

# Inhaltsverzeichnis

|  |          |
|--|----------|
| Vorwort .....  | V        |
| Abkürzungsverzeichnis .....  | XVII     |
| Motivation .....   | 3        |
| <i>Erster Abschnitt</i>  |          |
| <b>Einleitung, Problemaufriss, Gegenstand und Ziel</b>                               |          |
| <b>der Untersuchung .....</b>  | <b>5</b> |
| I. Einleitung und Problemaufriss .....   | 5        |
| A. Aspekte betreffend medizinische Behandlungen .....                                | 8        |
| B. Feststellungen der präventiven Menschenrechts-<br>kontrolle .....                 | 10       |
| II. Gegenstand der Untersuchung .....  | 13       |
| A. Selbstbestimmung bei medizinischen Behandlungen .....                             | 13       |
| B. Institutionelles Betreuungsumfeld .....   | 14       |
| 1. Alten- und Pflegeheime .....  | 14       |
| 2. Institutionalisierung – Problematiken .....                                       | 15       |
| 3. Gewalt in der institutionellen Pflege .....                                       | 16       |
| III. Demographischer Wandel .....  | 19       |
| A. Statistische Daten zur Bevölkerungsentwicklung .....                              | 19       |
| B. Statistische Daten betreffend Alten- und Pflegeheime<br>im Überblick .....        | 21       |
| C. Statistische Daten zur Betreuungs- und<br>Pflegebedürftigkeit im Überblick .....  | 22       |
| D. Schlussfolgerungen .....  | 23       |
| IV. Begriffsbestimmungen .....   | 24       |
| A. Selbstbestimmung .....  | 24       |
| 1. Begriffsbestimmung .....  | 24       |
| 2. Selbstbestimmung – Entwicklung .....  | 24       |
| 3. Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen – Ansätze<br>in der Medizin .....            | 26       |
| 4. Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen –<br>Selbstbestimmungsrecht der Völker ..... | 27       |

|    |  |    |
|----|--|----|
|    | 5. Ableitung des Rechts auf Selbstbestimmung ..... | 27 |
|    | B. Medizinische Behandlung .....                   | 28 |
| V. | Ziel der Untersuchung .....                        | 28 |
|    | A. Forschungsstand .....                           | 29 |
|    | B. Wissenschaftliche Relevanz .....                | 31 |

*Zweiter Abschnitt*

|      |  |           |
|------|--|-----------|
|      | <b>Die rechtlichen Rahmenbedingungen .....</b>   | <b>33</b> |
| I.   | Rechtliche Beziehungen im Heim – ein Überblick .....   | 34        |
| II.  | Zur Kompetenzlage der Altenbetreuung und Pflege .....  | 34        |
| III. | Völkerrechtliche Grundlagen .....  | 36        |
|      | A. Allgemeines .....   | 36        |
|      | B. Überblick .....   | 37        |
|      | 1. UN-Sozialpakt .....   | 39        |
|      | 2. UN-Zivilpakt .....  | 41        |
|      | 3. UN-Antifolterkonvention .....   | 43        |
|      | 4. UN-Behindertenrechtskonvention .....  | 44        |
|      | 5. Empfehlungen (des Ministerkomitees)<br>des Europarats .....   | 46        |
|      | a. Empfehlung des Europarats zum Schutz der<br>Menschenrechte und Würde der Todkranken<br>und Sterbenden (1999) .....  | 47        |
|      | b. Empfehlung des Ministerkomitees des<br>Europarats an die Mitgliedstaaten über den<br>Umgang mit der Patientensicherheit und die<br>Verhinderung von unerwünschten Ereignissen<br>im Gesundheitswesen (2006) ..... | 48        |
|      | c. Empfehlung des Ministerkomitees des Europa-<br>rats an die Mitgliedstaaten zur Förderung der<br>Menschenrechte von älteren Menschen (2014) .....  | 50        |
| IV.  | Unionsrechtliche Grundlagen .....  | 50        |
|      | A. Anwendungsbereich der GRC .....   | 52        |
|      | B. Allgemeines zum Verhältnis GRC – EMRK .....   | 53        |
|      | C. Art 1 GRC .....   | 54        |
|      | D. Art 3 GRC (insbesondere Art 3 Abs 2 lit a GRC) .....  | 55        |
|      | 1. Allgemeines .....   | 55        |
|      | 2. Schutzbereich .....   | 56        |
|      | 3. Positive Verpflichtungen .....  | 57        |

|     |   |    |
|-----|---|----|
| 4.  | Rechtfertigung eines Eingriffs .....  | 58 |
| 5.  | Verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht? .....  | 58 |
| E.  | Art 25 GRC .....  | 59 |
| 1.  | Allgemeines .....   | 59 |
| 2.  | Grundsatz des Unionsrechts .....  | 60 |
| 3.  | Berechtigte .....   | 61 |
| 4.  | Verpflichtete .....   | 62 |
| V.  | Verfassungsrechtliche Grundlagen .....  | 62 |
| A.  | Geltung der Grundrechte und ihre Grenzen .....  | 63 |
| B.  | Art 2 EMRK – Das Recht auf Leben .....  | 65 |
| 1.  | Schutzbereich .....   | 66 |
| 2.  | Grundrechtsschranken .....  | 69 |
| 3.  | Positive Verpflichtungen .....  | 70 |
| 4.  | Rechtfertigung eines Eingriffs .....  | 73 |
| C.  | Art 3 EMRK – Das Verbot der Folter und das Verbot<br>der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder<br>Behandlung ..... | 75 |
| 1.  | Schutzbereich (bzw Verbotsbereich) .....  | 77 |
| 2.  | Positive Verpflichtungen .....  | 79 |
| D.  | Art 8 EMRK – Das Recht auf Achtung des Privat- und<br>Familienlebens .....  | 82 |
| 1.  | Schutzbereich .....   | 82 |
| 2.  | Grundrechtsträger .....   | 83 |
| 3.  | Im Besonderen: Recht auf Selbstbestimmung .....   | 84 |
| a.  | Selbstbestimmung bei medizinischen<br>Heilbehandlungen .....  | 86 |
| b.  | Eingriffe in das Recht auf Selbstbestimmung<br>bei medizinischen Heilbehandlungen .....                                     | 86 |
| 4.  | Grundrechtsschranken .....  | 87 |
| 5.  | Positive Verpflichtungen .....  | 88 |
| 6.  | Rechtfertigung eines Eingriffs .....  | 89 |
| E.  | Abgrenzungen des Art 8 EMRK .....   | 90 |
| 1.  | Abgrenzung Art 8 EMRK – Art 2 EMRK .....  | 90 |
| 2.  | Abgrenzung Art 8 EMRK – Art 3 EMRK .....  | 90 |
| VI. | Einfachgesetzliche Grundlagen der Selbstbestimmung ....   | 91 |
| A.  | Zivilrecht .....  | 92 |
| 1.  | Heilbehandlung – Körperverletzung<br>aus zivilrechtlicher Sicht .....   | 92 |
| 2.  | Behandlungsvertrag .....  | 95 |

|  |     |
|--|-----|
| 3. Personenrechte .....  | 97  |
| 4. Vertretungsmodelle .....  | 98  |
| 5. Patientenverfügungsgesetz .....                                       | 98  |
| 6. Heimvertragsgesetz .....  | 98  |
| a. Allgemeines .....   | 99  |
| b. Regelungsgegenstand .....   | 99  |
| c. Ziele des HVerG .....   | 100 |
| d. Darstellung der Regelungen im Überblick .....                         | 101 |
| B. Heimaufenthaltsgesetz .....   | 102 |
| C. Berufsrechtliche Vorschriften .....                                   | 104 |
| 1. Ärztegesetz .....   | 104 |
| 2. Gesundheits- und Krankenpflegegesetz .....                            | 104 |
| D. Strafrecht .....  | 107 |
| 1. Heilbehandlung – Körperverletzung<br>aus strafrechtlicher Sicht ..... | 107 |
| 2. Nötigung .....  | 108 |
| a. Allgemeines .....   | 108 |
| b. Nötigung und medizinische Behandlung .....                            | 109 |
| 3. § 110 StGB – Eigenmächtige Heilbehandlung .....                       | 111 |
| a. Allgemeines .....   | 111 |
| b. Normüberblick .....   | 112 |
| c. Geschütztes Rechtsgut .....   | 112 |
| d. Täterkreis .....  | 114 |
| e. Subjektive Tatbestandsebene .....                                     | 114 |
| (i.) Rechtfertigungsgründe .....   | 115 |
| (ii.) Ausschluss der Rechtfertigung .....                                | 116 |
| f. Privatanklagedelikt .....   | 117 |
| (i.) Gründe für die Ausgestaltung<br>als Privatanklagedelikt .....       | 117 |
| (ii.) Kritikpunkte zur Ausgestaltung<br>als Privatanklagedelikt .....    | 119 |
| E. Landesrechtliche Vorgaben .....                                       | 119 |
| 1. Burgenland .....  | 121 |
| 2. Kärnten .....   | 122 |
| 3. Niederösterreich .....  | 122 |
| 4. Oberösterreich .....  | 123 |
| 5. Salzburg .....  | 124 |
| 6. Steiermark .....  | 125 |
| 7. Tirol .....   | 126 |

|   |     |
|---|-----|
| 8. Vorarlberg .....   | 127 |
| 9. Wien .....   | 127 |
| 10. Schlussbemerkungen zu den landesrechtlichen<br>Vorgaben .....   | 128 |
| VII. Vereinbarungen gem Art 15a B-VG .....  | 131 |
| A. Vereinbarung des Bundes und der Länder gemäß<br>Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen<br>des Bundes und der Länder für pflegebedürftige<br>Personen samt Anlagen (Pflegevereinbarung) ..... | 133 |
| B. Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG zwischen<br>dem Bund und den Ländern zur Sicherstellung<br>der Patientenrechte (Patientencharta) .....   | 134 |
| 1. Recht auf Behandlung und Pflege (Art 4–8) .....  | 135 |
| 2. Recht auf Achtung der Würde und Integrität<br>(Art 9–15) .....   | 135 |
| 3. Recht auf Selbstbestimmung und Information<br>(Art 16–20) .....  | 135 |

### *Dritter Abschnitt*

#### **Informed consent und rechtliche Möglichkeiten**

#### **der Vorausplanung der medizinischen Behandlung**

#### **einschließlich des Lebensendes .....**

|   |     |
|---|-----|
| I. Informed consent (informierte Einwilligung) .....                  | 138 |
| A. Die Entstehung des informed consent – ein Überblick .....          | 139 |
| 1. Rechtsfigur des informed consent .....                             | 139 |
| 2. Entwicklung in der Judikatur des OGH .....                         | 140 |
| B. Aufklärung .....   | 141 |
| 1. Allgemeines .....  | 141 |
| 2. Verankerung in der Rechtsordnung .....                             | 142 |
| a. Heimvertragsgesetz .....   | 142 |
| b. Krankenanstaltengesetze .....                                      | 143 |
| c. Regelungen zur Aufklärung im ABGB .....                            | 143 |
| d. Patientenverfügungsgesetz .....                                    | 144 |
| e. Berufsrechtliche Vorschriften .....                                | 144 |
| f. Landesrechtliche Vorschriften .....                                | 144 |
| g. Vereinbarungen nach Art 15a B-VG .....                             | 145 |
| 3. Anforderungen an die Aufklärung und Umfang<br>der Aufklärung ..... | 145 |

|        |  |     |
|--------|--|-----|
| 4.     | Arten der Aufklärung .....                                   | 148 |
| a.     | Selbstbestimmungsaufklärung .....                            | 148 |
| (i.)   | Diagnoseaufklärung und<br>»therapeutisches Privileg« .....   | 150 |
| (ii.)  | Therapie- bzw Verlaufsaufklärung .....                       | 151 |
| (iii.) | Risikoaufklärung .....                                       | 151 |
| b.     | Sicherungsaufklärung bzw therapeutische<br>Aufklärung .....  | 152 |
| 5.     | Zum Aufklärungsverzicht .....                                | 153 |
| C.     | Einwilligung und Entscheidungsfähigkeit .....                | 154 |
| 1.     | Allgemeines zu § 24 ABGB .....                               | 155 |
| 2.     | Handlungsfähigkeit .....                                     | 156 |
| 3.     | Entscheidungsfähigkeit .....                                 | 157 |
| a.     | Entscheidungsfähige Personen .....                           | 160 |
| b.     | Nicht entscheidungsfähige Personen .....                     | 160 |
| c.     | Gefahr im Verzug .....                                       | 163 |
| II.    | Dokumentationspflicht .....                                  | 164 |
| III.   | Antizipierte Willenserklärungen und Vertretungsmodelle ..... | 166 |
| A.     | Patientenverfügungen .....                                   | 166 |
| 1.     | Verbindliche Patientenverfügungen .....                      | 168 |
| 2.     | Andere Patientenverfügungen .....                            | 169 |
| B.     | Vertretungsmodelle .....                                     | 170 |
| 1.     | Vorsorgevollmacht .....                                      | 171 |
| a.     | Allgemeines .....  | 171 |
| b.     | Formerfordernisse .....                                      | 172 |
| c.     | Zum Ausschluss von Vorsorgebevollmächtigten .....            | 173 |
| d.     | Beendigung .....   | 174 |
| 2.     | Erwachsenenvertretung .....                                  | 174 |
| a.     | Allgemeines .....  | 174 |
| b.     | Zur Erwachsenenvertreter-Verfügung .....                     | 175 |
| c.     | Gewählte Erwachsenenvertretung .....                         | 176 |
| d.     | Gesetzliche Erwachsenenvertretung .....                      | 177 |
| e.     | Gerichtliche Erwachsenenvertretung .....                     | 179 |
| 3.     | Vorsorgedialog .....   | 180 |

*Vierter Abschnitt*

|   |            |
|---|------------|
| <b>Analyse der Grundrechtskonformität .....</b> | <b>183</b> |
|---|------------|

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| I. Analyse – Informed consent ..... | 184 |
|-------------------------------------|-----|

|   |     |
|---|-----|
| A. Aufklärung .....   | 184 |
| 1. Analyse der einzelnen Aufklärungsarten .....   | 185 |
| a. Selbstbestimmungsaufklärung .....  | 185 |
| (i.) Diagnoseaufklärung und<br>»therapeutisches Privileg« .....                                     | 188 |
| ▪ Im Speziellen:<br>»Therapeutisches Privileg« .....  | 188 |
| ▪ Judikatur .....   | 189 |
| ▪ Vereinbarkeit mit Art 8 EMRK? .....   | 190 |
| (ii.) Therapie- bzw Verlaufsaufklärung .....  | 193 |
| (iii.) Risikoaufklärung .....   | 194 |
| b. Sicherungsaufklärung bzw therapeutische<br>Aufklärung .....                                      | 195 |
| c. Aufklärungsverzicht .....  | 196 |
| (i.) Verzicht auf die<br>Selbstbestimmungsaufklärung .....  | 196 |
| (ii.) Verzicht auf die Sicherungs- bzw<br>therapeutische Aufklärung .....                           | 197 |
| 2. Schlussbemerkungen zur Aufklärung .....  | 199 |
| B. Einwilligung .....   | 200 |
| 1. Einwilligung bei entscheidungsfähigen<br>Personen .....  | 200 |
| 2. Einwilligung bei nicht entscheidungsfähigen<br>Personen .....                                    | 201 |
| 3. Konstellationen, denen Dissens zugrunde liegt .....  | 203 |
| a. Zustimmung durch entscheidungsunfähige<br>Person/Ablehnung durch Vertreter .....                 | 203 |
| b. Ablehnung durch entscheidungsunfähige<br>Person/Zustimmung durch Vertreter .....                 | 204 |
| c. Zusammenfassung .....  | 205 |
| II. Analyse – Vertretungsmodelle .....  | 207 |
| A. Skizze der Rechtslage vor dem 2. ErwSchG .....   | 208 |
| 1. Allgemeines .....  | 209 |
| 2. Von der Sachwalterverfügung zur Erwachsenen-<br>vertreter-Verfügung .....                        | 210 |
| 3. Die Vorsorgevollmacht .....  | 211 |
| 4. Die gewählte Erwachsenenvertretung .....   | 211 |
| 5. Von der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger<br>zur gesetzlichen Erwachsenenvertretung ..... | 211 |

|   |     |
|---|-----|
| 6. Von der Sachwalterschaft zur gerichtlichen<br>Erwachsenenvertretung .....      | 212 |
| 7. Zusammenfassung .....  | 213 |
| B. Vertretungsmodelle .....   | 213 |
| 1. Allgemeines .....  | 214 |
| 2. Vorsorgevollmacht .....  | 215 |
| 3. Erwachsenenvertretung .....  | 217 |
| a. Erwachsenenvertreter-Verfügung .....   | 218 |
| b. Gewählte Erwachsenenvertretung .....   | 218 |
| c. Gesetzliche Erwachsenenvertretung .....  | 220 |
| d. Gerichtliche Erwachsenenvertretung .....                                       | 222 |
| e. Im Besonderen: medizinische Behandlungen ...                                   | 224 |
| 4. Vorsorgedialog .....   | 224 |
| 5. Schlussbemerkungen .....   | 225 |
| III. Analyse – PatVG .....  | 227 |
| A. Art 8 EMRK – PatVG .....   | 228 |
| 1. Höchstpersönlichkeit – § 3 PatVG .....   | 229 |
| 2. Konkretisierung – § 4 PatVG .....  | 230 |
| 3. Aufklärung – § 5 PatVG .....   | 232 |
| 4. Formvorschriften – § 6 PatVG .....   | 234 |
| 5. Gültigkeit und Erneuerung – § 7 PatVG .....                                    | 235 |
| a. Zur Gültigkeitsdauer .....   | 235 |
| b. Zur mangelnden Entscheidungsfähigkeit .....                                    | 237 |
| 6. Andere Patientenverfügungen .....  | 238 |
| 7. Gemeinsame Bestimmungen .....  | 239 |
| a. Zur Unwirksamkeit einer Patientenverfügung                                     | 239 |
| (i.) Allgemeines .....  | 240 |
| (ii.) Zum medizinischen Fortschritt .....   | 240 |
| (iii.) Zum Widerruf .....   | 243 |
| b. Zur Vorgehensweise bei Notfällen .....   | 245 |
| c. Zur verpflichtenden Behandlung .....   | 245 |
| d. Zur Dokumentation .....  | 246 |
| 8. Schlussbemerkungen .....   | 246 |
| B. Missachtung einer verbindlichen<br>Patientenverfügung – Art 2 und 3 EMRK ..... | 248 |
| 1. Missachtung einer verbindlichen<br>Patientenverfügung – Art 3 EMRK .....       | 248 |
| 2. Missachtung einer verbindlichen<br>Patientenverfügung – Art 2 EMRK .....       | 250 |



|     |   |     |
|-----|---|-----|
| IV. | Analyse – HVerG .....   | 251 |
|     | A. Allgemeines .....  | 251 |
|     | B. Im Besonderen: § 27d Abs 3 KSchG .....   | 252 |
|     | C. Schlussbemerkungen .....   | 254 |
| V.  | Analyse der straf- und zivilrechtlichen<br>Körperverletzungsdelikte am Maßstab des Rechts<br>auf Selbstbestimmung ..... | 254 |
|     | A. Aus strafrechtlicher Sicht .....   | 255 |
|     | B. Aus zivilrechtlicher Sicht .....   | 256 |
|     | C. Zusammenfassung der Ergebnisse .....   | 258 |
| VI. | Analyse weiterer Delikte des StGB .....   | 259 |
|     | A. Zur Nötigung (§§ 105 f StGB) .....   | 259 |
|     | B. Zur eigenmächtigen Heilbehandlung (§ 110 StGB) .....   | 260 |
|     | 1. Art 8 EMRK – § 110 StGB .....  | 260 |
|     | a. § 110 Abs 1 StGB .....   | 260 |
|     | b. § 110 Abs 2 StGB .....   | 262 |
|     | c. § 110 Abs 3 StGB .....   | 262 |
|     | (i.) Kritikpunkte zur verfahrensrechtlichen<br>Ausgestaltung .....  | 263 |
|     | (ii.) Körperverletzungsdelikte<br>einschlägig? .....  | 264 |
|     | (iii.) Verfahrensrechtliche Schutzpflichten ...   | 265 |
|     | (iv.) Rechtsbehelfe aus strafrechtlicher<br>Sicht (beim Tod der eigenmächtig<br>behandelten Person) .....               | 267 |
|     | (v.) Rechtsbehelfe aus zivilrechtlicher<br>Sicht (beim Tod der eigenmächtig<br>behandelten Person) .....                | 268 |
|     | 2. Art 3 EMRK – § 110 StGB .....  | 269 |
|     | a. § 110 Abs 1 StGB .....   | 270 |
|     | b. § 110 Abs 2 StGB .....   | 271 |
|     | c. § 110 Abs 3 StGB .....   | 272 |
|     | 3. Art 2 EMRK – § 110 StGB .....  | 274 |
|     | a. § 110 Abs 1 StGB .....   | 274 |
|     | b. § 110 Abs 2 StGB .....   | 274 |
|     | c. § 110 Abs 3 StGB .....   | 275 |
|     | (i.) Vererbbarkeit des Privatanklagerechts? .....   | 275 |
|     | (ii.) Zivilrechtliche<br>Rechtsschutzinstrumentarien? .....   | 278 |

|   |   |            |
|---|---|------------|
|   | 4. Lösungsansätze zur (vorteilhafteren?)<br>prozeduralen Ausgestaltung .....          | 279        |
| VII.  | Analyse – Relevante landesrechtliche Vorgaben .....                                   | 279        |
|   | A. Allgemeines .....  | 279        |
|   | B. Subjektive Rechte? .....   | 280        |
|   | C. Rechtsdurchsetzung .....   | 282        |
|   | D. Schlussbemerkungen .....   | 282        |
| VIII.   | Analyse – einschlägige Vereinbarungen nach<br>Art 15a B-VG .....                      | 283        |
|   | A. Zur Pflegevereinbarung .....   | 283        |
|   | B. Zur Patientencharta .....  | 284        |
|   | 1. Allgemeines .....  | 284        |
|   | 2. Insbesondere zur informierten Einwilligung<br>bei medizinischen Behandlungen ..... | 285        |
|   | C. Schlussbemerkungen .....   | 286        |
| <br><i>Fünfter Abschnitt</i>                  |   |            |
|   | <b>Zusammenfassung und Schlussbetrachtung .....</b>                                   | <b>289</b> |
| I.  | Zusammenfassung des ersten Abschnitts .....   | 289        |
| II.   | Zusammenfassung des zweiten Abschnitts .....  | 290        |
| III.  | Zusammenfassung des dritten Abschnitts .....  | 291        |
|   | A. Ad informed consent .....  | 291        |
|   | B. Ad Patientenverfügungen und Vertretungsmodelle ....                                | 292        |
| IV.   | Zusammenfassung des vierten Abschnitts .....  | 293        |
|   | A. Ad Analyse des informed consent .....  | 293        |
|   | B. Ad Analyse der Vertretungsmodelle .....  | 295        |
|   | C. Ad Analyse der Patientenverfügungen .....  | 296        |
|   | D. Ad Analyse des Delikts der eigenmächtigen<br>Heilbehandlung .....                  | 298        |
| V.  | Insbesondere zu Problematiken in Bezug auf<br>die Medikation .....                    | 300        |
| VI.   | Ausblick .....  | 303        |
| <br>Literatur- und Judikaturverzeichnis ..... |   | 307        |
| Stichwortverzeichnis .....                    |   | 335        |
| Über die Autorin .....                        |   | 339        |