kinder- und Jugendanwalt des Landes Steiermark nicht nachvollzogen werden, weshalb der Schwangerschaftsabbruch nicht als medizinische Maßnahme behandelt werden soll.

²²⁵ 17/SN-335/ME 20.GP.

²²⁶ 18/SN-335/ME 20.GP.

Auch der **Verein für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft**²²⁷ erachtete es für positiv, dass einwilligungsfähige minderjährige Patienten selbst in medizinische Behandlungen einwilligen können sollen. Dabei begrüßte er die gesetzliche Vermutung des Vorliegens dieser Fähigkeiten bei mündigen Minderjährigen. Aus § 146c idF des ME ergebe sich nach Ansicht des Vereins, dass auch bei unter 14-Jährigen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit vorliegen kann. Dabei stelle sich allerdings die Frage, wie das (Nicht-)Vorliegen dieser Fähigkeiten festgestellt werden könne bzw ob die Bestimmung des § 154b ABGB, wonach das Gericht für den Fall, dass einem Kind infolge merkbar verzögerter Entwicklung, einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit fehlt, dies von Amts wegen oder auf Antrag einer Person, die ganz oder zum Teil mit der Obsorge betraut ist auszusprechen habe, auch für mündige Minderjährige gelte. Hinsichtlich § 146c Abs 3 idF des ME sprach sich der Verein für die ersatzlose Streichung der Wendung „*nachdrücklich und entschieden*“ aus. Dadurch würden zu hohe Anforderungen an die Ablehnung der Behandlung gestellt; die bloße Ablehnung einer Behandlung solle für die Anrufung des Pflegschaftsgerichts ausreichend sein. Schließlich fehle in der Bestimmung das grundsätzliche Recht des auch einsichts- und urteilsunfähigen minderjährigen Patienten auf Aufklärung.

Das **Amt der Wiener Landesregierung**²²⁸ kritisierte die in § 146c Abs 2 idF des ME verwendete Formulierung „*sofern eine solche Behandlung nicht bloß geringfügig ist*“ auf Grund ihrer Unbestimmtheit, da dies in der Praxis zu Unsicherheiten führen könnte. Weiters sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Bestimmung für Schwangerschaftsabbrüche nicht gelten soll, zumal eine gesetzliche Regelung auch diesbezüglich erforderlich erscheine.

Auch die **Österreichische Apothekerkammer**²²⁹ bezog sich in ihrer Stellungnahme zunächst auf den Schwangerschaftsabbruch und stellte fest, dass der Entwurf offen

²²⁷ 20/SN-335/ME 20.GP.

²²⁸ 23/SN-335/ME 20.GP.

²²⁹ 27/SN-335/ME 20. GP.

lasse, wer über die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruches bei einem minderjährigen Kind entscheide. Im Übrigen stelle sich die Frage, wie vorzugehen sei, wenn ein einwilligungsunfähiges Kind eine medizinische Behandlung ausdrücklich wünscht, die Eltern sich aber dagegen aussprechen.

Das **Amt der Kärntner Landesregierung**²³⁰ äußerte sich zu § 164c idF des ME nur insofern, als es annahm, dass durch diese Bestimmung das Kind wohl überfordert werde.

Das (damalige) **Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie**²³¹ sprach sich für nähere Regelungen in Zusammenhang mit den „Modetrends“ Piercing, Tätowieren etc aus. Weiters befürwortete es die vorgesehene Anrufung des Pflschaftsgerichts in Fällen des § 146c Abs 3 idF des ME und schlug darüber hinaus vor, dass bereits das Risiko einer besonders schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung ausreichender Anlass für ein pflschaftsgerichtliches Genehmigungsverfahren sein solle.

Die **Oberösterreichische Kinder- und Jugendanwaltschaft**²³² bewertete die Berücksichtigung des Willens des einsichts- und urteilsfähigen Patienten als positiv, stellte allerdings die Frage, ob die Bestimmung auch analog für nicht medizinische Behandlungen anwendbar sei. Vor allem iZm Tätowieren, Piercen, Branden (Herbeiführen „dekorativer“ Brandwunden) etc sei eine Klärung erforderlich. Schließlich sei nicht ersichtlich, weshalb § 146c idF des ME nicht auf den Schwangerschaftsabbruch Anwendung finden soll.

Das **Bundeskanzleramt**²³³ bezog sich auf § 146c Abs 3 idF des ME, wonach ein nicht einsichts- oder urteilsfähiges minderjähriges Kind eine medizinische Behandlung, die mit einer besonders schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit verbunden ist, als solche nachdrücklich und entschieden ablehnt, die Einwilligung der Eltern der

²³⁰ 28/SN-335/ME 20. GP.

²³¹ 29/SN-335/ME 20. GP.

²³² 30/SN-335/ME 20. GP.

²³³ 32/SN-335/ME 20. GP.

pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf und führte aus, dass hiervon nach dem Wortlaut auch Kleinkinder umfasst seien, die sich im wahrsten Sinne des Wortes mit Händen und Füßen und durch lautes Schreien gegen eine Behandlung wehren. Dass auch in diesen Fällen die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist erscheine höchst unzweckmäßig.

Das (damalige) **Bundesministerium für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz**²³⁴ betonte die Wichtigkeit des Rechts auf Selbstbestimmung gerade in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, bezweifelte aber, ob bzw bis zu welchem Grad minderjährige Patienten in der Lage seien, den Grund und die Bedeutung einer medizinischen Behandlung einzusehen. Vor allem bei schweren und nachhaltigen Beeinträchtigungen sei davon auszugehen, dass auch einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patienten nicht über die notwendige Erfahrung verfügen, um alle Folgen und Konsequenzen der Behandlung zu bedenken. Als Beispiel nannte das BM für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz den Fall, dass ein 14-jähriges an Krebs erkranktes Kind darüber entscheiden soll, ob der schulmedizinische oder ein anderer Weg gewählt werden soll. Die Stärkung der Selbstbestimmung mündiger Patienten solle sich daher lediglich darauf beschränken, dass diese in den Entscheidungsprozess eingebunden und vom Arzt altersgerecht aufgeklärt werden. Behandlungen, die nicht geringfügig sind, sollten aber jedenfalls an das Vorliegen der Einwilligung der Obsorgeberechtigten gebunden sein. Weiters stellte das BM für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz auch die Frage, wer das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit nach welchen Kriterien zu überprüfen habe und wie vorzugehen sei, wenn Eltern und Arzt diesbezüglich unterschiedlicher Meinung sind. In diesem Zusammenhang führte es auch aus, dass – im Fall der Anrufung des Pflegschaftsgerichts – die nach § 154b ABGB heranzuziehenden Kriterien bereits eindeutig in den pathologischen Bereich (merkbar verzögerte Entwicklung, psychische Krankheit, geistige Behinderung) reichen würden, sodass das Gericht seitens der Eltern wohl lediglich in Ausnahmefällen angerufen werden wird und eine Feststellung gemäß § 154b ABGB durch das Gericht stigmatisierende Wirkung für das Kind haben könne. Schließlich bemerkte das BM für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz, dass

²³⁴ 33/SN-335/ME 20. GP.

§ 164c Abs 2 leg.cit. nur von der Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten, nicht jedoch auch von der Ablehnung, spricht. Daher wäre klarzustellen, ob die Wirksamkeit einer Ablehnung der Behandlung auch an die Voraussetzung geknüpft ist, dass die Eltern zuvor die Gelegenheit hatten, die Behandlung mit ihrem Kind und dem Arzt erschöpfend zu erörtern. Unklar könnte in der Praxis weiters sein, wann den Eltern hierfür Gelegenheit gegeben worden ist. Auch sei nicht klar, nach welchen Kriterien zu beurteilen ist, ob ein Kind eine Behandlung „*nachdrücklich und entschieden*“ ablehnt. Darüber hinaus bereite auch die Einordnung jener Behandlungen Schwierigkeiten, bei denen nicht klar ist, ob sie überhaupt unter den Begriff der medizinischen Behandlung fallen, wie etwa bei Piercings. Da die Erläuternden Bemerkungen Piercings nicht erwähnen, sei fraglich, ob diese als kosmetische Operation zu qualifizieren oder vom Begriff der medizinischen Behandlung auszunehmen sind. Da das Piercen jedenfalls eine medizinisch nicht indizierte Behandlung sei, schlug das BM für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz vor, die Einwilligung der Eltern einzuholen. Zur Frage, ob der gesetzliche Vertreter oder der Sorgeberechtigte für den minderjährigen Patienten die Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung geben soll, wurde festgehalten, dass das Sorgerecht und die gesetzliche Vertretung idR bei einem Elternteil konzentriert seien, sodass dieser auch zur Zustimmung berechtigt sein sollte. Abschließend schlug das BM für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz folgende Regelung vor: *„Die Einwilligung in medizinische Behandlungen, sofern diese im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit des minderjährigen Kindes geringfügig sind, ist von einsichts- und urteilsfähigen mündigen Minderjährigen selbst zu erteilen. Das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit der mündigen Minderjährigen wird vermutet. Ärztliche Behandlungen, die nicht bloß geringfügig oder die nicht medizinisch indiziert sind, bedürfen der Einwilligung der mit der Obsorge betrauten Person. Die ärztliche Informations- und Aufklärungspflicht erstreckt sich aber sowohl auf die zustimmungsberechtigte Person als auch auf die mündigen Minderjährigen. Die Information und Aufklärung des Jugendlichen ist alters-, befindlichkeits- und persönlichkeitsgerecht vorzunehmen.“*

Das **Amt der Salzburger Landesregierung**²³⁵ vermisste eine Regelung betreffend die Vorgehensweise bei Schwangerschaftsabbrüchen.

Die **Vereinigung der österreichischen Richter**²³⁶ begrüßte, dass der Gesetzgeber der von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Differenzierung zwischen Geschäftsfähigkeit und „natürlicher Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ gefolgt ist. Allerdings regte sie eine noch deutlichere Unterscheidung an und sprach sie sich überdies für die Festlegung einer Untergrenze der Einsichtsfähigkeit aus. IdZ wurde auch die Vorgangsweise für jenen Fall hinterfragt, in dem das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bezweifelt wird. Nach Ansicht der Vereinigung der österreichischen Richter würde durch eine gerichtliche Überprüfung dieser Frage der Beitrag der österreichischen Richterschaft lediglich in der Auswahl derjenigen Person bestehen, die eine zweite ärztliche Meinung abgibt, wodurch eine Verkomplizierung und Verbürokratisierung der Einholung der Antwort des unabhängigen zweiten Fachmanns entstehen würde. Deshalb wurde vorgeschlagen, zwar vorzusehen, dass eine zweite ärztliche Meinung eingeholt werden müsse, hingegen auf das gerichtliche Verfahren zu verzichten. Dass ein einsichts- und urteilsfähiges Kind bei geringfügigen Eingriffen allein entscheiden soll und bei nicht bloß geringfügigen Eingriffen die Eltern eingebunden werden sollen sowie die „Gefahr-im-Verzug-Klausel“ wurden ausdrücklich befürwortet.

Die **Österreichische Ärztekammer**²³⁷ befürchtete, durch die Verwendung der großen Anzahl unbestimmter Gesetzesbegriffe wie etwa „einsichts- und urteilsfähig“, „erschöpfend zu erörtern“, „nachdrücklich und entschieden“, „nicht bloß geringfügig“ oder „besonders schwere und nachhaltige Beeinträchtigung“ werde in der Praxis eine Rechtsunsicherheit entstehen. Weiters kritisierte die ÖÄK, dass die Entscheidung über das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit auf die Ärzte verlagert werde. Im Zusammenhang mit der vorgesehenen erschöpfenden Erörterung der Behandlung, wenn diese nicht bloß geringfügig ist, meinte die ÖÄK, es sei ausreichend, wenn hier ein Elternteil – und nicht beide – miteinbezogen wird,

²³⁵ 36/SN-335/ME 20. GP.

²³⁶ 38/SN-335/ME 20. GP.

²³⁷ 39/SN-335/ME 20. GP.

ansonsten die ärztlichen Aufklärungspflicht wesentlich erschwert werde. Hinsichtlich des nicht einsichts- und urteilsfähigen Kindes bleibe überdies die Frage offen, was zu gelten habe, wenn der minderjährige Patient eine von seinen Eltern befürwortete Behandlung lediglich deshalb nicht ablehnt, weil ihm hierfür die physischen und/oder geistigen Voraussetzungen fehlen. Eine Regelungslücke liege schließlich auch dahingehend vor, dass unklar sei, wie vorzugehen ist, wenn zwar das nicht einsichts- und urteilsfähige Kind eine medizinische Behandlung, die mit einer besonders schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit verbunden ist, ausdrücklich befürwortet, seine Eltern diese aber ablehnen. Die ÖÄK erachtete die Anrufung des Pflugschaftsgerichts auch in diesem Fall für sinnvoll.

Die **Kinder- und Jugendanwaltschaft des Landes Vorarlberg**²³⁸ sprach sich dafür aus, die Bestimmungen über die Vorgehensweise bei medizinischen Behandlungen in einem eigenen Paragraphen zu regeln. Überdies merkte sie an, dass § 146c idF des ME eine hohe Verantwortung des Arztes impliziere, da von ihm eine kind- bzw jugendgerechte Kommunikation und Information erwartet werde, auf Grund derer der minderjährige Patient seine Entscheidung treffen kann.

Die **Kinder- und Jugendanwaltschaft des Landes Salzburg**²³⁹ kritisierte die Unbestimmtheit des § 146c Abs 2 idF des ME. Weiters regte sie den Entfall der Bestimmung an, wonach bei nicht bloß geringfügigen Behandlungen die Zustimmung des Minderjährigen nur wirksam sein soll, wenn auch die Eltern Gelegenheit hatten, die Behandlung mit Kind und Arzt erschöpfend zu erörtern.

Das (damalige) **Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales**²⁴⁰ wies darauf hin, dass sich § 146c idF des ME ausschließlich auf medizinische Behandlungen beziehe, allerdings auch Behandlungen durch Angehörige anderer Gesundheitsberufe als jene der Ärzte in Betracht kommen können, wie etwa Behandlungen durch Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, gehobene medizinisch-

²³⁸ 42/SN-335/ME 20. GP.

²³⁹ 44/SN-335/ME 20. GP.

²⁴⁰ 45/SN-335/ME 20. GP.

technische Dienste, Psychotherapeuten, klinische Psychologen oder Gesundheitspsychologen etc. Auf Grund dessen schlug es vor, an Stelle von „Einwilligungen in medizinische Behandlungen“ die Wendung „Einwilligung in Behandlung, Pflege, Beratung oder Betreuung durch Ärzte oder Angehörige anderer Gesundheitsberufe“ zu verwenden.

2.3.2. Auswertung der Stellungnahmen

Die Durchsicht aller Stellungnahmen lässt mehrere zentrale Themen erkennen, die von den verschiedenen Institutionen behandelt wurden. Auch wenn § 146c idF des ME zwar überwiegend befürwortet wurde – so insbesondere die gesetzliche Festschreibung der Bedachtnahme auf den Willen des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten²⁴¹ – gaben einige Punkte jedoch Anlass zur Diskussion:

Begriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Der Begriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit wurde von verschiedenen Gesichtspunkten aus kritisiert.²⁴² Zunächst wurde vorgebracht, dass es sich um einen viel zu unbestimmten Begriff handle.²⁴³ Überhaupt wurden auf Grund der Dichte der unbestimmten Gesetzesbegriffe („nicht bloß geringfügig“, „besonders schwer und nachhaltig“, „nachdrücklich und entschieden“ etc.) im Allgemeinen vermehrt Bedenken geäußert.²⁴⁴ Rückblickend ist festzuhalten, dass diese berechtigt waren – wie die Ausführungen in den folgenden Kapiteln bestätigen werden.

Interessanter Weise wurde aber auch kritisiert, dass durch § 146c ABGB idF des ME die Beurteilung über das Vorliegen der Einsichtsfähigkeit auf die Ärzte verlagert werde.²⁴⁵ Es werde den Ärzten eine große Verantwortung übertragen, da von ihnen

²⁴¹ Vgl dazu etwa 16/SN-335/ME 20. GP 18/SN-335/ME 20. GP 20/SN-335/ME 20, 30/SN-335/ME 20. GP oder 33/SN-335/ME 20. GP.

²⁴² 10/SN-335/ME 20.GP; 12/SN-335/ME 20.GP; 18/SN-335/ME 20.GP; 16/SN-335/ME 20.GP; 17/SN-335/ME 20.GP; 20/SN-335/ME 20.GP; 23/SN-335/ME 20.GP; 33/SN-335/ME 20. GP; 38/SN-335/ME 20. GP; 42/SN-335/ME 20. GP.

²⁴³ 17/SN-335/ME 20.GP; 20/SN-335/ME 20.GP.

²⁴⁴ Vgl 17/SN-335/ME 20.GP, 23/SN-335/ME 20.GP, 32/SN-335/ME 20.GP, 38/SN-335/ME 20.GP, 39/SN-335/ME 20.GP.

²⁴⁵ 10/SN-335/ME 20.GP.

eine kind- bzw jugendgerechte Kommunikation und Information erwartet werde, auf Grund derer der Minderjährige seine Entscheidung treffen könne.²⁴⁶ Dabei übersahen die Kritiker mE allerdings, dass diese Beurteilung auch schon vor 1999 durch die Ärzte erfolgte.²⁴⁷ Durch die vorgeschlagene Regelung wurde daher gar nichts „Neues“ festgelegt, sodass nicht nachvollziehbar ist, warum die ÖÄK von einer (nunmehrigen) „Verlagerung auf die Ärzte“ ausging. Dass den Ärzten hier eine gewisse Verantwortung zugeschrieben wird, kann wohl nicht vermieden werden. Doch darf ihnen zugemutet werden, dass sie aus ihrer Erfahrung und aus dem zu führenden Aufklärungsgespräch einen Eindruck gewinnen, ob der Minderjährige den Grund und die Bedeutung der geplanten Behandlung einsehen kann oder nicht. Im Übrigen sah der ME ohnedies eine gewisse Unterstützung der Ärzte vor, indem er das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Patienten vermutete.

Das Abstellen auf die Altersgrenze von 14 Jahren wurde von der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer²⁴⁸ als „gefährlich“ bezeichnet. Wie den Erläuterungen zum ME entnommen werden kann, wurde diese Grenze nach Einholung der Meinung führender Vertreter aus den Fachgebieten der Kinder- und Jugendneuropsychiatrie und der Kinderpsychologie festgesetzt²⁴⁹, sodass an ihr festgehalten wurde. Auch der Anregung, eine Untergrenze für die Einsichtsfähigkeit festzulegen²⁵⁰, wurde nicht gefolgt. Eine solche Untergrenze ist mE deswegen entbehrlich, da auf Grund der Zweifelsregelung ohnedies davon auszugehen ist, dass Kinder unter 14 Jahren nicht einsichts- und urteilsfähig sind und der Arzt für ein gegenteiliges Ergebnis beweispflichtig ist.²⁵¹

Anwendungsbereich

Berechtigt scheint mE die von einigen²⁵² aufgeworfene Frage, ob § 146c idF des ME ebenso für Behandlungen durch Angehörige anderer Gesundheitsberufe als jene des Arztes gelten soll bzw analog auf nicht medizinische Behandlungen wie etwa

²⁴⁶ 12/SN-335/ME 20.GP; 18/SN-335/ME 20.GP; 42/SN-335/ME 20. GP.

²⁴⁷ Vgl Kapitel IV.2.

²⁴⁸ 17/SN-335/ME 20.GP.

²⁴⁹ 335/ME 20. GP 55.

²⁵⁰ 38/SN-335/ME 20. GP.

²⁵¹ Siehe hierzu Kapitel IV.1. im dritten Teil der Arbeit.

²⁵² Vgl 29/SN-335/ME 20. GP; 30/SN-335/ME 20. GP; 33/SN-335/ME 20. GP.

Tätowieren, Piercen oder Branden anwendbar sei. Wie die Ausführungen im dritten Teil der Arbeit zeigen werden, ist die Frage nach dem Anwendungsbereich auch heute noch nicht eindeutig zu beantworten.

Überforderung des minderjährigen Patienten

Von einigen²⁵³ wurde außerdem zu bedenken gegeben, dass durch § 146c idF des ME das Kind wohl überfordert werde. Das Bundesministerium für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz²⁵⁴ hinterfragte, ob minderjährige Patienten vor allem bei schweren und nachhaltigen Beeinträchtigungen über die notwendige Erfahrungen verfügen, um alle Folgen und Konsequenzen der Behandlung zu bedenken. Oft seien nämlich schon Erwachsenen überfordert, die Vielzahl therapeutischer Möglichkeiten und denkbarer Behandlungsmethoden abzuwägen. Es regte deshalb an, die Einbindung des Minderjährigen in den Entscheidungsprozess auf eine altersgerechte ärztliche Aufklärung zu beschränken.

Diese Bedenken bestanden meiner Ansicht nach nur teilweise zu Recht. Denn laut dem ME sollten lediglich jene Kinder die Einwilligungen in medizinische Behandlungen selbst erteilen können, die bereits über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen. Bei nicht bloß geringfügigen Behandlungen sollte überdies den Eltern die Gelegenheit gegeben werden, die Behandlung mit dem Kind und dem Arzt erschöpfend zu erörtern, ansonsten die „Zustimmung“ des Kindes unwirksam sei. Hätte man diese Formulierung beibehalten, wäre mE ausreichend Vorsorge getroffen worden, eine Überforderung des minderjährigen Patienten hintanzuhalten. Allerdings ist die Regelung – wie die Ausführungen im dritten Teil der Arbeit noch zeigen werden – heute anders ausgestaltet.

Anrufung des Pflegschaftsgerichts

Für den Fall, dass ein nicht einsichts- und urteilsfähiges minderjähriges Kind eine medizinische Behandlung, die mit einer besonders schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder der körperlichen Unversehrtheit verbunden

²⁵³ 17/SN-335/ME 20. GP; 28/SN-335/ME 20. GP; 33/SN-335/ME 20. GP.

²⁵⁴ 33/SN-335/ME 20. GP.

ist, nachdrücklich und entschieden ablehnt, sah § 146c Abs 3 idF des ME die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung der elterlichen Einwilligung vor. Diese Regelung wurde weitgehend befürwortet. Es wurde lediglich hinterfragt, nach welchen Kriterien beurteilt werden soll, ob eine Behandlung „nachdrücklich und entschieden“ abgelehnt wird.²⁵⁵ Ein Teil der stellungnehmenden Institutionen²⁵⁶ wollte das Pflegschaftsgericht bereits im Fall einer „bloßen“ Ablehnung anrufen und nicht erst dann, wenn die Behandlung nachdrücklich und entschieden abgelehnt wird. Im Übrigen wurde angeregt, eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung auch im umgekehrten Fall einzuholen, also wenn das nicht einsichts- und urteilsfähige Kind eine schwere medizinische Behandlung befürwortet, seine Eltern diese aber ablehnen.²⁵⁷

Wäre diese Regelung umgesetzt worden, hätte dies wohl zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Gerichte geführt bzw hätte sich auch die Frage nach deren Praktikabilität gestellt. Es ist mit dem Bundeskanzleramt²⁵⁸ nämlich darauf hinzuweisen, dass nach dem Wortlaut von §146c Abs 3 auch Kleinkinder umfasst gewesen wären, die sich im wahrsten Sinne des Wortes mit Händen und Füßen und durch lautes Schreien gegen eine Behandlung wehren. Eine Anrufung des Pflegschaftsgerichts auch in diesen Fällen kann wohl nicht gewollt gewesen sein.

Schwangerschaftsabbruch

Auf Unverständnis stieß schließlich, dass § 146c idF des ME nicht auch auf den Schwangerschaftsabbruch Anwendung finden sollte²⁵⁹. Obwohl von rund einem Drittel der stellungnehmenden Institutionen eine klare Regelung dieses Themas gewünscht wurde, sollte es nach Ansicht des Gesetzgebers vielmehr „bei der alten Rechtslage bleiben“²⁶⁰.

²⁵⁵ 10/SN-335/ME 20.GP.

²⁵⁶ 20/SN-335/ME 20. GP; 29/SN-335/ME 20.GP.

²⁵⁷ 39/SN-335/ME 20. GP.

²⁵⁸ 32/SN-335/ME 20. GP.

²⁵⁹ 12/SN-335/ME 20.GP; 16/SN-335/ME 20.GP; 18/SN-335/ME 20.GP; 23/SN-335/ME 20.GP; 27/SN-335/ME 20. GP; 30/SN-335/ME 20. GP.

²⁶⁰ RV 296 BlgNR 21. GP 54. Zur Begründung vgl Kapitel II.1. im dritten Teil der Arbeit.

Sonstige Kritikpunkte

Neben den bereits angeführten Themen wurden vereinzelt auch noch andere Bedenken geäußert. So war ein weiterer vorgebrachter Kritikpunkt etwa, dass weder geregelt werde, was zu gelten habe, wenn ein einsichts- und urteilsunfähiger minderjähriger Patient eine von den Eltern gewünschte Behandlung nicht ablehne, weil ihm die Tragweite des Eingriffes nicht bewusst ist, noch Regelungen für jene Fälle vorliegen, in denen der einsichts- und urteilsunfähige minderjährige Patient eine bestimmte medizinische Behandlung ausdrücklich wünscht, die Eltern aber dagegen sind.²⁶¹ Dem kann mE entgegengehalten werden, dass § 146c das Selbstbestimmungsrecht einwilligungsfähiger minderjährige Patienten stärken sollte, also (lediglich) jener, die Grund und Bedeutung einer Behandlung einsehen und ihren Willen danach ausrichten können. Folglich sollen Kinder, die nicht über diese Fähigkeit verfügen, grundsätzlich auch nicht über die (Nicht-)Vornahme einer Behandlung entscheiden können. Somit war es auch nicht erforderlich, Regelungen für verschiedene Eventualitäten einer allfälligen Zustimmungserteilung bzw. -verweigerung einsichts- und urteilsunfähiger minderjähriger Patient zu treffen.

Hingegen wurde mE berechtigter Weise hinterfragt, ob die Wirksamkeit einer Ablehnung der Behandlung durch den einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten ebenfalls an die Voraussetzung geknüpft sei, dass die Eltern zuvor Gelegenheit zur Erörterung mit Kind und Arzt hatten²⁶². Wie die Ausführungen im dritten Teil der Arbeit zeigen werden²⁶³, gibt es auch heute noch für den Fall, dass ein einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Patient eine schwere Behandlung gegen den elterlichen Willen wünscht bzw. ablehnt unterschiedliche Ansichten zur Wirksamkeit der Erklärung des Minderjährigen.

Die „Gefahr-im-Verzug-Klausel“ wurde überwiegend befürwortet²⁶⁴. Von einigen²⁶⁵ wurde aber hinterfragt, wann von einer gegenwärtigen Schädigung der Gesundheit ausgegangen werden könne. Diese Regelung wurde aus dem bereits bekannten

²⁶¹ 16/SN-335/ME 20. GP.

²⁶² 33/SN-335/ME 20. GP.

²⁶³ Vgl Kapitel IV.5.

²⁶⁴ Vgl 17/SN-335/ME 20. GP; 38/SN-335/ME 20. GP.

²⁶⁵ 5/SN-335/ME 20. GP; 21/SN-335/ME 20. GP.

§ 8 Abs 3 KAG übernommen und bereitete die Beurteilung, wann Gefahr im Verzug gegeben ist – soweit ersichtlich – bisher keine Probleme.

Schließlich wurde sinnvoller Weise angeregt²⁶⁶ – und in der Folge auch umgesetzt – die Vorgehensweise bei medizinischen Behandlungen in einem eigenen Paragraphen zu regeln.

3. Die Einwilligung im Krankenanstaltenrecht und weiteren verwaltungsrechtlichen Sonderbestimmungen

3.1. Das Krankenanstaltengesetz

Nach dem Zweiten Weltkrieg waren die Krankenanstalten erneut mit finanziellen Problemen konfrontiert, sodass ein Bundesgrundsatzgesetz mit Regelungen über eine Beteiligung des Bundes an der Finanzierung gefordert wurde.²⁶⁷ Am 30. Dezember 1954 wurde dem Nationalrat ein erster Entwurf vorgelegt.²⁶⁸ Hinsichtlich der Regelungen zur Einwilligung von Patienten – nunmehr geregelt in § 8 Abs 3 KAG – übernahm die RV den Inhalt der entsprechenden Bestimmung des KAG 1920 und lautete demnach: *„Operative Eingriffe dürfen an einem Pflingling nur mit dessen Zustimmung, wenn aber der Pflingling das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat oder er mangels geistiger Reife oder Gesundheit die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Behandlung nicht beurteilen kann, nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters durchgeführt werden [...].“*

Abgesehen von dem Hinweis auf die idente Bestimmung des § 25 Abs 3 KAG 1920 ist den Erläuternden Bemerkungen zur RV zu entnehmen, dass hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für eine eigenmächtige Heilbehandlung die §§ 499a und 499b StG und betreffend die Begehung eines ärztlichen Kunstfehlers insbesondere die §§ 335, 336 bis 358 StG in Betracht

²⁶⁶ 42/SN-335/ME 20. GP.

²⁶⁷ Stöger, Krankenanstaltenrecht, 40.

²⁶⁸ RV 431 BlgNR 7 GP.

kämen. Betreffend eine allfällige zivilrechtliche Haftung wurden die §§ 1299 bis 1302, 1313a, 1315 sowie §§ 1324 bis 1327 ABGB angeführt.²⁶⁹

In der VII. Gesetzgebungsperiode des Nationalrates war es nicht mehr möglich, eine Angleichung über die Lösung einiger bedeutsamer, mit der Regelung des Krankenanstaltenwesens zusammenhängender Probleme zu erreichen.²⁷⁰ In der Folge wurde ein neuer Entwurf eines Krankenanstaltengesetzes, der alle auf parlamentarischer Ebene erzielten Fortschritte erhielt, einem neuerlichen Begutachtungsverfahren zugeführt.²⁷¹ Da die daraufhin einlangenden Stellungnahmen eine weitgehende Umarbeitung des Gesetzesentwurfes erforderlich gemacht hätten, entschlossen sich die Abgeordneten zum Nationalrat *Singer, Dr. Hofeneder* und Genossen, einen allen bisher geführten Parteienvereinbarungen entsprechenden Initiativantrag auszuarbeiten.²⁷² Dieser wurde am 14. Dezember 1956 eingebracht und gab den bisherigen Stand der Verhandlungen weitgehend wieder.²⁷³ Bereits am 18. Dezember 1956 fasste der Nationalrat den Gesetzesbeschluss, seine Kundmachung erfolgte unter BGBl 1957/1.

Während in § 8 Abs 3 KAG idF der RV noch ausschließlich von „operativen Eingriffen“ gesprochen wurde, bezog sich § 8 Abs 3 KAG auf „besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe“; im Übrigen glich der Inhalt der Bestimmung jenem idF der RV und damit auch § 25 Abs 3 KAG 1920:

Besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe dürfen an einem Pflingling nur mit dessen Zustimmung, wenn aber der Pflingling das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat oder er mangels geistiger Reife oder Gesundheit die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Behandlung nicht beurteilen kann, nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters durchgeführt werden. Die Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, dass der mit der Einholung der Zustimmung des Pflinglings oder seines gesetzlichen Vertreters oder mit der Bestellung eines gesetzlichen

²⁶⁹ RV 431 BlgNR 7. GP 19.

²⁷⁰ AB 164 BlgNR 7. GP 4.

²⁷¹ AB 164 BlgNR 7. GP 4. *Aigner*, Gesundheitswesen, 1455.

²⁷² AB 164 BlgNR 7. GP 4.

²⁷³ *Aigner*, Gesundheitswesen, 1455; *Stöger*, Krankenanstaltenrecht, 41.

Vertreters verbunden Aufschieben des Lebens gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre. Über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Behandlung entscheidet der ärztliche Leiter der Krankenanstalt oder der für die Leitung der betreffenden Anstaltsabteilung verantwortliche Arzt.

Der Grund für diese Änderung bzw. eine Definition des Begriffes der „besonderen Heilbehandlung“ kann den Erläuternden Bemerkungen nicht entnommen werden.²⁷⁴ Offenbar war gewünscht, den Anwendungsbereich des § 8 Abs 3 KAG auszuweiten. Nicht ganz verständlich ist allerdings, weshalb man nicht den in § 499a StG verwendeten Begriff „Heilbehandlung“ übernommen, sondern sich gerade für die Formulierung „besondere Heilbehandlungen“ entschieden hat. Dieser Begriff wurde zur Zeit des Inkrafttretens des KAG 1956 – soweit ersichtlich – weder in einem anderen Gesetz noch in der Literatur verwendet. Es stellt sich daher die Frage, ob man den Anwendungsbereich des § 8 Abs 3 KAG bewusst auf – neben operativen Eingriffen – bestimmte Behandlungen beschränken wollte, also nur in diesen Fällen die Zustimmung der Patienten unbedingt erforderlich war. Geht man davon aus, dass § 8 Abs 3 KAG primär zum Schutz vor Haftungen der Krankenanstalten erlassen worden ist²⁷⁵, ist diese Frage wohl zu bejahen. Denn gewöhnlich steigt das Risiko, mit Schadenersatzklagen konfrontiert zu werden, je schwerwiegender ein ärztlicher Eingriff ist und es ist nachvollziehbar, dass sich die Krankenanstalten gerade in diesen Fällen besonders schützen wollten.

Das KAG wurde in der Folge mehrmals novelliert;²⁷⁶ § 8 Abs 3 KAG erfuhr allerdings bis zum Jahr 2001 keine Änderung.

3.2. Weitere verwaltungsrechtliche Sondervorschriften

Der Gesetzgeber regelte die Frage der Einwilligung in medizinische Maßnahmen an Minderjährigen neben § 8 Abs 3 KAG auch in anderen verwaltungsrechtlichen

²⁷⁴ AB 164 BlgNR 7. GP 6, 7.

²⁷⁵ Vgl Punkt 4 unten.

²⁷⁶ Vgl dazu etwa ausführlich *Aigner*, Gesundheitswesen, 56f oder *Stöger*, Krankenanstaltenrecht, 42f.

Sondervorschriften. So bezogen sich etwa diverse Impfgesetze²⁷⁷, das AMG, das UbG, das FMedG, das GTG oder das MPG auf die Einwilligung minderjähriger Patienten. Es werden daher die genannten Gesetze überblicksmäßig dargestellt, um in der Folge zu untersuchen, ob sich aus diesen wesentliche Grundsätze für die Behandlung Minderjähriger ableiten lassen.

3.2.1. Das Bundesgesetz über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung und das Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Tuberkulose

Am 29. November 1960 trat das Bundesgesetz über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung (KinderlähmungsgG) in Kraft.²⁷⁸ In seinem § 2 regelte es, dass die öffentliche Schutzimpfung nur auf Grund freiwilliger „Meldung“ der Impflinge vorgenommen werden darf, wobei nicht eigenberechtigte Personen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorzuweisen hatten. Im Jahre 1970 wurde § 2a in das KinderlähmungsgG eingefügt.²⁷⁹ Dieser sah vor, dass bei der Impfung Minderjähriger die Zustimmung zur Impfung vom Sorgeberechtigten abzugeben war. Dabei war die Zustimmung eines Sorgeberechtigten ausreichend, ohne dass es der vorherigen Verständigung oder Anhörung des anderen Sorgeberechtigten bedurfte. Minderjährige über 18 Jahren, die nach Ansicht des Impfarztes die „*nötige geistige und sittlichen Reife, um die Bedeutung der Impfung zu erkennen*“ besaßen, mussten der Impfung überdies auch selbst zustimmen. An dieser Stelle sei angemerkt, dass diese Bestimmung seit 1. Juli 1973 lediglich bis zur Vollendung des 19. Lebensjahres galt, denn mit dem Bundesgesetz vom 14. Februar 1973²⁸⁰ wurde die Volljährigkeitsgrenze von 21. Jahren auf das 19. Lebensjahr herabgesetzt.

²⁷⁷ Vgl. das Bundesgesetz über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung sowie das Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Tuberkulose.

²⁷⁸ BGBl 1960/244.

²⁷⁹ BGBl 1970/346.

²⁸⁰ BGBl I 1973/108.

Es fällt auf, dass § 2a leg.cit. an Stelle der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters jene des Sorgeberechtigten forderte. Weshalb eine Änderung in der Terminologie vorgenommen wurde, geht allerdings nicht hervor. Auch in der Literatur wurde im Zusammenhang mit der Frage nach der zustimmungsberechtigten Person bei Behandlungen von minderjährigen Patienten teilweise der eine und teilweise der andere Begriff verwendet.²⁸¹ Hervorzuheben ist weiters, dass der Begriff der „geistigen und sittlichen Reife“, der bereits im KAG und von verschiedenen Autoren verwendet wurde, nunmehr auch hier Eingang in das Gesetz fand. Impflinge, die über diese „Reife“ verfügten, mussten der Impfung zusätzlich selbst zustimmen. Weshalb in diesem Zusammenhang gerade auf das 18. Lebensjahr – wie auch in § 8 Abs 3 KAG – abgestellt wurde, geht jedoch nicht hervor. Diese Altersgrenze wurde im KinderlähmungsG mit dem Bundesgesetz vom 9. März 1988²⁸² auf 14 Jahre herabgesetzt. Außerdem wurde die Wendung „geistige und sittliche Reife“ durch den Begriff „Einsichtsfähigkeit“ ersetzt, da ersterer veraltet sei.²⁸³ Diese Formulierung deckt sich auch mit jener, die in der Literatur überwiegend verwendet wurde.²⁸⁴ Einen Grund für die Herabsetzung der Altersgrenze auf 14 Jahren nennen die Erläuterungen nicht. Sie führen nur ganz allgemein an, dass die Änderung in Anpassung an die Änderungen des ABGB betreffend die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit und die Ehemündigkeit erfolgte.²⁸⁵

Diese Begründung scheint zunächst etwas unklar, wurden – wie bereits erwähnt – mit dem Bundesgesetz vom 14. Februar 1973²⁸⁶ die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit und die Ehemündigkeit geändert sowie die Volljährigkeitsgrenze auf das 19. Lebensjahr herabgesetzt. Innerhalb der Gruppe der Minderjährigen unterschied man zwischen Kindern und Unmündigen, wobei Personen, die das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, zu den Kindern und Personen, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, zu den Unmündigen zählten.²⁸⁷ Diese

²⁸¹ Siehe Kapitel IV. 4.2.

²⁸² BGBl 1988/178.

²⁸³ RV 466 BlgNR 12. GP 4.

²⁸⁴ Vgl Kapitel IV.2.

²⁸⁵ RV 466 BlgNR 12. GP 4.

²⁸⁶ BGBl I 1973/108.

²⁸⁷ Vgl dazu § 21 ABGB, JGS 1811/946, Patent vom 1^{ten} Junius 1811, in Kraft getreten am 1. Jänner 1812. § 21 ABGB lautete: „Diejenigen, welche wegen Mangels an Jahren, Gebrechen des Geistes, oder anderer Verhältnisse wegen, ihre Angelegenheiten

Einteilung gab es allerdings bereits seit Inkrafttreten des ABGB am 1. Jänner 1812²⁸⁸, sodass nicht erblickt werden kann, worin in concreto die erwähnte Anpassung gelegen sein soll. Gemeint war wohl, dass Kinder nunmehr früher reif werden. Die Gesetzesmaterialien²⁸⁹ führen die biologisch-emotionale-intellektuelle Akzeleration der Jugend schließlich auch als einen der Gründe für die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters an.²⁹⁰ Die Materialien²⁹¹ erläutern dabei, dass zwei geistige Fähigkeiten des Menschen für die Willensbildung von ausschlaggebender Bedeutung seien – die Unterscheidungsfähigkeit (= Urteilsfähigkeit oder intellektuelle Bewegkraft) und die geistige Dispositionsfähigkeit (= emotionale Bewegkraft). Diese beiden Merkmale selbstverantwortlichen Handelns seien auch bei der Frage rechtlich beachtlicher Willensbildung von Bedeutung. Der sachgemäße Geschäftsabschluss setze voraus, *„die Vor- und Nachteile des Geschäfts zu erkennen und richtig zu beurteilen und der gewonnenen Erkenntnis in Richtung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit des Geschäfts zu folgen, sich aber von unsachlichen Einflüssen, wie etwa falschem Stolz, Verlockung, Überredung, einem [...] psychischen Druck und anderem nicht beeinflussen zu lassen.“*²⁹² Die Urteilsfähigkeit Jugendlicher entwickle sich va auf Grund der Schulbildung und der Fülle von Informationen durch die Massenmedien rascher als einst. Außerdem – so die Gesetzesmaterialien – seien Jugendliche „skeptisch“ und „fähig zur Bewältigung neuer Entwicklungen“. Dadurch könne auf eine biologisch-emotionale-intellektuelle Akzeleration der Jugend geschlossen werden, aus der sich eine gesamte Frühreife junger Menschen ergebe. Vor diesem Hintergrund kann auch die Begründung der Herabsetzung der Altersgrenze im KinderlähmungsG nachvollzogen werden. Am 26. Juni 2002 trat das KinderlähmungsG schließlich außer Kraft.²⁹³

selbst gehörig zu besorgen unfähig sind, stehen unter dem besonderen Schutz der Gesetze. Dahin gehören Kinder, die das siebente; Unmündige die das vierzehnte; Minderjährige, die das vier und zwanzigste Jahr ihres Lebens noch nicht zurückgelegt haben; dann: Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige, welche des Gebrauches ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt, oder wenigstens unvermögend sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, ferner: diejenigen, welche der Richter als erklärten Verschwendern die fernere Verwaltung ihres Vermögens untersagt hat; endlich Abwesende und Gemeinden.“

²⁸⁸ Vgl § 21 ABGB, JGS 1811/946.

²⁸⁹ RV 93 BlgNR 13 GP 9.

²⁹⁰ Als weitere Gründe für die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters werden die Übereinstimmung des Volljährigkeitsalters mit dem aktiven Wahlrecht, dem Wehrpflichtalter und der Beendigung der durchschnittlichen Schul- und Berufsausbildung genannt.

²⁹¹ RV 93 BlgNR 13 GP 9.

²⁹² RV 93 BlgNR 13 GP 9.

²⁹³ BGBl 2002/93. Das Bundesgesetz über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung war aufzuheben, da auf Grund der erfolgten Umstellung der Immunisierung gegen Poliomyelitis von Poliooralimpfstoff auf inaktivierte Poliovakzine und der damit verbundenen Einbeziehung der Schutzimpfung gegen übertragbare Kinderlähmung in Form eines

Neben dem KinderlähmungsG kann als weiteres Impfgesetz, das auf die Einwilligung Minderjähriger Bezug nahm, das am 23. Jänner 1969 in Kraft getretenen Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Tuberkulose²⁹⁴ genannt werden. § 2 leg.cit. stellte bei der Vornahme einer Impfung bei nicht eigenberechtigten Personen ebenfalls auf die „*Einwilligung des gesetzlichen Vertreters*“ ab. Zeitgleich mit der Einführung von § 2a KinderlähmungsG, also 1970, wurde auch im Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Tuberkulose ein im Wesentlichen gleichlautender § 2a eingefügt.²⁹⁵ Im Gegensatz zum KinderlähmungsG wurde die darin angeführte Altersgrenze von 18 Jahren in der Folge jedoch nicht herabgesetzt.²⁹⁶ Daraus ergab sich Folgendes: Wollte sich im Jahre 1989 ein einsichtsfähiger 14-Jähriger gegen Kinderlähmung und Tuberkulose impfen lassen, so war bei ersterer Impfung neben der Zustimmung des Sorgeberechtigten bereits seine eigene erforderlich, wollte er sich hingegen gegen Tuberkulose impfen lassen, kam es allein auf die Zustimmung seines Sorgeberechtigten an. Eine entsprechende Angleichung der beiden Impfgesetze wäre wohl sinnvoll gewesen, zumal aus den Erläuterungen kein Grund für eine notwendige Differenzierung hervorgeht.

3.2.2. Das Arzneimittelgesetz und das Medizinproduktegesetz

Am 1. April 1984 trat das AMG in Kraft.²⁹⁷ Gemäß § 44 AMG konnte die klinische Prüfung eines Arzneimittels bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auch an Minderjährigen durchgeführt werden. Eine dieser Voraussetzungen war, dass die „*Einwilligung*“ vom Erziehungsberechtigten erteilt wurde. War der Minderjährige allerdings bereits in der Lage, „*Wesen, Bedeutung, Tragweite und Gefahren der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen*“, wurde zusätzlich die Einwilligung des Minderjährigen selbst gefordert.²⁹⁸

Kombinationsimpfstoffes in das Impfkonzept keine Polioimpfaktionen mehr erforderlich sind – so die Gesetzesmaterialien RV 950 BlgNR 21. GP 2. Am 21. Juni 2002 wurde – laut Pressemitteilung EURO 12/02 der WHO – die Europäische Region der WHO für poliofrei erklärt.

²⁹⁴ BGBl 1969/66.

²⁹⁵ BGBl 1970/347.

²⁹⁶ Mit BGBl 1993/344 wurde das Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Tuberkulose aufgehoben.

²⁹⁷ BGBl 185/1983.

²⁹⁸ § 42. (1) Die Klinische Prüfung eines Arzneimittels darf an Minderjährigen nur durchgeführt werden, wenn

Durch die AMG-Novelle 1993 wurde diese Bestimmung geändert. Der neue § 42 AMG sieht vor, dass die klinische Prüfung eines Arzneimittels an Minderjährigen ua nur durchgeführt werden darf, wenn „die Einwilligung hiezu durch die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter nachweislich erteilt wurde“²⁹⁹ und „die Einwilligung hiezu auch durch den Minderjährigen, an dem die klinische Prüfung durchgeführt werden soll, nachweislich erteilt wurde, sofern der Minderjährige das achte Lebensjahr vollendet hat oder nach entsprechender Aufklärung in der Lage ist, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen.“³⁰⁰ Während das AMG idStF auf die Einwilligung eines Erziehungsberechtigten abstellte, forderte es nunmehr die Einwilligung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter. Weiters wurde eine Altersgrenze in das Gesetz aufgenommen, ab der Minderjährige selbst die Einwilligung zu erteilen hatten. Obwohl mit der Novelle eine wesentliche Änderung erfolgte, äußern sich die Erläuterungen hierzu nur insofern, als sie meinen, dass die §§ 42 bis 45 inhaltlich unverändert die bisher geltenden Bestimmungen des § 44 ua enthalten.³⁰¹ Das Abstellen auf die Altersgrenze von 8 Jahren erfolgte mE daher völlig willkürlich.

Auch das am 1. Jänner 1997 in Kraft getretene MPG³⁰² enthielt in seinem § 51 eine entsprechende Bestimmung für die klinische Prüfung eines Medizinproduktes an Minderjährigen. Diese durfte ua nur dann durchgeführt werden, wenn die

-
1. das Arzneimittel, das geprüft wird, zum Erkennen, zur Heilung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten bei Minderjährigen bestimmt ist,
 2. die Anwendung des Arzneimittels nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt ist, um bei dem Minderjährigen, an dem die klinische Prüfung durchgeführt wird, Krankheiten oder deren Verlauf zu erkennen, zu heilen oder zu lindern oder ihn vor Krankheiten zu schützen
 3. die klinische Prüfung an Erwachsenen nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft keine ausreichenden Prüfungsergebnisse erwarten lässt,
 4. die Einwilligung hiezu durch den Erziehungsberechtigten, hat der Minderjährige mehrere Erziehungsberechtigte, durch einen von ihnen, nachweislich erteilt wurde und dieser durch einen Arzt über Wesen, Bedeutung, Tragweite und Gefahren der klinischen Prüfung aufgeklärt worden ist,
 5. im Fall des § 29 Abs 2 Z 2 zusätzlich die Einwilligung des Vormundschaftsgerichtes erteilt wurde und
 6. die Einwilligung hiezu auch des durch den Minderjährigen, an dem die klinische Prüfung durchgeführt werden soll, nachweislich erteilt wurde, sofern der Minderjährige in der Lage ist, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Gefahren der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen.

²⁹⁹ § 42 Z 4 AMG idF BGBl 1994/107.

³⁰⁰ § 42 Z 5 AMG idF BGBl 1994/107.

³⁰¹ RV 1362 BlgNR 17. GP 37.

³⁰² BGBl 1996/657.

Einwilligung hierzu durch die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter nachweislich erteilt wurde bzw auch durch den Minderjährigen, an dem die klinische Prüfung durchgeführt werden soll, sofern der Minderjährige das 8. Lebensjahr vollendet hat oder nach entsprechender Aufklärung in der Lage war, Zweck, Bedeutung, Tragweite, Risiken und Belastungen der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen. Die Erläuterung gehen auf diese Bestimmung nur am Rande ein; sie meinen, dass hierdurch der besondere Schutz von Minderjährigen im Rahmen der klinischen Prüfung gewährleistet werden soll.³⁰³ Hinweise auf den Grund der angeführten Altersgrenzen von 8 Jahren finden sich allerdings nicht. Als Vorbild wurde wohl das AMG – das ebenfalls keine Gründe für die Festlegung gerade dieser Altersgrenze vorsah – herangezogen.

Während im Jahr 2004 die Altersgrenze von 8 Jahren aus § 42 AMG genommen wurde³⁰⁴ und weiters wieder (lediglich) auf die Einwilligung des Erziehungsberechtigten abgestellt wurde – erneut legten die Erläuterungen die Gründe hierfür nicht dar³⁰⁵ – übernahm das MPG diese Änderungen nicht. Beide Bestimmungen sind auch heute noch in der dargestellten Fassung in Geltung.

3.2.3. Das Unterbringungsgesetz

Das am 1. Jänner 1991 in Kraft getretene UbG³⁰⁶ hatte das Ziel, die Persönlichkeitsrechte psychisch Kranker in geschlossenen Bereichen von Krankenanstalten besser zu gewährleisten.³⁰⁷

Die Frage der Behandlung eines Untergebrachten richtete bzw richtet³⁰⁸ sich zunächst danach, ob der Betroffene in der Lage ist, den Grund und die Bedeutung der Behandlung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen (vgl § 36 Abs 1 UbG). Dabei wird grundsätzlich nicht darauf abgestellt, ob der Kranke

³⁰³ RV 313 BlgNR 20. GP 91.

³⁰⁴ § 42 Z 5 AMG idF BGBl 2004/35.

³⁰⁵ Vgl RV 384 BlgNR 22. GP 17.

³⁰⁶ BGBl 1990/155.

³⁰⁷ RV 1202 BlgNR 17. GP 2.

³⁰⁸ Vgl hierzu Kapitel II.2.2. im letzten Teil der Arbeit.

minderjährig ist oder nicht.³⁰⁹ Allerdings betonen die Erläuterungen, dass gerade bei Minderjährigen ein besonderes Augenmerk auf die Frage der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu legen sei.³¹⁰ Kann der Kranke nun Grund und Bedeutung einer Behandlung einsehen und seinen Willen nach dieser Einsicht bestimmen, „so darf er nicht gegen seinen Willen behandelt werden“ (vgl § 36 Abs 1 leg.cit.).

Das UbG fordert seinem Wortlaut nach also nicht explizit die Einwilligung des Betroffenen. Ist der Patient einsichts- und urteilsfähig, dann dürfen Behandlungen grundsätzlich vorgenommen werden. Widerspricht er oder verweigert er seine Zustimmung, so muss die Maßnahme unterbleiben, eine Behandlung ist nicht erlaubt – so die Erläuterungen³¹¹. Auch wenn die Erläuterungen durch diese Formulierung den Eindruck erwecken, es handle sich hier um eine Art Widerspruchslösung, so ist dem mit *Kopetzki*³¹² entgegenzutreten. Gemäß § 36 Abs 1 leg.cit. kommt es darauf an, dass die Behandlung nicht gegen den Willen des Kranken erfolgt. Ob dies der Fall ist, kann aber ausschließlich dann festgestellt werden, wenn der Wille des Kranken aus einem äußeren Tatbestand erschließbar ist.³¹³ Bei einem schweigenden Patienten ist eine Behandlung daher nur dann möglich, wenn dieser ein Verhalten setzt, das nach den Umständen einen Schluss auf einen ablehnenden oder zustimmenden Willen zulässt.³¹⁴ Die Behandlung einsichts- und urteilsfähiger untergebrachter Patienten setzt somit – vor allem auch als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts – zumindest eine konkludente Zustimmung voraus. Diese wird bei Patienten, die sich der Behandlung widerspruchslos unterziehen, im Regelfall vermutet, sofern eine ausreichende Aufklärung erfolgte, der Patient nicht zur Duldung gezwungen wird und er über die Möglichkeit der Behandlungsablehnung auch tatsächlich Kenntnis hat.³¹⁵ § 36 Abs 1 UbG sieht weiters vor, dass besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe nur mit schriftlicher Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen Kranken durchgeführt werden dürfen.

³⁰⁹ RV 1202 BlgNR 17. GP 11.

³¹⁰ RV 1202 BlgNR 17. GP 11.

³¹¹ RV 1202 BlgNR 17. GP 12.

³¹² *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 835.

³¹³ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 836.

³¹⁴ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 836.

³¹⁵ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 837.

Kann der untergebrachte Patient hingegen den Grund und die Bedeutung einer Behandlung nicht einsehen oder seinen Willen nicht nach dieser Einsicht bestimmen, so darf er, wenn er minderjährig oder ihm ein Sachwalter bestellt ist, dessen Wirkungskreis Willenserklärungen zur Behandlung des Kranken umfasst, nicht gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters oder Erziehungsberechtigten behandelt werden (§ 36 Abs 2 UbG). Soll eine besondere Heilbehandlung durchgeführt werden, bedarf es außerdem deren schriftliche Zustimmung. Hat der Kranke jedoch keinen gesetzlichen Vertreter oder Erziehungsberechtigten, so hat auf Verlangen des Kranken oder seines Vertreters das Gericht über die Zulässigkeit der Behandlung zu entscheiden. Bei besonderen Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe ist außerdem eine gerichtliche Genehmigung erforderlich. Im Fall von Gefahr im Verzug kann gemäß § 37 UbG – wie nach § 8 Abs 3 KAG – vom Zustimmungserfordernis bzw von der Einholung der gerichtlichen Genehmigung abgesehen werden.

Das UbG stellt bei der Frage der Behandlung somit nicht auf eine starre Altersgrenze ab, sondern darauf, ob der Betroffene einsichts- und urteilsfähig ist und ermöglicht damit auch minderjährigen, psychisch kranken Personen über die Vornahme einer Behandlung selbst zu entscheiden. Soweit ersichtlich wurde in § 36 UbG die Einsichts- und Urteilsfähigkeit erstmals näher umschrieben, nämlich als Fähigkeit, den Grund und die Bedeutung einer Behandlung einzusehen und seinen Willen danach bestimmen zu können. Weiters ergibt sich aus der Bestimmung, dass das Vorliegen einer psychischen Krankheit die Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht per se ausschließt, ansonsten diese Regelung für psychisch kranke Personen nicht erforderlich gewesen wäre. Wie § 8 Abs 3 KAG unterscheidet auch § 36 UbG verschiedene Arten von Behandlungen. Aus den Erläuterungen geht hervor, dass Behandlungen, die die körperliche Integrität des Betroffenen in besonderer Weise beeinträchtigen, wie etwa Elektroschocks oder der Einsatz von Psychopharmaka, als besondere Heilbehandlung anzusehen sind.³¹⁶ Selbst in diese darf der Minderjährige grundsätzlich allein einwilligen bzw diese ablehnen. Lediglich dann, wenn der Patient nicht einsichts- und urteilsfähig ist, muss auf die Entscheidung Dritter abgestellt werden.

³¹⁶ RV 1202 BlgNR 17. GP 11.

Wie bereits in Kapitel IV.4.2 dargestellt, war – für den Fall, dass der Patient nicht einsichts- und urteilsfähig war – in der Literatur strittig, ob der gesetzliche Vertreter oder der Erziehungsberechtigte zur Erteilung der Zustimmung zur Behandlung berechtigt war. Das UbG löste diese Frage dahingehend, dass entweder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder jene des Erziehungsberechtigten einzuholen ist. Aus der alternativen Formulierung kann geschlossen werden, dass die Zustimmung einer der genannten Personen ausreichend ist.³¹⁷ Durch die Verwendung der Begriffe „gesetzlicher Vertreter“ bzw „Erziehungsberechtigter“ verweist das UbG auf das Zivilrecht. *Kopetzki*³¹⁸ stellte fest, dass dieser Verweis allerdings nur dann eindeutig ist, wenn der gesamte Bereich der Obsorge in denselben Personen vereint ist. Sobald die einzelnen Teilbereiche der Obsorge verschiedenen Personen zukommen, werfe die Formulierung Probleme auf: §§ 144 ff ABGB kennen keinen einheitlichen Begriff des gesetzlichen Vertreters, sondern lediglich unterschiedliche Vertretungsbefugnisse in den Bereichen der Pflege und Erziehung oder Vermögensverwaltung und diese Vertretungsbefugnisse können verschiedenen Personen zukommen. Es gibt *„Pflege und Erziehung einerseits, Vermögensverwaltung andererseits jeweils einschließlich der Vertretungsbefugnis in diesen Bereichen, es gibt sie aber auch ohne Vertretungsbefugnis. Es gibt auch bloße Vertretungsbefugnis [...] ohne Befugnis zur Pflege und Erziehung und zur Vermögensverwaltung.“*³¹⁹ Deshalb entstand die Frage, ob gesetzlicher Vertreter iSd UbG auch jemand sein könne, dem die Vertretungsbefugnis lediglich in einem anderen Bereich als jenem der Pflege und Erziehung zukommt, bzw ob Erziehungsberechtigter auch eine Person, der zwar die Pflege und Erziehung, nicht aber die gesetzliche Vertretung in diesem Bereich zusteht, sein könne.³²⁰ Zur Beantwortung dieser Frage zog *Kopetzki*³²¹ die Bestimmungen des UbG über die Behandlung von Personen unter Sachwalterschaft heran. § 36 Abs 2 UbG stellt idZ nämlich ausdrücklich darauf ab, ob der Wirkungskreis des Sachwalters auch Willenserklärungen zur Behandlung des Kranken umfasst. Bei systematischer Interpretation sei daraus zu schließen, dass

³¹⁷ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 838.

³¹⁸ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 838.

³¹⁹ *Pichler* in *Rummel*, § 145a-145c Rz 2; hierauf aufbauend nach *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 839.

³²⁰ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 839.

³²¹ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 839.

mit dem Begriff des gesetzlichen Vertreters iSd UbG nur jene Person gemeint sein kann, die zur Vertretung gerade in Angelegenheiten der Behandlungszustimmung befugt ist – also diejenige Person, der zumindest im Bereich der Pflege und Erziehung die Vertretungsbefugnis zukommt.³²² Für den Begriff des Erziehungsberechtigten folge daraus, dass es neben der zivilrechtlichen Zuständigkeit zur Pflege und Erziehung nicht auch noch auf eine diesbezügliche Vertretungsbefugnis nach außen ankommen kann. Andernfalls wäre die im UbG getroffene Unterscheidung zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Erziehungsberechtigten gegenstandslos, weil der Erziehungsberechtigte dann ohnehin immer auch gesetzlicher Vertreter wäre. Im Ergebnis können daher auch erziehungsberechtigte Personen, die keine Vertretungsbefugnis nach dem ABGB haben, die Zustimmung zur Behandlung des Minderjährigen erteilen.³²³ § 36 UbG ist im Wesentlichen auch heute noch in dieser Form in Geltung.³²⁴

3.2.4. Das Fortpflanzungsmedizingesetz und das Gentechnikgesetz

Das FMedG³²⁵, welches am 1. Juli 1992 in Kraft trat, sieht vor, dass Handlungsunfähige die „Zustimmung“ zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht erklären können. Ein beschränkt Handlungsfähiger hat seine „Zustimmung“ selbst zu erklären; sie bedarf überdies der „Einwilligung“ seines gesetzlichen Vertreters.³²⁶ Darüber hinaus sind bestimmte Formvorschriften einzuhalten.³²⁷

Das am 1. Jänner 1995 in Kraft getretene GTG³²⁸ regelt die Voraussetzungen, unter denen Genanalysen am Menschen zu medizinischen Zwecken vorgenommen werden

³²² *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 840.

³²³ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 840.

³²⁴ Vgl Kapitel II.2.2. im dritten Teil der Arbeit.

³²⁵ BGBl 1992/275.

³²⁶ Vgl § 8 Abs 2 FMedG.

³²⁷ Gemäß § 8 Abs 1 FMedG darf eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung bei Ehegatten nur mit deren schriftlicher Zustimmung durchgeführt werden; bei Lebensgefährten muss die Zustimmung in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts erteilt werden. Bei Verwendung von Samen eines Dritten bedarf die Zustimmung zu dieser Methode stets eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts.

³²⁸ BGBl 1994/510.

dürfen. Grundsätzlich verlangt es eine schriftliche Bestätigung der zu untersuchenden Person (§ 65 GTG). Bei einem Unmündigen ist diese Bestätigung vom Erziehungsberechtigten zu erteilen (§ 65 Abs 4 GTG). Der Gesetzgeber ging davon aus, dass sich mündige Minderjährige über die Bedeutung der ärztlichen Erklärung und der von ihnen zu gebenden Zustimmung im Klaren sind.³²⁹ Eine Änderung dieser Bestimmung erfolgte erst nach Inkrafttreten des KindRÄG 2001.³³⁰

4. Zusammenfassende Überlegungen

Die dargestellten Gesetze haben großteils gemeinsam, dass sie neben einer allgemein formulierten Regelung betreffend die Einwilligung in die jeweiligen Maßnahmen auch explizit auf minderjährige Patienten Bezug nahmen. Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Minderjährige selbst die Einwilligung erteilen konnten, wurde allerdings in unterschiedlichster Weise geregelt, insbesondere stellten die Gesetze – ohne nähere Gründe hierfür zu nennen – auf verschiedenste Altersgrenzen ab (§ 8 Abs 3 KAG idF BGBl 1957/1: 18 Jahre; § 2a KinderlähmungsG idF BGBl 1970/346: 18 Jahre; durch BGBl 1988/178 Herabsetzung auf 14 Jahre; § 2a TuberkuloseG idF BGBl 1970/346: 18 Jahre; § 42 Z 5 AMG idF BGBl 1994/107: 8 Jahre; § 65 Abs 4 GTG idF BGBl 1994/510: 14 Jahre; § 51 MPG idF BGBl 1996/657: 8 Jahre). Es kann daher auch keine Altersgrenze genannt werden, ab der man Minderjährige grundsätzlich selbst in medizinische Behandlungen einwilligen lassen wollte. Außerdem galten die Bestimmungen immer nur für ganz bestimmte Eingriffe, sodass eine Verallgemeinerung auch vor diesem Hintergrund ausscheidet.³³¹ Dass die Altersgrenzen im Zuge von Gesetzesänderungen weitgehend herabgesetzt wurden bzw. jüngere Gesetze auf ein geringeres Alter abstellten, spricht allerdings dafür, dass der Gesetzgeber Minderjährigen möglichst früh die Möglichkeit zu einer selbstbestimmten Behandlungsentscheidung einräumen wollte. Neben der Festlegung einer bestimmten Altersgrenze wurde in zweiter Linie auf die Einsichtsfähigkeit des (minderjährigen) Patienten abgestellt. Der Begriff als

³²⁹ RV 1465 BlgNR 18.GP.

³³⁰ BGBl I 2005/127. Siehe dazu Kapitel II.2. im dritten Teil der Arbeit.

³³¹ Zur Frage einer analogen Anwendung von § 8 Abs 3 KAG auf Behandlungen außerhalb von Krankenanstalten siehe sogleich weiter unten.

solcher wurde allerdings lediglich in den Impfgesetzen³³² verwendet, ansonsten wurde er in ähnlicher Form umschrieben: So wurde etwa darauf abgestellt, ob der Patient auf Grund seiner geistigen Reife oder Gesundheit in der Lage ist, die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Behandlung zu beurteilen (vgl § 8 Abs 3 KAG idF BGBl 1957/1), er in der Lage ist „*Wesen, Bedeutung, Tragweite und Gefahren der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen*“ (vgl § 44 AMG idF BGBl 1983/185) oder er „*den Grund und die Bedeutung einer Behandlung [...] einsehen oder seinen Willen [...] nach dieser Einsicht bestimmen*“ kann (vgl § 36 Abs 2 UbG idF BGBl 1990/155). Sowohl das AMG idStF als auch das UbG zogen ausschließlich die Einsichts- und Urteilsfähigkeit – welche nicht als solche bezeichnet, sondern umschrieben wurde – als ausschlaggebendes Kriterium heran, ohne auf eine bestimmte Altersgrenze abzustellen. Wie die Ausführungen in den folgenden Kapiteln noch zeigen werden, bezogen sich viele Autoren auf die Formulierung des UbG. Im dritten Teil der Arbeit zeigt sich außerdem, dass § 36 UbG auch heute noch eine wesentliche Bedeutung bei der Frage zukommt, unter welchen Voraussetzungen minderjährige Patienten selbst in medizinische Behandlungen einwilligen können.

Konnte der minderjährige Patient nicht selbst in eine Behandlung einwilligen, so wurde auf die Entscheidung der Eltern abgestellt. Zur Frage, ob in concreto der gesetzliche Vertreter oder der Erziehungsberechtigte entscheidungsbefugt war, ist allerdings – wie auch in Judikatur und Literatur – keine einheitliche Linie erkennbar. Einige Gesetze stellten auf die „Zustimmung“ des gesetzlichen Vertreters ab und andere auf jene des Sorgeberechtigten/Erziehungsberechtigten. Zum Teil wurde auch die kumulative „Zustimmung“ beider gefordert. Das UbG begnügt sich hingegen mit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder jener des Erziehungsberechtigten. An dieser Stelle ist nochmals auf die Ausführungen *Kopetzki*³³³ hinzuweisen, wonach auch erziehungsberechtigte Personen, die keine Vertretungsbefugnis nach dem ABGB haben, die Einwilligung zur Behandlung des Minderjährigen erteilen können.³³⁴

³³² KinderlähmungsG und TuberkuloseG jeweils idF BGBl 1970/346.

³³³ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 840.

³³⁴ Vgl hierzu Kapitel II. 3.2.3.

Es kann daher festgehalten werden, dass auf Grund der unterschiedlichen Regelungsbereiche und Inhalte der dargestellten Sonderbestimmungen eine Verallgemeinerung einzelner Regelungen für alle medizinischen Behandlungen am Minderjährigen schlechthin grundsätzlich nicht möglich war – dies galt jedenfalls bis zum Inkrafttreten des UbG im Jahre 1991. Eine Ausnahme bildete allerdings § 8 Abs 3 KAG, dessen Anwendungsbereich besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe umfasste. In der Literatur³³⁵ beschäftigte man sich immer häufiger damit, ob § 8 Abs 3 KAG nicht auch analog auf ärztliche Eingriffe, die außerhalb von Krankenanstalten vorgenommen werden, angewandt werden könne. Bei Bejahung dieser Frage hätten Ärzte bei der Einholung der Einwilligung für einen Eingriff, die erforderliche geistige Reife und Gesundheit des minderjährigen Patienten vorausgesetzt, stets auf die Altersgrenze von 18 Jahren abzustellen gehabt. Dem Willen jüngerer Patienten wäre keine Bedeutung zugekommen und eventuell dennoch getätigte Äußerungen gegenüber dem Arzt rechtlich irrelevant gewesen. Umgekehrt hätte sich der Arzt ab dem Zeitpunkt, ab dem sein Patient das 18. Lebensjahr erreicht hatte – ungeachtet seiner an sich noch gegebenen Minderjährigkeit³³⁶ – lediglich an dessen Willen zu halten gehabt, anders lautende elterliche Erklärungen wären unbeachtlich gewesen. Einige Autoren wollten § 8 Abs 3 KAG auf Heilbehandlungen außerhalb von Krankenanstalten auch analog anwenden.³³⁷ Eine Begründung hierfür lieferte – soweit ersichtlich – allerdings nur *Koziol*.³³⁸ Nach ihm war die Interessenlage in beiden Fällen gleich, sodass zwischen einer Behandlung in einer Krankenanstalt und einer sonstigen Behandlung hinsichtlich des Schutzes der Willensfreiheit des Patienten und des Stellenwertes seiner psychisch-physischen Sphäre sachlich nicht ernsthaft differenziert werden könne. Auch wenn dieses Argument einiges für sich hat, sprach sich die Mehrheit der Autoren gegen eine analoge Anwendung des § 8 Abs 3 KAG auf Behandlungen

³³⁵ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 435; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, 122; *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Zivilrechtsreform, 26; *Reischauer* in *Rummel*, § 1299 Rz 23a; *Zankl*, ÖJZ 1989, 301; *Aicher* in *Rummel*, § 16 Rz 17; *Reischauer* in *Rummel*, § 1299 Rz 23; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 684; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 141; *Menardi*, ÖA 1998, 5; *Stellamor/Steiner*, Handbuch², 19; *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 43. *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I § 151 Rz 25.

³³⁶ Die Volljährigkeitsgrenze wurde erst durch das KindRÄG 2001 herabgesetzt.

³³⁷ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, 122; *Reischauer* in *Rummel*, § 1299 Rz 23a; *Zankl*, ÖJZ 1989, 301; *Reischauer* in *Rummel*, § 1299 Rz 23; *Stellamor/Steiner*, Handbuch², 19.

³³⁸ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, 21.

außerhalb von Krankenanstalten aus.³³⁹ Dies wurde va damit begründet, dass diese Bestimmung des öffentlichen Rechts primär zum Schutz vor Haftungen der Krankenanstalten erlassen worden sei³⁴⁰ und eine zusätzliche Absicherung gegen Eigenmächtigkeiten der Spitalsärzte vorsehe.³⁴¹ Auch *Barth*³⁴² schloss sich der Ansicht, der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung der Besonderheiten des Krankenanstaltenrechts Rechnung tragen, an. Außerdem erblickte er in § 8 Abs 3 KAG eine Entlastung des Arbeitsbetriebes, in dem die zur Erteilung der Einwilligung zuständigen Person klar festgelegt wird.³⁴³ Als weiteres Argument führte *Barth*³⁴⁴ überdies an, dass sich Gesetzen jüngerer Datums – wie etwa das KinderlähmungsG, das AMG oder das UbG – zweifellos eine stärkere Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts des Kindes bei medizinischen Eingriffen entnehmen lasse. Der Gesetzgeber wollte seiner Meinung zufolge dem Minderjährigen das Recht, in den Eingriff einzuwilligen, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt zugestehen. Ein generelles Abstellen auf die Altersgrenze von 18 Jahren auf alle, auch außerhalb von Krankenanstalten vorgenommenen Eingriffen, würde dieser legislativen Absicht jedoch gerade widersprechen, da in diesem Fall jüngere Kinder keinesfalls die Möglichkeit hätten, selbst in eine Behandlung einzuwilligen.

II. Judikatur zur Einwilligung minderjähriger Patienten

1. Darstellung der Entscheidungen

Entscheidungen des OGH im Zusammenhang mit der Einwilligung minderjähriger Patienten liegen ab den 80er Jahren des 20 Jahrhunderts vor.³⁴⁵ Nach einer Darstellung der Entscheidungen wird untersucht, ob sich aus diesen allgemeine

³³⁹ Vgl etwa *Fleisch*, ÖJZ 1965, 435; *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Zivilrechtsreform, 26; *Schwimmann* in *Schwimmann*, ABGB I § 151 Rz 25; *Aicher* in *Rummel*, § 16 Rz 17; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 684; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 141; *Menardi*, ÖA 1998, 5; *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 43f mwN.

³⁴⁰ *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Zivilrechtsreform, 26; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 684; *Menardi*, ÖA 1998, 5.

³⁴¹ *Maleczky*, ÖJZ 1994, 684.

³⁴² *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 46.

³⁴³ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 46.

³⁴⁴ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 47.

³⁴⁵ Die Entscheidungen werden in der Folge durch Angabe der GZ zitiert; der vollständige Nachweis kann dem Entscheidungsregister entnommen werden.

Grundsätze für die Einwilligung minderjährige Patienten in medizinische Behandlungen ableiten lassen.³⁴⁶

1.1. Urteil des OGH vom 11. September 1984³⁴⁷

An der Wiener Universitätsklinik wurden im Jahre 1977 Versuche an Säuglingen durchgeführt, um die Resorptionsvorgänge von Calcium bei gesunden Kindern durch direkte Messungen zu erfassen, die Wirksamkeit einer entsprechenden Vitamin-D-Therapie zu untersuchen und auf diese Weise Möglichkeiten einer wirksameren Rachitisprophylaxe zu erforschen. Dabei bediente man sich der Methode der sogenannten offenen Duodenalperfusionstechnik mittels einer dreiläufigen Sonde, welche den Säuglingen durch die Nase gelegt und in den Magen und in den Zwölffingerdarm vorgeschoben wurde. Es handelte sich dabei um eine gängige Methode, die keine oder nur minimale Belästigung für den Betroffenen darstellt und bei fachgerechter Anwendung keine länger fortdauernden oder wiederholenden Schmerzen, Leiden oder Angstzustände zur Folge hat. Ein Teil der betroffenen Eltern wurde durch unvollständige bzw unwahre Aufklärungen zur Erteilung ihrer schriftlichen Zustimmung veranlasst, der andere Teil wurde im Glauben belassen, es handle sich hierbei um eine medizinisch indizierte Behandlung.

Der OGH verurteilte den die Versuche durchführenden Arzt nach § 108 Abs 1 StGB (Täuschung). § 110 StGB war nach dem OGH nicht anwendbar, da der Behandlungsbegriff des § 110 StGB wissenschaftliche oder experimentelle Versuche an Menschen nicht umfasse. Die Anwendung von § 108 StGB begründete er damit, dass Gegenstand einer Schädigung iSd Bestimmung auch Persönlichkeitsrechte sein können, wozu jedenfalls das Recht des Menschen zähle, über die Zulassung von Eingriffen in seine körperliche Integrität frei zu entscheiden. Als Ausfluss dieses Rechtes bedürfe grundsätzlich jeder ärztliche Eingriff in die körperliche Integrität der ausdrücklichen oder schlüssigen Einwilligung des Betroffenen, „im Falle

³⁴⁶ Vgl etwa *Piegler*, VersR 1962, 923; *Fleisch*, ÖJZ 1965,427, 431; *Zipf*, ÖJZ 1977, 385 oder *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 310. Das Thema der Aufklärungspflicht soll allerdings nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein. Die geschichtliche Entwicklung der ärztlichen Aufklärungspflicht samt Judikaturnachweisen findet sich etwa in *Kappel*, Zivilrechtliche Haftung.

³⁴⁷ 9 Os 121/84.

mangelnder Handlungsfähigkeit jener seines gesetzlichen Vertreters“. Diesem Rechtsgrundsatz entsprechend schreibe § 8 Abs 3 KAG die Einholung der Einwilligung einer von Willensmängeln freien Zustimmung des (über 18 Jahre alten) Patienten, sonst seines gesetzlichen Vertreters, für jeden der Heilbehandlung dienenden operativen Eingriff vor. Schließlich hielt der OGH Folgendes fest: *„Umso mehr bedarf es der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter (hier: Eltern), wenn an einem Kleinkind außergewöhnliche, nicht der Heilbehandlung, sondern der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse zur allfälligen Verbesserung der Behandlungsmethoden dienenden Untersuchungen und Eingriffe vorgenommen werden sollen.“*

Auf diese Entscheidung wurde in der Literatur³⁴⁸ häufig Bezug genommen. Dies deshalb, weil der OGH – im Gegensatz zur überwiegenden Lehre – § 110 StGB nicht auch auf wissenschaftliche oder experimentelle Versuche anwenden wollte.³⁴⁹

Unabhängig davon ist die Entscheidung aber auch deshalb erwähnenswert, da der OGH den schon bisher vertretenen Grundsatz bestätigte, dass jeder ärztliche Eingriff in die körperliche Integrität der Einwilligung des Patienten bedarf.³⁵⁰ Der Patient konnte dabei nach dem OGH dann in eine Behandlung einwilligen, wenn er handlungsfähig war. Soweit ersichtlich wurde der Begriff der Handlungsfähigkeit im Zusammenhang mit der Erteilung der Einwilligung in medizinische Behandlungen zuvor nicht verwendet. Ganz allgemein ist unter „Handlungsfähigkeit“ die Fähigkeit, durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen, zu verstehen. Allerdings führte der OGH nichts Näheres zu der von ihm geforderten Handlungsfähigkeit aus, sodass mE nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, dass er auch diese Art der Handlungsfähigkeit meinte – und nicht eine eigene Form der Handlungsfähigkeit, wie später etwa *Barth* und *Ganner*.³⁵¹

³⁴⁸ Vgl etwa *Bertel/Schwaighofer*, BT I², 91; *Schmoller* in SbgK, § 110 Rz 28; *Bertel* in WK², § 110 Rz 3; *Tipold*, Strafrechtliche Verantwortung, II/46.

³⁴⁹ Zum Anwendungsbereich des § 110 StGB vgl auch Kapitel IV.2.1. im letzten Teil der Arbeit.

³⁵⁰ Wie bereits im ersten Teil der Arbeit dargestellt, wurde dies – abgesehen von der Auffassung *Wolffs* (*Wolff* in *Klang*, VI, § 1294, 30) – einheitlich vertreten.

³⁵¹ *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts, 154. Vgl hierzu Kapitel IV.1. im letzten Teil der Arbeit.

Fehlte dem Patienten die Handlungsfähigkeit, dann hatte nach dem OGH der gesetzliche Vertreter über die Vornahme der Behandlung zu entscheiden. Damit übernahm der OGH die schon bisher im Strafrecht überwiegend vertretene Ansicht.³⁵² Schließlich betonte er, dass es umso mehr der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter bedürfe, wenn an einem Kleinkind außergewöhnliche Untersuchungen und Eingriffe vorgenommen werden sollen. In einem solchen Fall wollte der OGH also offenbar nicht die Einwilligung eines Elternteiles ausreichen lassen, sondern er verlangte die Einwilligung beider Elternteile. Diese Ansicht setzte sich jedoch – wie die Ausführungen in den folgenden Kapiteln zeigen werden – nicht durch.

1.2. Urteil des OGH vom 19. Dezember 1984³⁵³

Ein 15-jähriger Patient wurde im AKH Wien wegen eines vorhandenen Herzleidens (Aortenklappenstenose) operiert. Seine Eltern stimmten der Operation durch Unterfertigung eines Revers zu. Die Operation wurde *lege artis* durchgeführt. Nach der Operation war der Bub zunächst ansprechbar. Als er aber in die Intensivstation überführt wurde, trat ein Hirnödem auf. Es kam in der Folge zur Ausbildung eines schweren Hirnschadens (apallisches Syndrom), eines geradezu typischen Operationsrisikos. Mit dem minderjährigen Patienten war zwar über die Operation gesprochen, die Eltern waren über dieses typische Operationsrisiko allerdings nicht aufgeklärt worden.

In seiner Klage brachte der Patient vor, der Hirnschaden sei durch einen Kunstfehler verursacht worden. Aber selbst wenn es sich um eine unvermeidbare Operationsfolge handeln sollte, hafte die beklagte Partei (Krankenanstaltsträger) dennoch für den eingetretenen Hirnschaden, weil die behandelnden Ärzte weder die Eltern des Klägers noch diesen selbst über diese schwerwiegende Operationsgefahr aufgeklärt hätten.

³⁵² Vgl etwa *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436; *Zipf*, ÖJZ 1977, 384 sowie später *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 311; *Bertel/Schwaighofer*, BT P, 91; *Triffiterer*, AT², 242, *Fuchs*, AT, 136 oder *Bertel* in WK², § 110 Rz 24.

³⁵³ 3 Ob 562/84, SZ 57/207.

Nach dem OGH war grundlegende Frage dieses Rechtsstreits, ob der Chirurg vor einer Herzoperation der vorliegenden Art den Patienten und auch dessen Eltern auf das Risiko eines Hirnschadens hinweisen muss oder nicht.³⁵⁴ In diesem Zusammenhang warf er die Frage auf, ob die Eltern des Klägers überhaupt berechtigt gewesen wären, bei entsprechender Aufklärung die Zustimmung zur Operation zu verweigern, da der Kläger im Zeitpunkt der Operation schon fast 16 Jahre alt war: *„Der Kläger war damit schon in einem urteilsfähigen Alter und konnte daher sein höchstpersönliches Recht auf Erteilung der Einwilligung der an ihm vorgesehenen Operation unter Umständen schon selbst ausüben.“* Schließlich meinte der OGH, dass wegen der Schwere des Eingriffs jedenfalls auch die sorgeberechtigten Eltern der Operation zustimmen müssen und bezog sich hierbei auf *Edlbacher*. Weiters führte der OGH aus, dass im Falle einer Verweigerung der Zustimmungserklärung der Eltern des Klägers nach entsprechender Aufklärung und entgegen eindeutiger therapeutischer Situation, wodurch auch eine Gefährdung des Wohls des Kindes verbunden sein könnte, den behandelnden Ärzten die Anrufung des Gerichtes gemäß § 176 Abs 1 ABGB offen gestanden wäre. Allerdings stehe nicht fest, ob das Pflegschaftsgericht die Zustimmung zur Operation erteilt hätte. Der OGH meinte, ein verantwortungsbewusster Pflegschaftsrichter hätte vielleicht nach Rücksprache mit dem Kläger, seinen Eltern und den behandelnden Ärzten die schwerwiegende Entscheidung bis zur Volljährigkeit des Klägers aufgeschoben, wenn der Aufschub der Operation unter Würdigung der Operationsrisiken vertretbar gewesen wäre.

Diese Entscheidung ist mE vor allem deswegen von Bedeutung, da der OGH die Einwilligung – wie zuvor schon *Edlbacher*³⁵⁵ – als höchstpersönliches Recht qualifizierte: *„Der Kläger war damit schon in einem urteilsfähigen Alter und konnte daher sein höchstpersönliches Recht auf Erteilung der Einwilligung der an ihm vorgesehenen Operation unter Umständen schon selbst ausüben.“* Außerdem verwendete der OGH ebenfalls – wie *Edlbacher*³⁵⁶ – den Begriff der Urteilsfähigkeit.

³⁵⁴ Der OGH löste diese Frage dahingehend, dass der jugendliche Patient und seine Eltern bei einer bevorstehenden Herzoperation in einem aufklärenden Gespräch über die Gefahr einer Hirnschädigung aufmerksam zu machen sind, damit die Entscheidung über die Einwilligung zum ärztlichen Eingriff frei ist.

³⁵⁵ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 373. Vgl hierzu auch Kapitel 4.2.

³⁵⁶ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370.

Auch sonst gab er im Wesentlichen die Ausführungen *Edlbachers* wieder. So verlangte er ebenfalls die Zustimmung der sorgeberechtigten Eltern, wenn der minderjährige Patient noch nicht urteilsfähig war und daher nicht selbst in eine Behandlung einwilligen konnte. Weiters ging der OGH auch auf die Möglichkeit der Anrufung des PflEGschaftsgerichts ein, wenn die Eltern durch ihre Entscheidung über die Vornahme einer Behandlung das Kindeswohl gefährden.

Schließlich verlangte der OGH, dass wegen der Schwere des Eingriffs jedenfalls auch die sorgeberechtigten Eltern der Operation zustimmen müssen. Wie die Ausführungen in den folgenden Kapiteln noch zeigen werden, wurde dieser Standpunkt von vielen Autoren aufgegriffen. Der OGH bezog sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf *Edlbacher*.³⁵⁷ ME war *Edlbacher* jedoch nicht der Ansicht, dass bei schweren Eingriffen neben der Einwilligung des minderjährigen Patienten auch die Zustimmung der Eltern erforderlich sei. Führte er doch aus, dass „ein körperlicher Eingriff, den der Sorgeberechtigte für notwendig erachtet, zu unterbleiben hat, wenn der voll einsichtsfähige Minderjährige ihn ablehnt.“³⁵⁸ Im umgekehrten Fall, wenn der Minderjährige den Eingriff also wünschte, welchen die Eltern ablehnten, schlug *Edlbacher*³⁵⁹ die Anrufung des PflEGschaftsgerichts vor.

1.3. Urteil des OGH vom 1. April 1987³⁶⁰

Bei einem 13-jährigen Buben (Kläger) wurde eine Perforation des Trommelfells festgestellt, die zu Ohrenscherzen führte und eine Schwerhörigkeit auf dem rechten Ohr im Alter befürchten ließ. Auf Grund des Verdachtes eines Cholesteatoms (Geschwulst) wurde der Bub ins Krankenhaus eingewiesen. In der Folge wurde er am Ohr operiert (Vornahme einer Tympanoplastik). Die Operation war zwar medizinisch angezeigt, aber nicht dringlich. Nach der Operation trat beim Patienten eine Gesichtsnervenlähmung auf. Weiters entstand eine Nekrose

³⁵⁷ Der OGH bezog sich ganz allgemein auf den Beitrag *Edlbachers* in der ÖJZ, ohne jedoch eine konkrete Seite seines Beitrags anzugeben.

³⁵⁸ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374.

³⁵⁹ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374.

³⁶⁰ 3 Ob 645/86.

(Gewebetod), die in der Folge zum teilweisen Verlust der rechten Ohrmuschel führte. Hierbei handelte es sich um typische Operationsrisiken. Weder der Patient noch seine Mutter wurden vor der Operation hierüber aufgeklärt. Die Mutter unterfertigte bei der Aufnahme zwar eine schriftliche Erklärung, dass sie der Operation ihres Sohnes zustimme und über mögliche Folgen und Nebenwirkungen informiert worden sei, allerdings hatte sie diese zuvor nicht durchgelesen.

Der Kläger brachte vor, es habe vor der Operation keine Aufklärung über deren Risiken stattgefunden; überdies liege ein Kunstfehler vor. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, Berufungsgericht und OGH entschieden zu Gunsten des Klägers. Der OGH führte aus, der Arzt dürfe eine Operation der vorliegenden Art – damit meinte er, dass keine unmittelbare Lebensgefahr bestand – zweifellos nur mit Einwilligung des Patienten vornehmen, wobei die Einwilligung nur dann wirksam abgegeben werden könne, wenn der Patient über die Bedeutung des vorgesehenen ärztlichen Eingriffs und seine möglichen Folgen hinreichend aufgeklärt wurde. Schließlich hielt er unter Berufung auf die zuvor dargestellte Entscheidung (OGH vom 19. Dezember 1984, Operation eines 15-Jährigen am Herzen) und *Aicher*³⁶¹ Folgendes fest: *„Ist der ärztliche Eingriff an einem Minderjährigen in urteilsfähigem Alter vorzunehmen, muß sowohl die Einwilligung des Minderjährigen als auch die Zustimmung des sorgeberechtigten gesetzlichen Vertreters eingeholt werden“*.

1.4. Urteil des OGH vom 3. September 1996³⁶²

Bei einem 13-jährigen Buben (Kläger) wurde nach diversen Untersuchungen auf Grund einer Fehlstellung eines Beines ein Tumor im Rückenmark festgestellt. Den Eltern wurde geraten, sobald als möglich eine Operation durchführen zu lassen, da ihr Sohn ansonsten in spätestens einem halben Jahr querschnittsgelähmt sei. Die Eltern stimmten der Operation zu; der Vater unterfertigte eine vorgedruckte Zustimmungserklärung, welche allgemein gehaltene Formulierungen enthielt. Über das typische Operationsrisiko einer Querschnittslähmung wurden die Eltern

³⁶¹ *Aicher* in Rummel, § 16 Rz 17.

³⁶² 10 Ob 2350/96.

allerdings nicht aufgeklärt. Die Operation wurde zwar lege artis durchgeführt, auf Grund des Eintritts des Operationsrisikos ist der Patient aber seither querschnittgelähmt. Der Kläger stützte seine Klage auf das Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers sowie auf eine Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht. Sowohl Erst- und Berufungsgericht entschieden zu Gunsten des Klägers.

Der OGH, der die Sache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwies³⁶³, bezog sich zunächst auf das Erfordernis der Aufklärung und führte schließlich zur Einwilligung Folgendes aus: *„Ist der ärztliche Eingriff an einem Minderjährigen in urteilsfähigem Alter vorzunehmen, dann muß sowohl die Einwilligung des Minderjährigen selbst als auch die Zustimmung des sorgeberechtigten gesetzlichen Vertreters eingeholt werden“*. Er verwies dabei auf die eben dargestellte, rund 10 Jahre zuvor ergangene Entscheidung (Operation an einem ebenfalls 13-jährigen Buben am Ohr). Weiters hielt der OGH fest, dass der ärztlichen Aufklärungspflicht keinesfalls Genüge getan wurde, weil der Kläger und seine Eltern über das typische Operationsrisiko der Querschnittslähmung nicht aufgeklärt wurden.

1.5. Urteil des OGH vom 11. November 1997³⁶⁴

Die folgende Entscheidung bezieht sich zwar auf die Einwilligung einer volljährigen Frau, soll aber dennoch kurz dargestellt werden, weil sie Wesentliches zur Qualifikation der Einwilligung festhält.

Nach einem schweren Verkehrsunfall lag eine volljährige Frau im Koma. Als sich herausstellte, dass sie schwanger ist, sprach sich insbesondere ihre Mutter für die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruches aus. In der Folge wurde sie zum vorläufigen Sachwalter ihrer Tochter zur „Abgabe der erforderlichen Erklärungen und Entscheidungen für die Betroffene im Rahmen der Entscheidungen über die

³⁶³ Der OGH nahm an, dass auch bei Unterbleiben der Operation die Querschnittslähmung des Klägers als weitere Folge seiner Erkrankung zu erwarten gewesen wäre, und sprach so das Problem der „überholenden oder hypothetischen Kausalität“ an, zu dem in erster Instanz nichts erörtert wurde.

³⁶⁴ 7 Ob355/97z.

Vornahme eines Schwangerschaftsabbruches“ bestellt. Die Sachwalterin erklärte, die Einwilligung zur Vornahme des Schwangerschaftsabbruches zu geben und beantragte, diese Erklärung pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen. Erstgericht und Zweitgericht wiesen den Antrag ab.

Der OGH, der entschied, dass die erklärte Einwilligung der einstweiligen Sachwalterin unter der Voraussetzung pflegschaftsgerichtlich genehmigt wird, dass eine medizinische oder eugenische Indikation im Sinn des § 97 Abs 1 Z 2 StGB vorliegt, hielt ua Folgendes fest: *„Die Einwilligung in einen körperlichen Eingriff und insbesondere auch in einen Schwangerschaftsabbruch ist, wie schon das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, ein höchstpersönliches Recht. Für höchstpersönliche Rechte gilt ganz allgemein der Grundsatz, daß sie mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar sind (Edlbacher in ÖJZ 1982, 365/368 f). Für ihre Ausübung ist die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit erforderlich. Fehlt diese Einsicht, so kann ein höchstpersönliches Recht weder durch den gesetzlichen Vertreter oder Sachwalter noch durch das Pflegschaftsgericht ersetzt werden.“* Weiters führte der OGH, erneut unter Berufung auf *Edlbacher*, aus, dass im Falle eines körperlichen Eingriffs an einer Person, der jegliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt, dem höchstpersönlichen Entscheidungsrecht unter Umständen das Streben nach Bewahrung des Lebens und der Gesundheit gegenüber steht, dem bei entsprechender Gefährdung dieser Güter bei Unterlassung des Eingriffes aus Gründen höherer Ordnung das größere Gewicht beizumessen sei. Daher gebe es keine andere Lösung, als die Einwilligungsberechtigung der Schwangeren durch die Einwilligungsberechtigung der Sachwalterin zu substituieren. Ob die Sachwalterin dieses Recht im Rahmen der gesetzlichen Vertretung oder aus der Pflicht zur Personensorge ausübt, könne dabei dahingestellt bleiben.

2. Zusammenfassende Überlegung

Aus den Entscheidungen geht deutlich hervor, dass jeder ärztliche Eingriff der Einwilligung des Patienten bedarf und auch Minderjährige unter bestimmten Voraussetzungen diese selbst erteilen können. Während der OGH in diesem

Zusammenhang zunächst – lediglich in einer einzigen Entscheidung (Versuche an Säuglingen) – auf die „*Handlungsfähigkeit*“ der Betroffenen abstellte, welche er jedoch nicht näher umschrieb, war seit seiner Entscheidung vom 19. Dezember 1984 ausschlaggebend, ob sich der minderjährige Patient bereits in einem „*urteilsfähigem Alter*“ befand oder nicht. Anhaltspunkte für eine bestimmte Altersgrenze finden sich allerdings in keiner der dargestellten Entscheidungen. So ging es in einer Entscheidung um die Einwilligung eines 15-Jährigen (Operation am Herzen), in zwei anderen Entscheidungen um die Einwilligung von 13-jährigen Patienten (Operation am Ohr, Operation wegen Rückenmarktumor). Allerdings verwies der OGH in der erstgenannten Entscheidung auf *Edlbacher*, der im Einzelfall darauf abstellte, ob der Einwilligende begreifen kann, was mit ihm geschieht und welche Folgen dieses Geschehen für ihn haben kann.³⁶⁵ In einer anderen Entscheidung, in der es um die Operation am Ohr eines 13-jährigen Buben ging, verwies der OGH auf *Aicher*³⁶⁶ und dieser ging – unter Hinweis auf *Fleisch* – davon aus, dass darauf abzustellen sein wird „*ob der Minderjährige die Einsichtsfähigkeit besitzt, die Tragweite des Eingriffs, aber auch die seiner Unterlassung einzusehen.*“ Allerdings äußerte sich der OGH in keiner der Entscheidungen in concreto dazu, ob die Minderjährigen nun urteilsfähig waren oder nicht, weil es bereits an der nötigen Aufklärung für eine allenfalls gültige Einwilligung der Patienten gefehlt hatte. Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass der OGH bei der Frage, ob minderjährige Patienten in eine medizinische Behandlung einwilligen können, an keine starre Altersgrenze anknüpfte, sondern – wie auch die Literatur – psychische Kriterien heranzog. In diesem Zusammenhang waren die Schwere des Eingriffes, die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren oder die Dringlichkeit des Eingriffes von Bedeutung. In seiner Entscheidung aus dem Jahr 1997 bestätigte er dies schließlich, in dem er festhielt, dass für die Erteilung der Einwilligung in einen körperlichen Eingriff die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit erforderlich ist.

Weiters beschäftigte sich der OGH auch mit der Frage, wer die Zustimmung zur Behandlung zu erteilen hat, wenn der minderjährige Patient nicht selbst einwilligen kann. Allerdings verfolgte er hier – ebenso wie die dargestellten verschiedenen

³⁶⁵ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370.

³⁶⁶ *Aicher* in *Rummel*, § 16 Rz 17.

Gesetze und die Literatur – keine einheitliche Linie. So hielt er zunächst die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für erforderlich. In einer anderen Entscheidung, welche nur einige Monate später erging, stellte er auf die Zustimmung der sorgeberechtigten Eltern ab. In den beiden anderen Entscheidungen sprach er schließlich von der Zustimmung des sorgeberechtigten gesetzlichen Vertreters. Nicht eindeutig lässt sich auch die Frage beantworten, ob in allen Fällen, in denen ein ärztlicher Eingriff an einem Minderjährigen im „urteilsfähigen Alter“ vorgenommen werden sollte, neben seiner Einwilligung auch die elterliche Zustimmung eingeholt werden sollte, oder nur bei schweren Eingriffen. Denn lediglich in seiner Entscheidung vom 19. Dezember 1984 (Operation am Herzen) führte der OGH aus, dass *„bei einem solch schweren Eingriff jedenfalls auch die sorgeberechtigten Eltern der Operation zustimmen müssen“*. In der Folge betonte er die Schwere des Eingriffs nicht – wenngleich es sich auch um schwere Eingriffe handelte – sondern führte allgemein aus, bei Minderjährigen in urteilsfähigem Alter müsse sowohl dessen Einwilligung selbst als auch die Zustimmung des sorgeberechtigten gesetzlichen Vertreters eingeholt werden. Auffallend ist weiters, dass der OGH in der genannten Entscheidung von der Zustimmung der sorgeberechtigten Eltern und später von jener des sorgeberechtigten gesetzlichen Vertreters sprach. Dadurch wird die Frage aufgeworfen, ob er bewusst Singular und Plural verwendete, also zunächst tatsächlich die Zustimmung beider Elternteile für erforderlich hielt und sich in der Folge mit der Zustimmung eines Elternteils begnügte. Letztere Ansicht wurde – wie das nächste Kapitel zeigt – auch in der Literatur vertreten.

Die Judikatur bietet somit nur wenige Anhaltspunkte, ob und unter welchen Voraussetzungen minderjährige Patienten selbst in medizinische Behandlungen einwilligen können. Ebenso bleibt unklar, wer über die Vornahme der Behandlung zu entscheiden hat, wenn der Minderjährige nicht selbst die entsprechende Entscheidung treffen kann.

Eine besondere Bedeutung kommt schließlich der Entscheidung aus dem Jahr 1997 (Schwangerschaftsabbruch bei einer im Koma befindlichen Frau) zu. Der OGH hielt

in dieser ausdrücklich fest, dass die Einwilligung in einen körperlichen Eingriff ein höchstpersönliches Recht ist.

V. Die Einwilligung minderjähriger Patienten in der Literatur

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts beschäftigten sich die Autoren intensiv mit der Problematik der Einwilligung minderjähriger Patienten. Dabei stellten sie sich auch die Frage nach der rechtlichen Qualifikation der Einwilligung, da aus dieser ableitbar sei, ob Minderjährige selbst in eine medizinische Behandlung einwilligen können oder nicht. Davon ausgehend wurde weiters diskutiert, welche Anforderungen an die Person des Einwilligenden zu stellen seien. Schließlich war für den Fall, dass der minderjährige Patient nicht selbst in die Behandlung einwilligen konnte, zu klären, wer die Einwilligung zu derselben zu erteilen hatte.

1. Die Rechtsnatur der Einwilligung

Einige Autoren³⁶⁷ vertraten die Ansicht, dass die Einwilligung des Patienten ein Rechtsgeschäft, eine Willenserklärung, die auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung von rechtlichen Verhältnissen gegründet ist³⁶⁸, darstelle. Da der Abschluss eines Rechtsgeschäftes das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit voraussetzt³⁶⁹, konnten minderjährige, geschäftsunfähige, Patienten dieser Ansicht nach nicht rechtswirksam in eine Behandlung einwilligen.³⁷⁰ *Gschnitzer*³⁷¹ führte hierzu aus, dass einem Geschäftsunfähigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr keine Selbstbestimmung zukommen kann. Sollte eine medizinische Behandlung am

³⁶⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I, 84; *Koziol*, Haftpflichtrecht P, 113; *Koziol*, Haftpflichtrecht IP, 97; *Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung, 47; *Ehrenzweig/Mayerhofer*, Das Recht der Schuldverhältnisse II/1³, 275; *Apathy*, JBI 1992, 522; *Steiner*, RdM 1994, 9; *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten, 34.

³⁶⁸ *Koziol/Welser* I⁵, 72.

³⁶⁹ *Koziol/Welser* I⁴, 44.

³⁷⁰ Vgl § 151 ABGB idF BGBl 1973/108: „Ein minderjähriges eheliches Kind kann ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten.“ Durch das KindRÄG 1989, BGBl 1989/162, ist das Wort „eheliches“ entfallen.

³⁷¹ *Gschnitzer* in *Klang*², § 151, 63.

Minderjährigen – seit 1. Juli 1973 war man bereits mit 19 und nicht erst mit 21 Jahren volljährig³⁷² – vorgenommen werden, musste daher der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilen.

Der Großteil der Autoren lehnte diese Ansicht jedoch ab.³⁷³ In den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts ist vor allem auf den Beitrag *Fleisch*³⁷⁴ hinzuweisen. Er betonte, dass es sich bei der Einwilligung nicht um die Einwilligung in ein Rechtsgeschäft, sondern um eine „Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen“, die in die körperliche Freiheit des Betroffenen eingreifen, handle.³⁷⁵ *Fleisch* übernahm somit die von der deutschen Rechtsprechung³⁷⁶ vertretene Ansicht. Eine Ähnlichkeit zum Rechtsgeschäft liege lediglich insofern vor, als die Zustimmung zur medizinischen Behandlung eine Willensäußerung sei, die bedeutsame Rechtsfolgen nach sich ziehe, nämlich die Rechtfertigung von Körperintegritätsverletzungen durch den Arzt. In der Folge qualifizierte *Fleisch*³⁷⁷ die Einwilligung – als Willensäußerung, an die Rechtsfolgen geknüpft seien – daher als eine Rechtshandlung. Daraus folgte wiederum, dass die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln bei der Erteilung der Einwilligung keine Anwendung fanden. Nach *Fleisch*³⁷⁸ war die Einwilligung vielmehr von einer Person zu erteilen, die geistig gesund und reif genug ist, um die Bedeutung des vorzunehmenden Heileingriffes zu erfassen. Diese Auffassung der Einwilligung als Rechtshandlung fand in der österreichischen Literatur jedoch, soweit ersichtlich, keine weiteren Anhänger.

In den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts beschäftigte sich *Edlbacher*³⁷⁹ ausführlich mit dem Thema der Einwilligung in ärztliche Eingriffe. Wie viele sprach auch er sich gegen die Ansicht, die Einwilligung sei ein Rechtsgeschäft, aus und begründete dies damit, dass der Einwilligende in der Regel gar keine Rechtswirkungen erzeugen möchte bzw er sich gar nicht bewusst sei, diese zu erzeugen. Nach ihm war die

³⁷² BGBl I 1973/108.

³⁷³ So etwa *Piegler*, VersR 1962, 926 *Gschnitzer*, ÖAZ 1965, 2153; *Fleisch*, ÖJZ 1965, 435; *Zipf*, ÖJZ 1977, 383; *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 311; *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 367;

³⁷⁴ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 435.

³⁷⁵ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 435.

³⁷⁶ BGH 5.12.1958, BGHZ 29, 33 = MDR 1959, 383 = FamRZ 1959, 200.

³⁷⁷ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 435.

³⁷⁸ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436.

³⁷⁹ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 368.

Einwilligung in einen körperlichen Eingriff als Ausübung des Persönlichkeitsrechts der körperlichen Unversehrtheit ein höchstpersönliches Recht.³⁸⁰ Daher war es nach *Edlbacher* im Ergebnis auch irrelevant, ob man die Einwilligung als Rechtsgeschäft, als Ermächtigung zur Vornahme einer tatsächlichen Handlung oder als Rechtshandlung ansehe. Für höchstpersönliche Rechte gelte grundsätzlich, dass sie mit einer Vertretung unvereinbar sind, sodass auch bei medizinischen Behandlungen von minderjährigen Patienten nicht der gesetzliche Vertreter im Namen seines Kindes die Einwilligung abgeben könne.³⁸¹ Der Minderjährige habe vielmehr sein Recht der Einwilligung selbst wahrzunehmen³⁸², sofern er bereits „urteilsfähig“ ist. Ist der Minderjährige noch nicht urteilsfähig, habe das auf Grund der Höchstpersönlichkeit der Einwilligung zur Konsequenz, dass dieser die Einwilligung weder erteilen noch verweigern kann. In einem solchen Fall der Unmöglichkeit der Wahrnehmung eines höchstpersönlichen Rechtes vertrat *Edlbacher*³⁸³ die Ansicht, dass von einem eigenen Handeln durch den Urteilsunfähigen aus Gründen höherer Ordnung abgesehen werden müsse, also der Eingriff ohne Einwilligung des minderjährige Patienten vorgenommen werde könne.

Die Ansicht *Edlbachers* von der Einwilligung als höchstpersönliches Recht wurde von einer Vielzahl von Autoren³⁸⁴ übernommen bzw bezogen sich diese immer wieder auf seine Ausführungen, sodass *Barth*³⁸⁵ darin beizupflichten ist, *Edlbacher* habe den Grundstein für die in Österreichs Rechtsprechung und Lehre herrschende Ansicht gelegt. Anders als *Edlbacher* lehnten die Autoren allerdings die Möglichkeit der gesetzlichen Vertretung bei der Einwilligung nicht ab. Schließlich bezeichnete auch der OGH – unter Berufung auf *Edlbacher* – bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1984³⁸⁶ und später im Jahr 1997³⁸⁷ die Einwilligung in einen körperlichen Eingriff als höchstpersönliches Recht.

³⁸⁰ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 368.

³⁸¹ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 369.

³⁸² *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 369.

³⁸³ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 373.

³⁸⁴ Vgl etwa *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 151, *Maleczky*, ÖJZ 1994, 682; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 816; *Menardi*, ÖAV 1998, 4; *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 55; *Heidinger*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 32; *Pircher*, RdM 1999, 172.

³⁸⁵ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 55.

³⁸⁶ OGH 9.12.1984, 3 Ob 562/84.

³⁸⁷ OGH 11.11.1997, 7 Ob355/97z.

2. Entwicklung des Kriteriums der Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Im vorigen Kapitel wurde bereits angedeutet, dass die verschiedenen Autoren an die Person des Einwilligenden bestimmte Anforderungen stellten, die im Wesentlichen sehr ähnlich umschrieben wurden. Nach *Fleisch*³⁸⁸ etwa war die Einwilligung von einer Person zu erteilen, die „geistig gesund und reif genug“ ist, um die Bedeutung des vorzunehmenden Heileingriffes zu erfassen. *Zipf*³⁸⁹ führte aus, man könne nur dann von einer wirksamen Einwilligung sprechen, wenn der Rechtsgutträger seinen Rechtsgutverzicht in Kenntnis der Tragweite seiner Erklärung abgegeben hat und hielt fest, dass die Voraussetzung einer wirksamen Disposition die „Einsichtsfähigkeit“ sei. *Edlbacher* wollte „urteilsfähige“ Patienten – dieser Begriff wurde wie dargestellt auch vom OGH, allerdings nicht in den verschiedenen verwaltungsrechtlichen Sonderbestimmungen verwendet – selbst die Einwilligung in medizinische Behandlungen erteilen lassen. Die Autoren stellten somit auf bestimmte psychische Kriterien ab. Davon ausgehend widmete man sich vermehrt der Frage, wann denn nun vom Vorliegen dieser Kriterien ausgegangen werden könne.

Dabei kam man überwiegend zum Ergebnis, dass die Frage, ob ein minderjähriger Patient die „erforderliche geistige Reife“, „Urteilsfähigkeit“ etc besitzt, vom behandelnden Arzt immer nur im Einzelfall beurteilt werden könne.³⁹⁰ *Fleisch*³⁹¹ wollte diese Frage bei Bedarf überdies durch ein ärztliches Gutachten überprüfen lassen. *Edlbacher*³⁹² setzte den von ihm durchgängig verwendeten Begriff der „Urteilsfähigkeit“ mit der „Einsichtsfähigkeit“ gleich und betonte, es gebe keinen allgemeinen Maßstab für diese, da diese Einsichtsfähigkeit vom „seelisch-geistigen Zustand“ abhängt. Dabei kam es nach ihm nicht nur „auf das einzelne Individuum an, sondern auch auf die einzelne Einwilligung [...] Denn es soll ja der Einwilligende begreifen, was mit ihm geschieht und welche Folgen das Geschehene für ihn haben

³⁸⁸ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436.

³⁸⁹ *Zipf*, ÖJZ 1977, 383.

³⁹⁰ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436; *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 820; *Menardi*, ÖA 1998, 4; *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 19.

³⁹¹ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436.

³⁹² *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370.

kann.³⁹³ Bei der Beurteilung der Einsichtsfähigkeit wurde auch dem Alter des Kindes eine gewisse Bedeutung zugeschrieben. Nach *Edlbacher*³⁹⁴ sollte der Wille des Minderjährigen umso mehr beachtet werden, je weiter er sich der Volljährigkeit näherte. *Edlbacher* begründete dies zwar nicht, allerdings liegt es mE auf der Hand, dass man in der Regel Art, Grund und Folgen einer Behandlung mit zB 17 Jahren besser verstehen kann, als etwa mit 13 Jahren. Viele Autoren gingen außerdem – ebenfalls ohne Begründung – davon aus, dass bei Personen unter 14 Jahren im Allgemeinen die für die Einwilligung in einen Heileingriff geforderte Einsicht fehlen dürfte.³⁹⁵ Dass diese Altersgrenze auch heute noch eine bedeutende Rolle spielt, zeigt der dritte Teil der vorliegenden Arbeit.

Weiters wurde auch nach der Art des vorzunehmenden Eingriffs unterschieden. Nach der Ansicht *Edlbachers*³⁹⁶ war die Einsichtsfähigkeit bei leichten Eingriffen eine andere als bei schweren. Bei harmlosen Eingriffen wollte er keinen allzu strengen Maßstab an die Einsichtsfähigkeit anlegen, da damit in der Regel lediglich allgemeine Gefahren verbunden seien. Ähnlich führten auch andere Autoren aus, dass die Einwilligungsfähigkeit umso eher vorliegen wird, je geringfügiger der Eingriff ist.³⁹⁷ *Menardi*³⁹⁸ nannte dabei das Plombieren eines Zahnes oder das Stechen eines Ohrläppchens als unbedeutenden Eingriff, bei dem ein weniger strenger Maßstab anzulegen sei als bei schweren Operationen mit nicht auszuschließenden gravierenden Folgen.³⁹⁹

*Kopetzki*⁴⁰⁰ widmete sich iZm mit der Behandlung von untergebrachten Patienten⁴⁰¹ intensiv mit dem Thema der Einwilligung. Er führte aus, dass es bei der Frage der Einwilligungsfähigkeit darum gehe, ob der Patient hinsichtlich der Diagnose, der therapeutischen Möglichkeiten und der denkbaren Alternativen sowie hinsichtlich der

³⁹³ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370.

³⁹⁴ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374.

³⁹⁵ Vgl etwa *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436; *Zipf*, ÖJZ 1977, 384; *Aicher* in *Rummel*, § 16 Rz 17; *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 128; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 818.

³⁹⁶ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374.

³⁹⁷ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 820; *Kopetzki*, Grundriss, 165; *Menardi*, ÖA 1998, 4.

³⁹⁸ *Menardi*, ÖA 1998, 4.

³⁹⁹ *Menardi*, ÖA 1998, 4.

⁴⁰⁰ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 814 ff.

⁴⁰¹ Vgl hierzu Kapitel II. 3.2.3.

jeweiligen Chancen und Risiken den Wert der von der Entscheidung betroffenen Güter und Interessen erfassen und sein Verhalten nach dieser Einsicht ausrichten kann.⁴⁰² Die Fähigkeit, den Grund und die Bedeutung der Behandlung einzusehen, sei das kognitive Element; hier gehe es um die Einsichtsfähigkeit.⁴⁰³ Die Fähigkeit, seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen, sei das voluntative Element; hier gehe es um die Urteilsfähigkeit.⁴⁰⁴ Nur beim kumulativen Vorliegen beider Elemente könne die Einwilligungsfähigkeit bejaht werden.⁴⁰⁵ Dabei verwies er auch auf das vom deutschen Strafrechtswissenschaftler *Amelung*⁴⁰⁶ entwickelte Modell, nach dem die Einwilligungsfähigkeit die Fähigkeit ist, eine vernünftige Entscheidung über den Einsatz und die Aufopferung eigener Rechtsgüter zu treffen. Für die Einwilligungsfähigkeit ergaben sich demnach folgende Kriterien: Die Einsichtsfähigkeit, die Urteilsfähigkeit und die Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung.⁴⁰⁷ Die Einsichtsfähigkeit sei die Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen. Konkret gehe es um ein angemessenes Verständnis der Fakten und darum, Prognosen nachvollziehen zu können. Die Urteilsfähigkeit sei die Fähigkeit zur Bewertung.⁴⁰⁸ Eine vernünftige Einwilligungsentscheidung sei eine Kosten-Nutzen-Entscheidung; dabei komme das subjektive Wertesystem des Einwilligenden zur Anwendung. Bei der Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung gehe es um die Fähigkeit, den Willen entsprechend der Einsicht bestimmen zu können.⁴⁰⁹

Daran knüpften ua auch *Menardi* und *Steiner* Ende der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts an. *Menardi*⁴¹⁰ hielt als selbstverständlich fest, dass die Einwilligung grundsätzlich nur von demjenigen erteilt werden kann, der über die erforderliche „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ verfügt. *Steiner*⁴¹¹ führte aus, dass ein minderjähriger Patient dann urteilsfähig sei, wenn er einerseits auf Grund seiner

⁴⁰² *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 818.

⁴⁰³ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 819; *Kopetzki*, Grundriss, 164.

⁴⁰⁴ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 819; *Kopetzki*, Grundriss, 164.

⁴⁰⁵ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 819.

⁴⁰⁶ *Amelung*, ZStW 1992, 551-558.

⁴⁰⁷ *Amelung*, ZStW 1992, 553f.

⁴⁰⁸ *Amelung*, ZStW 1992, 551f.

⁴⁰⁹ *Amelung*, ZStW 1992, 555f.

⁴¹⁰ *Menardi*, ÖA 1998, 4.

⁴¹¹ *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 19.

geistigen Entwicklung erkennen kann, welche Risiken der an ihm vorzunehmende Eingriff darstellt und welche Vorteile sich daraus ergeben, aber auch welche Risiken mit der Unterlassung der Behandlung verbunden sind. Andererseits müsse der Patient darüber hinaus bereits in der Lage sein, dieser Erkenntnis folgend zu handeln und eine der gebotenen Interessensabwägung entsprechende, vernünftige Entscheidung zu treffen.

Schließlich griff *Barth*⁴¹² das Modell *Amelungs* auf und führte ergänzend Folgendes aus: Der Arzt habe im Zuge der Aufklärung herauszufinden, ob der Minderjährige über die Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen, die Fähigkeit zur Bewertung und über die Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung verfügt. Bei der Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen komme es darauf an, ob der Patient die ärztlichen Informationen über die Krankheit, die betroffenen Körperteile und der Art und Weise des medizinischen Eingriffes versteht. Dazu gehöre weiters auch, ob er die Folgen und möglichen Risiken des Eingriffes in faktischer Hinsicht erfassen kann und ob er das Vorliegen allfälliger Alternativen samt Folgen und Risiken zur Kenntnis nimmt. Die Fähigkeit zur Bewertung meine, ob der Minderjährige den Wert des durch die Krankheit betroffenen Rechtsgutes begreift und er auch in der Lage ist, zwischen der durch die Krankheit betroffenen Rechtsgutbeeinträchtigungen und der mit dem Eingriff verbundenen abzuwägen sowie zwischen allfälligen alternativ zur Wahl stehenden Eingriffen. Bei der Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung komme es schließlich darauf an, ob der minderjährige Patient in der Lage ist, sich seinen Erkenntnissen gemäß zu verhalten oder er irgendwelchen Ängsten oder Verlockungen unterliegt.⁴¹³

Auf Grund des bisher Ausgeführten kann somit festgehalten werden, dass die Einwilligung in medizinische Behandlungen überwiegend als höchstpersönliches Recht angesehen wurde, deren Ausübung an das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit geknüpft war. Der minderjährige Patient musste – grob gesprochen

⁴¹² *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 69.

⁴¹³ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 76.

– also wissen, was mit ihm geschieht und warum dies geschieht, und auf Grund dessen eine „vernünftige“ Entscheidung treffen.

3. Art des Eingriffes

Ob einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patienten selbst die Einwilligung in eine medizinische Behandlung erteilen konnten oder nicht, hing ua davon ab, um welche Art von Eingriff es sich handelte. Bezweckte der ärztliche Eingriff die Heilung des Betroffenen oder sollte der Eingriff anderen Zwecken, etwa der kosmetischen Korrektur der Nase, dienen? Es sei vorweggenommen, dass die Autoren bei von der Heilbehandlung zu unterscheidenden ärztlichen Eingriffen einheitlich neben der Einwilligung des Kindes auch die Zustimmung der Eltern forderten. Willigte ein minderjähriger Patient in eine Heilbehandlung ein, gingen die Ansichten der Autoren allerdings auseinander.

*Fleisch*⁴¹⁴ definierte den „*Heileingriff*“ als chirurgischen Eingriff, der der Wiederherstellung der Gesundheit, einer nicht unwesentlichen Lebensverlängerung bei Fortbestand der Krankheit oder der Verhütung einer Gesundheitsstörung dient. Dazu zählten nach ihm auch Eingriffe zu diagnostischen Zwecken wie etwa Blutabnahmen oder Eingriffe zur Ermöglichung der Operation, zB die Narkose. *Gschnitzer*⁴¹⁵ wollte zusätzlich zu prophylaktischen Zwecken vorgenommene Eingriffe, wie etwa Impfungen, unter den Begriff der Heilbehandlungen subsumieren. Nach *Loebenstein*⁴¹⁶ sollten unter die „*normalen ärztlichen operativen Eingriffen mit herkömmlichen und bewährten Methoden und Mitteln zum Zweck der Heilung der Patienten*“ außerdem noch die sogenannten Heilhilfen, die die Heilung Dritter bezwecken (zB Blutabnahmen zur Durchführung von Bluttransfusionen oder die Ablösung von Hautteilen zur Durchführung von Hauttransfusionen), fallen. Ob auch kosmetische Operationen Heilbehandlungen waren, wurde von ihm nicht abschließend geklärt. Vielmehr betonte er die fließende Grenze zur Heilbehandlung

⁴¹⁴ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 421. Auch *Gschnitzer*, Bürgerliches Recht, 172, traf diese Einteilung.

⁴¹⁵ *Gschnitzer*, ÖAZ 1965, 2149.

⁴¹⁶ *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 309.

und hielt fest, dass die Beurteilung im Einzelfall auf Grund ärztlicher Gutachten zu entscheiden sei.⁴¹⁷

Innerhalb der Gruppe der Heilbehandlungen kristallisierte sich in der Lehre überdies die Unterscheidung zwischen leichten und schweren Eingriffen heraus. Als „*kleine bzw unproblematische Eingriffe*“ wurden von den Autoren etwa genannt: Blutabnahmen aus der Fingerkuppe, (Gripeschutz-)Impfungen, Ziehen eines Zahnes, Zahnfüllungen, Entfernen einer Warze oder eines Muttermales.⁴¹⁸ In diese Eingriffe wollte man den minderjährigen einsichts- und urteilsfähigen Patienten grundsätzlich alleine einwilligen lassen.⁴¹⁹ Bei schweren Eingriffen wurde hingegen die zusätzliche elterliche Zustimmung verlangt.⁴²⁰ Als Argument hierfür wurde von einigen ins Treffen geführt, dass der Rat der Eltern für die Willensbildung des Kindes ebenso wertvoll sein könne wie die Beratung des Arztes.⁴²¹ Allerdings ließen die Autoren offen, ab wann von einem schweren Eingriff auszugehen war.⁴²² *Steiner*⁴²³ schlug daher vor, sich an § 88 Abs 2 Z 2 StGB anzulehnen, wonach ein schwerer Eingriff immer dann gegeben sei, wenn die Gefahr einer Gesundheitsschädigung von mehr als 14-tägiger Dauer gegeben ist. Gleichzeitig meinte er aber, man könne die Grenze genauso gut erst bei einer Gesundheitsschädigung vom mehr als 24-tägiger Dauer ziehen bzw bei der Gefahr einer an sich schweren Körperverletzung (§ 84 StGB). Wie die Ausführungen im dritten Teil der vorliegenden Arbeit zeigen werden, ist man schließlich diesem Zugang gefolgt.

Auch bei allen anderen als zu Heilzwecken vorgenommenen Behandlungen forderten die Autoren neben der Einwilligung des minderjährigen Patienten die Zustimmung der Eltern.⁴²⁴ Darüber hinaus war nach *Fleisch*⁴²⁵ zusätzlich eine gerichtliche

⁴¹⁷ *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 309.

⁴¹⁸ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 155; *Heidinger*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 32; *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 20.

⁴¹⁹ *Zipf*, ÖJZ 1977, 384; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 155; *Heidinger*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 32; *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 20.

⁴²⁰ *Aicher* in *Rummel*, § 16 Rz 17; *Reischauer* in *Rummel*, § 1299 Rz 23; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 155; *Heidinger*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 32; *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 20.

⁴²¹ *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Zivilrechtsreform, 26; *Menardi*, ÖA 1998, 5.

⁴²² *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 22.

⁴²³ *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 22.

⁴²⁴ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 438; *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 309.

⁴²⁵ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 438.

Genehmigung einzuholen, wenn der Eingriff medizinisch-wissenschaftlichen Lehr- und Forschungszwecken dienen sollte. Dass an die Einwilligung in diese Eingriffe strengere Anforderungen zu stellen seien, wurde va damit begründet, dass der Betroffene in diesen Fällen die Art des Eingriffes in allen wesentlichen Einzelheiten, die mit ihm verbundenen Unannehmlichkeiten, insbesondere die Intensität der zu erwartenden Schmerzen, gekannt und „volle Einsicht“ in jedes mit dem Eingriff verbundene Risiko gehabt haben musste.⁴²⁶ Offenbar ging man davon aus, dass einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patienten über diese „volle Einsicht“ in der Regel nicht verfügen, andernfalls die Differenzierung zwischen Heilbehandlungen und anderen Behandlungen nicht erforderlich gewesen wäre.

Auffallend ist, dass keiner der Autoren vor 1975 auf die Definition der Behandlung gemäß den Entwürfen zu einem neuen Strafgesetzbuch bzw den später in Kraft getretenen § 110 StGB Bezug nahm. Wie in Kapitel II dargestellt, war mit „Behandlung“ jede zu diagnostischen, therapeutischen, prophylaktischen oder schmerzlindernden Zwecken vorgenommene Behandlung gemeint. Die Verwendung eines einheitlichen Behandlungsbegriffes hätte wohl einige Erleichterungen mit sich gebracht. Erst in den Erläuterungen zum KindRÄG 1999 wird auf den Behandlungsbegriff des § 110 StGB abgestellt.⁴²⁷

Als Zwischenergebnis kann jedenfalls Folgendes festgehalten werden: Der Großteil der Lehre wollte einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patienten in leichte Heilbehandlungen selbst einwilligen lassen. Bei schweren Heilbehandlungen bzw anderen als zu Heilzwecken vorgenommenen Eingriffen war zusätzlich die Zustimmung der Eltern erforderlich.

Eine Sonderstellung bei den Diskussionen rund um das Thema der Einwilligung nahm „auf Grund der besonderen Tragweite einer solchen Entscheidung“ der Schwangerschaftsabbruch ein.⁴²⁸ Beim Schwangerschaftsabbruch gehe es nicht nur um den Körper der Mutter, sondern auch um das Leben des im Mutterleib heranwachsenden Kindes – wie der OGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1997

⁴²⁶ Fleisch, ÖJZ 1965, 437.

⁴²⁷ 335/ME 20. GP 105.

⁴²⁸ Gamerith, ÖÄ 1975, 28; Zipf, ÖJZ 1997, 384; Edlbacher, ÖJZ 1982, 372; Menardi, ÖA 1998, 8; Stellamor/Steiner, Handbuch, 310.

festhielt.⁴²⁹ Nach hA durfte ein Schwangerschaftsabbruch immer nur mit Einwilligung der Schwangeren selbst vorgenommen werden.⁴³⁰ Dies folge aus der Formulierung des § 97 StGB („*Einwilligung der Schwangeren*“) und dem höchstpersönlichen Charakter dieser weitreichenden Entscheidung. War die minderjährige Schwangere einsichts- und urteilsfähig, sollte daher allein ihre Entscheidung maßgeblich sein; den Eltern kam kein Mitspracherecht zu.⁴³¹ Mangelte es der minderjährigen Schwangeren aber an der erforderlichen Einwilligungsfähigkeit, so ließ die hL⁴³² eine Substitution der Entscheidung zu. Allerdings wurde zusätzlich die Zustimmung der einsichts- und urteilsunfähigen Schwangeren gefordert.⁴³³

4. Mitwirkung der Eltern

Wie aus den dargestellten Entscheidungen des OGH bereits hervorging, wurde in bestimmten Fällen neben der Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten auch die Zustimmung der Eltern gefordert. Auch ein Teil der Lehre wollte sich nicht mit der alleinigen Einwilligung des Minderjährigen begnügen. Daraus resultierte wiederum das Problem, wie vorzugehen ist, wenn Kind und Eltern kein Einvernehmen über die (Nicht-)Vornahme einer Behandlung erzielen. In der Folge soll zunächst dargestellt werden, weshalb der Großteil der Lehre die zusätzliche elterliche Zustimmung verlangte. Anschließend werden die Ansichten der verschiedenen Autoren, in welchen Fällen die zusätzliche elterliche Zustimmung erforderlich sei, dargestellt. Schließlich werden die unterschiedlichen Lösungsansätze für die Vorgangsweise bei divergierenden Meinungen von Eltern und Kind über die (Nicht-)Vornahme einer Behandlung präsentiert.

Es liegt in der Natur der Sache, dass die dargestellte Problematik lediglich bei einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten auftraten. Die verschiedenen

⁴²⁹ OGH 11.11.1997, 7 Ob355/97z.

⁴³⁰ *Gamerith*, ÖÄ 1975, 28; *Zipf*, ÖJZ 1997, 384; *Menardi*, ÖA 1998, 8; *Bertel/Schwaighofer*, BT I³, 58.

⁴³¹ *Menardi*, ÖA 1998, 8

⁴³² *Gamerith*, ÖÄ 1975, 28; *Menardi*, ÖA 1998, 8; *Stabentheiner* in *Rummel*³, § 151 Rz 15, *Pichler*, ÖJZ 1997, 455; *Barth*, ÖJZ 2000, 66.

⁴³³ *Gamerith*, ÖÄ 1975, 28; *Menardi*, ÖA 1998, 8; *Schmoller* in *SbgK*, § 96 Rz 11. AA etwa *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 22, allerdings ohne nähere Begründung.

Autoren beschäftigten sich daher hauptsächlich mit dieser Patientengruppe, sodass sich auch die Darstellung in den folgenden Kapiteln auf einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patienten beschränkt.

4.1. Gründe für die Zustimmung der Eltern

Der Großteil der Lehre⁴³⁴ forderte zwar in bestimmten Fällen neben der Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten die zusätzliche Zustimmung der Eltern, eine Begründung hierfür lieferten allerdings nur einzelne Autoren.

*Fleisch*⁴³⁵ etwa, der immer dann, wenn der einwilligungsfähige minderjährige Patient eine „offenkundige Fehlentscheidung“ traf und aus sachfremden Gründen die Einwilligung zu einer Heilbehandlung verweigerte, auf die Zustimmung der Eltern abstellte, begründete dies mit dem Recht des gesetzlichen Vertreters, alles vorzukehren, was dem Schutz des Lebens und der Gesundheit des Pflegebefohlenen dienlich sei (§ 139 ABGB idStF).

Andere Autoren⁴³⁶ beriefen sich auf § 21 ABGB⁴³⁷, wonach Minderjährige und Personen, die aus einem anderen Grund aus dem ihrer Minderjährigkeit alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen nicht vermögen, unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen. Auch einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patienten sind von diesem erhöhten Schutzbedürfnis umfasst und unterliegen daher genauso im Bereich der Sorge für ihre Gesundheit dem besonderen gesetzlichen Schutz. *Barth*⁴³⁸ führte aus, dass der besondere Schutzanspruch bei Minderjährigen nicht dazu führen könne, das wachsende

⁴³⁴ Vgl etwa *Zipf*, ÖJZ 1977, 384; *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 25; *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374; *Reischauer* in *Rummel*?, § 1299 Rz 23b; *Aicher* in *Rummel*?, § 18 Rz 17; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 155; *Menardi*, ÖA 1998, 5; *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 191.

⁴³⁵ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436.

⁴³⁶ *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 25; *Aicher* in *Rummel*, § 16 Rz 17; *Engljähringer*., Ärztliche Aufklärungspflicht, 155; *Menardi*, ÖA 1998, 5; *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 191.

⁴³⁷ IdF BGBl 1973/198.

⁴³⁸ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 191-194.

Bedürfnis derselben zu selbstständigem und verantwortungsvollem Handeln gänzlich zu untergraben. Deswegen sollen den Eltern nur insoweit Befugnisse eingeräumt werden, als es zur Erfüllung ihrer aus der Verantwortlichkeit gegenüber dem Kind resultierenden Pflichten nötig ist. Demgemäß sei lediglich in jenen Fällen, wo eine Einbindung der Eltern auch einem tatsächlichen Schutzbedürfnis des Jugendlichen entspricht, dem Schutzinteresse des § 21 ABGB vor der Förderung der Selbstständigkeit des Minderjährigen der Vorrang einzuräumen. Besteht dieses besondere Bedürfnis nicht, dann sei allein auf die Selbstständigkeit des Heranwachsenden abzustellen.⁴³⁹ Eine Schutzbedürftigkeit sei allerdings ausschließlich dann anzunehmen, wenn aus einer Fehlentscheidung des minderjährigen Patienten ein nicht bloß geringfügiger Schaden für ihn entsteht, was in der Regel bei schwerwiegenden medizinischen Eingriffen der Fall sein werde. Im Ergebnis führe dies dazu, dass einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patienten in leichte Behandlungen allein einwilligen können und lediglich bei schweren Eingriffen die zusätzliche elterliche Zustimmung erforderlich ist.⁴⁴⁰

4.2. Die zustimmungsberechtigte Person

Forderte man bei bestimmten medizinischen Behandlungen neben der Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten auch die Zustimmung der Eltern, hatte man sich spätestens dann, wenn das Recht zur Pflege und Erziehung und die gesetzliche Vertretung nicht in denselben Personen vereint waren (vgl § 144 ABGB idF BGBl 1977/403) – man denke etwa daran, dass den Eltern zwar die gesetzliche Vertretung, jedoch nicht die Pflege und Erziehung entzogen wird – mit der Frage auseinander zu setzen, wer nun in concreto die Zustimmung zu erteilen hat – der Pflege- und Erziehungsberechtigte oder der gesetzliche Vertreter? Der Gesetzgeber gab auf diese Frage keine Antwort und auch der Rechtsprechung kann keine einheitliche Linie entnommen werden.⁴⁴¹

⁴³⁹ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 191-194.

⁴⁴⁰ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 191-194.

⁴⁴¹ Vgl dazu die Kapiteln II und III.

Einige Autoren⁴⁴², vor allem jene, die die Einwilligung als Rechtsgeschäft sahen, hielten den gesetzlichen Vertreter für zuständig, die Zustimmung zu einem medizinischen Eingriff am Kind zu erteilen. Diese Autoren⁴⁴³ konnten sich auf § 151 Abs 1 ABGB berufen, wonach Minderjährige ohne gesetzlichen Vertreter weder rechtsgeschäftlich verfügen noch sich verpflichten können. Auch im Strafrecht war man überwiegend der Ansicht, dass der gesetzliche Vertreter die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen erteilen müsse.⁴⁴⁴ Eine nähere Begründung dieser Meinung findet sich allerdings nirgends.

*Edlbacher*⁴⁴⁵ hingegen, nach dessen Ansicht die Erteilung der Einwilligung ein höchstpersönliches Recht und daher per se mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar sei, forderte die Einwilligung des Pflege- und Erziehungsberechtigten. Er stützte sich dabei insbesondere auf 146 ABGB idF BGBl 1977/403, wonach die Pflege insbesondere die Wahrung des körperlichen Wohles und der Gesundheit umfasse; und eine medizinische Heilbehandlung diene zweifelsfrei diesem Ziel.⁴⁴⁶ Aus § 144 leg.cit. ergebe sich überdies, dass die Einwilligung vom Pflege- und Erziehungsberechtigten im eigenen Namen in Ausübung des ihm zustehenden höchstpersönlichen Rechts erteilt wird.⁴⁴⁷ *Edlbacher*⁴⁴⁸ verwendete zwar nicht den Begriff des Pflege- und Erziehungsberechtigten, sondern jenen des „Sorgeberechtigten“, stellte jedoch klar, dass er mit der Bezeichnung „Sorgerecht“ die „Pflege- und Erziehung“ meine. Der Begriff „Sorgeberechtigter“ stammt ursprünglich aus dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.⁴⁴⁹ Seine Bedeutung für das österreichische Rechtsgebiet wurde in § 103 EheG⁴⁵⁰ umschrieben und 1978

⁴⁴² Wolff in *Klang*, VP, § 1294, 29; Koziol, *Haftpflichtrecht* II², 121; *Stellamor*, *Ärztliche Berufsordnung*, 47; *Reischauer in Rummel*², § 1299 Rz 23; Steiner, RdM 1994, 9; Gaisbauer, RdM 1995, 64.

⁴⁴³ Wolff in *Klang*, VP, § 1294, 29; Koziol, *Haftpflichtrecht* II², 121; *Stellamor*, *Ärztliche Berufsordnung*, 47; *Reischauer in Rummel*², § 1299 Rz 23; Steiner, RdM 1994, 9; Gaisbauer, RdM 1995, 64; Barth, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, 106.

⁴⁴⁴ Vgl etwa *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436; *Zipf*, ÖJZ 1977, 384; *Loebenstein*, ÖJZ 1978, 311; *Bertel/Schwaighofer*, BT I², 91; *Triffterer*, AT², 242, *Fuchs*, AT, 136; *Bertel* in *WK*², § 110 Rz 24.

⁴⁴⁵ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 373.

⁴⁴⁶ *Menardi*, ÖA 1998, 4.

⁴⁴⁷ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 373; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 682; *Menardi*, ÖA 1998, 4.

⁴⁴⁸ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 372. Vor *Edlbacher* verwendete auch *Gschnitzer*, *Bürgerliches Recht*, 172, den Begriff des „Sorgeberechtigten“.

⁴⁴⁹ *Gschnitzer* in *Klang*², § 3, 32.

⁴⁵⁰ Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938, dRGeBl 1938/807; § 103 leg.cit. lautete wie folgt: „Bei Anwendung des § 3 gilt als sorgeberechtigt

durch das Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts⁴⁵¹ durch die Anknüpfung auf das Recht auf Pflege und Erziehung ersetzt.⁴⁵²

Dass der Pflege- und Erziehungsberechtigte die Einwilligung in medizinische Behandlungen zu erteilen habe, wurde in der Folge von vielen Autoren für richtig empfunden.⁴⁵³

§ 144 leg.cit verpflichtete die Eltern überdies zur einvernehmlichen Vorgangsweise bei der Ausübung ihrer Rechte. Waren sich die Eltern in Angelegenheiten der Pflege – also auch über die (Nicht-)Vornahme einer medizinischen Behandlung – uneinig, sollte vor allem derjenige Elternteil berechtigt und verpflichtet sein, der den Haushalt führt, in dem das Kind betreut wird.⁴⁵⁴ Es kann daher wohl davon ausgegangen werden, dass nach den damaligen Verhältnissen im Ergebnis in der Regel die Mutter die einwilligungsberechtigte Person war. Dies entsprach auch § 141 ABGB idStF, wonach die Pflege des Körpers und der Gesundheit der Kinder hauptsächlich der Mutter oblagen.

*Barth*⁴⁵⁵ kam schließlich zu dem auch heute noch geltenden Ergebnis, dass diejenige Person zur Erteilung der Zustimmung zuständig sei, die im Bereich der Pflege und Erziehung die gesetzliche Vertretung inne hat. Er stützte seine Ansicht auf die bereits dargestellten Entscheidungen des OGH, nach denen der „*sorgeberechtigte gesetzliche Vertreter*“ die Einwilligung zur medizinischen Behandlung am Kind abzugeben habe. Wie schon *Edlbacher*⁴⁵⁶ stellte er zunächst fest, dass gemäß § 146 ABGB die Pflege des Kindes auch die Wahrung des körperlichen Wohles und

beim ehelichen Kinde der eheliche Vater und die eheliche Mutter, solange ihnen die Sorge nicht durch das Vormundschaftsgericht entzogen ist, beim unehelichen Kinde die Mutter, solange ihr die Sorge nicht durch das Vormundschaftsgericht entzogen ist, der Vater, wenn er die Sorge tatsächlich ausübt.“

§ 3 Abs 2 leg.cit. vor: „*Steht dem gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen nicht gleichzeitig die Sorge der Person des Minderjährigen zu oder ist neben ihm noch ein anderer sorgeberechtigt, so ist auch die Einwilligung des Sorgeberechtigten erforderlich.“*

⁴⁵¹ Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl 1977/403.

⁴⁵² RV 60 BlgNR 14. GP 46.

⁴⁵³ *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 144; *Schramm/Stempkowski*, RdM 1997, 137; *Menardi*, ÖA 1998, 4; *Heidinger*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 30.

⁴⁵⁴ Vgl § 144 zweiter Satz ABGB idF BGBl 1977/403.

⁴⁵⁵ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 110.

⁴⁵⁶ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 373; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 682.

der Gesundheit des Kindes umfasse. Da die Entscheidung über die Vornahme eines medizinischen Eingriffes das körperliche Wohl und die Gesundheit betreffe, falle auch die Einwilligung in einen Eingriff in den Zuständigkeitsbereich des Pflege- und Erziehungsberechtigten.⁴⁵⁷ Aus § 176 Abs 2 ABGB ergebe sich außerdem, dass es im Bereich der Pflege und Erziehung des Kindes zu Akten der gesetzlichen Vertretung kommen kann. Es sei daher grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass die Erteilung der Einwilligung in einen medizinischen Eingriff am Minderjährigen eine Vertretungshandlung im Bereich der Pflege und Erziehung ist.⁴⁵⁸ Schließlich widerlegte er *Edlbachers*⁴⁵⁹ Ansicht betreffend die Vertretungsfeindlichkeit höchstpersönlicher Rechte und zeigte, dass es sehr wohl eine Reihe von höchstpersönlichen Bereichen gebe, in denen der Gesetzgeber eine Substitution der individuellen Entscheidung des Kindes durch den gesetzlichen Vertreter vorsehe.⁴⁶⁰ Als Beispiele führte er zB § 164 ABGB an, wonach zur Rechtswirksamkeit des Vaterschaftsanerkennnisses der Anerkennende geschäftsfähig sein müsse, ein beschränkt Geschäftsfähiger allerdings mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam anerkennen könne. Auch beim Ein- oder Austritt aus der Kirche sei gemäß § 154 Abs 2 ABGB eine gesetzliche Vertretung möglich. Schließlich bedürfen beschränkt Handlungsfähige, die eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung wünschen, gemäß § 8 Abs 2 FMedG der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Abschließend bezog sich *Barth*⁴⁶¹ auf § 154 Abs 2 ABGB, der jene Vertretungshandlungen aufzählt, für die das Zusammenwirken beider Elternteile vorgeschrieben ist. In der RV vom 18. Jänner 1972⁴⁶² sei die Einwilligung in nicht bloß geringfügige Operationen und sonstige außergewöhnliche Behandlungen am Körper ebendort zu finden gewesen. Dass diese Passage nicht in § 154 Abs 2 ABGB verblieben ist, habe ihre Ursache nicht in Bedenken gegen die Qualifikation der Einwilligung als Vertretungshandlung, sondern darin, dass man vom Nutzen des Erfordernisses der Zustimmung beider Elternteile in dieser Angelegenheit nicht überzeugt war.⁴⁶³

⁴⁵⁷ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 111

⁴⁵⁸ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 111.

⁴⁵⁹ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 373.

⁴⁶⁰ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 115.

⁴⁶¹ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 118.

⁴⁶² RV 144 BlgNR 13. GP.

⁴⁶³ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 118.

Dadurch wurde zugleich die Frage beantwortet, ob die Durchführung einer medizinischen Behandlung am Kind die Zustimmung eines Elternteiles oder beider Elternteile benötige. § 154 Abs 1 ABGB idF BGBl 1977/403 regelte die gesetzliche Vertretung Minderjähriger. Dabei sollte die alleinige Vertretungshandlung eines Elternteiles selbst dann rechtswirksam sein, wenn der andere Elternteil damit nicht einverstanden ist. Lediglich in im Gesetz taxativ aufgezählten Fällen war die Zustimmung beider Elternteile erforderlich; die Einwilligung in Behandlungen zählte hierzu jedoch nicht. Im Unterschied zu den Eltern und zum Jugendwohlfahrtsträger musste der Vormund bei gravierenden Eingriffen gemäß § 216 Abs 2 ABGB zusätzlich die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung einholen. Dass die Entscheidung eines Elternteiles ausreichend ist, wurde auch schon zuvor von verschiedenen Autoren⁴⁶⁴ unter Hinweis auf § 154 Abs 1 leg.cit. vertreten – selbst von jenen Autoren, die die Einwilligung als höchstpersönliches Recht sahen und folglich eine gesetzliche Vertretung bei dieser ausschlossen. Konsequenter wäre es hier gewesen, mit *Edlbacher* auf § 144 leg.cit abzustellen.

Die Ausführungen in diesem Kapitel gelten natürlich auch für einsichts- und urteilsunfähige minderjährige Patienten, bei denen von Vorneherein die Eltern die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung geben mussten.

4.3. Vorgangsweise bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Kind und Eltern über die Vornahme der Behandlung

Ausgehend davon, dass bei bestimmten medizinischen Behandlungen sowohl die Einwilligung des minderjährigen Patienten als auch die Zustimmung der Eltern vorliegen musste, waren Ärzte oft mit unterschiedlichen Meinungen derselben über die (Nicht-)Vornahme der Behandlung konfrontiert. So konnte das Kind die von den Eltern befürwortete Behandlung ablehnen oder umgekehrt eine Behandlung wünschen, gegen die sich die Eltern aussprachen. Wessen Meinung hatte der Arzt

⁴⁶⁴ Vgl etwa *Steiner*, RdM 1994, 7; *Gaisbauer*, RdM 1995, 64; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 153; *Menardi*, ÖAV 1998, 6; *Bertel* in WK, § 110 Rz 22.

nun aber mehr Bedeutung beizumessen? War die Entscheidung des Kindes oder die der Eltern ausschlaggebend?

Entschied sich der einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patient für eine bestimmte Behandlung, gegen die sich seine Eltern aussprachen, wollten einzelne Autoren⁴⁶⁵ allein auf die Entscheidung des Minderjährigen abstellen, um dessen Selbstbestimmungsrecht zu wahren. *Edlbacher*⁴⁶⁶ betonte hingegen, dass sich der Arzt nicht ohne weiteres über die elterliche Ablehnung des Eingriffes hinwegsetzen dürfe, weil gemäß § 137a ABGB⁴⁶⁷ Dritte in elterliche Rechte nur insoweit eingreifen dürfen, als ihnen dies durch die Eltern selbst, unmittelbar auf Grund des Gesetzes oder durch eine behördliche Verfügung gestattet ist. Für den Fall der Behandlungsablehnung durch die Eltern müsse daher gemäß § 176 ABGB die Anrufung des Gerichts möglich sein.⁴⁶⁸ Diese Ansicht war auch die herrschende.⁴⁶⁹

Lehnte ein einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Patient umgekehrt die von den Eltern gewünschte Behandlung ab, wollten einige Autoren⁴⁷⁰ dem Selbstbestimmungsrecht minderjähriger Patienten volle Beachtung schenken und lediglich auf dessen Willen abstellen. *Edlbacher*⁴⁷¹ etwa leitete aus der Tatsache, dass die Rechtsordnung dem Minderjährigen so früh wie möglich die Selbstbestimmung überlassen möchte, ab, dass ein körperlicher Eingriff, den zwar die Eltern für notwendig erachten, der jedoch vom einwilligungsfähigen minderjährigen Patienten abgelehnt wird, zu unterbleiben hat.

Nach *Fleisch*⁴⁷² galt dies nur dann, wenn der einwilligungsfähige Minderjährige keine „offenkundige Fehlentscheidung“ traf und aus sachfremden Gründen die Einwilligung verweigerte. In diesen Fällen wollte er⁴⁷³ auf die Zustimmung der Eltern abstellen

⁴⁶⁵ Zipf, ÖJZ 1977, 384 unter Verweis auf Fleisch, ÖJZ 1965, 436.

⁴⁶⁶ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374.

⁴⁶⁷ IdF BGBl 1977/403.

⁴⁶⁸ Zu § 176 ABGB siehe sogleich im Kapitel „Gefährdung des Kindeswohls“.

⁴⁶⁹ Vgl Menardi ÖÄ 1998, 6 mwN.

⁴⁷⁰ Vgl etwa *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 678; *Kneihs*, Grundrechte und Sterbehilfe, 426.

⁴⁷¹ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374.

⁴⁷² *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436.

⁴⁷³ So auch *Bertel* in WK, § 110 Rz 22; *Burgstaller*, Wiener Kommentar, § 90, Rz 38; *Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung, 33.

und begründete dies mit deren Recht, alles vorzukehren, was dem Schutz des Lebens und der Gesundheit ihrer Kinder dienlich sei (§ 139 ABGB idStF).⁴⁷⁴

Andere⁴⁷⁵ wollten dem Minderjährigen den Weg zum Gericht ermöglichen. In diesem Zusammenhang kam eine analoge Anwendung von § 147 ABGB idF BGBl 1977/403 in Betracht, wonach der mündige Minderjährige das Gericht anrufen konnte, wenn er sich mit seinen Ausbildungswünschen nicht gegen die Eltern durchsetzte.⁴⁷⁶ Eine Analogie sei möglich, da in beiden Fällen das Kind existentiell betroffen sei und die Entscheidung weitreichende Folgen für die Zukunft habe.⁴⁷⁷ Das Gericht habe sodann unter Bedachtnahme auf die Schwere des Eingriffes, der Folgen für die Zukunft und das Alter des Minderjährigen in wertender Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Minderjährigen und dem Sorgerecht der Eltern zu entscheiden, ob die Zustimmung der Eltern genügt.⁴⁷⁸ § 176 leg.cit. wollten einige hingegen nicht anwenden, da im Falle der Zustimmung zu einer Heilbehandlung durch die Eltern keine Kindeswohlgefährdung vorliege.⁴⁷⁹ Mit *Barth*⁴⁸⁰ ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch in diesen Fällen eine Gefährdung des Kindeswohls nicht ausgeschlossen ist. Oft ist nämlich nicht sofort klar, ob mit der Vornahme oder der Unterlassung eines Eingriffes der Gesundheit des Kindes besser gedient ist bzw. bestehen im Bereich der Heilbehandlung mehrere Behandlungsalternativen.⁴⁸¹ Hier kann etwa auf den Fall „Olivia Pilhar“ verwiesen werden, in dem die elterliche Zustimmung zur Methode eines „Wunderheilers“ sehr wohl eine Gefährdung des Kindeswohls darstellte. Deshalb sprach sich *Barth*⁴⁸² – ausgenommen den Fall, dass die Entscheidung des gesetzlichen Vertreters offensichtlich nicht gegen das Kindeswohl verstößt – dafür aus, dass der Minderjährige sehr wohl gemäß § 176 leg.cit. das Gericht anrufen kann, welches zu überprüfen hat, ob die elterliche

⁴⁷⁴ *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436.

⁴⁷⁵ *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 25; *Aicher* in *Rummel*², § 16 Rz 17; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 155; *Menardi*, ÖA 1998, 6.

⁴⁷⁶ So etwa *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 25; *Aicher* in *Rummel*, § 16 Rz 17; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 155; *Menardi*, ÖA 1998, 6.

⁴⁷⁷ *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 25.

⁴⁷⁸ *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 25; *Aicher* in *Rummel*, § 16 Rz 17.

⁴⁷⁹ *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 25; *Aicher* in *Rummel*², § 16 Rz 17.

⁴⁸⁰ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 202.

⁴⁸¹ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 202.

⁴⁸² *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 204.

Zustimmung zum Eingriff gegen das Kindeswohl verstößt. Stellt das Gericht eine Kindeswohlgefährdung fest, sei ein Sachwalter zu bestellen, der eine den Eingriff ablehnende Entscheidung zu treffen hat. Stellt die Zustimmung zur Vornahme des Eingriffes nach Ansicht des Richters allerdings keine Kindeswohlgefährdung dar, dann sei eine Lösung über § 147 leg.cit. zu erreichen. Sind in medizinischer Hinsicht beide Entscheidungen vertretbar, habe der Richter dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen Vorrang einzuräumen. Nur dann, wenn mit der Unterlassung des Eingriffes die Gefahr einer dauernden Gesundheitsbeeinträchtigung oder sogar der Lebensgefährdung verbunden ist, solle im Sinne der Eltern entschieden werden.⁴⁸³

5. Beachtung des Kindeswohls

Da das Recht der Eltern zur Einwilligung in eine Heilbehandlung nach *Edlbacher*⁴⁸⁴ der Personensorge entsprang, konnte es auch nicht schrankenlos ausgeübt werden. Bei der Entscheidung hatten die Eltern die Gefahren des ärztlichen Eingriffes und dessen Erfolgsaussichten gewissenhaft abzuwägen und immer im Sinne des Kindeswohls zu entscheiden. Dies entsprach seit 1977 auch dem geltenden Kindschaftsrecht, zu dessen Leitbildern ua die Förderung des Kindeswohls zählte.⁴⁸⁵ Zwar fehlte eine Definition des Begriffes im Gesetz, es wurden allerdings Kriterien festgelegt, die bei der Bestimmung des Kindeswohls maßgeblich sein sollten, nämlich die Persönlichkeit des Kindes, seine Bedürfnisse, seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten sowie die Lebensverhältnisse der Eltern.⁴⁸⁶ Während vor Inkrafttreten der Familienrechtsreform 1977 die hA lediglich im Falle eines Verschuldens von einer Kindeswohlgefährdung ausging, stellte bzw stellt man nunmehr allein auf eine objektive Gefährdung der Kindesinteressen ab.⁴⁸⁷ Nach *Posch*⁴⁸⁸ hatte die Formel vom Kindeswohl zwei Funktionen zu erfüllen. Zum Einen sei sie

⁴⁸³ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 205.

⁴⁸⁴ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 373. So auch *Maleczky*, RdM 1994, 682

⁴⁸⁵ *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 12.

⁴⁸⁶ Vgl § 178 ABGB idF BGBl 1977/403.

⁴⁸⁷ *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 15; für die heutige Rechtslage vgl etwa *Barth*, ÖJZ 2002, *Barth in Klang*³, § 146c Rz 39; *Beck*, Kindschaftsrecht, 151.

⁴⁸⁸ *Posch*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 15.

Tatbestandselement, das den Richter dazu legitimiert, in grundgesetzlich anerkannte Freiheitsräume der Eltern reglementierend einzugreifen, zum Anderen stelle sie eine Richtlinie dar, die der Justiz den Weg zu sachgerechten Entscheidungen in all jenen Fällen weisen soll, in welchem Anlass zu richterlichem Eingreifen besteht. Wird das Kindeswohl gefährdet, komme dem Staat sozusagen als „Treuhand der Kindesinteressen ein Wächteramt“⁴⁸⁹ zu.

Diese Regelung fand insbesondere in § 176 ABGB idF BGBl 1977/403 ihren Ausdruck. Gemäß § 176 ABGB leg.cit. hatte das Gericht im Fall einer Kindeswohlgefährdung durch die Eltern die zur Sicherung des Wohles des Kindes nötigen Verfügungen zu treffen. Es durfte die Obsorge einschränken oder auch ganz entziehen.⁴⁹⁰ Weiters kam dem Gericht die Befugnis zu, die gesetzlich erforderliche Einwilligung oder Zustimmung eines Elternteils zu ersetzen.⁴⁹¹ Dies allerdings nur dann, wenn die Eltern in wichtigen Angelegenheiten des Kindes kein Einvernehmen erzielten; also einer der beiden bereits seine Einwilligung bzw Zustimmung gegeben hatte.⁴⁹² Schließlich konnte das Gericht Zwangsmittel, Verbote und Aufträge sowie vorläufige Maßnahmen anordnen.⁴⁹³ § 176 leg.cit sah bzw sieht außerdem ausdrücklich vor, dass das Gericht durch seine Verfügung die elterlichen Rechte nur so weit beschränken darf, als dies zur Sicherung des Wohles des Kindes nötig ist. Bei der Auswahl der für die Sicherung des Kindeswohls erforderlichen gerichtlichen Maßnahme gilt nach wie vor der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁴⁹⁴ Für den Fall, dass durch die Verweigerung der elterlichen Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung das Kindeswohl gefährdet war, ergaben sich für das Gericht daher folgende Möglichkeiten:

Es konnte die gesetzliche Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung oder – soweit es erforderlich war – die gesamte Obsorge einem bzw beiden Elternteilen entziehen und dem anderen Elternteil bzw einem Dritten (Sachwalter) übertragen,

⁴⁸⁹ Posch, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 15.

⁴⁹⁰ Koziol/Welser II⁵, 220.

⁴⁹¹ Koziol/Welser II⁵, 220.

⁴⁹² Pichler, ÖA 1978, 29; Edlbacher, ÖJZ 1982, 373; Maleczky, ÖJZ 1994, 682.

⁴⁹³ Kopetz, RdM 1994, 13; Barth, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 142.

⁴⁹⁴ Pichler, ÖA 1978, 29; Barth, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 140; Weitzenböck in Schwimann³, § 176 Rz 30.

der dann die nötige Zustimmung zur medizinischen Behandlung erteilen konnte. Dabei konnte sich grundsätzlich jeder an das Gericht wenden, so auch der betroffene minderjährige Patient oder der Arzt (vgl § 176: „Gefährden die Eltern oder Großeltern durch ihr Verhalten das Wohl des minderjährigen Kindes, so hat das Gericht, von wem immer es angerufen wird [...] die zur Sicherung des Wohles des Kindes nötigen Verfügungen zu treffen).

Waren sich die Eltern nicht einig, ob ein bestimmter Eingriff vorgenommen werden sollte oder nicht, dann konnte zB der Arzt das Gericht anrufen, das zu entscheiden hatte, welche Entscheidung für das Kind die bessere ist.⁴⁹⁵

Sprachen sich allerdings beide Elternteile gegen die Behandlung aus oder gab nur einer eine Erklärung ab, konnte das Gericht hingegen nicht die Zustimmung ersetzen.⁴⁹⁶ Diese Lösung wurde auch von denjenigen Autoren vertreten, die sich für die Qualifikation der Einwilligung als höchstpersönliches Recht aussprachen.⁴⁹⁷ Wie unter Punkt 4.2. dargestellt, hätte in diesem Fall eine Anrufung des Gerichts jedoch unterbleiben können, da gemäß § 144 leg.cit auf die Entscheidung desjenigen Elternteils abzustellen gewesen wäre, welcher den Haushalt führt, in dem das Kind betreut wird.⁴⁹⁸

Verweigerten beide Elternteile ihre Zustimmung, sollte ein Sachwalter zur Abgabe der konkreten Zustimmung bestellt werden.⁴⁹⁹ Als Grund, weshalb das Gericht nicht selbst die notwendige Erklärung ersetzen konnte, sondern einen Sachwalter zu bestellen hatte, wurde von *Maleczky*⁵⁰⁰ nachvollziehbar angeführt, dass oft nicht ein einfaches „Ja“ oder „Nein“ ausreicht. Vielmehr seien Entscheidungen erforderlich, die zahlreiche zusätzliche Informationen erfordern, die über einen einmaligen Beschluss des Pflschaftsgerichts hinausgehen und laufende Änderungen im Zustand des Patienten zu berücksichtigen haben. Würde die Bestellung eines

⁴⁹⁵ *Maleczky*, ÖJZ 1994, 683; *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 142.

⁴⁹⁶ *Maleczky*, ÖJZ 1994, 683; *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 142.

⁴⁹⁷ So etwa *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 374.

⁴⁹⁸ Vgl § 144 zweiter Satz ABGB idF BGBI 1977/403.

⁴⁹⁹ *Maleczky*, ÖJZ 1994, 683; *Menardi*, ÖA 1998, 6; *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 142.

⁵⁰⁰ *Maleczky*, ÖJZ 1994, 683.

Sachwalters allerdings zu spät erfolgen, sei bei Gefahr im Verzug gemäß § 215 ABGB der Jugendwohlfahrtsträger aufgerufen, die erforderlichen Maßnahmen, wie etwa Zustimmung zur Heilbehandlung oder Auswahl aus mehreren möglichen Behandlungsalternativen, mit vorläufiger Wirksamkeit selbst zu treffen.⁵⁰¹ Schritt der Jugendwohlfahrtsträger nicht ein, sprach man sich im Fall akuter Gefährdung des Kindes dafür aus, dem Pflegschaftsrichter die Befugnis einzuräumen, etwa auf telefonischem Weg ad hoc den Eltern das Zustimmungsrecht zu entziehen und selbst eine Entscheidung zu treffen.⁵⁰² Sei auch diese Vorgangsweise zeitlich nicht möglich, müsse der Arzt selbstverantwortlich tätig werden und nötigenfalls auch gegen den Willen der Eltern die nötige Behandlung durchführen.⁵⁰³

Im medizinischen Bereich zeigte sich die Problematik der Gefährdung des Kindeswohls insbesondere im Zusammenhang mit der Behandlung von Kindern Angehöriger der Zeugen Jehovas⁵⁰⁴, welche aus religiösen Gründen⁵⁰⁵ keine Bluttransfusion gestatten.⁵⁰⁶ In concreto lehnen Jehovas Zeugen Bluttransfusionen von Vollblut, roten Blutkörperchen, weißen Blutkörperchen, Blutplättchen oder Blutplasma ab.⁵⁰⁷ Der OGH hielt in einer Entscheidung aus dem Jahr 1986⁵⁰⁸ fest, dass die Weigerung der Eltern, einer notwendigen Bluttransfusion an die Kinder zuzustimmen, eine Gefährdung des Kindeswohls darstellt.⁵⁰⁹ Grundsätzlich ist zwar die Ablehnung einer Bluttransfusion auf Grund des Selbstbestimmungsrechts des Patienten auch bei Lebensgefährdung vom Arzt zu respektieren, verweigern jedoch die Eltern die Einwilligung zur Bluttransfusion an ihrem Kind, gefährden sie dadurch dessen Wohl. Die religiöse Überzeugung muss hinter die Pflicht zurücktreten, das

⁵⁰¹ *Maleczky*, ÖJZ 1994, 687.

⁵⁰² *Kopetz*, RdM 1994, 13.

⁵⁰³ *Zipf*, ÖJZ 1977, 384.; *Zankl*, ÖJZ 1989, 301; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 687.

⁵⁰⁴ Jehovas Zeugen sind in Österreich seit 8.5.2009 unter der Bezeichnung „Jehovas Zeugen in Österreich“ als Religionsgesellschaft anerkannt; vgl BGBl II 2009/139.

⁵⁰⁵ Dies wird damit begründet, dass die Bibel Christen gebiete, „Blut zu meiden“ (Apostelgeschichte 15:29, Einheitsübersetzung) – vgl hierzu die offizielle Website Jehovas Zeugen in Österreich <http://www.jehovas-zeugen.at/Fragen-und-Antworten.14.0.html#c26>.

⁵⁰⁶ Vgl hierzu etwa Fall „Jasmin V.“, nacherzählt in *Maleczky*, ÖJZ 1994, 681 f oder den Fall des Linzer Babys Simon, wiedergegeben ua in *Köck*, Vom Elternrecht zum Recht der nächsten Familienangehörigen, ÖJZ 1995, 481f. Siehe weiters *Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung, 29; *Sautner*, JAP 1999/2000, 7; *Kern*, JAP 2000/2001, 14 oder *Noll*, Jehovas Zeugen, 105.

⁵⁰⁷ *Dettmeyer*, Medizin & Recht, 219.

⁵⁰⁸ OGH 3.9.1986, 1 Ob 586/86.

⁵⁰⁹ So bereits das BG Rattenberg 15.7.1993, P 60/93-2; vgl OGH 23.11.1993, 5 Ob 565/93, SZ 66/153.

Leben des eigenen Kindes zu wahren.⁵¹⁰ Die Wahrung des körperlichen Wohls und der Gesundheit des Kindes könne nicht von religiösen Handlungsgeboten der Eltern abhängig sein. Es könne weder die Glaubens- noch die Gewissensfreiheit ins Treffen geführt werden, weil sich niemand einer elterlichen Pflicht durch Berufung auf entgegenstehende religiöse Anschauungen entziehen könne. Diese Pflicht besteht darin, im Falle der Notwendigkeit der Bluttransfusion bei der bevorstehenden Operation dieser zuzustimmen.⁵¹¹ Verweigerten die Eltern nun ihre Zustimmung zur Bluttransfusion stellt dies einen Missbrauch des Sorgerechts dar.⁵¹² Ein Missbrauch des Sorgerechts liegt aber auch dann vor, wenn die Eltern bei einer Krebserkrankung ihres Kindes die erfolgsversprechende Chemotherapie zugunsten der Methode eines „Wunderheilers“ ablehnen.⁵¹³

An dieser Stelle ist schließlich noch auf die Problematik bei fremdnützigen Eingriffen, wie etwa Organentnahmen, hinzuweisen. Ist der potentielle Spender einwilligungsunfähig, käme es allein auf die Einwilligung der Eltern an. Da diese das Kindeswohl beachten müssen, ist es folglich grundsätzlich ausgeschlossen, dass ein einwilligungsunfähiger Minderjähriger als Organspender fungiert. Diese Ansicht wurde bzw wird auch heute von einigen Autoren vertreten.⁵¹⁴ Eine Ausnahme stellt jedoch die Spende regenerierbarer Gewebe, wie etwa Knochenmark, zugunsten eines Verwandten dar.⁵¹⁵ In diesen Fällen scheint es vertretbar, davon auszugehen, dass durch den Nachteil, den der Minderjährige durch die fremdnützige Knochenmarkspende erleidet, ein noch weitergehender Nachteil (etwa das Bewusstsein, einer nahe stehenden Person nicht jede mögliche Hilfe gewährt zu haben und die damit verbundenen psychischen Beeinträchtigungen) verhindert wird.⁵¹⁶ Besteht also zwischen dem Spender und dem Empfänger, der dringend eine

⁵¹⁰ *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 138 mwN; *Barth*, ÖJZ 2002, 605.

⁵¹¹ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 373; *Zankl*, ÖJZ 1989, 300; *Menardi*, ÖA 1998, 6.

⁵¹² *Menardi*, ÖA 1998, 6; *Stellamor/Steiner*, Handbuch, 339.

⁵¹³ *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 153; *Barth*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, 139; *Barth*, ÖJZ 2002, 605. Vgl hierzu den Fall „Olivia Pilhar“ - http://www.pilhar.com/Olivia/Korrespo/1997/19970904_Prozess_Urteil.htm.

⁵¹⁴ *Rieder*, ÖJZ 1978, 115; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 123; *Kopetzki*, Organgewinnung, 253; *Menardi*, ÖA 1998, 10; *Burgstaller/Schütz* in WK², § 90 Rz 130.

⁵¹⁵ *Aigner*, RdM 1998, 144; sowie später auch *Kletečka*, Einwilligung, I/149, *Franta*, Transplantationsrecht, 167 oder *Barth* in Klang³, § 146c Rz 63.

⁵¹⁶ *Aigner*, RdM 1998, 144; sowie später auch *Kletečka*, Einwilligung, I/149, *Franta*, Transplantationsrecht, 167 oder *Barth* in Klang³, § 146c Rz 63.

Knochenmarktransplantation benötigt, eine besondere gefühlsmäßige Beziehung – etwa ein geschwisterliches Verhältnis – kann eine Gesamtabwägung aller Umstände ergeben, dass die Durchführung der Transplantation letztlich dem Wohl beider Kinder eher entspricht als deren Unterlassung, sodass in diesem speziellen Fall die Zustimmung der Eltern zur Transplantation gerechtfertigt sein kann.⁵¹⁷

V. Zusammenfassung

Das Delikt der eigenmächtigen Heilbehandlung wurde 1975 in § 110 StGB neu formuliert. Es umfasst nun nicht mehr ausschließlich Heilbehandlungen i.e.S., sondern alle Behandlungen zu diagnostischen, therapeutischen, prophylaktischen oder schmerzlindernden Zwecken. Im öffentlich-rechtlichen Bereich entstanden neben § 8 Abs 3 KAG – eine analoge Anwendung für Behandlungen außerhalb von Krankenanstalten wurde in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts von der hL abgelehnt – eine Vielzahl spezieller Regelungen betreffend die Einwilligung Minderjähriger. Diese galten jedoch lediglich für bestimmte medizinische Maßnahmen und weichen in ihrem Inhalt voneinander ab, sodass eine Verallgemeinerung ausscheidet. Die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung minderjähriger Patienten wurden somit weder in § 110 StGB noch in den verschiedenen verwaltungsrechtlichen Sonderbestimmungen (abschließend) geregelt. Auch der OGH, der im Wesentlichen darauf abstellte, ob sich der Minderjährige schon in einem „urteilsfähigen Alter“ befindet, legte nicht fest, nach welchen Kriterien sich dieses bestimmt. In der Literatur hingegen fanden sich mehrere Anhaltspunkte. Schlussendlich wurde auf ein von *Amelung* entwickeltes Modell zurückgegriffen, wonach es bei der Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit darauf ankommt, ob der minderjährige Patient über die Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen, die Fähigkeit zur Bewertung und die Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung verfügt. Aber selbst bei Bejahung dieser Fähigkeiten schrieb man den Eltern in bestimmten Fällen dennoch ein Mitwirkungsrecht zu. Ob dieses in concreto dem gesetzlichen Vertreter oder dem

⁵¹⁷ *Aigner*, RdM 1998, 144; sowie später auch *Kletečka*, Einwilligung, I/149, *Franta*, Transplantationsrecht, 167 oder *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 63.

Erziehungsberechtigten zukommt, war allerdings strittig. Ende des 20. Jahrhunderts führte das BMJ den Entwurf eines KindRÄG 1999 der allgemeinen Begutachtung zu. § 146c idF des Entwurfs sollte eine abschließende Klärung im Zusammenhang mit der Einwilligungs-Problematik minderjähriger Patienten bringen, die – wie im nächsten Teil der vorliegenden Arbeit gezeigt wird – jedoch nicht erreicht werden konnte.

DRITTER TEIL: DIE RECHTSLAGE ZU BEGINN DES 21. JAHRHUNDERTS

I. Einleitende Bemerkung

Zu Beginn des 21. Jahrhunderts erfuhr die Einwilligung minderjähriger Patienten eine gesetzliche Regelung in § 146c ABGB. Auch wenn dadurch ein großer Fortschritt erreicht wurde, sind nach wie vor – wie sich in der Folge zeigen wird – einige Fragen im Zusammenhang mit der Behandlung Minderjähriger offen. Den Schwerpunkt dieses letzten Teils meiner Arbeit bildet daher das Kapitel V („Die Einwilligung minderjähriger Patienten in der Literatur“), in dem die strittigen Punkte dargelegt werden und versucht wird, eine Lösung zu finden.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass zeitgleich mit Einführung des § 146c ABGB die Volljährigkeitsgrenze herabgesetzt wurde. War man zuvor erst mit Vollendung des 19. Lebensjahres volljährig, gilt man seit 2001 bereits dann als volljährig, wenn man das 18. Lebensjahr vollendet hat.⁵¹⁸

II. Gesetzliche Regelungen betreffend die Einwilligung von Patienten

Im 20. Jahrhundert war die Einwilligung (minderjähriger) Patienten zwar im StGB, im KAG und anderen verwaltungsrechtlichen Sonderbestimmungen geregelt, eine Regelung im zivilrechtlichen Bereich gab es hingegen nicht. Dies änderte sich zu Beginn des 21. Jahrhunderts mit Inkrafttreten des § 146c ABGB. In der Folge wurden einige der dargestellten verwaltungsrechtlichen Bestimmungen an den „neuen Paragraphen“ angepasst. Im Strafrecht gab es jedoch keine Änderungen bei den einschlägigen Bestimmungen.

⁵¹⁸ Vgl § 21 ABGB idF BGBl I 2000/135.

1. Die Einwilligung im Zivilrecht

Im zweiten Teil der Arbeit wurden der ME eines KindRÄG 1999 sowie die dazu eingelangten Stellungnahmen dargestellt. Ergebnis des Begutachtungsverfahrens war die RV eines KindRÄG 2001⁵¹⁹, die eine in seiner Formulierung recht deutlich von § 146c ABGB idF des ME⁵²⁰ abweichende Bestimmung enthielt:

(1) Einwilligungen in medizinische Behandlungen kann das einsichts- und urteilsfähige Kind nur selbst erteilen; im Zweifel wird das Vorliegen dieser Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen vermutet. Mangelt es an der notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist die Zustimmung der Person erforderlich, die mit Pflege und Erziehung betraut ist.

(2) Willigt ein einsichts- und urteilsfähiges Kind in eine Behandlung ein, die 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 Pflege und Erziehung betraut ist.

(3) Die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes sowie die Zustimmung der Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist, sind nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, dass der mit der Einholung der Einwilligung oder der Zustimmung verbundene Aufschub das Leben des Kindes gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung verbunden wäre.

Im Unterschied zum ME erfahren die Bestimmungen über die Vorgehensweise bei medizinischen Behandlungen Minderjähriger nunmehr eine Regelung in einem eigenen Paragraphen. Wie im Begutachtungsverfahren außerdem angeregt, wird auch klargestellt, was zu gelten hat, wenn der Minderjährige nicht über die nötige

⁵¹⁹ RV 296 BlgNR 21. GP: Regierungsvorlage betreffend Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz, das Unterhaltsvorschussgesetz, die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz, das Rechtspflegergesetz, die Exekutionsordnung, die Strafprozessordnung 1975, das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, das Gerichtsgebührengesetz, das Strafgesetzbuch, das Bankwesengesetz und das Krankenanstaltengesetz geändert werden (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 – KindRÄG 2001).

⁵²⁰ Vgl dazu Kapitel II. 2.2. im zweiten Teil der Arbeit.

Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, um selbst über die Vornahme einer medizinischen Behandlung zu entscheiden – in diesem Fall wird die „Zustimmung“ der Person gefordert, die mit Pflege und Erziehung betraut ist. Dadurch wird zugleich der im ME verwendete Begriff „Eltern“ präzisiert.

Wie § 146c ABGB idF des ME geht auch § 146c ABGB idF der RV vom Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen aus. Zwar wurde dies von einigen kritisiert – wie bereits in Kapitel II.2.3.2. im zweiten Teil der Arbeit dargestellt –, allerdings stellen die Erläuterungen klar, dass nach übereinstimmender Auffassung der in die Vorbereitung des Entwurfs eingebundenen Experten keinerlei Bedenken gegen diese Zweifelsregelung bestehen.⁵²¹

Den mehrfach im Rahmen des Begutachtungsverfahrens erstatteten Anregungen, den Anwendungsbereich des vorgeschlagenen § 146c ABGB auch auf andere medizinische Maßnahmen einschließlich des Schwangerschaftsabbruches auszudehnen, folgte der Entwurf ebenfalls nicht.⁵²² Dies wurde damit begründet, dass es vor allem bei Letzterem nicht primär um die Gesundheit der werdenden Mutter gehe, sondern um die ausschließlich persönlichkeitsrechtsrelevante Frage der Fortpflanzung, also darum, ob eine Frau ein Kind zur Welt bringt oder nicht. Die Kriterien, die für die Entscheidung dieser Frage maßgebend seien, decken sich in weiten Bereichen nicht mit denen für die Entscheidung über die Vornahme einer Behandlung. Der Schwangerschaftsabbruch habe in den §§ 96 ff StGB bereits seit langem eine ausdrückliche Regelung gefunden, die sich bewährt habe, sodass es bei der geltenden Rechtslage bleiben solle.

Der Entwurf berücksichtigt schließlich, dass den mit der Pflege und Erziehung betrauten Personen, also insbesondere den Eltern, eine aus dieser Aufgabe erfließende Verantwortung zukommt, die sie in einer das Alter und die Entwicklung des Kindes berücksichtigenden Weise wahrzunehmen haben. Daher soll bei Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in jedem Fall die Einwilligung des Kindes erforderlich sein. Der im ME enthaltene Gedanke, den Eltern in

⁵²¹ RV 296 BlgNR 21. GP 54.

⁵²² RV 296 BlgNR 21. GP 54.

schwerwiegenden Fällen die Gelegenheit zu geben, die Behandlung mit dem Kind und dem Arzt vor deren Vornahme eingehend zu erörtern, um auf diese Weise mit ihrem Rat und Zuspruch die Willensbildung des Minderjährigen unterstützen zu können, wird – nach den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens und der anschließenden rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion – in modifizierter Form aufrechterhalten.⁵²³ Die Einbeziehung der Eltern stellt der Entwurf nunmehr dadurch sicher, dass er unter bestimmten Voraussetzungen neben der Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes auch die Zustimmung der Eltern fordert. Zwar wird die Vornahme der Behandlung gegenüber dem Kind bereits durch dessen Einwilligung gerechtfertigt, jedoch darf der Arzt die Behandlung nur dann tatsächlich vornehmen, wenn auch die notwendige Zustimmung der mit Pflege und Erziehung betrauten Personen vorliegt.⁵²⁴ § 146c Abs 2 ABGB enthalte daher nur eine Handlungsanleitung an den Arzt, der im Verhältnis zur zustimmungsberechtigten Person nur dann tätig werden dürfe, wenn die mit Pflege und Erziehung betraute Person die erforderliche Zustimmung erteilt hat.⁵²⁵ Wie die Ausführungen im Kapitel IV.5. zeigen werden, sind sich die Autoren allerdings nicht einig darüber, ob die Zustimmungsbefugnis ein eigenes Recht der Pflege- und Erziehungsberechtigten ist.

Schließlich stellen die Erläuterungen klar, dass mit dem Begriff „*Pflege- und Erziehungsberechtigter*“ der gesetzliche Vertreter in Angelegenheiten der Pflege und Erziehung gemeint ist.⁵²⁶ Die Erläuterungen führen weiters aus, dass der Begriff des „*gesetzlichen Vertreters*“ deswegen vermieden wird, da es beim einsichts- und urteilsfähigen Kind in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung keine Vertretung geben kann.⁵²⁷ Aus § 176 Abs 4 ABGB idF der RV folge außerdem, dass die Zustimmung vom gesetzlichen Vertreter in Angelegenheiten der Pflege und Erziehung zu erteilen ist, nicht aber unter Umständen von derjenigen Person, die – etwa wegen ihrer Minderjährigkeit oder der Bestellung eines Sachwalters – bloß tatsächlich Pflege und Erziehung ausübt. Da die Entscheidung über derart

⁵²³ RV 296 BlgNR 21. GP 28-30.

⁵²⁴ RV 296 BlgNR 21. GP 28-30.

⁵²⁵ RV 296 BlgNR 21. GP 54.

⁵²⁶ RV 296 BlgNR 21. GP 54.

⁵²⁷ RV 296 BlgNR 21. GP 54.

schwerwiegende Behandlungen doch ein sehr hohes Maß an geistiger Leistungsfähigkeit und an Lebenserfahrung erfordert und § 146c Abs 2 ABGB dem Schutz des zwar einsichts- und urteilsfähigen, aber unter Umständen in seiner Person noch nicht gefestigten Kindes dienen soll, schien es nach der RV auch nicht sinnvoll, die dem Arzt ein Tätigwerden gestattende Zustimmung einer Person zu fordern, die selbst – sei es aus Gründen ihrer eigenen Minderjährigkeit oder wegen einer geistigen Behinderung – nicht voll handlungsfähig ist.⁵²⁸ Abgesehen von den dargestellten Ergänzungen gaben die Erläuterungen die zum KindRÄG 1999 getätigten Äußerungen fast wortgetreu wieder.

Das KindRÄG 2001 wurde am 22. November 2000 vom Nationalrat verabschiedet⁵²⁹ und trat gemäß Art 18 am 1. Juli 2001 in Kraft. Mit § 146c ABGB wurde somit erstmals eine zivilrechtliche Regelung betreffend die Einwilligung minderjähriger Patienten in medizinische Behandlungen geschaffen. Dass durch diese Bestimmung aber dennoch keine abschließende Klarheit geschaffen wurde, wird das vierte Kapitel dieses Abschnitts zeigen.

2. Die Einwilligung im Krankenanstaltenrecht und weiteren verwaltungsrechtlichen Sonderbestimmungen

2.1. Das Krankenanstaltengesetz

Auf Grund der Einfügung des § 146c ABGB sah man die Notwendigkeit, auch § 8 Abs 3 KAG, der die Zustimmungen gesetzlicher Vertreter Minderjähriger zu medizinischen Behandlungen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs zwingend und ohne Rücksicht auf deren Einsichts- und Urteilsfähigkeit vorsah, entsprechend zu ändern.⁵³⁰ Daher sollte § 8 Abs 3 leg.cit. umformuliert werden, um *„die Bestimmungen des Zivilrechts durch den Verweis auf die Regelungen der Handlungsfähigkeit auch für den Bereich der medizinischen Behandlungen in*

⁵²⁸ RV 296 BlgNR 21. GP 54.

⁵²⁹ StProtNR, 44. Sitzung, 21.GP, 192.

⁵³⁰ RV 296 BlgNR 21. GP 124.

Krankenanstalten“ zu übernehmen.⁵³¹ Der letzte Satz in § 8 Abs 3 KAG lautete daher seit 1. Juli 2001 wie folgt: *„Behandlungen dürfen an einem Pflegling nur mit dessen Zustimmung durchgeführt werden; fehlt dem Pflegling in diesen Angelegenheiten die eigene Handlungsfähigkeit, so ist die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erforderlich.“*⁵³²

Es fällt auf, dass § 8 Abs 3 KAG eine andere Terminologie als § 146c ABGB verwendet, sodass auf den ersten Blick ein Widerspruch zwischen den beiden Bestimmungen vorliegt. Während das ABGB auf die „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ des minderjährigen Patienten abstellt, spricht das KAG von der „Handlungsfähigkeit“. Verfügt der Minderjährige nicht über diese Fähigkeiten, verlangt das ABGB die „Zustimmung“ der „Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist“, hingegen stellt das KAG auf die „Einwilligung“ des „gesetzlichen Vertreters“ ab. Dazu ist Folgendes festzuhalten: Es wurde bereits erläutert, dass nach § 146c ABGB der gesetzliche Vertreter im Bereich der Pflege und Erziehung zustimmungsberechtigte Person ist. Insofern stellen sowohl das ABGB als auch das KAG auf die gesetzliche Vertretung ab, nämlich die gesetzliche Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung. Kann der minderjährige Patient nicht selbst über die Vornahme einer Behandlung entscheiden, sind daher sowohl nach dem ABGB als auch nach dem KAG dieselben Personen zuständig. Zur uneinheitlichen Verwendung der Begriffe „Einwilligung“ bzw „Zustimmung“ kann mit *Kopetzki*⁵³³ und *Resch*⁵³⁴ davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die beiden Begriffe offenbar unzweckmäßiger Weise gleichgesetzt hat. Auch in anderen gesetzlichen Bestimmungen werden terminologische Unterscheidungen nicht konsequent durchgehalten. Dadurch, dass das KAG als Voraussetzung für eine höchstpersönliche Zustimmung des Patienten die „eigenen Handlungsfähigkeit“ nennt, die maßgeblichen Kriterien für deren Bestimmung jedoch nicht anführt, kann von einer impliziten Verweisung des KAG auf das ABGB ausgegangen werden.⁵³⁵ Somit ist auch im Krankenanstaltenrecht die Einsichts- und Urteilsfähigkeit

⁵³¹ RV 296 BlgNR 21. GP 124.

⁵³² BGBl 2000/135.

⁵³³ *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 21.

⁵³⁴ *Resch*, Fähigkeit zur Einwilligung, 46.

⁵³⁵ *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 18.

Kriterium für die Einwilligung minderjähriger Patienten. Im Ergebnis liegt daher kein Widerspruch zwischen § 146c ABGB und § 8 Abs 3 KAG vor.

§ 8 Abs 3 KAG (= KAKuG) erfuhr bis zum Jahr 2006 keine Änderung. Dennoch soll die Novelle durch das Verwaltungsreformgesetz 2001⁵³⁶ hervorgehoben werden. Auf Grund der Aufhebung des Bundesgesetzes über natürliche Heilvorkommen und Kurorte wurde eine Bestimmung zu Kuranstalten in das KAG aufgenommen.⁵³⁷ Dementsprechend wurde das KAG in „Bundesgesetz über Kranken- und Kuranstalten (KAKuG)“ umbenannt; diese Bezeichnung führt es nunmehr seit 20. April 2002. Durch das Gesundheitsrechtsänderungsgesetz 2006⁵³⁸ (GRÄG), welches am 27. Juli 2006 in Kraft trat, wurde § 8 Abs 3 KAKuG schließlich an die Terminologie des § 146c ABGB (sowie auch an die des mit 1. Juli 2006 in Kraft getretenen PatVG, BGBl I 2006/55) angepasst.⁵³⁹ § 8 Abs 3 KAKuG lautet nunmehr wie folgt:

Behandlungen dürfen an einem Pflegling nur mit dessen Einwilligung durchgeführt werden; fehlt dem Pflegling in diesen Angelegenheiten die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist – sofern die Vornahme der medizinischen Behandlung nicht durch eine Patientenverfügung ausgeschlossen ist – die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters erforderlich. Die Einwilligung oder Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, dass der mit der Einholung der Einwilligung des Pfleglings oder der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder mit der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters verbunden Aufschieben das Leben gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre. Über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Behandlung entscheidet der ärztliche Leiter der Krankenanstalt oder der für die Leitung der betreffenden Anstaltsabteilung verantwortliche Arzt.

Somit ist nunmehr eindeutig klargestellt, dass zwischen § 146c ABGB und § 8 Abs 3 KAKuG kein Widerspruch besteht.

⁵³⁶ BGBl 65/2002.

⁵³⁷ RV 772 BlgNR 21. GP 27.

⁵³⁸ BGBl I 2006/122.

⁵³⁹ RV 1495 BlgNR 22. GP 2.

2.2. Weitere verwaltungsrechtliche Sondervorschriften

Wie in Kapitel II.3. des zweiten Teils der vorliegenden Arbeit gezeigt, finden sich neben dem KAKuG (früher KAG) Regelungen zur Einwilligung minderjähriger Patienten auch in anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, wie etwa dem AMG, UbG, MPG oder GTG. Es stellt sich die Frage, ob sich die durch das KindRÄG 2001 bedingten Änderungen auch auf diese auswirken. Auf Grund des speziellen Charakters der öffentlich-rechtlichen Regelungen ist dies grundsätzlich zu verneinen.⁵⁴⁰ Somit bleiben zB die vom Zivilrecht abweichenden Altersgrenzen der Sonderregelungen aufrecht. Dasselbe gilt für Einwilligungskonkurrenzen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn eine *lex specialis* ausdrücklich auf das ABGB verweist bzw eine implizite Verweisung angenommen werden muss.⁵⁴¹ So wird etwa der Kreis der „Minderjährigen“ iSd § 42 AMG bzw § 51 MPG durch die Herabsetzung der Volljährigkeitsgrenze auf 18 Jahre gemäß § 21 Abs 2 ABGB idF des KindRÄG 2001 auch im Kontext des Arznei- und Medizinproduktrechts neu und enger gezogen.⁵⁴²

Eine nähere Darstellung aller der in Kapitel II. 3.2. des zweiten Teils dieser Arbeit dargestellten Gesetze führt an dieser Stelle nicht weiter. Das Kinderlähmungsg und das TuberkuloseG sind bereits außer Kraft getreten. § 42 AMG, § 51 MPG und § 8 Abs 1 bis 4 FMedG⁵⁴³ stehen auch heute noch in den bereits dargestellten Fassungen in Geltung, sodass auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Die Bestimmungen des GTG betreffend die Einwilligung wurden allerdings geändert; diese finden sich nunmehr in § 69.⁵⁴⁴ Eine genetische Analyse einschließlich einer solchen im Rahmen einer pränatalen Untersuchung darf nur nach Vorliegen einer schriftlichen Bestätigung der zu untersuchenden Person durchgeführt werden, dass sie zuvor aufgeklärt worden ist und der genetischen Analyse zugestimmt hat. § 69 Abs 2 *leg.cit.* sieht vor, dass *„für eine mündige minderjährige Person diese*

⁵⁴⁰ Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 18; Stormann in Schwimann³, § 146c Rz 10.

⁵⁴¹ Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 18.

⁵⁴² Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 19.

⁵⁴³ Durch BGBl I 2004/163 wurde ein Abs 5 eingefügt, der aber für die vorliegende Arbeit nicht relevant ist.

⁵⁴⁴ BGBl I 2005/127.

selbst nach Maßgabe des § 146c ABGB“ und *„für eine unmündige Person ein Erziehungsberechtigter“* diese Bestätigung zu erteilen hat.

§ 36 UbG erfuhr durch die Ub-HeimAuf-Nov 2010⁵⁴⁵ zwar eine Änderung, im Ergebnis bleiben die in Kapitel II. 3.2. des zweiten Teils dieser Arbeit vorgestellten Regelungen für die Behandlung minderjähriger untergebrachter Patienten jedoch unverändert. § 36 UbG wurde einerseits terminologisch an das ABGB idF des KindRÄG 2001 (und des SWRÄG 2006) angepasst. Vor allem sollte klargestellt werden, dass der im UbG verwendete Begriff der *„besonderen Heilbehandlung“* deckungsgleich mit dem im ABGB verwendeten Terminus der *„medizinischen Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist“* ist.⁵⁴⁶ Das UbG verwendet nunmehr in § 36 Abs 1 UbG zwar die längere Formulierung des ABGB, stellt ihr aber gleichzeitig die im UbG geläufige Bezeichnung *„besondere Heilbehandlung“* als Klammersausdruck nach und verwendet diese auch in der Folge wieder. Andererseits wurde § 36 in drei Absätze untergliedert. Abs 1 leg.cit. regelt die Behandlung einsichts- und urteilsfähiger Patienten. Abs 2 leg.cit. betrifft Patienten, die nicht einsichts- und urteilsfähig sind, aber einen Vertreter haben, dessen Wirkungskreis Willenserklärungen zu medizinischen Behandlungen umfasst. Abs 3 leg.cit. regelt schließlich die Vorgangsweise bei Patienten, die weder einsichts- und urteilsfähig sind noch einen entsprechenden Vertreter haben. Für die Behandlung minderjähriger, untergebrachter Patienten bedeutet dies zusammengefasst Folgendes: Ist der Minderjährige einsichts- und urteilsfähig, darf er wie bisher nicht gegen seinen Willen behandelt werden.⁵⁴⁷ Bei medizinischen Behandlungen, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind (besonderen Heilbehandlung), ist nach wie vor seine schriftliche Zustimmung einzuholen. Ist der minderjährige Patient hingegen nicht einsichts- und urteilsfähig, so darf er nicht gegen den Willen des Erziehungsberechtigten behandelt werden, wobei eine besondere Heilbehandlung der schriftlichen Zustimmung des

⁵⁴⁵ BGBl I 2010/18. Inkrafttreten von § 36 UbG: 1.7.2010.

⁵⁴⁶ RV 601 BlgNR 24. GP 18.

⁵⁴⁷ Vgl hierzu Kapitel II.2.2 im zweiten Teil der Arbeit.

Erziehungsberechtigten bedarf. Ist kein Erziehungsberechtigter vorhanden, dann hat auf Antrag das Gericht über die Zulässigkeit der Behandlung zu entscheiden. Besondere Heilbehandlungen sind jedenfalls gerichtlich zu genehmigen.

II. Judikatur zur Einwilligung minderjähriger Patienten

Während es im 20. Jahrhundert nur vereinzelte Entscheidungen zum Thema der Einwilligung minderjähriger Patienten gab, liegt zu Beginn des 21. Jahrhunderts neben einem Urteil des LG Wien aus dem Jahr 2005 bereits ein Urteil des OGH aus dem Jahr 2008 vor, in denen es um die Behandlung minderjähriger Patienten geht. Letztere Entscheidung ist va auch deshalb interessant, da der OGH hier Wesentliches zur Frage festhielt, wer im Falle eines einwilligungsunfähigen Minderjährigen aufzuklären ist.

1. Darstellung der Entscheidungen

1.1. Urteil des LG Wien vom 25. Jänner 2005

Das LG Wien⁵⁴⁸ hatte sich Anfang des Jahres 2005 mit der Frage auseinander zu setzen, ob Psychotherapie eine schwere Behandlung iSd § 146c ABGB ist. Da lediglich der Leitsatz der Entscheidung veröffentlicht⁵⁴⁹ und daher der konkrete Sachverhalt nicht bekannt ist, kann keine detaillierte Auseinandersetzung erfolgen.

Das Gericht führte jedenfalls Folgendes aus: Nach § 146c ABGB kann die Einwilligung in medizinische Behandlungen das einsichts- und urteilsfähige Kind nur selbst erteilen, wobei im Zweifel das Vorliegen dieser Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen vermutet wird. Nach Abs 2 darf eine Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, nur vorgenommen werden,

⁵⁴⁸ 25.1.2005, 42 R 499/04z.

⁵⁴⁹ Vgl EFSlg 110.762.

wenn neben dem einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Kind auch die Person zustimmt, die mit der Pflege und Erziehung betraut ist.

In letzterem Falle wäre die Zustimmung eines Obsorgeberechtigten erforderlich, wenn die Psychotherapie eine Behandlung wäre, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit verbunden ist. Eine solche ist etwa gegeben, wenn eine Beeinträchtigung durch Verabreichung von Medikamenten, insbesondere Psychopharmaka, hervorgerufen wird, die üblicherweise länger als 24 Tage dauert. Unter einer „nachhaltigen“ ist eine dauernde Beeinträchtigung bzw eine solche zu verstehen, die nur sehr schwer wieder beseitigt werden kann. Beispiele hierfür sind die Vornahme einer kosmetischen Operation bzw die Verabreichung von Substanzen, die auf Dauer die Persönlichkeit verändern. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass auf gewöhnlich eintretende Beeinträchtigungen abgestellt wird und somit atypische Risiken und Verläufe außer Betracht bleiben. Das Zustimmungserfordernis wird somit auf jene Fälle beschränkt, in denen die Behandlung regelmäßig, also üblicherweise mit schweren oder (alternativ) nachhaltigen Beeinträchtigungen verbunden ist.

Nach § 1 PthG ist die Ausübung der Psychotherapie die nach einer allgemeinen und besonderen Ausbildung erlernte, umfassende, bewusste und geplante Behandlung von psychosozial oder auch psychosomatisch bedingten Verhaltensstörungen und Leidenszuständen mit wissenschaftlich-psychotherapeutischen Methoden in einer Interaktion zwischen einem oder mehreren Behandelten und einem oder mehreren Psychotherapeuten mit dem Ziel, bestehende Symptome zu mildern oder zu beseitigen, gestörte Verhaltensweisen und Einstellungen zu ändern und die Reifung, Entwicklung und Gesundheit des Behandelten zu fördern. Die psychotherapeutische Behandlung ist gemäß § 135 Abs 1 Z 3 ASVG der ärztlichen Hilfe gleichgestellt, wenn eine Krankheit – ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der die Krankenbehandlung notwendig macht – vorliegt. Daraus lasse sich nach Ansicht des LG Wiens ableiten, dass die Psychotherapie im Regelfall keinen schweren Eingriff in die Persönlichkeit iSd § 146c ABGB darstellt.

1.2. Urteil des OGH vom 10. Juni 2008⁵⁵⁰

Ein 13 Monate altes Mädchen litt an Trisomie 21 (Down-Syndrom) mit damit verbundener Kurzsichtigkeit. Eine Korrektur der Fehlsichtigkeit war nicht zwingend medizinisch geboten, die Mutter wollte aber dennoch für ihre Tochter „Einmonatsdauerlinsen“ und suchte zu diesem Zweck einen Facharzt für Augenheilkunde und Optometrie auf. Nach Feststellung des Ausmaßes der Fehlsichtigkeit stellte der Facharzt ein Rezept für Kontaktlinsen aus. Dabei unterließ er eine Aufklärung der Mutter über das seltene Risiko einer Hornhautperforation. Nachdem nach kurzer Zeit bei dem Mädchen gerötete Augen aufgetreten waren, begab sich die Mutter mit ihrem Kind zum Facharzt zur Kontrolle. Dieser stellte eine Bindehautentzündung mit Trübung der Hornhaut rechts fest und wollte die Kontaktlinsen entfernen. Da er die Kontaktlinse im rechten Auge des Kindes nicht fand, ging er davon aus, dass es sich die Linse bereits aus dem Auge gerieben habe und verordnete eine antibiotische Therapie mit Salbe und Tropfen. Als sich der Zustand des kleinen Mädchens dennoch verschlechterte, suchten die Eltern am nächsten Tag ein Krankenhaus auf. Dort fand der behandelnde Arzt im rechten Auge eine Kontaktlinse und entfernte sie. Weiters wurde eine Hornhautperforation am rechten Auge des Kindes festgestellt.

Die Mutter des kleinen Mädchens erhob gegen den Facharzt Klage; diese stützte sie neben dem Vorliegen eines Behandlungsfehlers auf eine Verletzung der Aufklärungspflicht des Arztes. Das LG Steyr wies das Klagebegehren ab. Da der Vater eine Ausbildung zum Allgemeinmediziner absolviert hat und nunmehr als Zahnarzt tätig ist, habe er über das Risiko der später eingetretenen Komplikationen Bescheid gewusst, weshalb dem Beklagten die mangelnde Aufklärung nicht schade. Das OLG Linz hob dieses Urteil auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.⁵⁵¹

⁵⁵⁰ 4 Ob87/08k.

⁵⁵¹ Dies deshalb, da das Erstgericht auf Grund seiner unrichtigen Rechtsansicht keine Feststellungen darüber getroffen hat, ob die Mutter der Klägerin bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die gerade bei Kleinkindern mit der Verwendung von Kontaktlinsen verbundenen Risiken und Gefahren von dieser Form der Sehhilfe Abstand genommen hätte. Der Rekurs an den OGH wurde gleichzeitig als zulässig erklärt.

Der OGH führte im Wesentlichen Folgendes aus: Aufgabe der ärztlichen Aufklärung ist es, dem Patienten die für seine Entscheidung maßgebenden Kriterien zu liefern, um ihn in die Lage zu versetzen, die Tragweite seiner Einwilligung zur Behandlung bzw zum Eingriff zu überschauen. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist die ärztliche Aufklärungspflicht umso umfassender, je weniger der Eingriff aus der Sicht eines vernünftigen Patienten vordringlich oder gar geboten ist. Ist der Eingriff zwar medizinisch empfohlen, aber nicht eilig, so ist grundsätzlich eine umfassende Aufklärung notwendig. In einem solchen Fall ist die ärztliche Aufklärungspflicht selbst dann zu bejahen, wenn erhebliche nachteilige Folgen wenig wahrscheinlich sind; es ist dann auch auf die Möglichkeit seltener – aber gravierender – Risiken hinzuweisen. Aufklärungsadressat ist primär der Patient selbst. Fehlt einem Patienten allerdings die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist Aufklärungsadressat jene Person, die an Stelle des einsichts- und urteilsunfähigen Patienten die Einwilligung in die ärztliche Behandlungsmaßnahme zu geben hat. Hinsichtlich der Einwilligung einsichts- und urteilsunfähiger minderjährige Patienten hielt der OGH ausdrücklich fest, dass die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Bereich der Pflege und Erziehung erforderlich ist. *„Fehlt einem Minderjährigen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so bedarf seine medizinische Behandlung der Zustimmung der mit der gesetzlichen Vertretung in Pflege- und Erziehungsangelegenheiten betrauten Person (§ 146c Abs 1 zweiter Satz ABGB). Sind beide Elternteile gemäß § 144 ABGB Obsorgeträger, so genügt die Zustimmung eines von ihnen (§ 154 Abs 1 ABGB); eine gerichtliche Genehmigung ist nicht erforderlich (Hopf in KBB² § 146c Rz 5).“* Weiters hielt der OGH fest, dass sich der Umfang der ärztlichen Aufklärung nach den persönlichen Verhältnissen des jeweiligen Aufklärungsadressaten richten muss. Unbeachtlich ist insofern der (vorauszusetzende) Kenntnisstand eines beim Aufklärungsgespräch nicht anwesenden (weiteren) gesetzlichen Vertreters des Patienten. Daher hätte sich der Facharzt auch nur an den persönlichen Verhältnissen der Mutter zu orientieren gehabt, weil sie als allein in der Ordination anwesende Obsorgeberechtigte die einzige Gesprächspartnerin des Arztes war.

2. Zusammenfassende Überlegungen

Es ist zu begrüßen, dass die beiden dargestellten Entscheidungen die wesentlichen Ansichten der hL bestätigen: Einsichts- und urteilsfähige minderjährige Patienten können nur selbst in medizinische Behandlungen einwilligen. Bei „schweren Behandlungen“ müssen zusätzlich die Eltern zustimmen, wobei die Zustimmung eines Elternteiles reicht. Der OGH stellt klar, dass dies in concreto die mit der gesetzlichen Vertretung in Pflege- und Erziehungsangelegenheiten betraute Person ist.

Wünschenswert wäre es allerdings noch gewesen, nähere Ausführungen im Zusammenhang mit der Einwilligung Minderjähriger in psychotherapeutische Behandlungen zu finden, etwa ob § 146c ABGB auf die Psychotherapie direkt oder analog anwendbar ist. Aus dem Leitsatz des LG Wiens geht dies jedenfalls nicht hervor. Auf Grund der Formulierung *„Die psychotherapeutische Behandlung ist gemäß § 135 Abs 1 Z 3 ASVG der ärztlichen Hilfe gleichgestellt, wenn eine Krankheit - ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der die Krankenbehandlung notwendig macht - vorliegt“* ist es mE nicht ausgeschlossen, dass das LG Wien – entgegen der hA⁵⁵² – § 146c ABGB auf psychotherapeutische Behandlungen direkt anwenden möchte. Auch wenn die Formulierung in § 135 ASVG sicherlich eine gewisse Stütze für die Argumentation einer direkten Anwendung bietet, wird die Psychotherapie deswegen aber keineswegs zur „medizinischen Behandlung“⁵⁵³ – und der Anwendungsbereich des § 146c ABGB soll seinem Wortlaut nach ja ausschließlich „medizinische Behandlungen“ umfassen. Dies spricht daher gegen eine direkte Anwendung des § 146c ABGB auf psychotherapeutische Behandlungen. Nicht nachvollzogen werden kann außerdem, weshalb sich das LG Wien aus der oben angeführten Formulierung ableitet, *„dass die Psychotherapie im Regelfall keinen schweren Eingriff in die Persönlichkeit iSd § 146c ABGB darstellt“*.⁵⁵⁴ Für diese Schlussfolgerung gibt es mE keine Anhaltspunkte im Entscheidungstext.

⁵⁵² Siehe hierzu Kapitel IV.2.

⁵⁵³ Siehe hierzu Kapitel IV.2.

⁵⁵⁴ Diese Ansicht vertritt auch das BMG; vgl BMGF, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie, 154.

IV. Die Einwilligung minderjähriger Patienten in der Literatur

1. Die Einwilligungsfähigkeit

Die Einwilligung in medizinische Behandlungen zählt – wie dargestellt – nach hA zu den höchstpersönlichen Rechten. Eine Verfügung über diese setzt das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit voraus. Dies ist ganz hL. Vor dem Hintergrund, dass die Erläuterungen zum KindRÄG 2001⁵⁵⁵ – sowie in der Folge auch die Erläuterungen zum SWRÄG 2006⁵⁵⁶ – in diesem Zusammenhang den Begriff der „*Handlungsfähigkeit in persönlichen Angelegenheiten*“ anführen, beschäftigt man sich auch in der Literatur mit der Frage nach der Einordnung der individuellen Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Ein Teil der Lehre betrachtet die Einsichts- und Urteilsfähigkeit als Teilaspekt der Geschäftsfähigkeit.⁵⁵⁷ *Barth* und *Ganner*⁵⁵⁸ führen allerdings nachvollziehbar aus, dass bei persönlichen Rechten der Verkehrsschutz zurücktreten müsse, sodass es sinnvoll ist, diese nicht als Teilaspekt der Geschäftsfähigkeit, die gerade Verkehrsschutzerwägungen verpflichtet ist, zu betrachten. Daher sprechen sie sich für die Anerkennung einer eigenen Form rechtlicher Handlungsfähigkeit aus, die von der Handlungsfähigkeit als Fähigkeit, durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen⁵⁵⁹, zu unterscheiden ist. In diesem Sinn fällt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit auch nach einigen Autoren in die Kategorie der „*Handlungsfähigkeit in persönlichen Angelegenheiten*“.⁵⁶⁰

Was ist nun aber in concreto unter der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu verstehen? Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird in Anlehnung an die bisher hL und unter Hinweis auf § 36 UbG als Fähigkeit, Grund und Bedeutung einer medizinischen Behandlung einzusehen und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen, umschrieben.⁵⁶¹ *Barth*⁵⁶² weist auf das bereits bekannte Modell *Amelungs* hin und

⁵⁵⁵ RV 296 BlgNR 21. GP 60.

⁵⁵⁶ RV 1420 BlgNR 22. GP 26, 28.

⁵⁵⁷ Vgl etwa *Fischer-Czermak*, ÖJZ 2002, 296; *Fischer-Czermak*, NZ 2004, 306; *Gitschthaler*, ÖJZ 2004, 81.

⁵⁵⁸ *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts, 154.

⁵⁵⁹ *Koziol/Welser* I³, 53.

⁵⁶⁰ *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 531; *Weitzenböck*, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, 5; *Nademleinsky* in *Schwimann*³, § 151 Rz 3.

⁵⁶¹ 335/ME 20. GP106; RV 296 BlgNR 21. GP 29.

präzisiert, dass erste Voraussetzung der Einwilligungsfähigkeit die Fähigkeit ist, nach Maßgabe des eigenen Wertsystems eine Kosten-Nutzen-Analyse des geplanten Eingriffes anzustellen. Dabei kann die diesbezügliche Fähigkeit aus zwei Gründen fehlen⁵⁶³: Einerseits ist es möglich, dass der minderjährige Patient nicht imstande ist, für eine gewisse Zeit ein konsistentes Wertsystem aufzubauen und ständig seine Meinung bezüglich der (Nicht-)Vornahme des Eingriffes ändert. Andererseits ist denkbar, dass der Minderjährige an einem „psychischen Defekt“ leidet. Dieser kann etwa in emotionaler oder kognitiver Unreife bestehen.⁵⁶⁴ Da die Einwilligung auch eine Tatsachenentscheidung ist, ist weiters ein angemessenes Verständnis der Fakten Voraussetzung.⁵⁶⁵ Als Beispiel führt *Barth* an, dass ein Patient, der in eine Nierenoperation einwilligt, verstehen muss, was die Niere ist und worin der zu behebende Defekt besteht. Auch muss der Patient verstehen können, was ihm droht, wenn die Operation unterbleibt sowie welche Einschränkungen und Risiken er hinnehmen muss, wenn der Eingriff durchgeführt wird. Darüber hinaus muss der Patient auch in der Lage sein, sich seinen Bewertungen und Erkenntnissen entsprechend zu verhalten; er muss also über die Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung verfügen.⁵⁶⁶

In diesem Sinn wird auch von anderen Autoren betont, dass der Patient immer über ein kognitives und ein voluntatives Element verfügen muss.⁵⁶⁷ Das kognitive Element (= Einsichtsfähigkeit) umfasst dabei die Fähigkeit, Anlass, Grund und wesentliche Auswirkungen der Behandlung zu erfassen, wobei es allerdings nicht auf professionelle medizinische Kenntnisse ankommt, sondern auf solche, die von einem informierten Laien erwartet werden können. Daher wird die Einsichtsfähigkeit umso weniger gegeben sein, je komplexer und schwieriger die Problemlage ist. *Stormann*⁵⁶⁸ weist idZ darauf hin, dass die Einsichtsfähigkeit daher auch vom Bildungsgrad abhängig sein kann. Das voluntative Element (= Urteilsfähigkeit) ist

⁵⁶² *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 18.

⁵⁶³ *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 18.

⁵⁶⁴ *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 18.

⁵⁶⁵ *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 20.

⁵⁶⁶ Vgl hierzu auch *Amelung*, Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland, 24; *Kern*, Vernunft – Gewissen – Heilbehandlung; *Schwab*, Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen, 97.

⁵⁶⁷ *Stabentheiner* in *Rummel*³, § 146c Rz 3, *Hopf* in *KBB*², § 164c Rz 3; *Stormann* in *Schwimann*³, § 146c Rz 5; *Haberl*, Kinderrechte, 108.

⁵⁶⁸ *Stormann* in *Schwimann*³, § 146c Rz 5.

die Fähigkeit, seinen Willen nach dem Erfassten auszurichten.⁵⁶⁹ Auf eine Übereinstimmung mit dem objektiv vernünftigen Wertsystem kommt es allerdings nicht an, sondern darauf, ob das vom Minderjährigen zur Beurteilung herangezogene Wertesystem in sich schlüssig ist und nicht durch einen geistigen Defekt verzerrt wurde.⁵⁷⁰ Entscheidend ist, ob der Minderjährige bezogen auf die konkrete medizinische Behandlung hinsichtlich der Diagnose, der therapeutischen Möglichkeiten und der denkbaren Alternativen sowie hinsichtlich Chancen und Risiken den Wert den von der Entscheidung betroffenen Güter und Interessen erfassen und sein Verhalten nach dieser Einsicht ausrichten kann.⁵⁷¹ Bei der vorzunehmenden Beurteilung sind Alter, Reife, Gesundheitszustand, Persönlichkeit des Kindes, Schwere des Eingriffes und die damit verbundenen Risiken, mögliche Spätfolgen sowie der Stand der medizinischen Wissenschaft zu berücksichtigen.⁵⁷²

Eine diesbezügliche Beurteilung muss immer im Einzelfall erfolgen.⁵⁷³ Sie obliegt primär dem behandelnden Arzt⁵⁷⁴ bzw den jeweils in Betracht kommenden Angehörigen eines anderen Gesundheitsberufes;⁵⁷⁵ also derjenigen Person, die die Behandlung durchführen wird. Anhaltspunkte zur Beurteilung können im Zuge der Aufklärung des Patienten gewonnen werden.⁵⁷⁶ Kommt der Arzt zum Ergebnis, ein mündiger Minderjähriger ist nicht einsichts- und urteilsfähig bzw ein unmündiger minderjähriger Patient verfügt bereits über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, dann hat er jedenfalls die Umstände, aus denen er dies geschlossen hat, zu dokumentieren.⁵⁷⁷

Um dem Arzt die Aufgabe der Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit zu erleichtern, hat das Gesetz eine Zweifelsregel aufgestellt. Mündige Minderjährige sind gemäß

⁵⁶⁹ *Stormann in Schwimann*³, § 146c Rz 5.

⁵⁷⁰ *Stabentheiner in Rummel*³, § 146c Rz 3; *Bernat*, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung, 69; *Noll*, Der mündige Minderjährige, 88; *Stormann in Schwimann*³, § 146c Rz 5; *Haberl*, Kinderrechte, 108; *Barth in Klang*³, § 146c Rz 18.

⁵⁷¹ *Fischer/Czermak*, ÖJZ 2002, 300; *Hopf* in *KBB*², § 164c Rz 3.

⁵⁷² *Haidenthaller*, RdM 2002, 166; *Aigner/Schwamberger*, RdM 2003,39; *Stabentheiner in Rummel*³, § 146c Rz 3; *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar, § 146c Rz 6.

⁵⁷³ *Aigner/Schwamberger*, RdM 2003, 39; *Stabentheiner in Rummel*³, § 146c Rz 2, *Hopf* in *KBB*², § 164c Rz 3; *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar, § 146c Rz 3; *Haberl*, Kinderrechte, 109.

⁵⁷⁴ RV 296 BlgNR 21. GP 54; *Aigner/Schwamberger*, RdM 2003, 39; *Stabentheiner in Rummel*³, § 146c Rz 4.

⁵⁷⁵ *Aigner/Schwamberger*, RdM 2003, 39.

⁵⁷⁶ *Stormann in Schwimann*³, § 146c Rz 5.

⁵⁷⁷ RV 296 BlgNR 21. GP 55.

§ 146c Abs 1 ABGB im Zweifelsfalle einsichts- und urteilsfähig, bei unmündigen Minderjährigen liegt die Einwilligungsfähigkeit hingegen im Zweifel nicht vor. Diese Zweifelsregel ist naturgemäß widerlegbar. So können auch Kinder unter 14 Jahren bereits für eine konkrete Behandlung einwilligungsfähig sein, während es mündigen Minderjährigen im Einzelfall an dieser Fähigkeit mangeln kann, zB wenn die Entwicklung des Minderjährigen durch eine krankhafte Depression oder einen besonders krisenhaften Pubertätsverlauf beeinträchtigt ist.⁵⁷⁸ Wer ein Ergebnis feststellt, dass von dieser Zweifelsregelung abweicht, den trifft jedenfalls die Beweislast.⁵⁷⁹ Beruft sich etwa ein unmündiger Minderjähriger auf das Fehlen seiner persönlichen Zustimmung zur Behandlung, dann muss er beweisen, dass er für diese Behandlung einsichts- und urteilsfähig ist. Umgekehrt obliegt es dem mündigen Minderjährigen, der mit einer bestimmten Behandlung einverstanden war, später aber behauptet, nicht einsichts- und urteilsfähig gewesen zu sein, das Fehlen der Einwilligungsfähigkeit im konkreten Fall zu beweisen.

Sind Arzt oder Eltern darüber im Zweifel, ob der Minderjährige über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, ist die Anrufung des Pflegschaftsgerichtes möglich, das die fehlende Einwilligungsfähigkeit aussprechen kann (§ 154 b ABGB).⁵⁸⁰ Erfolgt ein solcher Ausspruch in Bezug auf die Einwilligungsfähigkeit eines mündigen Minderjährigen in eine medizinische Behandlung, ist daher die Vermutungsregel des § 146c ABGB widerlegt.⁵⁸¹ Der gerichtliche Ausspruch wirkt, sofern er nicht vom Gericht widerrufen oder befristet wurde, bis längstens zur Erreichung der Volljährigkeit (§ 154b letzter Satz ABGB). Einem Unterbleiben eines Ausspruches oder die Abweisung eines darauf abzielenden Antrags kommt hingegen lediglich eine gewisse Indizwirkung für das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu.⁵⁸² Ist das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit allerdings nicht bloß zweifelhaft, sondern offenkundig, dann bedarf es keiner Befassung des Gerichts.⁵⁸³ Sachlich zuständiges Gericht ist gemäß § 104a JN das Bezirksgericht; örtlich zuständig

⁵⁷⁸ Beck, Kindschaftsrecht, 146.

⁵⁷⁹ Fischer-Czermark, ÖJZ 2002, 298; Stabentheiner in Rummel³, § 146c Rz 4. Anders hingegen RV 296 BlgNR 21. GP 55.

⁵⁸⁰ Stabentheiner in Rummel³, § 146c Rz 4; Barth in Klang³, § 146c Rz 21; Haberl, Kinderrechte, 112.

⁵⁸¹ RV 296 BlgNR 21. GP 60; Fischer-Czermark, ÖJZ 2002, 297.

⁵⁸² RV 296 BlgNR 21. GP 60; Kletečka, Einwilligung, I/137; Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts, 15.

⁵⁸³ Haidenthaller, RdM 2001, 165; Stabentheiner in Rummel³, § 146c Rz 4; Feil/Marent, Familienrecht Kommentar, § 146c Rz 4.

grundsätzlich das Gericht, in dessen Sprengel das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

2. Der Begriff der medizinischen Behandlung

2.1. Definition

Anknüpfungspunkt des § 146c ABGB ist die „*medizinische Behandlung*“. Die Erläuternden Bemerkungen zum KindRÄG 2001 stellen klar, dass sich dieser Begriff an den Behandlungsbegriff des § 110 StGB anlehnt und folglich weit zu verstehen ist.⁵⁸⁴ Neben der Heilbehandlung ieS (Therapie) sollen also genauso Maßnahmen zur Feststellung (Diagnose) oder Verhütung von Krankheiten (Prophylaxe) sowie die Schmerzlinderung umfasst sein, unabhängig davon, ob diese nach den Regeln der Schulmedizin erfolgen.⁵⁸⁵ Weiters fallen auch kosmetische Operationen, Transplantationen und Transfusionen unter den Begriff der „*medizinischen Behandlung*“.⁵⁸⁶ Dies ist ganz hL.⁵⁸⁷

Nach dem OGH⁵⁸⁸ fallen lediglich wissenschaftliche und experimentelle Versuche am Patienten nicht unter den Behandlungsbegriff des § 110 StGB. Diese Auslegung wird in der Strafrechtslehre jedoch überwiegend abgelehnt.⁵⁸⁹

Strittig ist auch, ob die Bestimmung auf Behandlungen durch alle Angehörigen von Gesundheitsberufen anzuwenden ist;⁵⁹⁰ also neben Behandlungen durch Ärzte und Zahnärzte auch von Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, der

⁵⁸⁴ RV 296 BlgNR 21. GP 54. Vgl auch RV 1420 BlgNR 22. GP 19.

⁵⁸⁵ So wird der Anwendungsbereich des § 110 StGB auch von der herrschenden Strafrechtslehre umschrieben; vgl *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 110, 552; *Schmoller* in SbgK, § 110 Rz 2; *Lewis*, BT I, 116; *Foregger/Fabrizy*, StGB⁹, § 110 Rz 1.

⁵⁸⁶ RV 296 BlgNR 21. GP 54.

⁵⁸⁷ Vgl etwa *Haidenthaller*, RdM 2001, 164; *Resch*, Fähigkeit zur Einwilligung, 41; *Stabentheiner* in *Rummel*³, § 146c Rz 2; *Hopf*, ABGB-Kommentar, § 164c Rz 2; *Stormann* in *Schwimmann*³, § 146c Rz 2; *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar, § 146c Rz 3; *Beck*, Kindschaftsrecht, 147; *Kletečka-Pulker*, RdM 2009, 112.

⁵⁸⁸ Vgl die Darstellung der Entscheidung (OGH 11.9.1984) in Kapitel III.1. im zweiten Teil der Arbeit.

⁵⁸⁹ Vgl etwa *Bertel/Schwaighofer*, BT I, 91; *Schmoller* in SbgK, § 110 Rz 28; *Bertel* in WK², § 110 Rz 3 oder *Tipold*, Strafrechtliche Verantwortung, II/46.

⁵⁹⁰ So *Stormann* in *Schwimmann*³, § 146c Rz 2; *Haberl*, Kinderrechte, 104.

gehobenen medizinisch-technischen Dienste und der medizinisch-technischen Fachdienste, von Hebammen, Kardiotechnikern, medizinischen Masseuren und Heilmasseuren, klinischen Psychologen und Gesundheitspsychologen, Psychotherapeuten, Musiktherapeuten, Sanitätern und von Angehörigen der Sanitätshilfsdienste durchgeführte Behandlungen bzw (pflegerische) Maßnahmen erfasst sein sollen.⁵⁹¹ Barth⁵⁹² stellt nämlich – unter Hinweis auf die Erläuterungen zu § 283 ABGB idF des SWRÄG 2006⁵⁹³ – darauf ab, ob die Behandlung vom Arzt vorgenommen oder angeordnet wird. Daher fallen nach dieser Ansicht pflegerische Maßnahmen, die im Rahmen des eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereiches des jeweiligen Gesundheitsberufes durchgeführt werden, sowie therapeutische Maßnahmen nicht unter § 146c ABGB.⁵⁹⁴ Die Möglichkeit einer analogen Anwendung wird jedoch angenommen.⁵⁹⁵

Dieser Ansicht kann mE nicht gefolgt werden: Die Erläuterungen zum SWRÄG 2006 kommen lediglich deswegen zum eben dargestellten Ergebnis, weil davon ausgegangen wird, dass § 110 StGB auf Behandlungen einzuschränken sei, die vom Arzt vorgenommen oder angeordnet werden (vgl hierzu die Formulierung: *„Darunter ist in Anlehnung an § 110 StGB zunächst die Heilbehandlung zu verstehen, also der therapeutische, diagnostische oder prophylaktische Eingriff, der von ärztlicher Seite oder nach ärztlicher Anordnung aufgrund einer anerkannten medizinischen Indikation vorgenommen wird. Gemeint sind aber auch jene medizinischen Maßnahmen, die mangels medizinischer Indikation keine Heilbehandlungen sind, die aber ebenso mit einem Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten verbunden sind und vom Arzt vorgenommen oder angeordnet werden müssen [...]“*⁵⁹⁶) Zwingend ist diese Auslegung aber keines Falls. Es mag zwar sein, dass § 110 StGB den Schwerpunkt im ärztlichen Bereich hat, der durch diese Bestimmung angesprochene Personenkreis geht aber über Ärzte und Medizinalpersonal erheblich

⁵⁹¹ Vgl die Aufzählung der Gesundheitsberufe in *Skiczuk*, Berufs- und Tätigkeitsschutz, 25; die Musiktherapeuten sind deshalb nicht genannt, weil das MuthG erst am 1.7.2009 in Kraft getreten ist.

⁵⁹² Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 166; Barth in *Klang*³, § 146c Rz 5. Ihm folgend *Kletečka-Pulker*, RdM 2009, 112.

⁵⁹³ RV 1420 BlgNR 22. GP 19.

⁵⁹⁴ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 167; Barth in *Klang*³, § 146c Rz 5.

⁵⁹⁵ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 168; Barth in *Klang*³, § 146c Rz 5.

⁵⁹⁶ RV 1420 BlgNR 22. GP 19.

hinaus⁵⁹⁷ und umfasst sogar Laien.⁵⁹⁸ Dies spricht dafür, § 146c ABGB auch auf Behandlungen bzw pflegerische Maßnahmen durch Angehörige anderer Gesundheitsberufe als jenen des Arztes anzuwenden.

Für diese Ansicht spricht mE außerdem der Zweck der Bestimmung. § 146c ABGB soll das Selbstbestimmungsrecht minderjähriger Patienten stärken. Sie sollen in gewissem Umfang selbst über die Vornahme einer Behandlung entscheiden können. Weshalb in diesem Zusammenhang hinsichtlich der Person des Behandlers unterschieden werden soll, ist nicht nachvollziehbar, zumal die von Ärzten durchgeführten bzw angeordneten Behandlungen regelmäßiger von größerer Intensität sind als pflegerische oder therapeutische Maßnahmen.

Durch die Formulierung in § 146c ABGB wird der Kreis der Gesundheitsberufe allerdings eingeschränkt. Denn unter den Begriff „*medizinische Behandlung*“ fallen jedenfalls nicht die Tätigkeiten der klinischen Psychologen und Gesundheitspsychologen, der Psychotherapeuten und der Musiktherapeuten. Klinische- und Gesundheitspsychologie, Psychotherapie sowie Musiktherapie sind insbesondere auf Grund des Bestehens des Psychologen- bzw des Psychotherapie- und Musiktherapiegesetzes vom Gesetzgeber als eigenständige Wissenschaft anerkannt worden und somit keine Teilgebiete der Medizin.⁵⁹⁹ Folglich sind sie vom Wortlaut des § 146c ABGB, der ausdrücklich von „*medizinischen Behandlungen*“ spricht, nicht umfasst.⁶⁰⁰ Ob diese Gesundheitsberufe allerdings bewusst vom Anwendungsbereich des § 146c ABGB ausgenommen werden sollten muss dahingestellt bleiben, ist aber mE zu verneinen. Eine analoge Anwendung ist jedenfalls möglich.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ Bertel/Schwaighofer, BT I³, 90; Schmoller in SbgK, § 110 Rz 21; Bertel in WK², § 110 Rz 1; Foregger/Fabrizy, StGB⁹, § 110 Rz 1b; Kienapfel/Schroll, Strafrecht BT I⁵, § 110 Rz 5.

⁵⁹⁸ Schmoller in SbgK, § 110 Rz 11; Foregger/Fabrizy, StGB⁹, § 110 Rz 1b; Kienapfel/Schroll, Strafrecht BT I⁵, § 110 Rz 5.

⁵⁹⁹ BMGF, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie, 154. BMGF, Kinder- und Jugendlichenpsychologie, 274.

⁶⁰⁰ So für die Psychotherapie Windisch-Graetz, Minderjährige in der Psychotherapie, 92; BMGF, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie, 15; BMGF, Kinder- und Jugendlichenpsychologie, 274.

⁶⁰¹ BMGF, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie, 154; BMGF, Kinder- und Jugendlichenpsychologie, 274; Stabentheiner in Rummel³, § 146c Rz 2.

Allenfalls könnte eine Stütze für *Barths* Ansicht darin gesehen werden, dass nach einem Teil der Lehre der Behandlungsbegriff des § 110 StGB auf solche Eingriffe zu beschränken sei, die die Intensitätsschwelle einer Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung erreichen.⁶⁰² Davon sind pflegerische Maßnahmen, die im Rahmen des eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereiches des jeweiligen Gesundheitsberufes durchgeführt werden, sowie therapeutische Maßnahmen wohl nicht erfasst. Nach der hL erfasst § 110 StGB allerdings auch solche „Behandlungen“, die am Betroffenen selbst keinen gesundheitsfördernden Zweck verfolgen⁶⁰³ sowie eingriffslose Behandlungen.⁶⁰⁴ *Lewisch*⁶⁰⁵ führt idZ überzeugend aus, dass sich „diese Auffassung auf die Tatbestandsformulierung und den Charakter des Delikts als allgemeines – nicht bloß gegen gesundheitsfördernde Eingriffe gerichtetes – Freiheitsdelikt“ stützen kann. Der Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen erschöpft sich nicht in der bloßen Substanzverletzung, sondern gehe ganz gezielt über den reinen Integritätseingriff hinaus. Im Ergebnis sind daher vom Behandlungsbegriff des § 110 StGB neben Piercen und dem Entfernen von Zecken oder Warzen⁶⁰⁶ zB auch das Anlegen eines Wadenwickels⁶⁰⁷ oder Massagen⁶⁰⁸ erfasst.

Knüpft man an den Behandlungsbegriff des § 110 StGB an, wäre § 146c ABGB daher jedenfalls auch (direkt) auf Piercings anwendbar. Die hL zieht eine direkte Anwendung allerdings gar nicht in Betracht, sondern spricht sich von vornherein für eine analoge Anwendung auf Piercen, Tätowieren, Branden (Herbeiführen „dekorativer“ Brandwunden) und Permanent Make-up aus.⁶⁰⁹ Zwar liege in diesen Fällen keine „Behandlung“, aber dennoch ein Eingriff in die körperliche Integrität

⁶⁰² *Schmoller* in SbgK, § 110 Rz 26.

⁶⁰³ *Lewisch*, BT P, 116; *Bertel* in WK², § 110 Rz 2; *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I⁵, § 110 Rz 10.

⁶⁰⁴ *Lewisch*, BT P, 116; wohl auch *Bertel* in WK², § 110 Rz 2. AA *Schmoller* in SbgK, § 110 Rz 26.

⁶⁰⁵ *Lewisch*, BT P, 116.

⁶⁰⁶ *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I⁵, § 110 Rz 7.

⁶⁰⁷ *Schmoller* in SbgK, § 110 Rz 26.

⁶⁰⁸ *Lewisch*, BT P, 117.

⁶⁰⁹ *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 12; *Haidenthaler*, RdM 2001, 167; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001; *Barth*, ÖJZ 2002, 596; *Rast/Protic*, RZ 2001, 224; *Fischer-Czermak*, ÖJZ 2002, 298; *Stabentheiner* in *Rummel*³, § 146c Rz 2; *Hopf*, ABGB-Kommentar, § 164c Rz 2; *Stormann* in *Schwimmann*³, § 146c Rz 3; *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar, § 146c Rz 4; *Haberl*, Kinderrechte, 134; *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 61; *Beig*, EF-Z 2009, 87; *Beck*, Kindschaftsrecht, 144. Die Autoren beziehen sich idR auf Piercen und Tätowieren; dass dies auch für Permanent Make-up gelten soll, meinen etwa *Stormann* in *Schwimmann*³, § 146c Rz 3 oder *Haberl*, Kinderrechte, 134.

vor; weiters sei die Vergleichbarkeit zur kosmetischen Operation gegeben, die ja laut den Gesetzesmaterialien umfasst sein soll.⁶¹⁰ Piercen ist aber nicht nur von § 110 StGB erfasst; es kann zudem auch als „*medizinische Behandlung*“ angesehen werden. Denn Piercen ist ein zur Ausübung des ärztlichen Berufs zählender operativer Eingriff.⁶¹¹ Daran ändert auch nichts, dass Piercen sowie bestimmte andere körperliche Eingriffe nach Maßgabe gewerberechtlicher Bestimmungen auch von Gewerbetreibenden vorgenommen werden dürfen.⁶¹² Allerdings kommt bei gewerberechtlicher Durchführung dieser Tätigkeiten eine analoge Anwendung des § 146c ABGB infolge der spezielleren Regelungen nicht in Betracht⁶¹³: Die VO für Piercen und Tätowieren untersagt das Piercen von Kindern unter 14 Jahren sowie das Tätowieren von Kindern unter 16 Jahren generell. Minderjährige entsprechenden Alters dürfen sich dann piercen oder tätowieren lassen, wenn sie eine schriftliche Einwilligung des Pflege- und Erziehungsberechtigten vorweisen. Bei mündigen Minderjährigen entfällt beim Piercen die elterliche Zustimmung, wenn zu erwarten ist, dass die gepiercte Stelle innerhalb von 24 Tagen heilt.⁶¹⁴

Wie bereits mehrfach erwähnt, soll § 146c ABGB auch keine Anwendung auf den Schwangerschaftsabbruch finden. Die Gesetzesmaterialien⁶¹⁵ – siehe dazu auch die Ausführungen in Kapitel II.1. – begründen dies damit, dass ein Schwangerschaftsabbruch nicht als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit oder Persönlichkeit der Minderjährigen angesehen werden könne, sondern es vielmehr um die Frage gehe, ob die Minderjährige ein Kind mit allen daraus resultierenden sozialen Folgen bekommen soll oder nicht. In Expertengesprächen wurde in diesem Zusammenhang vor allem von Gynäkologen betont, dass die Eltern einer minderjährigen schwangeren Tochter erfahrungsgemäß tendenziell einen Schwangerschaftsabbruch eher befürworten. Ein gewisses eigenes Interesse werde in so manchem Fall nicht von der Hand zu weisen sein. Die zu den §§ 96 - 98 StGB entwickelten Grundsätze einer weitgehenden Entscheidungsfreiheit der

⁶¹⁰ Haidenthaller, RdM 2001, 167.

⁶¹¹ So Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz 1998³, § 2 Anm 14.

⁶¹² Vgl die VO des BMWA, mit der die VO des BMWA über Ausübungsregeln für das Piercen und Tätowieren durch Kosmetik(Schönheitspflege)-Gewerbetreibende geändert wird, BGBl II 2008/261.

⁶¹³ Beck, Kindschaftsrecht, 146.

⁶¹⁴ Beig, EF-Z 2009, 89.

⁶¹⁵ RV 296 BlgNR 21. GP 54.

Schwangeren sollten daher nicht angetastet werden.⁶¹⁶ Diese Ansicht wird allgemein in Frage gestellt und man spricht sich überwiegend für eine Anwendbarkeit des § 146c ABGB zumindest für den medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch aus.⁶¹⁷ Zum Einen fällt dieser zweifelsfrei unter den Begriff der medizinischen Behandlung, zum Anderen kommt hier auch nicht das Argument, beim Schwangerschaftsabbruch gehe es nicht primär um die Gesundheit der werdenden Mutter, zum Tragen. Da § 146c ABGB nicht das Selbstbestimmungsrecht minderjähriger Patienten einschränken, sondern deren zusätzlichem Schutz dienen soll⁶¹⁸, wird auch die gewünschte „weitgehende Entscheidungsfreiheit der Schwangeren“ nicht angetastet. Dieser Ansicht kann grundsätzlich gefolgt werden, allerdings ist auch auf Folgendes hinzuweisen: § 110 StGB – an dessen Behandlungsbegriff sich § 146 c ABGB ja anlehnt – umfasst nicht den Schwangerschaftsabbruch, da dieser in Folge von Spezialität hinter § 98 StGB zurück tritt.⁶¹⁹

Spätestens hier wird deutlich, dass man bei der Frage nach dem Anwendungsbereich des § 146c ABGB – je nachdem, ob man auf den Begriff der „medizinischen Behandlung“ oder den Behandlungsbegriff des § 110 StGB abstellt – zu unterschiedlichen Lösungen kommen kann, was höchst unzweckmäßig erscheint. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es jedenfalls sinnvoll, lediglich den einen oder den anderen Begriff zu verwenden. Durch Auslegung kommt man mE hier zu keinem Ergebnis mehr, sodass ein Tätigwerden des Gesetzgebers nötig wäre.

Abschließend ist noch auf die Sonderfälle der Sterilisation und Kastration hinzuweisen. Lediglich dann, wenn der Eintritt der Fortpflanzungsunfähigkeit notwendige Begleiterscheinung einer anderen, unabwendbaren medizinischen Behandlung ist (zB Entfernung der Gebärmutter wegen Gebärmutterkrebs oder der Hoden wegen Hodenkrebs), fallen diese in den Anwendungsbereich des

⁶¹⁶ RV 269 BlgNR 21. GP 54. *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 12.

⁶¹⁷ *Fischer-Czermak*, ÖJZ 2002, 298; *Stabentheiner* in *Rummel*³, § 146c Rz 2; *Hopf* in *KBB*², § 164c Rz 2; *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar, § 146c Rz 3; *Haberl*, Kinderrechte, 125. Für eine analoge Anwendung des § 146c ABGB spricht sich etwa *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 67 aus.

⁶¹⁸ RV 296 BlgNR 21. GP 29.

⁶¹⁹ *Schmoller* in *SbgK*, § 98 Rz 11; *Eder-Rieder* in *WK*², § 98 Rz 8.

§ 146c ABGB.⁶²⁰ Für alle anderen Fälle wurde mit § 146d ABGB, ebenfalls eingeführt durch das KindRÄG 2001, eine Sonderregelung geschaffen. Demnach können weder ein minderjähriges Kind noch die Eltern in eine medizinische Maßnahme einwilligen, die eine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit des Minderjährigen zum Ziel hat. Vor Inkrafttreten des KindRÄG 2001 war die Sterilisation lediglich in § 90 Abs 2 StGB geregelt⁶²¹. Dieser sieht vor, dass die von einem Arzt an einer Person mit deren Einwilligung vorgenommene Sterilisation nicht rechtswidrig ist, wenn die Person entweder bereits das 25. Lebensjahr vollendet hat oder der Eingriff aus anderen Gründen nicht gegen die guten Sitten verstößt (zB wenn durch die Sterilisation gesundheitliche Schäden einer allfälligen Nachkommenschaft vermieden werden sollen). Aus rein wirtschaftlichen Gründen darf eine Sterilisation nicht vorgenommen werden.⁶²² Eine Kastration, bei welcher es zu einer Entfernung der Keimdrüsen oder Eierstöcken kommt, ist, wenn sie nicht aus medizinischer Indikation erfolgt, nach hA in Österreich immer sittenwidrig.⁶²³ Auf Grund des § 146d ABGB kann es nunmehr eine Einwilligung Minderjähriger aber nicht mehr geben.⁶²⁴

2.2. Unterscheidung zwischen leichter und schwerer Behandlung

§ 146c ABGB unterscheidet drei Arten von Behandlungen. In der Praxis haben sich hierfür die Bezeichnungen leichte, schwere und dringende Behandlung eingebürgert.⁶²⁵ Die Unterscheidung insbesondere zwischen der leichten und der schweren Behandlung ist deswegen von grundlegender Bedeutung, da diese Auswirkungen auf die einwilligungs- bzw zustimmungsberechtigte Person hat. Während der minderjährige Patient in eine leichte Behandlung selbst einwilligen kann, darf eine schwere Behandlung nur mit elterlicher Zustimmung vorgenommen werden.

⁶²⁰ RV 296 BlgNR 21. GP 56. *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 14; *Stabentheiner* in *Rummel*³, § 146c Rz 11; *Hopf* in *KBB*², § 164d Rz 1; *Stormann* in *Schwimann*, § 146d Rz 2; *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar, § 146d Rz 1; *Barth* in *Klang*³, § 146d Rz 2.

⁶²¹ Dieser ist seit 1.1.1975 in Kraft; vgl BGBl 1974/60.

⁶²² *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts, 250.

⁶²³ *Drda/Fleisch/Höfteberger*, Recht für Mediziner, 220 mwN.

⁶²⁴ RV 296 BlgNR 21. GP 56.

⁶²⁵ *Haidenthaller*, RdM 2001, 163.

Eine „schwere“ Behandlung ist nach dem Gesetzeswortlaut eine jede, „die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist“. Wie bereits erörtert liegt eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit dann vor, wenn eine medizinische Maßnahme die Qualität einer Körperverletzung iSd § 84 StGB erreicht. Dies ist der Fall, wenn der Eingriff entweder an sich schwer ist, zB bei Knochenbrüchen, Eröffnungen von Körperhöhlen wie Brust, Magen und Bauch oder weil lebenswichtige Organe betroffen sind⁶²⁶, oder wenn er eine 24 Tage übersteigende Gesundheitsschädigung bzw Berufsunfähigkeit nach sich zieht.⁶²⁷ Unter Beruf ist dabei auch der Schulbesuch eines Schülers zu verstehen.⁶²⁸ Nachhaltig ist eine Beeinträchtigung, wenn die Auswirkungen der Behandlung überhaupt nicht oder nur sehr schwer wieder beseitigt werden können, wie zum Beispiel bei einer kosmetischen Operation.

*Stormann*⁶²⁹ geht davon aus, dass positive Behandlungseffekte, sofern sie außen unsichtbar bleiben, auch dann außer Acht zu lassen sind, wenn sie nachhaltig sind. Als Beispiel wird die Mandeloperation genannt: Die entzündeten Mandeln werden dauerhaft entfernt, dennoch reicht nach hA die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten. Diese Ansicht ist mE insofern problematisch, als grundsätzlich jede Heilbehandlung einen „positiven Behandlungseffekt“ bezweckt und dieser auch oft nach außen nicht erkennbar ist. ZB ist es auch ein positiver Behandlungseffekt, wenn ein Gehirntumor dauerhaft entfernt wird. Hier könnte man allenfalls noch einwenden, dass eine Narbe zurück bleibt, also der positive Behandlungseffekt außen sichtbar ist. Bei der Verabreichung bzw Verordnung starker Medikamente, mit deren Einnahme schwere Risiken verbunden sind, kann allerdings nichts dagegen gehalten werden. Nach hA⁶³⁰ kann ein einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Patient lediglich in die Verordnung einfacher, risikoloser Medikamente selbst einwilligen. Vertritt man hingegen die eben dargestellte Ansicht, könnte der Minderjährige – abweichend von der hA –

⁶²⁶ *Foregger/Fabrizy*, StGB⁹, § 84 Rz 11.

⁶²⁷ RV 269 B1gNR 21. GP 55. *Haidenthaller*, RdM 2001, 166; *Barth*, ÖJZ 2002, 598; *Stormann* in *Schwimann*³, § 146c Rz 8; *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar, § 146c Rz 9; *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 27.

⁶²⁸ *Foregger/Fabrizy*, StGB⁹, § 84 Rz 2.

⁶²⁹ *Stormann* in *Schwimann*³, § 146c Rz 8.

⁶³⁰ *Barth*, ÖJZ 2002, 598; *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 28.

allerdings auch in die Verordnung aller anderen Medikamente einwilligen. Daher scheint es sachgerechter, bei der Beurteilung, ob ein Eingriff leicht oder schwer ist, lediglich auf die Risikoeignung und die Eingriffs- und Belastungsintensität abzustellen.⁶³¹ Ist die vorzunehmende medizinische Maßnahme nur mit einem geringfügigen Risiko verbunden, liegt eine leichte Behandlung vor,⁶³² andernfalls eine schwere. Bei der Beurteilung bleiben atypische Risiken außer Betracht; ausschlaggebend ist lediglich die mit einer medizinischen Behandlung gewöhnlich eintretende Beeinträchtigung.⁶³³

Von einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der Persönlichkeit spricht man schließlich, wenn mit der Einnahme von Psychopharmaka oder anderen Medikamenten Hemmungen der geistigen oder intellektuellen Reifung, Abhängigkeitsentwicklungen oder Depressionen verbunden sein können⁶³⁴.

Vor diesem Hintergrund können beispielhaft – wie schon bisher von der Lehre vertreten – folgende alltägliche, verhältnismäßig harmlose Eingriffe als „leichte Behandlungen“ qualifiziert werden: Zahnfüllungen, die Verordnung eher risikoloser Medikamente, das Entfernen einer Warze, die Gripeschutzimpfung sowie Mandel- oder Polypenoperationen.⁶³⁵ Weiters können Röntgenuntersuchungen (auch mit Kontrastmittel), einfache Punktionen, Blut- und Gewebsuntersuchungen sowie AIDS-Tests genannt werden.⁶³⁶ Auch die Verordnung oraler Kontrazeptiva⁶³⁷ oder der „Pille danach“⁶³⁸ gehören hierzu.

Operative Eingriffe am Herzen, im Ohr oder wegen eines Rückenmarktumors sind auf Grund ihrer einschneidenden Folgen und Gefährlichkeit als schwere Behandlung einzustufen.⁶³⁹ Dies gilt auch für die Vornahme einer Chemo- oder

⁶³¹ Kopetzki, *iFamZ* 2007, 203; Barth in *Klang*³, § 146c Rz 27.

⁶³² Barth, *ÖJZ*, 2002, 597.

⁶³³ Haidenthaller, *RdM* 2001, 166; Hopf/Weitzenböck *ÖJZ* 2001, 533; Barth, *ÖJZ* 2002, 598; Fischer-Czermark, *ÖJZ* 2002, 300; Stabenheiner in *Rummel*³, § 146c Rz 6; Stormann in *Schwimmann*³, § 146c Rz 8; Barth in *Klang*³, § 146c Rz 29.

⁶³⁴ Haidenthaller, *RdM* 2001, 167; Barth, *ÖJZ* 2002, 598; Barth in *Klang*³, § 146c Rz 28.

⁶³⁵ Barth, *ÖJZ* 2002, 598; Barth in *Klang*³, § 146c Rz 28.

⁶³⁶ Stormann in *Schwimmann*³, § 146c Rz 8.

⁶³⁷ Barth in *Klang*³, § 146c Rz 66.

⁶³⁸ Salzer/Bernat, *RdM* 2009, 156.

⁶³⁹ Barth, *ÖJZ* 2002, 598; Barth in *Klang*³, § 146c Rz 28.

Strahlentherapie⁶⁴⁰ sowie für medizinisch indizierte Eingriffe, mit denen die Herbeiführung einer dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit verbunden ist.⁶⁴¹ Tätowieren und Branden zählen ebenfalls zu den schweren Eingriffen, da sie grundsätzlich überhaupt nicht oder nur sehr schwer wieder rückgängig gemacht werden können.⁶⁴²

Ob ein Piercing einen schwerwiegenden Eingriff darstellt, muss je nach Art und Eingriffsintensität unterschiedlich beantwortet werden.⁶⁴³ Piercings sind nicht generell nachhaltig, weil sie zumeist wieder zuwachsen können.⁶⁴⁴ In diesem Fall – so etwa beim Stechen eines „Flinserls“ – reicht die Einwilligung des Minderjährigen.⁶⁴⁵ Sollen jedoch sensible Körperteile gepierct werden oder ist mit dem Piercen ein hohes Risiko verbunden, dann wird die Behandlung als schwer zu qualifizieren sein. Dies gilt etwa für ein Piercing im Muskelgewebe (Zunge) oder im infektionsanfälligen Genitalbereich.⁶⁴⁶

3. Die Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist

Vor Inkrafttreten des KindRÄG 2001 war nicht geregelt, wer in Behandlungen einwilligungsunfähiger minderjähriger Patienten einwilligt bzw schweren Behandlungen bereits einwilligungsfähiger Minderjähriger zustimmt. Ende des 20. Jahrhunderts setzte sich – wie bereits ausführlich dargestellt – die Ansicht durch, dass in diesen Fällen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Bereich der Pflege und Erziehung erforderlich ist. § 146c ABGB stellt nunmehr auf die Zustimmung derjenigen Person ab, die mit Pflege und Erziehung betraut ist. Auf den ersten Blick scheint es so, als wollte sich der Gesetzgeber der hA nicht anschließen. Allerdings stellt § 176 Abs 4 ABGB klar, dass immer dann, wenn die Einwilligung

⁶⁴⁰ *Kopetzki*, iFamZ 2007, 203; *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 28.

⁶⁴¹ *Kletečka*, Einwilligung, I/150.

⁶⁴² *Haidenthaller*, RdM 2001, 168; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 533; *Kletečka*, Einwilligung, I/139; *Stabentheiner* in *Rummel*³, § 146c Rz 6; *Stormann* in *Schwimann*³, § 146c Rz 8; *Beck*, Kindschaftsrecht, 146.

⁶⁴³ *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 533; *Stabentheiner* in *Rummel*³, § 146d Rz 6; *Beck*, Kindschaftsrecht, 146.

⁶⁴⁴ *Beig*, EF-Z 2009, 88.

⁶⁴⁵ *Stabentheiner* in *Rummel*³, § 146c Rz 6; *Stormann* in *Schwimann*³, § 146c Rz 8.

⁶⁴⁶ *Haidenthaller*, RdM 2001, 168; *Stormann* in *Schwimann*³, § 146c Rz 8.

oder Zustimmung der mit Pflege und Erziehung betrauten Person (Erziehungsberechtigten) gefordert wird, die Erklärung der mit der gesetzlichen Vertretung in diesem Bereich betrauten Person notwendig, aber auch hinreichend ist.

§ 146c Abs 2 ABGB vermeidet jedoch den Begriff des gesetzlichen Vertreters, da die Zustimmungsbefugnis der Eltern zu medizinischen Behandlungen als Rest der ihr auf dem Gebiet der Pflege und Erziehung zukommenden Verantwortung als eigenes Recht zu verstehen ist.⁶⁴⁷

In diesem Zusammenhang ist auch auf § 144 ABGB hinzuweisen, der durch das KindRÄG 2001 ebenfalls eine Änderung erfuhr. Durch die Änderung des Wortlautes wird klaggestellt, dass es sowohl im Teilbereich Pflege und Erziehung als auch im Teilbereich Vermögensverwaltung einerseits ein „Innenverhältnis“ und andererseits ein „Außenverhältnis“ gibt.⁶⁴⁸ Immer wenn sich Pflege und Erziehung in nach außen wirksamen Akten verwirklicht, bedarf es daher der gesetzlichen Vertretung.⁶⁴⁹

Die praktische Konsequenz der Neufassung des § 144 iVm § 176 Abs 4 ABGB ist daher die Klarstellung, dass nicht die minderjährige Mutter, der die gesetzliche Vertretung ihres Kindes gemäß § 145a ABGB auch in Angelegenheiten der Pflege und Erziehung nicht zukommt, sondern der Jugendwohlfahrtsträger als gesetzlicher Vertreter des Kindes Erklärungen in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung abzugeben hat.⁶⁵⁰

Wie bereits im zweiten Teil der Arbeit dargestellt, ist grundsätzlich jeder Elternteil für sich allein gesetzlicher Vertreter des Kindes (§ 154 Abs 1 ABGB).⁶⁵¹ Die

⁶⁴⁷ RV 296 BlgNR 21. GP 55. So auch *Barth*, ÖJZ 2002, 601; *Höpf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 533; *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 13; *Barth in Klang*³, § 146c Rz 31. AA *Fischer-Czermark*, ÖJZ 2002, 300, die darauf hinweist, dass bei Auseinanderfallen der Funktion des Pflege- und Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters letzterer das Zustimmungsrecht habe. Die erforderliche Zustimmung in den Fällen des § 146c Abs 2 ABGB diene daher in erster Linie dem Schutz des Minderjährigen und nicht der Verwirklichung eines eigenen Rechts des Pflege- und Erziehungsberechtigten. Bis zur Zustimmung der mit Pflege- und Erziehung betrauten Person sei die Einwilligung des Mündigen schwebend unwirksam.

⁶⁴⁸ *Hopf* in *KBB*², § 145 Rz 1.

⁶⁴⁹ *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 10; *Barth in Klang*³, § 146c Rz 31; *Beck*, Kindschaftsrecht, 120.

⁶⁵⁰ *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 10.

⁶⁵¹ So auch das LG Wien 25.1.2005, 42 R 499/04z, EFSlg 110.762.

Vertretungshandlung eines Elternteiles ist daher idR auch dann wirksam, wenn sie der andere nicht billigt.⁶⁵² Ein Dissens zwischen den Elternteilen ist jedoch dann beachtlich, wenn einem Dritten widersprechende Erklärungen zugehen. Erfolgen die Erklärungen nacheinander, gilt die letztere, da es sich bei der Einwilligung um eine jederzeit widerrufliche Erklärung handelt; gehen dem Dritten die Erklärungen hingegen gleichzeitig zu, liegt keine Zustimmung vor.⁶⁵³

Da es dem Arzt allerdings nicht zumutbar ist, in jedem Fall festzustellen, ob den Eltern tatsächlich die gesetzliche Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung zukommt, darf er mangels gegenteiliger Anhaltspunkte hiervon ausgehen.⁶⁵⁴ Dem Arzt ist es auch im tatsächlich gegenteiligen Fall nicht vorwerfbar, dass er die Behandlung ohne gültige Zustimmung vorgenommen hat, weshalb sowohl eine strafrechtliche als auch eine schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit ausscheiden.⁶⁵⁵

4. Behandlung einsichts- und urteilsunfähiger minderjähriger Patienten

Ist ein minderjähriger Patient nicht einsichts- und urteilsfähig, dann kann er auch nicht selbst in eine Behandlung einwilligen. Dieser Fall bringt in der Praxis keine Schwierigkeiten mit sich. An Stelle des Kindes müssen die Eltern die Einwilligung zur Behandlung erteilen.⁶⁵⁶ Dieses Recht der Eltern umfasst natürlich auch die Befugnis, eine Behandlung abzulehnen.⁶⁵⁷ Dies gilt sowohl für leichte als auch schwere Behandlungen. Hervorzuheben ist, dass die Eltern bei ihrer Entscheidung allerdings immer das Kindeswohl beachten müssen.⁶⁵⁸ Verweigern die Eltern die Einwilligung aus medizinischer Sicht zu Unrecht und resultiert daraus eine Gefährdung des

⁶⁵² Hopf in KBB², § 154 Rz 1.

⁶⁵³ Gaisbauer, RdM 1995, 64; Kletečka, Einwilligung, I/137; BMGF, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie, 156; Hopf in KBB², § 154 Rz 1.

⁶⁵⁴ Kletečka, Einwilligung, I/138.

⁶⁵⁵ Kletečka, Einwilligung, I/138.

⁶⁵⁶ Haidenthaller, RdM 2001, 168; Barth in Klang³, § 146c Rz 28.

⁶⁵⁷ Barth in Klang³, § 146c Rz 28.

⁶⁵⁸ Haidenthaller, RdM 2001, 166; Haberl, Kinderrechte, 112; Barth in Klang³, § 146c Rz 28. Vgl hierzu bereits Kapitel IV.5. im zweiten Teil der Arbeit sowie Punkt 6 unten.

Kindeswohls, so kann der Arzt bzw eine jede andere Person gemäß § 176 ABGB das Pflschaftsgericht anrufen. Durch das KindRÄG 2001⁶⁵⁹ wird klargestellt, dass das Einschreiten des Pflschaftsgerichts von einem Elternteil, den sonstigen Verwandten in gerader aufsteigender Linie, den Pflegeeltern, dem Jugendwohlfahrtsträger und dem mündigen Minderjährigen beantragt werden kann. Andere Personen können gerichtliche Verfügungen lediglich anregen (§ 176 Abs 2 ABGB).

Im zweiten Teil der Arbeit wurde bereits dargestellt, dass dem Pflschaftsgericht umfassende und bewegliche Möglichkeiten zukommen. Anders als nach der Rechtslage vor dem KindRÄG 2001 kann das Gericht nunmehr die elterliche Zustimmung auch unmittelbar ersetzen, wenn keine gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung vorliegen und die Situation für das Gericht nicht näher aufklärungsbedürftig ist.⁶⁶⁰ Sind vorab allerdings noch Behandlungsalternativen oder andere Fragen zu klären, wie etwa zum Ort oder zur Durchführung der Behandlung, dann hat das Gericht eine andere Person mit der Zustimmung zur Behandlung zu betrauen.⁶⁶¹ Eine Anrufung des Pflschaftsgerichts erübrigt sich allerdings, wenn Gefahr im Verzug gegeben ist.⁶⁶²

5. Behandlung einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Patienten

Verfügt der minderjährige Patient über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, ist die Einwilligung ein höchstpersönliches Recht.⁶⁶³ In einem solchen Fall kann er die Einwilligung in medizinische Behandlungen nur selbst erteilen. Die Einschaltung eines Vertreters, der die Einwilligung im Namen des einwilligungsfähigen Kindes abgibt, ist nicht möglich.

⁶⁵⁹ BGBI I 2001/135.

⁶⁶⁰ *Barth in Klang*³, § 146c Rz 43.

⁶⁶¹ *Barth in Klang*³, § 146c Rz 43.

⁶⁶² Vgl Punkt 7 unten.

⁶⁶³ *Höpf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 534; *Fischer-Czermark*, ÖJZ 2002, 300; *Gitschthaler*, ÖJZ 2004, 124; *Kletečka*, Einwilligung, I/139; *Barth/Dokalik in Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 145.

Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass ein einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Patient in eine leichte Behandlung alleine einwilligen kann. Ob die Eltern damit einverstanden sind oder nicht ist grundsätzlich irrelevant. *Bernat* spricht idZ von der „*Behandlungshoheit*“ des Kindes.⁶⁶⁴ Bei schweren Behandlungen fordert das Gesetz allerdings auch die Zustimmung der Eltern. Im Idealfall sind sich Kind und Eltern darüber einig, ob eine Behandlung vorgenommen werden soll oder nicht. Liegen aber unterschiedliche Ansichten vor, stellt sich das Problem, wie der Arzt nun vorzugehen hat. Sind die Willensäußerungen der beiden Parteien als gleichwertig anzusehen oder liegt das letzte Wort doch bei den Eltern? Wie hat der Arzt zu reagieren, wenn der Minderjährige die Vornahme einer schwerwiegenden medizinischen Maßnahme verweigert, die Eltern diese jedoch befürworten?

Lehnt der Minderjährige die Vornahme einer von den Eltern gewünschten medizinischen Behandlung ab, so darf der Arzt die Behandlung grundsätzlich nicht durchführen.⁶⁶⁵ Nach dem klaren Wortlaut des § 146c Abs 2 ABGB ist die zusätzliche Zustimmung der Person, die mit der Pflege und Erziehung betraut ist, lediglich dann erforderlich ist, wenn der minderjährige Patient in eine schwere Behandlung einwilligt. Entscheidet sich der Minderjährige gegen die Behandlung, hat diese nach *Barth* unabhängig vom Willen der Eltern zu unterbleiben.⁶⁶⁶ Eine Stütze für diese Ansicht findet sich auch in den Erläuterungen zum KindRÄG 2001, die ausführen, dass Fremdbestimmung nur dort zulässig ist, wo Selbstbestimmung (mangels eigener Handlungsfähigkeit) nicht möglich ist;⁶⁶⁷ eine elterliche Befugnis zur stellvertretenden Zustimmung zu medizinischen Behandlungen soll nur dort vorgesehen werden, wo das Kind diese Einwilligung nicht selbst erteilen kann. Zwar habe der Arzt im verpflichtenden Beratungsgespräch die Eltern des minderjährigen Patienten einzubeziehen, damit diesen die Möglichkeit eingeräumt werde, ihr Kind in der Entscheidungsfindung zu unterstützen, entscheidet sich der Minderjährige jedoch gegen die Behandlung, hat diese, unabhängig vom Willen der Eltern, zu

⁶⁶⁴ *Bernat*, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung, 55.

⁶⁶⁵ *Barth*, ÖJZ 2002, 606; *Noll*, Der mündige Minderjährige, 89; *Kletečka*, Einwilligung, I/140; *Haberl*, Kinderrechte, 120; *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 23; *Beck*, Kindschaftsrecht, 148.

⁶⁶⁶ *Barth*, ÖJZ 2002, 606; *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 23.

⁶⁶⁷ RV 296 BlgNR 21. GP 54.

unterbleiben.⁶⁶⁸ Halten die Eltern die Weigerung ihres Kindes – auf Grund von ihnen angenommener mangelnder Einsichts- und Urteilsfähigkeit – für falsch und erachten sie die Behandlung für unbedingt notwendig, dann bleibt ihnen nur der Weg zu Gericht und eine Antragstellung nach § 154b ABGB.⁶⁶⁹

*Haidenthaller*⁶⁷⁰ gibt zu bedenken, dass mündige Minderjährige die Tragweite einer allfälligen Behandlungsverweigerung oft nicht einschätzen können. Daher sei es ihrer Ansicht nach nicht vertretbar, in einem Fall, in dem die Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung oder des Todes droht, die Weigerung des Kindes einfach hinzunehmen. Hier sollen nach *Haidenthaller*⁶⁷¹ die Eltern das letzte Wort haben. ME übersieht *Haidenthaller* allerdings, dass es in solchen Fällen – der Minderjährige kann die Folgen seiner Behandlungsverweigerung nicht einsehen – schon an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des minderjährigen Patienten mangeln wird, sodass ohnehin die Eltern über die Vornahme der Behandlung zu entscheiden haben.

Willigt ein einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Patient in eine schwere Behandlung ein, verlangt § 146c Abs 2 ABGB die zusätzliche elterliche Zustimmung. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Zustimmung Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der medizinischen Behandlung ist. Hier gehen die Meinungen der einzelnen Autoren auseinander. Einige Autoren⁶⁷² vertreten die Ansicht, dass schwere Behandlungen nur dann gerechtfertigt seien, wenn sowohl das Kind als auch der Pflege- und Erziehungsberechtigte die Zustimmung zur Behandlung erteilt haben. Bis zur Zustimmung eines Elternteiles sei die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten schwebend unwirksam.⁶⁷³ Folgt man dieser Ansicht, dann kann § 146c Abs 2 ABGB als „Vetorecht“⁶⁷⁴ der Eltern im Sinne eines „Co-Konsenses“ angesehen werden.⁶⁷⁵ Für die Ablehnung einer Behandlung durch den Minderjährigen und seine Einwilligung in eine schwere Behandlung gilt somit ein

⁶⁶⁸ RV 296 BlgNR 21. GP 55. *Barth*, ÖJZ 2002, 599; *Barth in Klang*³, § 146c Rz 23.

⁶⁶⁹ *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 13. Vgl auch Punkt 1 oben.

⁶⁷⁰ *Haidenthaller*, RdM 2002, 170.

⁶⁷¹ *Haidenthaller*, RdM 2002, 170.

⁶⁷² *Fischer-Czermark*, ÖJZ 2002, 300; *Gitschthaler*, ÖJZ 2004, 125; *Hopf* in KBB², § 146c Rz 6; *Beck*, Kindschaftsrecht, 150.

⁶⁷³ *Fischer-Czermark*, ÖJZ 2002, 300; *Gitschthaler*, ÖJZ 2004, 125; *Hopf* in KBB², § 146c Rz 6; *Beck*, Kindschaftsrecht, 150.

⁶⁷⁴ *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 13.

⁶⁷⁵ *Stormann in Schwimann*³, § 146c Rz 8; *Barth in Klang*³, § 146c Rz 32.

anderer Maßstab – im ersten Fall wirkt das Selbstbestimmungsrecht des einwilligungsfähigen minderjährige Patienten voll, während es im Fall der Einwilligung in eine schwere Behandlung eingeschränkt ist.

Wie va *Barth*⁶⁷⁶ zutreffend darauf hinweist, kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Schon die Erläuternden Bemerkungen zum KindRÄG 2001 stehen dieser Auffassung entgegen.⁶⁷⁷ So wird ausdrücklich angeführt, dass das Fehlen der elterlichen Zustimmung das Verhältnis zwischen Arzt und Kind an sich nicht berührt: „Die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes ist gegenüber dem Arzt trotzdem (die Beeinträchtigung der Persönlichkeit oder körperlichen Unversehrtheit rechtfertigend) wirksam.“⁶⁷⁸ Die Beachtung der elterlichen Zustimmung sei vielmehr eine „Handlungsanleitung“ für den Arzt.⁶⁷⁹ An dieser Stelle ist auf § 49 Abs 1 ÄrzteG 1998 hinzuweisen, der den Arzt zur gewissenhaften Berufsausübung ua „unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften“ verpflichtet. Darunter sind sämtliche einschlägige bundes-, landes- und auch gemeinschaftsrechtliche Normen zu verstehen⁶⁸⁰ - also auch § 146c Abs 2 ABGB. Die Einholung der elterlichen Zustimmung stellt demnach für den Arzt, der jede Behandlung nach den anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft durchzuführen hat, einen Bestandteil der sorgfältigen Berufsausübung dar.⁶⁸¹ Der Arzt muss daher zumindest mit einem Elternteil in Verbindung treten und sich um seine Zustimmung bemühen.⁶⁸² Andernfalls kann dem Arzt auf Grund der Verletzung des § 49 ÄrzteG 1998 einerseits eine Verwaltungsstrafe (§ 199 Abs 3 leg.cit) und andererseits ein Disziplinarverfahren (§ 136 Abs 1 Z 2 leg.cit) drohen.⁶⁸³ Ein Verstoß gegen § 110 StGB liegt in diesem Fall allerdings nicht vor.⁶⁸⁴ Schadenersatzrechtlich ist § 146c Abs 2 ABGB als Schutznorm aufzufassen, die die

⁶⁷⁶ *Barth*, ÖJZ 2002, 598; *Barth in Klang*³, § 146c Rz 33.

⁶⁷⁷ Die Erwägungen des historischen Gesetzgebers haben die Vermutung der Richtigkeit für sich; so *Barth in Klang*³, § 146c Rz 33.

⁶⁷⁸ RV 296 BlgNR 21. GP 55.

⁶⁷⁹ RV 296 BlgNR 21. GP 55.

⁶⁸⁰ Dies stellen die Erläuterungen zum MuthG ausdrücklich klar; vgl RV 552 BlgNR 23. GP 17.

⁶⁸¹ *Barth*, ÖJZ 2002, 600; *Barth in Klang*³, § 146c Rz 33.

⁶⁸² *Bernat*, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung, 62; *Stormann in Schwimann*³, § 146c Rz 8.

⁶⁸³ So auch *Stormann in Schwimann*³, § 146c Rz 8.

⁶⁸⁴ *Bernat*, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung, 60; *Burgstaller/Schütz in WK*², § 90 Rz 38.

Unterstützung des Kindes durch seine Eltern sichern soll.⁶⁸⁵ Verwirklicht sich nach Verletzung der Norm ein Risiko, so hat der Minderjährige Anspruch auf Schadenersatz, wenn er beweist, dass er selbst in die Behandlung nicht eingewilligt hätte, wenn ihm ein Elternteil bei der Willensbildung unterstützt hätte.⁶⁸⁶

Verweigern die Eltern die Zustimmung zur Behandlung und nimmt sie der Arzt der „Handlungsanleitung“ folgend nicht vor, kann – wie schon bisher von der Lehre vertreten – gemäß § 176 Abs 1 ABGB das Pflegschaftsgericht angerufen werden.⁶⁸⁷ Dieses hat zu prüfen, ob durch die Nichtvornahme der Behandlung das Kindeswohl gefährdet ist und hat im bejahenden Fall dem Elternteil bzw beiden Elternteilen das Zustimmungsrecht zu entziehen. Die Entziehung des Zustimmungsrechts bewirkt, dass der Arzt die Behandlung des Minderjährigen auch den Eltern gegenüber vornehmen darf.⁶⁸⁸ Sind allerdings ohne die Mitwirkung einer für den Minderjährigen zuständigen Person Fehler bei der Erstellung der Diagnose oder Defizite bei der Beratung und Aufklärung des minderjährigen Patienten zu befürchten oder ist die Nachsorge nicht sichergestellt, ist das Zustimmungsrecht einem Dritten, etwa dem Jugendwohlfahrtsträger, einzuräumen.⁶⁸⁹

Kommt das Gericht hingegen zur Ansicht, dass durch die Unterlassung der Behandlung das Kindeswohl nicht gefährdet ist, wird der Arzt dennoch von der Behandlung des minderjährige Patienten Abstand nehmen, da er ansonsten die oben beschriebenen Folgen zu fürchten hat.⁶⁹⁰

6. Wahrung des Kindeswohls

Bei der Entscheidung, ob die Eltern ihre Zustimmung zur Vornahme einer medizinischen Behandlung erteilen oder nicht, dürfen diese nicht nach freiem

⁶⁸⁵ Stormann in Schwimann³, § 146c Rz 8; Haberl, Kinderrechte, 120.

⁶⁸⁶ Stormann in Schwimann³, § 146c Rz 8.

⁶⁸⁷ Noll, Der mündige Minderjährige, 91, Barth in Klang³, § 146c Rz 34; Beck, Kindschaftsrecht, 151.

⁶⁸⁸ Barth in Klang³, § 146c Rz 34.

⁶⁸⁹ Barth, ÖJZ 2002, 606; Barth in Klang³, § 146c Rz 34; Beck, Kindschaftsrecht, 151.

⁶⁹⁰ Barth, ÖJZ 2002, 606; Barth in Klang³, § 146c Rz 34.

Ermessen handeln, sondern haben sich am Wohl ihres Kindes zu orientieren. An dieser Stelle darf auf die entsprechenden Ausführungen im zweiten Teil der Arbeit verwiesen werden. Wie bereits dargestellt, liegt eine Gefährdung des Kindeswohls schon dann vor, wenn Obsorgepflichten objektiv nicht erfüllt⁶⁹¹ oder gröblich vernachlässigt werden oder wenn die Obsorgepflichtigen durch ihr Gesamtverhalten schutzwürdige Interessen des Kindes ernstlich und konkret gefährden.⁶⁹²

Abschließend soll die Problematik der „Wahrung des Kindeswohls“ noch kurz an einem aktuellen Fall veranschaulicht werden⁶⁹³: Ein 13 Jahre und 8 Monate alter Bub leidet an einem langsam fortschreitenden Nierenversagen, welches keiner therapeutischen Intervention zugänglich ist. Eine Dialysebehandlung ist ab Jänner 2009 notwendig. Die medizinisch beste Behandlung des chronischen Nierenversagens wäre eine Nierentransplantation. Damit ist grundsätzlich eine medikamentöse Beeinflussung des Empfängerimmunsystems (Immunsuppression) verbunden, damit das empfangene Organ nicht abgestoßen wird. Im gegenständlichen Fall hat der Bub allerdings einen gesunden (eineiigen) Zwilling Bruder, der zur Organspende bereit ist. Wird von einem eineiigen Zwilling ein Organ gespendet, ist keine Immunsuppression erforderlich. Ein solches Organ hätte ohne Medikamente eine lebenslange Funktionsdauer.

Wie bereits dargestellt wurde auch bisher vertreten, dass Eltern der Entnahme regenerierbarer Organe ihres einwilligungsunfähigen Kindes zustimmen können, sofern dadurch das Kindeswohl nicht beeinträchtigt wird. Im gegenständlichen Fall handelt es sich jedoch um ein nicht regenerierbares solides Organ. Die Entnahme eines solchen bei einwilligungsunfähigen minderjährigen Patienten kraft alleiniger Zustimmung der Eltern ist unzulässig.

Gemäß der Zweifelsregelung des § 146c Abs 1 ABGB sind minderjährige Patienten ab 14 Jahren grundsätzlich einwilligungsfähig. Aber auch jüngere Kinder können für einen bestimmten Eingriff bereits über die erforderliche Einsichts- und

⁶⁹¹ Vgl Kapitel IV.5. im zweiten Teil der Arbeit sowie ua *Barth*, ÖJZ 2002, 602; *Beck*, Kindschaftsrecht, 151.

⁶⁹² *Weitzenböck* in *Schwimann*³, § 176 Rz 9.

⁶⁹³ Vgl *Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner*, RdM 2009, 10.

Urteilsfähigkeit verfügen. Dies gilt ebenso für den gegenständlichen Fall, sodass die Entnahme eines Organs durch die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Spenders im konkreten Fall (entgegen der Vermutungsregel) gerechtfertigt sein kann.⁶⁹⁴ Da die Entnahme einer Niere eine schwere Behandlung iSd § 146c Abs 2 ABGB darstellt, bedarf es neben der Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Spenders zusätzlich noch der Zustimmung eines Elternteiles. Hier ist man nun wieder beim Thema Kindeswohl angelangt bzw bei der Frage, ob *„möglicher Weise die Zulässigkeit der Transplantation daran scheitern [könnte], dass zwar der einwilligungsfähige Minderjährige seine Einwilligung, nicht hingegen die Eltern die nötige Zustimmung nach § 146c Abs 2 ABGB erteilen dürften“* – so *Kopetzki und Leischer*⁶⁹⁵. Bejaht man allerdings im Einklang mit der hL die Vereinbarkeit der elterlichen Zustimmung mit dem Kindeswohl bei der Knochenmarkspende vom einwilligungsunfähigen Kind, dann ist es nur konsequent, diese Möglichkeit der Zustimmung auch für die Nierenspende des einwilligungsfähigen Kindes zugunsten dessen Bruder bzw Schwester zu eröffnen.⁶⁹⁶ Zwar ist letzterer Eingriff zweifelsfrei ein schwererer, allerdings wird die im Vergleich zur Knochenmarkspende größerer Intensität und Schwere des Eingriffes durch die höchstpersönliche Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Spenders kompensiert.⁶⁹⁷ Mit *Kopetzki und Leischer*⁶⁹⁸ ist außerdem davon auszugehen, dass bei der gerichtlichen Überprüfung, ob die Zustimmung der Eltern auch im Wohl des spendenden Kindes liegt, dessen (gleichgerichteter) Wille besonders ins Gewicht fällt (§ 146 Abs 3 ABGB) und den Spielraum der elterlichen Zustimmung auch in Richtung größerer Eingriffe erweitert.

7. Die dringende Behandlung

Ist eine Behandlung so dringend notwendig, dass der Aufschub, der mit der Einholung der Einwilligung oder der Zustimmung verbunden wäre, das Leben des

⁶⁹⁴ Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner, RdM 2009, 12.

⁶⁹⁵ Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner, RdM 2009, 13.

⁶⁹⁶ Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner, RdM 2009, 13.

⁶⁹⁷ Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner, RdM 2009, 13.

⁶⁹⁸ Müller/Mühlbacher/Kopetzki/Leischner, RdM 2009, 13.

Kindes gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre, wird – wie auch schon bisher in der Lehre vertreten – auf das Erfordernis der Einwilligung verzichtet (§ 146c Abs 3 ABGB).⁶⁹⁹ Die „Gefahr-im-Verzug-Regel“ bezieht sich sowohl auf die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes als auch auf die Zustimmung der Eltern.⁷⁰⁰ Ausschlaggebend sind die Schwere des drohenden Gesundheitsschadens sowie die Dringlichkeit des Eingriffes. Das erste Kriterium wird – in Anlehnung an § 110 Abs 2 StGB – dann erfüllt sein, wenn zumindest eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes von der Qualität einer schweren Körperverletzung iSd § 84 Abs 1 StGB zu erwarten ist.⁷⁰¹ Das Kriterium der Dringlichkeit ist immer in Bezug zur notwendigen Dauer einer seriösen Behandlungsentscheidung zu sehen und daher kein zeitliches Fixum.⁷⁰² Liegen die Voraussetzungen vor, dann hat der Arzt die Behandlung ohne Einwilligung des Minderjährigen oder einer anderen Person vorzunehmen.

Aber auch wenn der minderjährige Patient bewusstlos ist oder unter Schock, starken Schmerzen oder starker Medikamentenwirkung steht und mit der Behandlung nicht bis zur Wiedererlangung des vollen Bewusstseins zugewartet werden kann, hat der Arzt die Behandlung ohne Einwilligung des Minderjährigen vorzunehmen. Soweit die Zeit hierfür reicht, ist jedoch die Einwilligung eines Elternteiles einzuholen.⁷⁰³

⁶⁹⁹ RV 296 BlgNR 21. GP 56. Vgl weiters *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 10; *Resch*, Die Fähigkeit zur Einwilligung, 45; *Stormann* in *Schwimann*³, § 146c Rz 11; *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar, § 146c Rz 12; *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 42.

⁷⁰⁰ *Hopf* in *KBB*², § 146c Rz 7.

⁷⁰¹ *Schmoller* in *SbgK*, § 110 Rz 82; *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 186.

⁷⁰² *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts, 186.

⁷⁰³ *Barth*, ÖJZ 2002, 600; *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar, § 146c Rz 12; *Barth* in *Klang*³, § 146c Rz 43.

V. Schlussbetrachtung

Vor Inkrafttreten des KindRÄG 2001 war die Einwilligung Minderjähriger in „*medizinische Behandlungen*“ gesetzlich nicht näher geregelt. Für die Lösung auftauchender Fragen zog man verschiedene von Rechtsprechung und Lehre erarbeitete Grundsätze heran. Diesen Grundsätzen folgt § 146c ABGB im Wesentlichen. So ist nunmehr gesetzlich festgelegt, dass bei „*leichten Eingriffen*“ Minderjährige alleine entscheiden dürfen, wenn sie einsichts- und urteilsfähig sind. Durch diese Formulierung wurde gleichzeitig der Begriff der Einwilligungsfähigkeit, welcher auch schon bisher überwiegend als entscheidendes Kriterium für eine rechtswirksame Einwilligung in „*medizinische Behandlungen*“ herangezogen wurde, gesetzlich verankert. § 146c Abs 2 ABGB übernimmt weiters den von der Rechtsprechung vertretenen Grundsatz, dass bei „*schweren Behandlungen*“ die zusätzliche elterliche Zustimmung erforderlich ist. In diesem Zusammenhang wäre allerdings wünschenswert gewesen, klar festzulegen, welche Funktion die zusätzliche Zustimmung der Eltern bzw welche Folgen die Unterlassung der Einholung dieser hat.⁷⁰⁴ Schließlich übernimmt § 146c Abs 3 ABGB die bekannte „Gefahr-im-Verzug-Klausel“ des § 8 Abs 3 KAG (nunmehr: KAKuG). Neu sind die Klärung hinsichtlich der Person des zustimmungsbefugten Dritten sowie die Vermutung des Vorliegens der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen. Für den Arzt bedeutet dies in der Praxis, dass abgesehen von Notfällen und „*schweren Behandlungen*“ immer nur der Willen des einwilligungsfähigen minderjährigen Patienten ausschlaggebend ist. Sollten Kind und Eltern kein Einvernehmen über die Vornahme einer „*schweren Behandlung*“ erzielen, entscheidet letzten Endes das Gericht.

§ 146c ABGB berücksichtigt somit das Recht des minderjährige Patienten, selbst zu entscheiden, ob eine bestimmte Behandlung vorgenommen werden soll oder nicht. Gleichzeitig wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Kinder unter einem besonderen Schutz stehen, den Eltern und auch Ärzte gewährleisten müssen. Die Bestimmung ist vor diesem Hintergrund daher zu begrüßen. Wünschenswert wäre

⁷⁰⁴ Vgl hierzu Kapitel IV.4.

allerdings eine Klarstellung betreffend den Anwendungsbereich des § 146c ABGB⁷⁰⁵ bzw wird angeregt⁷⁰⁶, an Stelle von „*Einwilligungen in medizinische Behandlungen*“ besser die Wendung „*Einwilligung in Behandlung, Pflege, Beratung oder Betreuung durch Ärzte oder Angehörige anderer Gesundheitsberufe*“ zu verwenden.

⁷⁰⁵ Vgl hierzu Kapitel IV.2.

⁷⁰⁶ Vgl 45/SN-335/ME 20. GP.

Quellenverzeichnis⁷⁰⁷

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS 1811/946

Herabsetzung der Altersgrenze der Minderjährigkeit, StGBI 1919/96

Volljährigkeitsgesetz, BGBl 1973/108

- RV 93 BlgNR 13. GP
- RV 645 BlgNR 13. GP

Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl 1977/403

- RV 60 BlgNR 14. GP
- RV 73 BlgNR 14. GP

Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz (KindRÄG), BGBl 1989/162

- RV 172 BlgNR 17. GP

Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001), BGBl I 2000/135

- RV 296 BlgNR 21. GP
- 335/ME 20. GP
- 5/SN-335/ME 20. GP: Bund Österreichischer Frauenvereine
- 10/SN-335/ME 20. GP: Verein der Amtsvormünder Österreichs
- 11/SN-335/ME 20. GP: Oberster Gerichtshof
- 12/SN-335/ME 20. GP: Kinder und Jugendanwaltschaft Kärnten
- 16/SN-335/ME 20. GP: Österreichischer Rechtsanwaltskammertag
- 17/SN-335/ME 20. GP: Vorarlberger Rechtsanwaltskammer
- 18/SN-335/ME 20. GP: Kinder & Jugendanwalt des Landes Steiermark
- 20/SN-335/ME 20. GP: Verein für Sachwalter- und Patientenanzwaltschaft
- 23/SN-335/ME 20. GP: Amt der Wiener Landesregierung
- 27/SN-335/ME 20. GP: Österreichische Apothekerkammer
- 28/SN-335/ME 20. GP: Amt der Kärntner Landesregierung
- 29/SN-335/ME 20. GP: Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie
- 30/SN-335/ME 20. GP: OÖ Kinder & Jugend Anwaltschaft
- 32/SN-335/ME 20. GP: Bundeskanzleramt
- 33/SN-335/ME 20. GP: Bundesministerium für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz
- 36/SN-335/ME 20. GP: Amt der Salzburger Landesregierung
- 38/SN-335/ME 20. GP: Vereinigung der österreichischen Richter, Bundessektion Richter und Staatsanwälte in der GÖD
- 39/SN-335/ME 20. GP: Österreichische Ärztekammer
- 42/SN-335/ME 20. GP: Kinder- und Jugendanwalt des Landes Vorarlberg
- 44/SN-335/ME 20. GP: Kinder und Jugendanwaltschaft Salzburg
- 45/SN-335/ME 20. GP: Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales

⁷⁰⁷ Die Darstellung der Gesetze erfolgt in alphabetischer Reihenfolge; davon abgewichen wird lediglich dann, wenn mehrere Änderungen bzw. Novellen eines Gesetzes herangezogen wurden, diese werden chronologisch dargestellt.

Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 (SWRÄG 2006), BGBl I 2006/92

- RV 1420 BlgNR 22. GP

Arzneimittelgesetz (AMG), BGBl 1983/185

- RV 1060 BlgNR 15. GP
- AB 1480 BlgNR 15. GP

Arzneimittelgesetz-Novelle 1993, BGBl 1994/107

- RV 1362 BlgNR 18. GP

Änderung des Arzneimittelgesetzes, BGBl I 2004/35

- RV 384 BlgNR 22. GP

Ärztegesetz 1949, BGBl 1949/92

Ärztegesetz 1984, BGBl 1984/373

Ärztegesetz 1998, BGBl I 1998/169

Blutsicherheitsgesetz 1999 (BSG 1999), BGBl 1994/44

Ehegesetz, dRGBl I 1938/807 = GBlÖ 1938/244

Epidemiegesetz 1950 (EpG), BGBl 1950/186

Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG), BGBl 1992/275

- RV 216 BlgNR 18. GP

Gentechnikgesetz (GTG), BGBl 1994/510

- RV 1465 BlgNR 18. GP

Geschlechtskrankheitengesetz (GeschlkrG), StGBI 1945/152

Krankenanstaltengesetz 1920 (KAG 1920), StGBI 1920/327

- RV zum KAG 1920, 764 BlgKNV
- AB zum KAG 1920, 916 BlgKNV
- StProt KNV, 95. Sitzung am 15.7.1920, 3096

Krankenanstaltengesetz 1956 (KAG 1956), BGBl 1957/1

- RV 431 BlgNR 7. GP
- AB 164 BlgNR 8. GP

Medizinproduktegesetz (MPG), BGBl 1996/657

- RV 384 BlgNR 22. GP
- RV 313 BlgNR 20. GP

Musiktherapiegesetz (MuthG), BGBl I 2008/93

- RV 552 BlgNR 23. GP

Patientenverfügungsgesetz (PatVG), BGBl I 2006/55

- RV 1299 BlgNR 22. GP

Psychotherapiegesetz (PthG), BGBl 1990/361

- RV 1256 BlgNR 17. GP

Schutzimpfungen gegen Tuberkulose, BGBl 1949/89; BGBl 1969/66

Änderung des Bundesgesetzes über Schutzimpfungen gegen Tuberkulose, BGBl 1970/347

Öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung, BGBl 1960/244

Abänderung des Bundesgesetzes über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung, BGBl 1964/150

Änderung des Bundesgesetzes über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung, BGBl 1970/346; BGBl 1988/178; BGBl 1992/462; BGBl 1988/52

- RV 466 BlgNR 17. GP
- RV 489 BlgNR 17. GP
- RV 379 BlgNR 18. GP

Aufhebung des Bundesgesetzes über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung, BGBl 2002/93

- RV 950 BlgNR 21. GP

Strafgesetz (StG), RGBl 1852/117

Strafgesetznovelle 1937, BGBl 1937/202

- 90 BlgHH 21. Session 1912
- RV 49 BlgNR 3. GP

Strafgesetzbuch (StGB), BGBl 1974/60

- 157 Blg Haus der Bundesgesetzgebung
- BMJ, ME 1964
- RV 706 BlgNR 11. GP
- RV 30 BlgNR 13. GP
- AB 959 BlgNR 13. GP

Unterbringungsgesetz (UbG), BGBl 1990/155

- RV 464 BlgNR 17. GP
- RV 1202 BlgNR 17. GP

Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010 (Ub-HeimAuf-Nov 2010), BGBl 2010/18

- RV 601 BlgNR 24. GP

Entscheidungsregister⁷⁰⁸

(deutsches) RG	31.5.1894	RGSt 25, Rep 1406/94 = JBI 1894/29
OGH	4.1.1906	GIUNF 4449, Nr 18.553
OGH	8.5.1934	5 Os 1070/33, SSt 14/47
OGH	16.2.1955	2 Ob 84/55, KRSIlg 612
OGH	15.2.1956	2 Ob 91/56, KRSIlg 617
OGH	9.1.1957	3 Ob 1/57, KRSIlg 621
OGH	24.6.1959	6 Ob 212/59, KRSIlg 630
OGH	15.12.1964	8 Ob 342/64, KRSIlg 639 = EvBl 1965/217
OGH	13.12.1977	1 Ob 735/77, SZ 50/161 = EvBl 1978/100
OGH	14.6.1978	1 Ob 630/78, SZ 51/90 = JBI 1979,482 = RZ 1978/138
OGH	23.6.1982	3 Ob 545/82, SZ 55/114 = JBI 1983, 373 = VersR 1983/744
OGH	25.5.1984	1 Ob 550/84, SZ 57/98 = EvBl 1985/32 = JBI 1985, 159
OGH	11.9.1984	9 Os 121/84 = SSt 55/59 = EvBl 1985/48 = JBI 1985, 304 = ÖJZ 1985, 48
OGH	19.12.1984	3 Ob 562/84, SZ 57/207 = EvBl 1985/85 = JBI 1985, 548 = RdW 1985,72
BGH	5.12.1958	BGHZ 29, 33 = MDR 1959 , 383 = FamRZ 1959, 200
OGH	3.9.1986	1 Ob 586/86, SZ 59/144 = EvBl 1989/80 = JBI 1988, 237 = RZ 1987/40
OGH	1.4.1987	3 Ob 645/86, KRSIlg 705 = ÖA 1987, 108
OGH	23.11.1993	5 Ob 565/93, SZ 66/153
OGH	3.9.1996	10 Ob 2350/96, KRSIlg 1651 = EvBl 1997/86 = EFSIlg 81.484 = ÖÄZ 1997, Heft 17, 50 = RdM 1997, 22 = RZ 1998, 83 = ZVR 1997/47
OGH	28.8.1997	3 Ob 2121/96z = EvBl 1998/24 = RdM 1998/7
OGH	11.11.1997	7 Ob 355/97 z, SZ 70/235 = JBI 1998, 464 = RdM 1998/6
LG Wien	25.1.2005	42 R 499/04z, EFSIlg 110.762
OGH	10.6.2008	4 Ob87/08k, EvBl 2008/18 = EFSIlg 110.762 = EF-Z 2008,179 = iFamZ 2008,251 = Jus-Extra OGH-Z 4562 = RdM 2008, 181 = RdM 2009, 27 = Zak 2008,315

⁷⁰⁸ Die Entscheidungen werden im Text durch Angabe des Datums und der GZ zitiert.

Literaturverzeichnis

- Aicher, J.*, § 16, in *Rummel, P.* (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 1. Band, 1983 (*Aicher in Rummel*)
- Aicher, J.*, § 16, in *Rummel, P.* (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 1. Band², 1990 (*Aicher in Rummel*²)
- Aicher, J.*, § 16, in *Rummel, P.* (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 1. Band³, 2000 (*Aicher in Rummel*³)
- Aigner, G.*, Gesundheitswesen, in *Schambeck, H.* (Hrsg), Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich, Band 2, 1993, 1425–1487 (*Aigner, Gesundheitswesen*)
- Aigner, G.*, Einwilligung Minderjähriger in eine Knochenmarkspende, RdM 1998, 144 (*Aigner, RdM 1998*)
- Aigner, G.*, Zur Situation der Patientenrechte in Österreich, RdM 2000, 77–82 (*Aigner, RdM 2000*)
- Aigner, G./Schwamberger, H.*, Schutzimpfungen an mündigen Minderjährigen, RdM 2003, 39 (*Aigner/Schwamberger, RdM 2003*)
- Aigner, G./Kierein, M./Kopetzki, Ch.*, Ärztesgesetz 1998³, 2007
- Altmann, L./Jacob, S.*, Kommentar zum Österreichischen Strafrecht, I. Band, 1928
- Amelung, K.*, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 1992, 525–558, 821–833 (*Amelung, ZStW 1992*)
- Barabas, F./Erler, M.*, Die Familie, 2002
- Barth, P.*, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, Rechtswissenschaftliche Dissertation, Universität Wien, 1999 (*Barth, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*)
- Barth, P.*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596–606 (*Barth, ÖJZ 2002*)
- Barth, P.*, Checkliste: Medizinische Behandlung Minderjähriger, RdM 2005, 4–6 (*Barth, RdM 2005*)
- Barth, P./Ganner, M.* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts, 2007
- Barth, P.*, § 146c, in *Fenyves, A./Kerschner, F./Vonklich, A.* (Hrsg) des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, ABGB §§ 137 bis 267³, 2008 (*Barth in Klang*³)
- Bartsch, R.*, § 152, in *Klang, H.*, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band 1. Halbband, 1933 (*Bartsch in Klang*)
- Beck, S.*, Kindschaftsrecht, 2009
- Beig, D.*, Tätowierungen und Piercings Minderjähriger, EF-Z 2009, 86–90 (*Beig, EF-Z 2009*)
- Bernat, E.*, Die Forschung an Einwilligungsunfähigen, RdM 2001, 99–105 (*Bernat, RdM 2001*)
- Bernat, E.*, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung, in Kern, G/Mazal, W., Die Grenzen der Selbstbestimmung, 2003, 45–78 (*Bernat, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung*)
- Bertel, Ch.*, § 110, in *Höpfel, F./Ratz, E.* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², 2000 (*Bertel in WK*²)
- Bertel, Ch./Schwaighofer, K.*, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I², 1991 (*Bertel/Schwaighofer, BT I*²)
- Bertel, Ch./Schwaighofer, K.*, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I³, 1997 (*Bertel/Schwaighofer, BT I*³)
- Bertel, Ch./Schwaighofer, K.*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I⁷, 2003 (*Bertel/Schwaighofer, BT I*⁷)

BMGF, Information für Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten über die Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie, abgedruckt in *Firlej, K./Kierein, M./Kletečka-Pulker, M.* (Hrsg), Jahrbuch für Psychotherapie und Recht II, 2000, 151–157 (*BMGF*, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie)

BMGF, Information für klinische Psychologinnen und klinische Psychologen sowie Gesundheitspsychologinnen und Gesundheitspsychologen über die Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendlichenpsychologie, abgedruckt in *Kierein, M./Lanske, P./Wenda, S.* (Hrsg), Jahrbuch Gesundheitsrecht 07, 2007, 272–278 (*BMGF*, Kinder- und Jugendlichenpsychologie)

BMJ, Dokumentation zum Strafgesetzbuch, 1947

Brandstätter, W., Die Begrenzung medizinischer Behandlungspflicht durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in *Mazal, W./Kopetzki, C.* (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung, 45 – 55 (*Brandstätter*, Begrenzung medizinischer Behandlungspflicht)

Burgstaller, M./Schütz, H., § 90, in *Höpfel, F./Ratz, E.* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², 2004 (*Burgstaller/Schütz* in WK²)

Büdinger, K., Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen, RZ 1905, 254 – 258 (*Büdinger*, RZ 1905)

*Bundespressediens*t, Das neue Strafrecht, 1975

Dettmeyer, R., Medizin & Recht, Rechtliche Sicherheit für den Arzt (*Dettmeyer*, Medizin & Recht)

Eder-Rieder, M., § 98, in *Höpfel, F./Ratz, E.* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², 2001 (*Eder-Rieder* in WK²)

Edlbacher, O., Körperliche, besonders ärztliche Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365–376 (*Edlbacher*, ÖJZ 1982)

Ehrenzweig, A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts⁶, II. Band, Familien- und Erbrecht, 1924 (*Ehrenzweig*, Privatrecht)

Ehrenzweig, A., Die Schuldhaftung im Schadenersatz, 1936

Engisch, K., Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 1939, 1–52 (*Engisch*, ZStW 1939)

Engljähringer, D., Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 488–500 (*Engljähringer*, ÖJZ 1993)

Engljähringer, D., Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, 1996 (*Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht)

Eser, A., Der Arzt im Spannungsfeld von Recht und Ethik, in *Marquard, O./Seidler, E./Staudinger, H.* (Hrsg), Ethische Probleme des ärztlichen Alltags, 1988, 78-103 (*Eser*, Der Arzt im Spannungsfeld von Recht und Ethik)

Feil, E./Marent, K., Familienrecht Kommentar, 2007

Ferrari, S./Hopf, G. (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts, 2001

Finger, A., Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, ZStW 20, 1900, 12–32 (*Finger*, ZStW 1900)

Finger, A., Das Strafrecht², 2. Band, 1910

Fleisch, H., Der chirurgische Eingriff aus der Sicht des Juristen, ÖJZ 1965, 421–438 (*Fleisch*, ÖJZ 1965)

Foregger, E./Serini, E., Strafgesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen, 1975 (*Foregger/Serini, StGB*)

Foregger, E./Kodek G., Die österreichische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung 1975) samt den wichtigsten Nebengesetzen, Kurzkommentar⁶, 1997 (*Foregger/Kodek, StPO⁶*)

Foregger, E./Fabrizy, E., StGB und ausgewählte Nebengesetze, Manzsche Kurzkommentare⁷, 1999 (*Foregger/Fabrizy, StGB⁷*)

Foregger, E./Fabrizy, E., Strafgesetzbuch Kurzkommentar⁹, 2006 (*Foregger/Fabrizy, StGB⁹*)

Franta, C., Die geschichtliche Entwicklung des Transplantationsrechts, Rechtswissenschaftliche Dissertation, Universität Wien, 2005 (*Franta, Transplantationsrecht*)

Freund, G., Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, ZStW 109, 1997, 455–489 (*Freund, ZStW 1997*)

Gaisbauer, G., Wer stimmt Behandlungen Minderjähriger zu? RdM 1995, 64 (*Gaisbauer, RdM 1995*)

Geilen, G., Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963

Gerö, J., Gedanken zu einer Reform des Strafrechts und des Strafvollzuges in Österreich, ÖJZ 1954, 115–126 (*Gerö, ÖJZ 1954*)

Giesen, D., Arzthaftungsrecht, 1990³

Gitschthaler, E., Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen, ÖJZ 2004, 123–129 (*Gitschthaler, ÖJZ 2004*)

Gschnitzer, F., Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadenersatz, 1963 (*Gschnitzer, Bürgerliches Recht*)

Gschnitzer, F., Die Zivilrechtliche Haftung des Arztes, ÖAZ 1965, 2149–2156 (*Gschnitzer, ÖAZ 1965*)

Gschnitzer, F., § 151, in *Klang, H./Gschnitzer, F.*, (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², Ergänzungsband, 1977, (*Gschnitzer in Klang²*)

Gschnitzer, F., § 3, in *Klang, H./Gschnitzer, F.*, (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², Ergänzungsband, 1977, (*Gschnitzer in Klang²*)

Gschnitzer, F./Faistenberger, Ch., Österreichisches Familienrecht², 1979

Haberl, A., Kinderrechte – eine zivilrechtliche Analyse, 2007 (*Haberl, Kinderrechte*)

Haidenthaller, P., Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen, RdM 2001, 163–174 (*Haidenthaller, RdM 2001*)

Hattenhauer, H. (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1994

Heidinger, A., Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, in *Harrer A./Graf H.* (Hrsg), Ärztliche Verantwortung und Aufklärung, 17–54, 1999 (*Heidinger, Ärztliche Aufklärungspflicht*)

Hoke, R., Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte², 1996

Holzhueter, H., Die Einwilligung des Verletzten, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Dissertation, Landesuniversität Jena, 1931 (*Holzhueter, Die Einwilligung des Verletzten*)

Hopf, G./Weitzenböck, J., Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil I), ÖJZ 2001, 485–494

Hopf, G./Weitzenböck, J., Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil II), ÖJZ 2001, 530–542

Hopf, G., § 146c, in *Koziol, H./Bydlinski, P./Bollenberger, R.* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB², 2005
(*Hopf, KBB²*)

Hoyer, H., Die Strafgesetz-Novelle vom Jahre 1937 und das Bundesgesetz zum Schutz des keimenden Lebens, RZ 1937, 261–164 (*Hoyer, RZ 1937*).

Hoyer, H., Das Strafgesetz vom 27. Mai 1852², 1949 (*Hoyer, Das Strafgesetz*)

Irrgang, B., Grundriss der medizinischen Ethik, 1995

Juen, Th., Arzthaftungsrecht² - Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für Behandlungsfehler – der Arzthaftungsprozess in Österreich, 2005 (*Juen, Arzthaftungsrecht*)

Kaniak, G., Das österreichische Strafgesetz mit den wichtigsten strafrechtlichen Nebengesetzen², 1949
(*Kaniak, Das österreichische Strafgesetz²*)

Kappel, S., Die Entwicklung der zivilrechtlichen Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, Rechtswissenschaftliche Dissertation, Universität Wien, 2005 (*Kappel, Zivilrechtliche Haftung des Arztes*)

Kern, G., Limitierte Einwilligung – Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden, 1999 (*Kern, Limitierte Einwilligung*)

Kern, G., Die limitierte Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung bei Minderjährigen aus strafrechtlicher Sicht, JAP 2000/2001, 14–24 (*Kern, JAP 2000/2001*)

Kern, G., Vernunft – Gewissen – Heilbehandlung, in *Kern, G./Mazal, W.*, Die Grenzen der Selbstbestimmung, 2003, 169-252 (*Kern, Vernunft – Gewissen – Heilbehandlung*)

Kienapfel, D./Schroll, H., Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil I, 2003 (*Kienapfel/Schroll, Strafrecht BT I*)

Kienapfel, D./Schroll, H., Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil I⁵, 2008 (*Kienapfel/Schroll, Strafrecht BT I⁵*)

Kierein, M./Pritz, A./Sonneck, G., Psychologengesetz/Psychotherapiegesetz, Kurzkomentar, 1991
(*Kierein/Pritz/Sonneck, Psychotherapiegesetz*)

Kirchbacher, K./Presslauer, W., §§ 156–168b, in *Höpfel, F./Ratz, E.* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², 2006 (*Kirchbacher/Presslauer in WK²*)

Kletečka, A., Zivilrechtliche Haftung (Schadenersatz), in *Aigner, G./Kletečka, A./Kletečka-Pulker, M./Memmer, M.* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 2004-2009, II/1-II/31 (*Kletečka, Zivilrechtliche Haftung*)

Kletečka, A., Einwilligung, in *Aigner, G./Kletečka, A./Kletečka-Pulker, M./Memmer, M.* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 2004-2009, I/131-I/153 (*Kletečka, Einwilligung*)

Kletečka-Pulker, M., Rechtsgrundlagen der Behandlung, in *Aigner, G./Kletečka, A./Kletečka-Pulker, M./Memmer, M.* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 2004-2009, I/1-I/26 (*Kletečka-Pulker, Rechtsgrundlagen der Behandlung*)

Kletečka-Pulker, M., Checkliste: Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009, 112-116

Kneihs, B., Grundrechte und Sterbehilfe, 1998

Kopetz, M., Einwilligung in medizinische Behandlung, RdM 1994, 113

Kopetzki, Ch., Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 1988 (*Kopetzki, Organgewinnung*)

Kopetzki, Ch., Unterbringungsrecht I, 1995

Kopetzki, Ch., Unterbringungsrecht II, 1995

Kopetzki, Ch., Grundriss des Unterbringungsrechts, 1997

Kopetzki, Ch., Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in *Kopetzki, Ch.* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 2002, 1-37 (*Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit)

Kopetzki, Ch., Krankenanstaltenrecht, in *Potacs, M./Holoubek, M.* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 2002, 463-535 (*Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht)

Kopetzki, Ch., Grundriss des Unterbringungsrechts², 2005

Kopetzki, Ch., Krankenanstaltenrecht, in *Potacs, M./Holoubek, M.* (Hrsg), Handbuch des Öffentlichen Wirtschaftsrechts², 2007, 467-562 (*Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht²)

Koziol, H., Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 1973

Koziol, H., Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, Besonderer Teil, 1975

Koziol, H., Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I², Allgemeiner Teil, 1980

Koziol, H., Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II², Besonderer Teil, 1984

Koziol, H./Welser, R., Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I⁵, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 1979 (*Koziol/Welser I⁵)*

Koziol, H./Welser, R., Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II⁵, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, 1979 (*Koziol/Welser II⁵)*

Koziol, H./Welser, R., Bürgerliches Recht, Band I¹³, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 2006 (*Koziol/Welser I¹³)*

Kulke, L., Die Bemühungen um eine österreichische und deutsche Strafrechtsangleichung von 1918 bis 1933, Rechtswissenschaftliche Dissertation, Universität Wien, 2007 (*Kulke*, Österreichische und deutsche Strafrechtsangleichung)

Lammasch, H./Rittler, T., Grundriss des österreichischen Strafrechts⁵, 1926

Laufs, A./Uhlenbruck, W., Handbuch des Arztrechts², 1999

Lehner, O., Familie – Recht – Politik, Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert, 1978 (*Lehner*, Familie – Recht – Politik)

Lenckner, T., Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 1960, 446–463 (*Lenckner*, ZStW 1960)

Leukauf, O./Steininger, H., Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1974

Lewis, P., Strafrecht BT I², 1999 (*Lewis*, BT I²)

Loebenstein, H., Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, ÖJZ 1978, 309-314

Malaniuk, W., Das Verfügungsrecht über den eigenen Körper, JBl 1959, 521-526

Maleczky, O., Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681-687

Mauczka, J., Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, 1904

Mazal, W., Dokumentationspflicht und Qualitätsmanagement, RdM 1997, 97

Mazal, W., Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in *Mazal, W./Kopetzki, C.* (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung, 1998, 27-43 (*Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung)

- Mayer, F./Schneider, A.*, Das Krankenanstaltengesetz in novellierter Fassung samt den ergangenen Durchführungsverordnungen, dem Fondskrankenanstaltengesetz, der sonstigen einschlägigen Gesetzgebung, sowie der wesentlichen Erlässen und Erkenntnissen, 1926 (*Mayer/Schneider, Krankenanstaltengesetz*)
- Memmer, M.*, Aufklärung, in *Aigner, G./Kletečka, A./Kletečka-Pulker, M./Memmer, M.* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 2004-2009, I/71-I/130 (*Memmer, Aufklärung*)
- Memmer, M.*, Rechte und Pflichten – Patient und Behandler, in *Aigner, G./Kletečka, A./Kletečka-Pulker, M./Memmer, M.* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 2004-2009, I/27-I/70 (*Memmer, Rechte und Pflichten*)
- Misliwetz, J./Ellinger, A.*, Recht für Ärzte und Medizinstudenten, 1992
- Mitteis, H.*, Bürgerliches Recht, Familienrecht, 1923 (*Mitteis, Familienrecht*)
- Moll, A.*, Ärztliche Ethik, 1902
- Müller, Th./Mühlbacher, F./Kopetzki, Ch./Leischner, A.*, Nierentransplantation unter eineiigen Zwillingen im Alter von 13 Jahren, RdM 2009, 10-13
- Nademleinsky, M.*, Aufsichtspflicht, 2006
- Noll, J.*, Jehovas Zeugen als Bekenntnisgemeinschaft – Rechtsfragen um eine religiöse Minderheit, 2001 (*Noll, Jehovas Zeugen*)
- Noll, J.*, Der mündige Minderjährige – Umgang mit Meinungsverschiedenheiten in der medizinischen Behandlung, in *Kern, G/Mazal, W.* (Hrsg), Die Grenzen der Selbstbestimmung, 2003, 79-96 (*Noll, Der mündige Minderjährige*)
- Ohly, A.*, „Volenti non fit iniuria“ – die Einwilligung im Privatrecht, 2001
- Piegler, J.*, Eigenmächtige Heilbehandlung und Aufklärungspflicht des Arztes im österreichischen Recht, VersR 1962, 921-926 (*Piegler, VersR 1962*)
- Pircher, M.*, Das Verhältnis der Einwilligung zum Behandlungsvertrag, RdM 1999, 174-177 (*Pircher, RdM 1999*)
- Plessel, W./Wentzel, O.*, § 137, in *Klang, H.* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², Erster Band, Zweiter Halbband, 1962 (*Plessel/Wentzel in Klang²*)
- Pöltner, G.*, Grundkurs Medizin-Ethik, 2002
- Posch, W.*, Zur Regelung der „rein persönlichen“ Rechtsbeziehung zwischen Eltern und Kindern nach dem Bundesgesetz 30. 6. 1977, BGBl 1977/403, in *Ostheim, R.* (Hrsg), Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978, 1979, 9-28 (*Posch, Schwerpunkte der Familienrechtsreform*)
- Rast, M./Protic, R.*, 14. Familienrichtertag 6. und 7. Juni 2001, RZ 2001, 224 (*Rast/Protic, RZ 2001*)
- Resch, R.*, Die Einwilligung des Geschädigten, 1997
- Resch, R.*, Die Fähigkeit zur Einwilligung, in *Kopetzki, Ch.* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 2002, 38-54 (*Resch, Fähigkeit zur Einwilligung*)
- Reischauer, R.*, § 1299, in *Rummel, P.* (Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 1984 (*Reischauer in Rummel*)
- Reischauer, R.*, § 1299, in *Rummel, P.* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band², 1992 (*Reischauer in Rummel²*)

- Reissig, G./Kunst, G.*, StGB mit Erläuterungen³, 1977 (*Reissig/Kunst, StGB*³)
- Rilk, O.*, Das neue Eherecht – Kommentar zum Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938, 1938 (*Rilk, Das neue Eherecht*)
- Rittler, T.*, Grundriss des österreichischen Strafrechts⁵, 1926
- Rittler, T.*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts², 1962
- Salzer, H./Bernat, E.*, Das 15-jährige Mädchen, die „Pille danach“ und der Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses, RdM 2009, 154-157 (*Salzer/Bernat, RdM 2009*)
- Sautner, L.*, Die religiös motivierte Verweigerung der ärztlichen Heilbehandlung bei Minderjährigen, JAP 1999/2000, 14-17 (*Sautner, JAP 1999/2000*)
- Schmidt, E.*, Der Arzt im Strafrecht, 1939
- Schmoller, K.*, § 110 StGB, in *Triffterer, O./Rosbaud, C./Hinterhofer, M.* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1997 (*Schmoller in SbgK*)
- Schmoller, K.*, § 98 StGB, in *Triffterer, O./Rosbaud, C./Hinterhofer, M.* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1997 (*Schmoller in SbgK*)
- Schramm, J./Stempkowski, M.*, Die zahnärztliche Aufklärungspflicht – Eine Betrachtung aus juristischer Sicht, RdM 1997, 136-141
- Schubert, W./Regge, J./Rieß, P./Schmid, W.*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, 1995
- Schwab, E.*, Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen aus psychologischer Sicht (§ 146c ABGB), in *Kern, G/Mazal, W.*, Die Grenzen der Selbstbestimmung, 2003, 97-103 (*Schwab, Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen*)
- Schwimann, M.*, § 151, in *Schwimann, M.*, (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen, Band 1, 1990 (*Schwimann in Schwimann*)
- Seizinger, K.*, Der Konflikt zwischen dem Minderjährigen und seinem gesetzlichen Vertreter bei der Einwilligung in den Heileingriff im Strafrecht, Rechtswissenschaftliche Dissertation der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen, 1976 (*Seizinger, Einwilligung in den Heileingriff im Strafrecht*)
- Skiczuk, S.*, Berufs- und Tätigkeitsschutz der österreichischen Gesundheitsberufe, 2006
- Stabentheiner, J.*, §§ 146c, 146d, in *Rummel, P.* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, 1. Ergänzungsband, 2003 (*Stabentheiner in Rummel*³)
- Stangl, W.*, Die neue Gerechtigkeit, Strafrechtsreform in Österreich 1954-1975, 1985 (*Stangl, Die neue Gerechtigkeit*)
- Steiner, J.*, Geschäftsfähigkeit und Heilbehandlung – Anmerkungen zum Entwurf einer „Österreichischen Patientencharta“, RdM 1994, 7
- Stellamor, K./Steiner, J.*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I², 1999 (*Stellamor/Steiner, Handbuch*)
- Stormann, M.*, § 146c, in *Schwimann, M.*, (Hrsg), ABGB Praxiskommentar³, 2005, (*Stormann in Schwimann*³)
- Stoß, C.*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 1898
- Stoß, C.*, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts², 1913

- Stöger, K.*, Ausgewählte öffentlich-rechtliche Fragestellungen des österreichischen Krankenanstaltenrechts, 2008 (*Stöger*, Krankenanstaltenrecht)
- Stubenrauch, M.*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Gesetzbuche, 1888
- Tipold, A.*, Die strafrechtliche Verantwortung, in *Aigner, G./Kletečka, A./Kletečka-Pulker, M./Memmer, M.* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 2004-2009, II/33-II/49 (*Tipold*, Strafrechtliche Verantwortung)
- Ullmann, L./Jacob, S.*, Kommentar zum Österreichischen Strafrecht, 1928 (*Ullmann/Jacob*, Kommentar zum Österreichischen Strafrecht)
- Weissauer, W.*, Behandlungsverweigerung und fehlende Einwilligungsfähigkeit bei notwendigen ärztlichen Eingriffen, in *Mazal* (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung, 11-26, 1998 (*Weissauer*, Behandlungsverweigerung und fehlende Einwilligungsfähigkeit)
- Weitzenböck, J.*, § 176, in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar³, 2005 (*Weitzenböck* in *Schwimann*³)
- Wiesmann, C./Dörries, A./Wolfslast G./Simon, A.* (Hrsg), Das Kind als Patient, 2003
- Windisch-Graetz, M.*, Minderjährige in der Psychotherapie, in *Firlej, K./Kierein, M./Kletečka-Pulker, M.*, Jahrbuch für Psychotherapie und Recht II, 2000, 89-105 (*Windisch-Graetz*, Minderjährige in der Psychotherapie)
- Wolff, K.*, § 1294, in *Klang, H.* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Vierter Band, 1935 (*Wolff* in *Klang*)
- Wolff, K.*, § 1294, in *Klang, H.* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², Sechster Band, 1951 (*Wolff* in *Klang*²)
- Zankl, W.*, Eigenmächtige Heilbehandlung und Gefährdung des Kindeswohls, ÖJZ 1989, 299-302 (*Zankl*, ÖJZ 1989)
- Zipf, H.*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, 379-387 (*Zipf*, ÖJZ 1977)
- Zu Cosel, A.*, Ist der Vater verpflichtet, für das in seiner väterlichen Gewalt befindliche Kind Prozeßkosten aus eigenen Mitteln zu bezahlen?, in *Hinschius, F./Hinschius, P.* (Hrsg), Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Band 4, 1870, 513-527 (*Zu Cosel*, Väterliche Gewalt)

CURRICULUM VITAE

Mag. Birgit Stranz

Geburtsdaten 16. November 1981, Eisenstadt

Berufserfahrung und Praktika

04/2010 - dato	Kuratorium für Verkehrssicherheit
10/2009 – 03/2010	Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien
09/2007 – 09/2009	Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (Kinderbetreuungsgeld, Vereinbarkeit Familie und Beruf, Arbeits- und Sozialrecht)
03/2007 – 8/2007	Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien
03/2005 – 02/2007	Bundesministerium für Gesundheit und Frauen (Rechtsangelegenheiten Ärzte, Psychologie, Psychotherapie)
07/2005	Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien, Rechtsabteilung

Studium

10/2000 - 02/2005	Diplomstudium der Rechtswissenschaften, Wien Schwerpunktausbildung: <ul style="list-style-type: none">– Medizinrecht– Mediation und andere Formen alternativer Konfliktbewältigung
anschließend	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften, Wien

Publikationen

Übersicht über abgeschlossene legistische Vorhaben im Bereich des Gesundheitswesens, in *Kierein/Lanske/Wenda* (Hrsg), Jahrbuch Gesundheitsrecht 2007 (2008, 2009, 2010)

Wien, 6. Juni 2010

Abstract

Die vorliegende Arbeit gibt einen historischen Abriss über die Entwicklung der Einwilligung minderjähriger Patienten in medizinische Behandlungen. Zeitlicher Ausgangspunkt der Betrachtung ist ein Urteil des Deutschen Reichsgerichts aus dem Jahre 1894, in dem erstmals die Problematik der Einwilligung bei der Behandlung von Kindern angesprochen wurde. Von dieser Entscheidung ausgehend wird untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen Minderjährige wirksam in eine medizinische Behandlung einwilligen können. Dabei wird die Entstehung gesetzlicher Regelungen im Zusammenhang mit der Einwilligung in medizinische Behandlungen im Strafrecht und im öffentlichen Recht dargestellt, einschlägige Judikatur ausgewertet sowie die Literatur beleuchtet. Schließlich wird die Entstehungsgeschichte des § 146c ABGB, der am 1. Juli 2001 in Kraft trat und erstmals eine zivilrechtliche Regelung betreffend die Einwilligung minderjähriger Patienten in medizinische Behandlungen enthält, dargestellt.