



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

**Impfungen bei Minderjährigen
unter besonderer Berücksichtigung zivilrechtlicher Aspekte**

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Florian Mettenheimer

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2019 / Vienna 2019

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

UA 783 101

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

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst,
LL.M. (Cantab.)

VORWORT

Die vorliegende Dissertation ist vorwiegend ein Produkt meines großen Interesses am behandelten Thema. Impfungen imponieren sowohl durch ihre Errungenschaften als auch durch ihr Potenzial. Das Thema Impfen begeistert aufgrund der interdisziplinären Komplexität, des regen Diskurses und der ausgeprägten ethischen Komponente. In diesem Zusammenhang vermag meines Erachtens *Solidarität* als elementare Tugend einer Gesellschaft auch eine unmittelbare Aufwertung menschlichen Zusammenlebens darzustellen.

Mein Dank gilt zunächst Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M. für die Übernahme der Betreuung, die Bekräftigung, über dieses Thema zu schreiben, und die fachliche Beratung während des gesamten Projekts. Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M. danke ich für die Übernahme der Begutachtung, aber auch für einige inhaltliche Anregungen. Nicht zuletzt bedanke ich mich bei Hon.-Prof. KAD Dr. Johannes Zahrl, sowohl für die Begutachtung als auch für die bereitwillige fachliche und organisatorische Unterstützung, die zur Fertigstellung meiner Dissertation wesentlich beigetragen hat.

Außerdem danke ich meinen zahlreichen weiteren Ansprechpersonen und KollegInnen, insbesondere in Wien und Linz, für Austausch und Unterstützung.

Besonderer Dank gebührt selbstverständlich meiner lieben Familie für den Rückhalt und die großmütige Unterstützung in allen Belangen, sowie meinen unersetzlichen Freunden für sonstigen Trost und Rat.

Wien, im Dezember 2019

Florian Mettenheimer

Hinweis:

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit auf die gleichzeitige Verwendung weiblicher und männlicher Sprachformen verzichtet. Soweit personenbezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, können diese geschlechtsunabhängig verstanden werden.

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	VI
1. Einleitung	1
1.1. Der Diskurs über Impfungen – ein Überblick	1
1.2. Entstehung der Impfung	5
2. Medizinische Grundlagen	8
2.1. Wirkungsweise von Impfungen	8
2.1.1. Aktive Immunisierung	8
2.1.1.1. Lebendimpfstoffe	9
2.1.1.2. Totimpfstoffe	10
2.1.2. Passive Immunisierung	10
2.1.3. Teil-, Auffrischungs- und Kombinationsimpfungen	11
2.1.4. Inhaltsstoffe	12
2.1.5. Verabreichungsweise	13
2.2. Kontraindikationen	13
2.3. Impfungen bei Immundefizienz	14
2.4. Wirksamkeit und Sicherheit von Impfungen	16
2.5. Nebenwirkungen	17
2.6. Prävention der Verbreitung von Infektionskrankheiten	21
3. Einordnung der Impfung aus rechtlicher Sicht	23
3.1. Begriffsdefinition	23
3.2. Impfung als medizinische Behandlung	24
3.3. Arztvorbehalt, Sonderfachbeschränkung	24
3.4. Impfungen im Arzneimittelrecht	26
3.4.1. Einordnung im AMG	26
3.4.2. Zulassungspflicht	27
3.4.3. Impfungen außerhalb der Zulassung	28
3.4.4. Meldung von Nebenwirkungen uÄ	31
3.5. Normative Rahmenbedingungen	31
3.5.1. Rückblick	32
3.5.2. Geltendes Recht	32
3.6. Kostentragung/Finanzierung	37
3.6.1. Kostenfreies Kinderimpfkonzept	37
3.6.2. Krankenversicherung	38
3.6.2. Sonstige Formen der Kostentragung	41

4. Elternrechte und -pflichten iZm der medizinischen Versorgung des Kindes	42
4.1. Grundrechtliche Aspekte	42
4.2. Förderung des Kindeswohls	45
4.3. Obsorge	46
4.3.1. Begriff der Obsorge	46
4.3.2. Berechtigte / Wahrnehmung der Obsorge	47
4.3.3. Pflege und Erziehung	48
4.3.4. Gesetzliche Vertretung	51
4.4. Unterhalt	52
5. Das Verhältnis des minderjährigen Patienten zum Arzt	59
5.1. Der Behandlungsvertrag	59
5.1.1. Rechtsnatur des Behandlungsvertrags	59
5.1.2. Vertragspartner / Konstellationen	60
5.1.2.1. Patientenseite	60
5.1.2.2. Behandelndenseite	61
5.1.2.2.1. Behandlung außerhalb einer Krankenanstalt	61
5.1.2.2.2. Behandlung in einer Krankenanstalt	62
5.1.2.2.3. Hilfspersonen	63
5.1.2.2.4. Sonderfall Schulimpfungen	64
5.1.2.3. Sozialversicherungsträger	72
5.1.3. Zustandekommen des Vertrages	72
5.1.4. Rechte und Pflichten aus dem Behandlungsverhältnis	74
5.1.4.1. Rechte und Pflichten auf Behandelndenseite	74
5.1.4.1.1. Medizinische Behandlung	74
5.1.4.1.2. Aufklärungspflicht	75
5.1.4.1.3. Nachforschungspflicht	75
5.1.4.1.4. Dokumentationspflicht	77
5.1.4.1.5. Verschwiegenheitspflicht	77
5.1.4.1.6. Besonderheiten bei „off-label-use“	78
5.1.4.2. Rechte und Pflichten auf Patientenseite	80
5.1.5. Impfungen ohne Behandlungsvertrag	82
5.2. Ärztliche Aufklärungspflicht	83
5.2.1. Selbstbestimmungsaufklärung	83
5.2.1.1. Diagnoseaufklärung	84
5.2.1.2. Verlaufsaufklärung	84
5.2.1.3. Risikoaufklärung	86
5.2.2. Sicherungsaufklärung	87

5.2.3. Ablauf / Modalitäten der Aufklärung	87
5.2.4. Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung	91
5.2.4.1. Behandlungsspezifische Faktoren	92
5.2.4.2. Patientenspezifische Faktoren	97
5.2.4.3. Unterschiede zwischen empfohlenen und nicht empfohlenen Impfungen?	100
5.2.4.4. Aufklärungsumfang bei „off-label-use“	101
5.2.5. Umfang der Sicherungsaufklärung	103
5.2.6. Mangelhafte Aufklärung	105
5.2.7. Aufklärungsverzicht	106
5.2.8. Aufklärungsproblematik bei Schulimpfungen	107
5.2.8.1. Einschlägige Rechtsprechung	107
5.2.8.2. Betroffene Aufklärungsproblematik	110
5.2.8.3. Entwicklung	111
5.2.8.4. Stellungnahme	113
5.3. Einwilligung in Impfungen	116
5.3.1. Rechtsnatur der Einwilligung	118
5.3.2. Einwilligungsfähigkeit	118
5.3.3. Einwilligung bei mündigen Minderjährigen	119
5.3.4. Einwilligung bei unmündigen Minderjährigen	123
5.3.5. Behandlung ohne Einwilligung	124
5.4. Meinungskonflikte auf Patientenseite	125
5.4.1. Meinungskonflikte zwischen den Obsorgeberechtigten betreffend Schutzimpfungen des Minderjährigen	125
5.4.1.1. Einzelvertretung im Außenverhältnis	125
5.4.1.2. Einvernehmensgebot im Innenverhältnis / gerichtliche Maßnahmen nach § 181 ABGB	126
5.4.1.3. Rechtslage und Judikatur in Deutschland	129
5.4.1.4. Schlussfolgerung	132
5.4.2. Einwilligungskonflikte zwischen dem minderjährigen Patienten und dem Obsorgeberechtigten	133
5.4.3. Die Diskrepanz zwischen Geschäftsfähigkeit und Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen	135
5.4.3.1. Geschäftsfähiger, aber einwilligungsunfähiger Minderjähriger	136
5.4.3.2. Einwilligungsfähiger, aber geschäftsunfähiger Minderjähriger	139
5.4.3.3. Einwilligungsfähiger, beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger	144
6. Die Unterlassung von Impfungen als Kindeswohlgefährdung	149
6.1. Das Kindeswohl als Entscheidungskriterium	149

6.2. Die Kindeswohlgefährdung als Eingriffsvoraussetzung	151
6.3. Ausgangslage	153
6.4. Meinungsstand	154
6.5. Denkbare Maßnahmen	156
6.6. Schlussfolgerungen und Ergebnis	162
6.6.1. Empfohlene Schutzimpfungen bei aktueller epidemiologischer Situation	165
6.6.2. Impfungen bei konkret erhöhten Risikolagen	177
6.6.3. „Off-label-use“	186
6.6.4. Nicht empfohlene Impfungen	189
7. Gesundheitsschäden des Kindes durch Impfungen	190
7.1. Haftung der Obsorgeberechtigten?	190
7.2. Haftung des impfenden Arztes?	191
7.3. Haftung des Impfstoffherstellers?	192
7.3.1. Produkthaftung bei Impfungen	193
7.3.2. Verhältnis von Produkthaftung und Arzthaftung bei „off-label-use“	196
7.3.3. Verschuldenshaftung nach ABGB	197
7.3.4. Exkurs: Haftung für die Wirkungslosigkeit von Impfungen	199
7.4. Impfschadengesetz	202
8. Gesundheitsschäden aufgrund der Unterlassung gebotener Impfungen	208
8.1. Schadenersatzansprüche des Minderjährigen gegen die Obsorgeberechtigten	208
8.1.1. Schadenersatz für die bloße Erkrankung	208
8.1.1.1. Schaden	208
8.1.1.2. Handlung	210
8.1.1.3. Kausalität/Verursachung	210
8.1.1.4. Rechtswidrigkeit	213
8.1.1.4.1. Rechtswidrigkeit aufgrund familienrechtlicher Pflichtenverletzung?	214
8.1.1.4.2. Rechtswidrigkeit aufgrund der Verletzung eines Schutzgesetzes?	219
8.1.1.4.3. Rechtswidrigkeit aufgrund der Verletzung eines absoluten Rechts?	221
8.1.1.5. Rechtswidrigkeitszusammenhang, Rechtmäßiges Alternativverhalten	226
8.1.1.6. Verschulden	228
8.1.2. Schadenersatz für Spätfolgen	231
8.1.3. Verjährungsfragen	233
8.1.4. Mehrheit von Ersatzpflichtigen	237
8.1.5. Umfang der Ersatzpflicht	239

8.1.6. Haftungsmilderung bei Schädigung durch Familienangehörige	245
8.2. Haftung des Arztes	246
8.2.1. Rechtsgrundlagen der Verpflichtung zum Hinweis auf Impfungen	247
8.2.1.1. Vertrag	247
8.2.1.2. Delikt	250
8.2.1.3. Berufsrecht	251
8.2.1.4. Strafrecht	251
8.2.2. Folgen der Pflichtverletzung	252
8.2.2.1. Vertragliche Haftung	252
8.2.2.2. Deliktische Haftung	256
8.2.2.3. Berufsrechtliche Folgen	257
8.2.2.4. Strafrechtliche Folgen	258
8.2.3. Schlussfolgerung	259
8.3. Strafrechtliche Aspekte	259
8.3.1. Die Unterlassung von Impfungen und darauffolgende Erkrankungen	259
8.3.2. Masernpartys	263
9. Schutz der öffentlichen Gesundheit: Staatliche Steuerungsmöglichkeiten	267
9.1. Generelle Impfpflicht	267
9.2. Impfnachweis als Aufnahmevoraussetzung in Gemeinschaftseinrichtungen	281
9.3. Finanzielle Anreizsysteme	284
9.4. Sonstige Maßnahmen	286
9.5. Stellungnahme	287
10. Fazit / Thesen	290
Literaturverzeichnis	296
Anhang	
I. Abstract (Deutsch)	324
II. Abstract (English)	326
III. Tabelle: Empfohlene Impfungen 2019	328
IV. Einverständniserklärung für Schulimpfungen (BMASGK)	330

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	andere Ansicht
ÄAO	Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm	Anmerkung
ApG	Apothekengesetz
arg	argumento
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AT	Allgemeiner Teil
Aufl	Auflage
AußStrG	Außerstreitgesetz
BASG	Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen
BCG	Bacillus Calmette-Guérin
BG	Bundesgesetz / Bezirksgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BKA	Bundeskanzleramt
B-KJHG	Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz

Bl	Blatt
Blg	Beilage(n)
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BM	Bundesminister, -in / Bundesministerium
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMGF	Bundesministerium für Gesundheit und Frauen
BMASGK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz
BT	Besonderer Teil
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVG	Bundesverfassungsgesetz
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CIOMS	Council for International Organizations of Medical Sciences
DAG	Österreichische Zeitschrift für das ärztliche Gutachten
dAMG	deutsches Arzneimittelgesetz
ders	derselbe
dh	das heißt
dies	dieselbe
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DRdA	Das Recht der Arbeit
dt	deutsche, -r, -s
ECDC	European Centre for Disease Prevention and Control
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EF-Z	Zeitschrift für Familien und Erbrecht
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EG	Europäische Gemeinschaft

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELGA	Elektronische Gesundheitsakte
EMA	Europäische Arzneimittel-Agentur (European Medicines Agency)
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EpG	Epidemiegesetz
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwSchG	Erwachsenenschutzgesetz
et al	et alii / et aliae
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EvBl	Evidenzblatt
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff	fortfolgende
FS	Festschrift
FSME	Frühsommer-Meningoenzephalitis
gem	gemäß
GesR	Gesundheitsrecht (Zeitschrift)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GTelG	Gesundheitstelematikgesetz
GuKG	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
GuP	Gesundheit und Pflege

hA	herrschende Ansicht
HiB	Haemophilus influenzae B
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HPV	Humane Papillomaviren
Hrsg	Herausgeber/in
HVG	Heeresversorgungsgesetz
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
IfSG	Infektionsschutzgesetz (Deutschland)
ImpfSchG	Impfschadengesetz
insb	insbesondere
iSd	im Sinne der/des
ITP	Immunthrombozytopenie Purpura
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
iZm	in/im Zusammenhang mit
JAMA	Journal of the American Medical Association
JB1	Juristische Blätter
J Infect Dis	The Journal of Infectious Diseases
JMG	Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht
JZ	Juristenzeitung
KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz
Kap	Kapitel

KBGG	Kinderbetreuungsgeldgesetz
KFG	Kraftfahrgesetz
KG	Kammergericht
KindNamRÄG	Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz
KindRÄG	Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz
KJHT	Kinder- und Jugendhilfeträger
KRK	Kinderrechterkonvention
KRSIlg	Sammlung von Entscheidungen in Krankenanstaltenfragen
leg cit	legis citae
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht
lit	litera
MA	Magistratsabteilung
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MMR	Masern, Mumps, Roteln
mwN	mit weiteren Nachweisen
NEJM	The New England Journal of Medicine
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
oä	oder ähnliche(n/m/r/s)
ÖA	Der österreichische Amtsvormund
ÖÄZ	Österreichische Ärztezeitung
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof

ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OSR	Oberster Sanitätsrat
ÖZPR	Österreichische Zeitschrift für Pflegerecht
PHG	Produkthaftungsgesetz
RdM	Recht der Medizin
RdM-LS	Leitsätze in Recht der Medizin
RdM-ÖG	Ökonomie & Gesundheit, Beilage zu Recht der Medizin
RdW	Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung
S	Satz
SchUG	Schulunterrichtsgesetz
SchulÄ-V	Schulärztinnen-/Schulärzte-Verordnung
sog	sogenannte, -r, -s
SSPE	Subakute sklerosierende Panenzephalitis
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz
STIKO	Ständige Impfkommision (Deutschland)
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	unter anderem
UbG	Unterbringungsgesetz

UN	United Nations / Vereinte Nationen
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund
USA	United States of America
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VersRdsch	Die Versicherungs-Rundschau
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
VO	Verordnung
Vorbem	Vorbemerkung(en)
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WGKK	Wiener Gebietskrankenkasse
WHO	World Health Organization / Weltgesundheitsorganisation
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfG	Zeitschrift für Gesundheitsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRInfo	Zivilrechtsinfo
zT	zum Teil
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1. EINLEITUNG

1.1. DER DISKURS ÜBER IMPFUNGEN – EIN ÜBERBLICK

Infektionskrankheiten stellen als ehemals häufigste Todesursache zweifelsohne nach wie vor eine weltweite Herausforderung dar. Schutzimpfungen haben im Zusammenwirken mit Verbesserungen in Hygiene, Nahrung, Trinkwasser und kurativer Medizin nachweislich einen enormen Rückgang der Infektionskrankheiten bewirkt. Impfungen werden somit zu den wichtigsten Präventivmaßnahmen der Medizin gezählt und haben eine Schlüsselrolle zum Schutz der öffentlichen Gesundheit inne.¹ Ausschlaggebend ist hierfür das Charakteristikum, dass Schutzimpfungen (größtenteils) sowohl dem Gemeinschafts- als auch dem Individualschutz dienen.² Auch aus volkswirtschaftlicher Sicht gilt der Nutzen nationaler Impfprogramme als evident. Schutzimpfungen – insbesondere im frühen Kindesalter – bewirken positive Public-Health-Effekte, die sich in kurz- und langfristigen Kostenersparnissen im Gesundheitssystem niederschlagen.³

Jedenfalls ist zu vergegenwärtigen, dass etliche impfpräventable Krankheiten in Fällen schwerer Verläufe auch heutzutage die Gefahr gravierender Gesundheitsschäden bis hin zum Tod in sich bergen, was zuletzt etwa die Masern-Todesfälle eines Kleinkindes in Berlin 2015⁴ und einer Frau in Essen 2017⁵ gezeigt haben. Auch ist die Infektionsgefahr keinesfalls zu unterschätzen. Berichten der WHO zufolge stiegen die Masernfälle im europäischen Raum in

¹ Meyer/Reiter/Siedler/Hellenbrand/Rasch, Über die Bedeutung von Schutzimpfungen, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/4, 323; BMASGK, Impfplan Österreich 2019 (2019) 7; Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen (2013) 2; Murphy/Travers/Walport, Janeway Immunologie⁷ (2009) 48 f; Plotkin, Vaccines, vaccination, and vaccinology, J Infect Dis 2003/187, 1349 ff; Dittmann, Risiko des Impfens und das noch größere Risiko, nicht geimpft zu sein, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/45, 316 (320); Dalpke, Immunologische Rationalen von Impfungen, DMW 2009/135, 61; Schnee-weiß/Pfleiderer/Keller-Stanislawski, Impfsicherheit heute, Deutsches Ärzteblatt 2008/105/34-35, 590.

² Wiedermann-Schmidt, Impfen aus Sicht der öffentlichen Gesundheit, in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 1 ff; Meyer/Reiter/Siedler/Hellenbrand/Rasch, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/4, 323; Heininger, Risiken von Infektionskrankheiten und der Nutzen von Impfungen, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/47, 1129 (1133).

³ Wiedermann-Schmidt, Impfen (2016) 27; Kunze, Das österreichische Impfsystem und seine Finanzierung (2010) 6; Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen, Impfungen - Ökonomische Evaluation (2003) IV f; Heininger, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/47, 1129 (1129, 1133).

⁴ Zeit Online, Kleinkind in Berlin an Masern gestorben, <http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2015-02/masern-ausbruch-berlin-kleinkind-gestorben> (abgefragt am 2. 2. 2018).

⁵ Augsburger Allgemeine, 37-jährige Mutter in Essen ist an Masern gestorben, <http://www.augsburger-allgemeine.de/panorama/37-jahrige-Mutter-in-Essen-ist-an-Masern-gestorben-id41535931.html> (abgefragt am 2. 2. 2018).

den Jahren 2018 und 2019 stark an. Im Zeitraum 1.1.-7.8.2019 wurden bereits rund 90.000 Masernfälle gemeldet, im (gesamten) Jahr 2018 gab es rund 84.000 Fälle.⁶ Damit übersteigen die Zahlen der Jahre 2018 und 2019 die Masernfälle jedes anderen Jahres des laufenden Jahrzehntes bei weitem. Im bisherigen Zeitraum zwischen 2010 und 2017 traten die meisten Masernfälle im Jahr 2017 auf (23.927), die wenigsten im Jahr 2016 (5.273).⁷ In Österreich wurden im Jahr 2018 77 Masernfälle registriert, im Zeitraum 1.1.-7.8.2019 waren es 132.⁸

Aber weder derartig alarmierende Exempel, noch die erwiesene Wirksamkeit von Schutzimpfungen vermögen offenbar eine gewisse „Impfmüdigkeit“ der Bevölkerung abzuwenden. Zu deren Ursachen wird insbesondere das sogenannte „Impfdilemma“ gezählt. Die wohl vor allem auf den bisherigen Erfolg der Impfungen selbst zurückzuführende sinkende Wahrnehmbarkeit etlicher impfpräventabler Krankheiten lässt die Notwendigkeit der Schutzimpfung geringer erscheinen. Gleichzeitig werden die selten eintretenden Impfkomplicationen in höherem Maße wahrgenommen, als es dem tatsächlichen Verhältnis zur Zahl der (erfolgreich) durchgeführten Impfungen entspricht.⁹ Sohin ist die Toleranz für Nebenwirkungen bei Schutzimpfungen – vor allem im Vergleich zu kurativen Eingriffen – relativ gering. Aber auch die Einflüsse der Impfgegner verursachen Verunsicherung und Skepsis in der Gesellschaft.¹⁰ Die über Jahrzehnte formierte Impfgegnerschaft gründet die impfkritische Haltung zumeist auf ideologischen, religiösen, esoterischen bzw alternativ-medizinischen Gedanken und veröffentlicht vor allem im Internet unentwegt irrationale oder unwissenschaftliche Theorien. Zwar lassen sich diese Thesen anhand wissenschaftlicher Erkenntnisse und Publikationen weitestgehend leicht widerlegen,¹¹ nichtsdestotrotz wird es vielen Eltern durch die Verbreitung unwissenschaftlicher, impfkritischer Beiträge signifikant erschwert, sich adäquat zu informieren.¹²

⁶ WHO, Reported measles cases by WHO Region, 2018, 2019, as of 07 Aug 2019, https://www.who.int/immunization/monitoring_surveillance/burden/vpd/surveillance_type/active/measles_monthlydata/en/ (abgefragt am 14. 8. 2019).

⁷ WHO Regional Office for Europe, Measles cases hit record high in the European Union, <http://www.euro.who.int/en/media-centre/sections/press-releases/2018/measles-cases-hit-record-high-in-the-european-region> (abgefragt am 20. 8. 2018).

⁸ WHO, Reported measles cases and incidence rates by WHO Member States, as of 07 Aug 2019, https://www.who.int/immunization/monitoring_surveillance/burden/vpd/surveillance_type/active/measles_monthlydata/en/ (abgefragt am 14. 8. 2019).

⁹ Wiedermann-Schmidt, Impfen 29; Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGf, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 3; Dittmann, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/45, 316; Heininger, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/47, 1129.

¹⁰ Zwiauer, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen (2000) 22.

¹¹ Robert Koch-Institut, Antworten des Robert Koch-Instituts und des Paul-Ehrlich-Instituts zu den häufigsten Einwänden gegen das Impfen, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Bedeutung/Schutzimpfungen_

Von Impfgegnern, welche Impfungen generell ablehnen, können „Impfskeptiker“ unterschieden werden, die nur einzelnen Impfungen kritisch gegenüberstehen.¹³ Um die Meinungslage überblicksartig darzulegen, ist auf eine Studie des Karl Landsteiner Instituts für pädiatrische Forschung und Fortbildung aus dem Jahr 2013 einzugehen, im Zuge derer in Österreich insgesamt 750 Eltern von Kindern zwischen 0 und 13 Jahren (davon 85% Mütter und 15% Väter) über ihre Haltung zu Impfungen befragt wurden. Das Ergebnis sieht folgendermaßen aus: 57% der Befragten befürworteten Schutzimpfungen grundsätzlich, stehen aber manchen empfohlenen Impfungen skeptisch gegenüber und haben daher bereits mindestens eine davon abgelehnt. 39% der Eltern sahen sich als vorbehaltlose Impfbefürworter und haben demzufolge sämtlichen empfohlenen Impfungen zugestimmt. 4% der Befragten deklarierten sich als tatsächliche Impfgegner. Als die drei Hauptgründe für die Ablehnung bestimmter Schutzimpfungen wurden die Angst vor Nebenwirkungen und Impfschäden (34% der Eltern), die Sorge der zu hohen Belastung des Kindes durch die Impfung (35%), sowie die Beurteilung gewisser Impfungen als unnötig (44%) angeführt. Zudem gaben 18% der Befragten an, dass ihnen schon einmal ein Arzt von einer Impfung abgeraten hat. Nach der Wahrnehmung der Befragten bieten Ärzte, die vermehrt Impfgegner betreuen, häufiger auch alternativmedizinische bzw. homöopathische Behandlungen an.

Für 40% der Befragten haben Impfungen einen Zusammenhang mit der Zunahme von Allergien. 78% hielten es für begrüßenswert, wenn ihr Kind eine Kinderkrankheit „durchmacht“, gleichzeitig gaben wiederum 65% an, besonders auf den Schutz ihrer Kinder vor Infektionskrankheiten bedacht zu sein. Hier zeigt sich offenbar eine widersprüchliche Einschätzung der Eltern. Schließlich führten immerhin 68% der befragten Eltern an, den offiziellen Impfempfehlungen zu vertrauen. 86% der Eltern lassen regelmäßig den Impfstatus ihres Kindes vom Arzt kontrollieren. Als wichtigste Informationsquelle zur Aufklärung über Schutzimpfungen wird das Gespräch mit dem Arzt bezeichnet, wobei sich 70% der Eltern bei der letzten durchgeführten Impfung ihres Kindes gut darüber aufgeklärt fühlten und auch die Dauer des Gespräches als ausreichend empfanden.¹⁴

20_Einwaende.html (Stand 22. 4. 2016); Zenz, Argumente von Impfgegnern, ÖÄZ 2004/17; Dittmann, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/45, 316 (322); Schnee-weiß/Pfleiderer/Keller-Stanislawski, Deutsches Ärzteblatt 2008/105/34-35, 590.

¹² Meyer/Reiter, Impfgegner und Impfskeptiker, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1182 (1185).

¹³ Meyer/Reiter, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1185.

¹⁴ APA-OTS, Ergebnispräsentation: „Elternbefragung zu den Themen Impfen und Ernährungsverhalten im Kindesalter“, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20130307_OTS0212/ergebnispraesentation-elternbefragung-zu-den-themen-impfen-und-ernaehrungsverhalten-im-kindesalter-bild (Stand 7. 3. 2013).

Eine ähnliche Studie wurde in Deutschland im Jahr 2011 durch die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung veröffentlicht, bei welcher rund 3.000 Eltern von Kindern bis 13 Jahren befragt wurden. Demnach stellt sich die generelle Einstellung der deutschen Eltern zu Impfungen im Wesentlichen derart dar, dass 64% keine Vorbehalte und 35% gewisse Vorbehalte gegenüber dem Impfen haben, ferner 1% Impfgegner sind.¹⁵ Meyer/Reiter (Experten des deutschen Robert Koch-Instituts) gehen davon aus, dass die Impfgegnerschaft etwa 3-5% der deutschen Bevölkerung ausmacht.¹⁶

Jedenfalls präsentiert sich der öffentliche Diskurs insofern angespannt, als er häufig auffallend emotional geführt wird. Indessen hat die WHO im Jahr 2019 „vaccine hesitancy“, beschrieben als die Ablehnung bzw der Widerwille gegenüber Impfungen trotz deren Verfügbarkeit, als eine der zehn größten weltweiten Bedrohungen für die Gesundheit eingestuft.¹⁷

Impfprogramme verfolgen im Wesentlichen folgende Ziele: Zunächst bewirken Impfungen typischerweise den individuellen Krankheitsschutz, darüber hinaus aber auch Populationschutz durch die sogenannte „Herdennimmunität“ (Gemeinschaftsschutz). Das Erreichen einer entsprechend hohen Durchimpfungsrate der Bevölkerung ermöglicht weiters die Verhinderung von Epidemien und kann letztlich zur regionalen Zurückdrängung (Elimination) oder sogar zur globalen Ausrottung (Eradikation) der jeweiligen Infektionskrankheit führen.¹⁸ Aufgrund dieser Umstände fließt auch der Aspekt der gesellschaftlichen Solidarität in die Impfentscheidung ein.

Da die Durchimpfungsraten in der Praxis größtenteils unterhalb der notwendigen Schwellenwerte liegen, kann die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen bzw Anreize als gesundheitspolitische Aufgabe des Staates erachtet werden.¹⁹ Die in Österreich momentan vorherrschende staatliche Vorgehensweise zur entsprechenden Steigerung der Impfbereitschaft lässt sich mit Aufklärungs- und Informationsarbeit, der Veröffentlichung von Impfeempfehlungen in Kombination mit dem kostenfreien Kinderimpfprogramm und der Kompensation von Impf-

¹⁵ Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Elternbefragung zum Thema „Impfen im Kindesalter“ – Ergebnisbericht, <https://www.bzga.de/forschung/studien-untersuchungen/studien/impfen-und-hygiene/?sub=64> (abgefragt am 21. 8. 2018).

¹⁶ Meyer/Reiter, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1185.

¹⁷ WHO, Ten threats to global health in 2019, <https://www.who.int/emergencies/ten-threats-to-global-health-in-2019> (abgefragt am 1. 9. 2019).

¹⁸ Wiedermann-Schmidt, Impfen 23 f; Wiedermann-Schmidt in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 1 f; Meyer/Reiter/Siedler/Hellenbrand/Rasch, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/4, 323.

¹⁹ Kopetzki, Impfpflicht und Verfassung, RdM 2017/42.

schäden durch den Bund (Impfschadengesetz²⁰) zusammenfassen. Zusätzlich soll künftig der elektronische Impfpass eingeführt werden (ab 2020, Pilotprojekt läuft bereits), dessen Umsetzung in der Vereinbarung nach Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens 2017-2021 vorgesehen ist. Der elektronische Impfpass soll als Anwendung der ELGA mit zentralem Impfreister umgesetzt werden. Damit sollen ua die Durchimpfungsraten erhöht, Doppelimpfungen vermieden und personalisierte Impfeempfehlungen ermöglicht werden.²¹ Erwogen wird aktuell auch die Einführung eines „verpflichtenden Impfgespräches“, wonach vor Eintritt des Kindes in eine Gemeinschaftseinrichtung Impfnachweise erbracht werden müssen, widrigenfalls für die Eltern ein neuerliches Arztgespräch vorgesehen ist.²² Dies würde aber nichts an der grundsätzlichen Freiwilligkeit von Schutzimpfungen ändern.

Vermag der *status quo* die Durchimpfungsraten nicht auf das jeweils gewünschte Maß anzuheben, wären möglicherweise zwingendere Maßnahmen zur Durchführung von Schutzimpfungen zu erwägen. In diesem Zusammenhang kann insbesondere an die Einführung einer Impfpflicht²³ gedacht werden, weiters an den Nachweis gewisser Impfungen als Voraussetzung für die Gewährung von Sozialleistungen²⁴ oder die Zulassung zu öffentlichen Kindergärten und Schulen.²⁵

1.2. ENTSTEHUNG DER IMPFUNG

Der Weg zu derart sicheren Impfstoffen, wie sie heute existieren, war lang. Frühe Impfstoffe wiesen Verunreinigungen auf, sodass Impfungen anfangs eine erhebliche Komplikationsdich-

²⁰ Bundesgesetz vom 3. Juli 1973 über die Entschädigung für Impfschäden BGBl 1973/371 idF BGBl I 2019/98.

²¹ *ELGA GmbH*, Elektronischer Impfpass – Informationen zum e-Impfpass-Pilotprojekt, <https://www.elga.gv.at/e-impfpass/e-impfpass/index.html> (abgefragt am 21. 8. 2019); Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf der SchulÄ-VO 2019, 2; Zur Anbindung von Arztsystemen und bestehender Impfsysteme sollen „HL7“ und „IHE“ als Standards eingesetzt werden.

²² *Der Standard*, Masernzahlen steigen, Bundesländer überlegen Impfpflicht, www.derstandard.at/story/2000111927223/die-masernzahlen-steigen-die-anzahl-der-toten-auch (Stand 6. 12. 2019); *ORF*, Österreich setzt auf Anreize statt Strafen, <https://orf.at/stories/3146646/> (Stand 7. 12. 2019).

²³ *Kopetzki*, RdM 2017/42; *Heissenberger*, Impfen in Österreich, in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 53 ff; *Birklbauer/Grimm/Kröll/Neuper*, „Impfen stärkt“, JMG 2019/1, 1; *Schaks/Krahner*, Die Einführung einer Impfpflicht zur Bekämpfung der Masern. Eine zulässige staatliche Handlungsoption, MedR 2015/33, 860.

²⁴ *Kopetzki*, RdM 2017/42; *Australian Government – Department of Health*, Clinical update: No Jab, No Pay, <https://www.health.gov.au/news/clinical-update-no-jab-no-pay> (abgefragt am 1. 9. 2019).

²⁵ *Allerberger*, Impfpflicht vor Schuleintritt und Grundrechte, ZfG 2018, 102; *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme – Impfen als Pflicht? (2019) 85 ff.

te hatten und eine Vielzahl von Todesopfern kosteten. Dennoch wurde die künstliche Immunisierung angesichts des Auftretens verschiedener Epidemien (im 18. und 19. Jahrhundert zB Pocken, Cholera, Pest) weiterverfolgt und entwickelt. Mit der steten Verbesserung der Impfstoffe wuchs auch deren Sicherheit und Erfolg. Seit 1967 werden unter der Leitung der WHO globale Impfprogramme entwickelt und herausgegeben. Nicht nur die globale Ausrottung der Pocken im Jahr 1980, sondern auch die anstehende Eradikation der Poliomyelitis gelten als bedeutende Errungenschaften des Impfwesens.²⁶ Die evidente Eindämmung etlicher impfpräventabler Krankheiten belegt die Wirksamkeit von Impfungen – so zeigt die folgende Tabelle etwa den Rückgang der Morbidität seit der Einführung von Schutzimpfungen in den USA.

Vergleich der Morbidität vor und nach Einführung der Impfungen, USA²⁷			
Erreger	Jährliche Morbidität vor Einführung der Impfung	Morbidität 1998	Rückgang
Masern	503.282 ^a	89	100% *
Mumps	152.209 ^b	606	99,6%
Röteln	47.745 ^c	345	99,3%
Pocken	48.164 ^d	0	100%
Poliomyelitis	16.316 ^e	0 ^f	100%
Diphtherie	175.885 ^g	1	100% *
HiB	20.000 ^h	54 ⁱ	99,7%
Pertussis	147.271 ^j	6.279	95,7%
Tetanus	1.314 ^k	34	97,4%

a: Jährlicher Durchschnitt gemeldeter Fälle 1958-1962, 5 Jahre vor Zulassung des Impfstoffs.
b: Gemeldete Fälle 1968, erstes Jahr der Aufzeichnungen und erstes Jahr nach Zulassung des Impfstoffs.
c: Jährlicher Durchschnitt gemeldeter Fälle 1966-1968, 3 Jahre vor Zulassung des Impfstoffs.
d: Jährlicher Durchschnitt der Fälle 1900-1904.
e: Jährlicher Durchschnitt gemeldeter Fälle 1951-1954, 4 Jahre vor Zulassung des Impfstoffs.
f: Ausgenommen 1 Fall der impf-bedingten Poliomyelitis gemeldet 1998.
g: Jährlicher Durchschnitt gemeldeter Fälle 1920-1922, 3 Jahre vor Zulassung des Impfstoffs.
h: Mittels bevölkerungsbezogener Beobachtungs-Studie geschätzte Fälle vor Zulassung des Impfstoffs 1985.
i: Ausgenommen 71 Fälle von Haemophilus influenzae mit unbekanntem Serotyp.
j: Jährlicher Durchschnitt gemeldeter Fälle 1922-1925, 4 Jahre vor Zulassung des Impfstoffs.
k: Geschätzte Zahl der Fälle basierend auf gemeldeten Todesfällen von 1922 bis 1926, unter Annahme einer Letalitätssrate von 90%.
**: Auf die nächste Zehntelstelle gerundet.*

Tabelle 1.

²⁶ Wiedermann-Schmidt in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 1 f; Dittmann, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/45, 316 (319 ff); Schneeweiß/Pfleiderer/Keller-Stanislawski, Deutsches Ärzteblatt 2008/105/34-35, 590.

²⁷ Centers for Disease Control and Prevention, Impact of Vaccines Universally Recommended for Children – United States 1990-1998, Morbidity and Mortality Weekly Report 1999/48/12, 243 ff.

Wie für Arzneimittel typisch, sind auch bei Impfungen unerwünschte Wirkungen zur Zeit des Inverkehrbringens nicht gänzlich vermeidbar bzw vorhersehbar. So blieb Österreich – wie andere Länder auch²⁸ – nicht von einem Impfungsglück verschont. Um 1990/1991 ereignete sich das sogenannte „BCG-Impfungsglück“, wobei in großer Zahl die Tuberkulose-Impfung mit einem falschen, mit dem korrekten verwechselbaren Impfstoff („BCG-Pasteur“) vorgenommen wurde und über 100 Kinder erhebliche Gesundheitsbeeinträchtigungen davontrugen. In der Folge wurde das ImpfSchG novelliert und erfolgte in dessen § 1b eine Erweiterung des Impfschadensausgleiches durch den Bund (BGBl 1991/278).²⁹

Für die Impfstoffsicherheit in der heutigen Zeit gilt, dass alle in Österreich empfohlenen Impfungen ein überaus positives Nutzen-Risiko-Verhältnis aufweisen, was durch das Zulassungsverfahren und die Überwachung korrespondierender Daten belegbar ist.³⁰

²⁸ Lübecker Impfungsglück 1929/30: BCG-Impfung, Cutter-Unglück 1955: Poliomyelitis-Impfung; *Dittmann*, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/45, 316 (321).

²⁹ *Posch*, Probleme der Arzneimittelhaftung – Zur schadenersatzrechtlichen Verantwortung des Arzneimittelherstellers, in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 131.

³⁰ *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF*, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 2; *Zwiauer*, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in *Kollarsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 22 f; *Kunze*, Das österreichische Impfsystem und seine Finanzierung 5; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 24; *Schneeweiß/Pfleiderer/Keller-Stanislawski*, Deutsches Ärzteblatt 2008/105/34-35, 590.

2. MEDIZINISCHE GRUNDLAGEN

Die folgende Darstellung der medizinischen Grundlagen soll nicht nur dem besseren Verständnis dienen und den Begriff der Schutzimpfung aus medizinischer Sicht klarstellen. Sie hat insbesondere auch den Zweck, jene medizinische Sachlage darzulegen, die in der Folge sämtlichen rechtlichen Überlegungen und Abwägungen dieser Arbeit zu Grunde gelegt werden soll.

2.1. WIRKUNGSWEISE VON IMPFUNGEN

Der Mensch verfügt über ein angeborenes (unspezifisches) und ein adaptives (spezifisches) Immunsystem.³¹ Die angeborene Immunreaktion findet sehr schnell statt, ist aber auf Lebensdauer unveränderlich, somit nicht-adaptiv.³² Die adaptive Immunantwort setzt nach der angeborenen ein und verfügt über die Fähigkeit, sich an veränderte oder neue Krankheitserreger anzupassen. Zudem können die Mechanismen der adaptiven Immunität ein dauerhaftes immunologisches Gedächtnis entwickeln. Die angeborene Immunabwehr wird durch die adaptive aber nicht ersetzt, vielmehr wirken die beiden Immunsysteme nebeneinander, sie ergänzen und bedingen sich.³³

Das gezielte Auslösen einer Immunreaktion nennt man Immunisierung. Mittels Impfungen soll der Organismus im Wesentlichen dazu befähigt werden, durch „künstlich“ erzeugte Abwehrstoffe eine Infektion mit der entsprechenden Krankheit zu verhindern bzw sich vor den Krankheitsfolgen zu schützen. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen aktiver und passiver Immunisierung.³⁴

2.1.1. AKTIVE IMMUNISIERUNG

Die Möglichkeit der aktiven Immunisierung durch Impfungen knüpft an die adaptive Immunantwort an. Das Immunsystem erkennt die im Impfstoff enthaltenen Antigene (dh abgeschwächte bzw abgetötete Krankheitserreger oder Teile von diesen) und reagiert darauf in

³¹ *Murphy/Travers/Walport, Janeway Immunologie*⁷ 5 ff; *Dalpke, DMW* 2009/135, 61.

³² *Murphy/Travers/Walport, Janeway Immunologie*⁷ 53 ff.

³³ *Wiedermann-Schmidt, Impfen* 42 ff; *Dalpke, DMW* 2009/135, 61.

³⁴ *Zwiauer, Impfstoffe, Arten der Immunisierung*, in *Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen* (2000) 16; *Murphy/Travers/Walport, Janeway Immunologie*⁷ 923; *Langbauer, Das österreichische Impfwesen unter besonderer Berücksichtigung der Schutzimpfung* (2010) 15.

Form einer spezifischen Immunantwort, also durch die Entwicklung von Antikörpern und das Aktivieren von Abwehrmechanismen zur Beseitigung der konkreten Antigene.³⁵

Folglich ermöglichen Schutzimpfungen dem Organismus, Abwehrstoffe gegen Erreger zu entwickeln, ohne im Zuge dessen selbst zu erkranken. Im Fall einer erneuten Auseinandersetzung mit dem Krankheitserreger ist der menschliche Körper aufgrund der Immunisierung oder des immunologischen Gedächtnisses in der Lage, eine Infektion zu unterbinden bzw. vor den Krankheitsfolgen geschützt zu sein. Der von der Impfung bewirkte Schutz beginnt idR wenige Wochen nach deren Durchführung und ist teils lebenslang und vollständig, teils kürzerfristig und partiell, diesfalls mit dem Erfordernis von Auffrischungen.³⁶ Zur Aktivimmunisierung werden insbesondere Lebend- und Totimpfstoffe verwendet.

2.1.1.1. Lebendimpfstoffe

Bei Lebendimpfungen werden lebende, vermehrungsfähige Mikroorganismen verabreicht, die jedoch durch gewisse Herstellungsverfahren abgeschwächt (attenuiert) wurden, sodass sie zwar die Fähigkeit eine Erkrankung herbeizuführen weitgehend verloren, ihren immunogenen Effekt jedoch beibehalten haben. Insofern kommt die Verabreichung einer Lebendimpfung im Prinzip einer Infektion gleich, die idR allerdings Immunität erzeugt, ohne Krankheitssymptome herbeizuführen. In seltenen Fällen können Lebendimpfstoffe dennoch die sogenannte Impfkrankheit, also das abgeschwächte Auftreten der impfpräventablen Krankheit selbst, mit sich bringen.³⁷ Oft reicht bei Lebendimpfstoffen eine einzelne Impfung aus, um einen langfristigen Impfschutz zu bewirken. Lebendimpfstoffe kommen beispielsweise gegen Varizellen, Rotaviren, oder Masern, Mumps und Röteln zur Anwendung.³⁸ Attenuierte Lebendimpfstoffe sind deutlich wirksamer als Totimpfstoffe.³⁹

³⁵ Wiedermann-Schmidt, Impfen 51; Deutsch/Spickhoff/Ullrich, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen (2017) 5 f.

³⁶ Zwiauer, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen 16 ff; Langbauer, Impfwesen 15; Wiedermann-Schmidt, Impfen 51.

³⁷ Centers for Disease Control and Prevention/Hamborsky/Kroger/Wolfe, Epidemiology and Prevention of Vaccine-Preventable Diseases (2015) 4 f; Zwiauer, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen 19 f; Wiedermann-Schmidt, Impfen 52; Niehues/Bogdan/Hecht/Mertens/Wiese-Posselt/Zepp, Impfen bei Immundefizienz (I), Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2017/6, 674 (677).

³⁸ Zwiauer, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen 19 f; Wiedermann-Schmidt, Impfen 52.

³⁹ Murphy/Travers/Walport, Janeway Immunologie⁷ 874 f.

2.1.1.2. Totimpfstoffe

Bei Totimpfungen werden entweder abgetötete bzw inaktivierte Krankheitserreger (zB gegen Hepatitis A, Kinderlähmung, FSME), Teilstücke davon (zB gegen Pertussis, Hepatitis B), oder entgiftete Toxine der Erreger (zB gegen Tetanus, Diphtherie) verwendet.⁴⁰ Solche Impfungen müssen exakt dosierte Mengen antigen wirksamer Stoffe beinhalten, um die erwünschte immunologische Antwort herbeizuführen. Zur Steigerung der Immunogenität werden außerdem häufig Adjuvanzen (oder andere Verstärkersysteme) hinzugefügt. Um eine dauerhafte Schutzwirkung zu erreichen, müssen Totimpfstoffe üblicherweise für die Grundimmunisierung mehrfach verabreicht und in späterer Folge auch aufgefrischt werden.⁴¹

2.1.2. PASSIVE IMMUNISIERUNG

Passivimmunisierung erfolgt durch die Übertragung von Antikörper-Konzentraten (Immunglobulinen) auf den menschlichen Organismus, wobei es zu keiner aktiven Auseinandersetzung des Immunsystems mit Antigenen kommt.⁴² Zur Anwendung kommen dabei entweder von Tieren stammende (heterologe) Antikörper, oder von anderen Menschen aufgrund einer Infektion mit dem entsprechenden Erreger produzierte (homologe) Antikörper. Bei der passiven Immunisierung bildet der Organismus weder eigene Abwehrstoffe noch ein immunologisches Gedächtnis. Die passive Immunisierung dient insbesondere dazu, bei Menschen mit fehlender Immunität eine Erkrankung zu bekämpfen. Um eingedrungene Krankheitserreger rasch zu beseitigen, können Antikörper in hoher Konzentration verabreicht werden. Die bewirkte Immunisierung wird schnell aufgebaut und dauert je nach verabreichter Dosis einige Wochen bis Monate.⁴³

⁴⁰ *Centers for Disease Control and Prevention/Hamborsky/Kroger/Wolfe*, Epidemiology and Prevention of Vaccine-Preventable Diseases (2015) 6; *Zwiauer*, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 20; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 52; *Niehues/Bogdan/Hecht/Mertens/Wiese-Posselt/Zepp*, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2017/6, 674 (677).

⁴¹ *Centers for Disease Control and Prevention/Hamborsky/Kroger/Wolfe*, Epidemiology and Prevention of Vaccine-Preventable Diseases (2015) 6; *Zwiauer*, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 20; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 52; *Niehues/Bogdan/Hecht/Mertens/Wiese-Posselt/Zepp*, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2017/6, 674 (677).

⁴² *Heininger*, Handbuch Kinderimpfung (2004) 39; *Zwiauer*, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 16.

⁴³ *Heininger*, Handbuch Kinderimpfung 39; *Zwiauer*, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 16 f.

Eine besondere Indikation der passiven Immunisierung besteht insbesondere nach erfolgter Exposition von Menschen mit hohem Risikopotential für eine Erkrankung bzw für Komplikationen (zB Leukämiekranken, die dem Varizellen- oder Masern-Erreger ausgesetzt sind), aber auch wenn eine Aktivimmunisierung zu spät käme und dennoch der Schutz der Person vor einer gewissen Krankheit mittels „postexpositioneller Impfung“ erforderlich ist (zB zum Schutz vor Hepatitis B oder Tollwut).⁴⁴ Der Anwendungsbereich der passiven Immunisierung ist aufgrund deren begrenzter Wirkungsdauer wesentlich eingeschränkt. Geeignet ist die Methode dennoch, wenn ein zeitlich beschränkter Schutz ausreichend ist, etwa für die Dauer einer Schwangerschaft oder Reise, oder anlässlich konkreter Verletzungen bzw Expositionen (Tollwut bei Tierbissen, oder Tetanus bei Wundverschmutzung).⁴⁵

Eine spezielle, nicht durch Impfungen herbeigeführte Form der passiven Immunisierung ist der Nestschutz bei Neugeborenen. Dieser erfolgt zum einen durch die Übertragung von Antikörpern der Mutter an das Kind über die Plazenta, zum anderen durch Übertragung mütterlicher Antikörper an den Säugling durch die Muttermilch beim Stillen. Diese sogenannte Leihimmunität besteht aber nur vorübergehend (idR in den ersten Lebensmonaten) und schützt oft unzureichend.⁴⁶ Angesichts all dieser Umstände ist evident, dass trotz des Nestschutzes die vollständige und langfristige Immunisierung des Kindes durch Schutzimpfungen notwendig und sinnvoll ist.⁴⁷

2.1.3. TEIL-, AUFRISCHUNGS- UND KOMBINATIONSIMPFUNGEN

Die Impfschemata mancher Impfstoffe sehen die Vornahme mehrerer Teilimpfungen vor, die in ihrer Gesamtheit den Prozess der Grundimmunisierung darstellen. Davon zu unterscheiden sind Auffrischungsimpfungen, die bei vielen Impfungen nach der Grundimmunisierung in regelmäßigen Zeitabständen erforderlich sind, um die Immunität aufrecht zu erhalten. Anders als bei der erstmaligen Immunisierung bewirken Auffrischungsimpfungen bereits mit der einmaligen Verabreichung einer niedrigeren Dosis die Erneuerung des Schutzes. Kombina-

⁴⁴ *Zwiauer*, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 16 f; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 5 f.

⁴⁵ *Zwiauer*, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 16 f.

⁴⁶ *Robert Koch-Institut*, Antworten des Robert Koch-Instituts und des Paul-Ehrlich-Instituts zu den 20 häufigsten Einwänden gegen das Impfen www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Bedeutung/Schutzimpfungen_20_Einwaende.html (Stand 22. 4. 2016); *Centers for Disease Control and Prevention/Hamborsky/Kroger/Wolfe*, *Epidemiology and Prevention of Vaccine-Preventable Diseases* (2015) 2.

⁴⁷ *Robert Koch-Institut*, Impfen www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/AllgFr_AllgemeineFragen/FAQ-Liste_AllgFr_Impfen.html#FAQId2407522 (Stand 14. 12. 2012).

tionsimpfstoffe sind wiederum solche, die Toxine bzw Antigene von mehreren verschiedenen Krankheitserregern beinhalten, was eine wesentliche Minimierung der erforderlichen Injektionen zum Vorteil hat.⁴⁸

Diese Differenzierung soll anhand zweier Beispiele verdeutlicht werden: Der 3-fach-Kombinationsimpfstoff gegen Masern, Mumps und Röteln wird ab Vollendung des 9. Lebensmonats in zwei Dosen (Teilimpfungen) empfohlen.⁴⁹ Hier kann zwar bereits die erste Impfung einen hohen Schutz bewirken – es wird von einer Schutzrate von durchschnittlich 91% gegen Masern ausgegangen. Zur weiteren Steigerung des Impfschutzes sowie aufgrund des verbleibenden geringen Prozentsatzes primärer Impfversager wird allerdings eine zweite Impfung zur Unterbindung daraus resultierender Impflücken empfohlen.⁵⁰

Demgegenüber wird beim 6-fach-Impfstoff gegen Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Poliomyelitis, Haemophilus influenzae B und Hepatitis B prinzipiell das sogenannte „2+1 Impfschema“ empfohlen, dh zwei Impfungen zur Grundimmunisierung (im 3. und 5. Lebensmonat) und eine Auffrischungsimpfung (zwischen 12. und 14. Lebensmonat).⁵¹ Bei diesem Kombinationsimpfstoff gilt im Wesentlichen, dass der Impfschutz durch jede Dosis sukzessive bzw „stufenweise“ angehoben wird. Da hier die Schutzwirkung mit der Zeit aber auch wieder abnimmt, sind regelmäßige Auffrischungsimpfungen empfohlen.⁵²

2.1.4. INHALTSSTOFFE

Primär beinhalten Impfungen den konkreten Wirkstoff, also das Impfantigen bzw die Impfantigene. Darüber hinaus sind verschiedene Hilfsstoffe enthalten, etwa als Stabilisatoren, Emulgatoren, Konservierungsmittel oder als Adjuvantien. Letztere dienen der Verstärkung der Immunogenität von Impfantigenen bei manchen Totimpfstoffen. Während die bei Lebendimpfungen eingesetzten abgeschwächten (aber noch vermehrungsfähigen) Erreger prinzipiell

⁴⁸ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 7; Robert Koch-Institut, Impfschema www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/AllgFr_Impfschema/faq_impfen_Impfschema_ges.html#FAQId2407566 (Stand 14. 12. 2012).

⁴⁹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 45.

⁵⁰ Mutz, Schutzimpfungen des Kinderimpfplanes, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen (2000) 85 (121); Robert Koch-Institut, Schutzimpfung gegen Masern www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/MMR/FAQ-Liste_Masern_Impfen.html (Stand 20. 4. 2017).

⁵¹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 15.

⁵² BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 10 f.

eine gute Immunantwort bewirken, bedürfen die inaktivierten Erreger von Totimpfungen zumeist Adjuvanzen als Wirkverstärker, um eine hinreichende Immunantwort auszulösen.⁵³

2.1.5. VERABREICHUNGSWEISE

Der Großteil der Impfstoffe wird entweder subkutan (in das Gewebe unter der Haut) oder intramuskulär (in den Muskel) verabreicht, seltener intradermal (in die Haut), oral (Schluckimpfung) oder intranasal (durch die Nase). Die jeweils empfohlene Verabreichungsweise findet sich in der Fachinformation, das Abgehen hiervon kann ein erhöhtes Nebenwirkungsrisiko und eine verminderte Schutzwirkung mit sich bringen.⁵⁴

2.2. KONTRAINDIKATIONEN

Kontraindikationen sind gewisse Umstände auf Seiten des Patienten, die der Verabreichung einer Impfung grundsätzlich entgegenstehen, da das Risiko unerwünschter Wirkungen stark erhöht ist.⁵⁵

Beim Bestehen einer akuten Infektionskrankheit ist die Genesung des Impfkandidaten abzuwarten, nicht aber bei banalen Infekten mit subfebrilen Temperaturen (bis 38°C). Nach Operationen können Impfungen vorgenommen werden, sobald der Allgemeinzustand des Patienten wieder stabil ist. Dringende Impfungen, wie etwa zur postexpositionellen Prophylaxe gegen Tollwut, Tetanus oder Hepatitis B, können stets durchgeführt werden.⁵⁶

Allergien gegen bestimmte Inhaltsstoffe der Impfung können eine Kontraindikation bedeuten, hier sollte zur Abklärung jedenfalls vorher eine Fachabteilung konsultiert werden.⁵⁷

Während der Schwangerschaft sollten nicht dringend indizierte Impfungen unterbleiben, zudem sind Lebendimpfungen (Masern, Mumps, Röteln, Varizellen, Gelbfieber) grundsätz-

⁵³ *Murphy/Travers/Walport*, Janeway Immunologie⁷ 872 ff; *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 100 f.

⁵⁴ *Centers for Disease Control and Prevention/Hamborsky/Kroger/Wolfe*, Epidemiology and Prevention of Vaccine-Preventable Diseases 91 ff; *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 100 ff.

⁵⁵ *Centers for Disease Control and Prevention/Hamborsky/Kroger/Wolfe*, Epidemiology and Prevention of Vaccine-Preventable Diseases 17.

⁵⁶ *Robert Koch-Institut*, Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) am Robert Koch-Institut – 2017/2018, Epidemiologisches Bulletin 2017/34, 333 (351 ff); *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 104.

⁵⁷ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 103; *Centers for Disease Control and Prevention/Hamborsky/Kroger/Wolfe*, Epidemiology and Prevention of Vaccine-Preventable Diseases 18 f.

lich kontraindiziert. Die Gelbfieber-Impfung soll in der Schwangerschaft nur bei eindeutiger Indikation und bei stillenden Frauen gar nicht erfolgen.⁵⁸

Bei Personen mit Immundefekten bestehen etliche Besonderheiten hinsichtlich der Indikationslage (Details sogleich in Kap 2.3.). Insbesondere sind Lebendimpfungen während der Immunsuppression und bei schwerer Immundefizienz des Patienten kontraindiziert, da deren Sicherheit hier hinsichtlich der übermäßigen Vermehrung des Impfantigens bzw eines durch die Impfung „getriggerten“ Erkrankungsschubes zweifelhaft ist.⁵⁹

2.3. IMPFUNGEN BEI IMMUNDEFIZIENZ

Ein insuffizientes Immunsystem geht mit einem erhöhten Infektionsrisiko einher, sodass der Infektionsprophylaxe durch Impfungen bei den betroffenen Personen eine besonders hohe Bedeutung zukommt und sich hier eine verschärfte Indikationslage ergibt. Bei Personen mit Immundefekten bestehen gewisse Kontraindikationen, aber auch besondere Indikationen, jeweils abhängig von Art und Schwere der Grundkrankheit bzw allfälligen Therapien (zB dauerhafte Immunsuppressiva, Chemotherapie).⁶⁰ Personen mit angeborenen (primären) Immundefekten befinden sich typischerweise großteils in pädiatrisch-immunologischer Betreuung, während erworbene (sekundäre) Immundefekte, wie etwa Chemotherapie, HIV, Stammzellentransplantation, oder Organtransplantation, sowohl Kinder als auch Erwachsene betreffen können.⁶¹

Wenn möglich, sollten sämtliche im Impfplan empfohlene Impfungen vor Beginn einer immunsuppressiven Therapie vorgenommen werden.⁶² In der Praxis weit häufiger sind allerdings Situationen, in denen bei bereits vorhandener Immunsuppression (aufgrund einer Erkrankung oder einer Therapie) über die Vornahme einer Impfung zu entschieden ist.⁶³ Da bei der Vornahme von Impfungen bzw der Beurteilung ihrer Sinnhaftigkeit mannigfache

⁵⁸ *BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 124; Robert Koch-Institut, Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) am Robert Koch-Institut – 2019/2020, Epidemiologisches Bulletin 2019/34, 313 (336).*

⁵⁹ *Wiedermann-Schmidt/et al, Impfungen bei Immundefekten/Immunsuppression – Expertenstatement und Empfehlungen, Wiener klinische Wochenschrift 2016/128, 337; BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 126.*

⁶⁰ *Wiedermann-Schmidt/et al, Wiener klinische Wochenschrift 2016/128, 337; BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 126; Robert Koch-Institut, Hinweise zu Impfungen für Patienten mit Immundefizienz, Epidemiologisches Bulletin 2005/Sonderdruck, 1; Niehues/Bogdan/Hecht/Mertens/Wiese-Posselt/Zepp, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2017/6, 674 (676).*

⁶¹ *Robert Koch-Institut, Epidemiologisches Bulletin 2005/Sonderdruck, 1.*

⁶² Totimpfstoffe spätestens zwei Wochen, Lebendimpfstoffe spätestens vier Wochen vor Therapiebeginn.

⁶³ *Wiedermann-Schmidt/et al, Wiener klinische Wochenschrift 2016/128, 337 (342).*

Faktoren berücksichtigt werden müssen, wird dem impfenden Arzt empfohlen, das Vorgehen mit dem zuständigen Spezialisten (der den Immundefekt behandelnde Arzt) abzustimmen.⁶⁴

Lebendimpfungen sind idR während der Immunsuppression und bei schwerer Immundefizienz kontraindiziert. In Einzelfällen können Lebendimpfungen bei manchen Krankheiten dennoch – auf Grundlage einer eingehenden Nutzen-Risiko-Analyse – möglich sein, wobei es sich vorwiegend um zulassungsüberschreitende Anwendung („off-label-use“, Kap 3.4.3.) handelt.⁶⁵ Totimpfungen können ohne erhöhte Sicherheitsrisiken vorgenommen werden, doch kann der Impfschutz (abhängig von der Art des Immundefekts) ungenügend sein und sollte überprüft werden.⁶⁶ Die Möglichkeit der Beurteilung des Impferfolges mittels Titerkontrolle besteht aber nur für manche Impfungen.⁶⁷

Im österreichischen Impfplan werden in Fällen von (angeborenen und erworbenen) Immundefekten, Splenektomie, vor und nach Organ- bzw Stammzellentransplantationen, vor und nach Chemotherapie, vor und nach Biologikatherapie, sowie bei schweren Immunsuppressiva folgende Impfungen dringend empfohlen: Diphtherie-Tetanus-Polio-Pertussis, Pneumokokken, Hepatitis A und B, Meningokokken, sowie Influenza. Zusätzliche Indikationsimpfungen können – je nach Infektionsrisiko und Grundkrankheit – jene gegen HiB, Herpes Zoster, HPV und FSME sein. Weiters wird eine Immunstatuserhebung bezüglich Masern, Mumps, Röteln und Varizellen empfohlen.⁶⁸ Eine umfassende Darstellung der besonderen Indikationen bzw Kontraindikationen von Impfungen bei unterschiedlichen Immundefekten, sowie möglicher Titerkontrollen, ist in Form einer Experten-Empfehlung in der Wiener klinischen Wochenschrift einsehbar.⁶⁹

⁶⁴ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 128.

⁶⁵ Wiedermann-Schmidt/et al, Wiener klinische Wochenschrift 2016/128, 337 (337, 340); BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 126 f; Niehues/Bogdan/Hecht/Mertens/Wiese-Posselt/Zepp, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2017/6, 674 (683).

⁶⁶ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 127; Niehues/Bogdan/Hecht/Mertens/Wiese-Posselt/Zepp, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2017/6, 674 (676 f); Centers for Disease Control and Prevention/Hamborsky/Kroger/Wolfe, Epidemiology and Prevention of Vaccine-Preventable Diseases 20 f.

⁶⁷ Möglich bei: Diphtherie, FSME, Hepatitis A+B, HiB, Masern, Meningokokken, Mumps, Pertussis, Pneumokokken, Polio, Röteln, Tetanus, Tollwut, Varizellen; Wiedermann-Schmidt/et al, Wiener klinische Wochenschrift 2016/128, 337 (341).

⁶⁸ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 127 f.

⁶⁹ Wiedermann-Schmidt/et al, Wiener klinische Wochenschrift 2016/128, 337.

2.4. WIRKSAMKEIT UND SICHERHEIT VON IMPFUNGEN

Hinsichtlich der Effekte von Impfungen werden die Begriffe Immunogenität und Wirksamkeit unterschieden. Die Wirksamkeit ist die Protektion selbst, während die Immunogenität (die Eigenschaft, im Körper eine Immunantwort auszulösen⁷⁰) anhand der Antikörperantwort kontrolliert werden kann. Dies lässt aber nicht zwingend auch einen Schluss auf die Wirksamkeit, also den tatsächlichen Impfschutz, zu. Bei manchen Impfstoffen lässt sich die Antikörperantwort als Maßstab für die Wirksamkeit heranziehen, nämlich wenn eine Korrelation zwischen Antikörpertiter und Schutzwirkung (durch den Nachweis funktionell aktiver, neutralisierender Antikörper) in Studien belegbar ist. Diesfalls können Tests zur Überprüfung der Protektion vorgenommen werden. Festzuhalten ist aber, dass nicht zu allen Impfungen klare Aussagen über den beim konkreten Impfling eingetretenen Impferfolg möglich sind (siehe hierzu bereits Kap 2.3.).⁷¹

Ferner ist es möglich, dass Impfkandidaten auf Impfungen nicht „ansprechen“, dh keine ausreichende Immunantwort gegen die entsprechenden Krankheitserreger bilden. Das Nicht-Ansprechen auf Impfungen ist die Ausnahme und betrifft je nach Impfung zwischen 1 und 10 Prozent der Geimpften. Die Gründe für die Unfähigkeit des Impflings, eine Immunantwort zu bilden, sind bislang weitgehend unklar. Festgestellt wurde, dass kein einheitliches Muster existiert, sondern die Ursachen abhängig von Impfung und Personengruppen variieren.⁷²

Die Sicherheit von Impfstoffen soll durch die sogenannte Pharmakovigilanz gewährleistet werden. Dies ist ein Instrument zur laufenden Überwachung des Nutzen-Risiko-Verhältnisses von Arzneimitteln im Zeitraum vor sowie während deren Zulassung. Zwar ist die klinische Prüfung von Impfstoffen eine Voraussetzung für die Zulassung, allerdings ist im Zeitpunkt der Zulassung die klinische Erfahrung aufgrund der limitierten Zahl vorliegender Daten noch begrenzt. Daher können manche (seltener) Nebenwirkungen oder Langzeiteffekte erst nach der Zulassung festgestellt werden. Durch die stete Überwachung soll eine frühe Erfassung von Risikosignalen ermöglicht werden. Vermutete Nebenwirkungen von Impfungen werden beim Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen (BASG) gemeldet, dort erfasst und an

⁷⁰ Mahanty/Prigent/Garraud, Immunogenicity of infectious pathogens and vaccine antigens, BMC Immunology 2015/16, 31.

⁷¹ Wiedermann-Schmidt/et al, Wiener klinische Wochenschrift 2016/128, 337 (340).

⁷² Garner-Spitzer/Wagner/Paulke-Korinek/Kollaritsch/Heinz/Redlberger-Fritz/Stiasny/Fischer/Kundi/Wiedermann, Tick-Borne Encephalitis and Hepatitis B Nonresponders Feature Different Immunologic Mechanisms in Response to Tick-Borne Encephalitis and Influenza Vaccination with Involvement of Regulatory T and B Cells and IL-10, Journal of Immunology 2013/191/5, 2426.

die europäische Datenbank „European Union Drug Regulation Authorities Pharmacovigilance“ weitergeleitet, wo die EU-weiten Nebenwirkungsmeldungen analysiert und so neue Risiken erkannt werden. Aufgrund dieser Signaldetektion können sodann Maßnahmen der Risikoabwehr gesetzt werden (von der Einführung neuer Warnhinweise, Nebenwirkungen bzw Kontraindikationen in der Fachinformation bis hin zur Einschränkung oder Aufhebung der Zulassung des Impfstoffes), nicht hingegen Häufigkeit oder Kausalität der Impfnebenwirkungen eruiert werden.⁷³

2.5. NEBENWIRKUNGEN

Bei Impfungen sind mögliche Nebenwirkungen, wie für Arzneimittel typisch, zur Zeit der Herstellung bzw des Inverkehrbringens nicht gänzlich vermeidbar bzw vorhersehbar. Wenngleich die unerwünschten Wirkungen der modernen Impfungen in aller Regel derart gering sind, dass ihnen kaum Bedeutung beigemessen werden kann, ist festzuhalten, dass eine absolut sichere Impfung nicht existiert. Keine der zugelassenen Schutzimpfungen ist frei von potentiellen Nebenwirkungen.⁷⁴

Nach der konventionellen Nomenklatur werden Impfreaktionen, Impfkomplicationen und Impfschäden unterschieden. Bloße Impfreaktionen sind unbedeutende Beschwerden, die im Zuge der Auseinandersetzung des Körpers mit der Impfung naturgemäß auftreten können, wie beispielsweise Schwellungen und Rötungen der Einstichstelle oder Fieberschübe, aber auch die Impfkrankheit, also das abgeschwächte Auftreten der impfpräventablen Krankheit selbst. Demgegenüber gelten gesundheitliche Beeinträchtigungen, die durch die Impfung verursacht wurden und das übliche Ausmaß einer Impfreaktion übersteigen, als Impfkomplicationen.⁷⁵ Der Begriff des Impfschadens wird – auch in österreichischen Publikationen – weitgehend nach Maßgabe des § 2 Z 11 dt Infektionsschutzgesetz⁷⁶ definiert. Demnach sind Impfschäden gesundheitliche und wirtschaftliche Folgen von über das übliche Ausmaß hinausgehenden Gesundheitsschädigungen durch Impfungen, sowie auch Gesundheitsschäden einer anderen

⁷³ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 111; Weißer/Barth/Keller-Stanislawski, Sicherheit von Impfstoffen, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2009, 1 (3).

⁷⁴ Langbauer, Impfwesen 124; Zwiauer, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen 22 f; Wiedermann-Schmidt, Impfen 185; Dittmann, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/45, 316.

⁷⁵ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 110; Zwiauer, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen 23; Dittmann, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/45, 316 (317 f).

⁷⁶ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen vom 20. 7. 2000, BGBl I, 1045.

als der geimpften Person, wenn dem Impfling vermehrungsfähige Erreger verabreicht wurden.⁷⁷ Indessen werden im Rahmen meiner späteren Darstellung der Impfschäden ausschließlich solche Schäden von Interesse sein, die einen Ersatzanspruch nach dem österreichischen ImpfSchG begründen (siehe dazu Kapitel 7.4.).

Neben diese Einteilung tritt – insbesondere aufgrund der schweren Feststellbarkeit der Kausalität zwischen Impfung und unerwünschter Wirkung – außerdem eine neuere Nomenklatur. Laut WHO (*in concreto* die Arbeitsgruppe für Impfstoff-Sicherheit des Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS)) wird jedes nach der Impfung auftretende unerwünschte gesundheitliche Ereignis unabhängig von einem Kausalzusammenhang als „Adverse Event Following Immunization“ (AEFI) klassifiziert (Erkrankung, Symptom, veränderter Laborbefund, etc). Hierbei ist eine Untergliederung nach Ursachen möglich, dh in impfproduktbedingte, impfqualitätsmangelbedingte, impfanwendungsfehlerbedingte oder impfangstbedingte Reaktionen sowie zufällige gleichzeitige Ereignisse. Weiters können „Serious Adverse Events“ (SAE) unterschieden werden, also etwa derartige Ereignisse von tödlichem bzw lebensbedrohlichem Charakter, oder solche, die eine Behinderung bzw einen kongenitalen Defekt zur Folge haben.⁷⁸

Die Häufigkeit unerwünschter Ereignisse lässt sich va den Gebrauchsinformationen der jeweiligen Impfstoffe entnehmen, wobei diesbezüglich folgende Kategorisierung der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA, European Medicines Agency) besteht: sehr häufig (≥ 1 von 10 Geimpften), häufig ($\geq 1:100$ bis $< 1:10$), gelegentlich ($\geq 1:1.000$ bis $< 1:100$), selten ($\geq 1:10.000$ bis $< 1:1.000$), sehr selten ($< 1:10.000$).⁷⁹

⁷⁷ Wiedermann-Schmidt, Impfen 199; Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 4; Zwiauer, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen 24 f.

⁷⁸ Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 5; CIOMS/WHO Working Group on Vaccine Pharmacovigilance, Definition and Application of Terms for Vaccine Pharmacovigilance 39 ff.

⁷⁹ European Medicines Agency, A Guideline on Summary of Product Characteristics https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-2/c/smpc_guideline_rev2_en.pdf (abgerufen am 24. 3. 2018).

In den folgenden zwei Tabellen sind Beispiele möglicher (erwarteter) Impfreaktionen von Lebend- und Totimpfstoffen samt ihrer Häufigkeit angeführt.

Impfreaktionen von Lebendimpfstoffen⁸⁰		
Häufigkeit	Impfreaktion	Impfstoff
Sehr häufig bis häufig	Fieber, Unbehagen, Kopfschmerzen Exanthem Durchfall	Alle MMR, Varizellen, OPV*
Gelegentlich bis selten	Parotitis, Generalisierte Lymphadenitis	MMR
Äußerst selten	Paresen Enzephalitis Neuropathien	OPV MMR Gelbfieber
*OPV: Orale Polio-Vakzine; in Europa/USA nicht mehr in Verwendung, nur in Entwicklungsländern.		

Tabelle 2.

Impfreaktionen von Totimpfstoffen⁸¹		
Häufigkeit	Impfreaktion	Impfstoff
Häufig	Lokalreaktionen, Fieber, Unbehagen, Kopfschmerzen	Alle
Selten	Gelenksbeschwerden, Krampfanfälle	Hepatitis B
Sehr selten	Kollaps, (Poly-)Neuropathie	Alle

Tabelle 3.

⁸⁰ Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 5.

⁸¹ Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 4.

Demgegenüber sind in der untenstehenden Tabelle unerwartete Impfkomplikationen angeführt, die – wie ersichtlich – weitaus seltener auftreten.

Impfkomplikationen ⁸²			
Impfkomplikation	Impfstoff	Pathomechanismus	Häufigkeit
Anaphylaxie	Verschiedene (Antigen und andere Impfstoffbestandteile)	Typ-I-Allergie	Ca 1:1 Mio
Fieberkrampf	Kinderimpfstoffe (MMRV>MMR + V)	Krampfschwelle wird durch Fieber gesenkt	Selten bis gelegentlich
Ausgedehnte Schwellung einer Extremität	Td(D)aP, Influenza, Pneumo 23	Unbekannt; Typ-III-allergische Reaktion?	Äußerst selten, genaue Zahlen unbekannt
Hypotone, hyporesponsive Episode	Whole cell Pertussis-Vakzine*, andere Kinderimpfstoffe	Unbekannt	Sehr selten
Thrombopenie	MMR/MMRV	unbekannt; Thrombopenie auch durch M/V-Wildvirus	1:30.000-1:50.000
Apnoe	Kinderimpfstoffe bei sehr früh geborenen Kindern	Interleukine?	Promill- bis Prozentbereich
Invagination	Rotavirus-Impfstoffe	Unbekannt	1-2:100.000 (1. Impfung)
Arthritis	Röteln	Unbekannt	Einzelfälle
Guillain-Barré-Syndrom	H1N1-Impfung; fraglich bei saisonaler Grippeimpfung	Mimikry?	1-2:1 Mio.
Meningitis	Mumps (Urabe ⁺ , Leningrad-Zagreb ⁺)	Geringere Attenuierung als Jeryl Lynn ⁺	1:5.000-1:10.000
Paralyse	Orale Polioimpfung*	Reversion des Impfvirus zu pathogenem Poliostamm	1-2:1 Mio
Narkolepsie	ASO3-adjuvantierter H1N1-Impfstoff	Unbekannt; HLA-DQB1*0602 Assoziation	2-8:100.000
*Nicht mehr relevant. ⁺ Impfstämme. MMR: Mumps, Masern, Röteln. V: Varizellen.			

Tabelle 4.

Letztendlich ist in diesem Zusammenhang jedenfalls festzuhalten, dass bei über 90% der durchgeführten Schutzimpfungen keinerlei Beschwerden auftreten. In 5-10% der Fälle kommt es zu Nebenwirkungen, wobei es sich zumeist um leichtere Befindlichkeitsstörungen und nur äußerst selten um schwere bzw bleibende Gesundheitsschäden handelt. Zudem ist hier zu berücksichtigen, dass in der Bevölkerung eine gewisse „Hintergrundmorbidity“ herrscht, also auch bei jenen Menschen, die nicht kürzlich geimpft wurden, Krankheiten oder Beschwerden

⁸² Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 6.

auftreten. Folglich muss der bloße zeitliche Zusammenhang eines Symptoms mit einer Impfung nicht unbedingt auch deren Ursächlichkeit bedeuten.⁸³

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die möglichen Gesundheitsschäden von impfpräventablen Krankheiten typischerweise schwerwiegender sind als potenzielle Nebenwirkungen der entsprechenden Impfung, was auch die folgende Gegenüberstellung beispielhaft verdeutlicht.

Erkrankungsfolgen und Impfnebenwirkungen im Vergleich ⁸⁴		
Erreger	Folgen der Erkrankung	Impfnebenwirkungen
Masern	Enzephalitis: 1:1.000 (Letalität 25%), Pneumonie: 6%, Subakute sklerosierende Panenzephalitis: 1:10.000	Fieber: 5–15%, Impfmasern (zumeist milder Verlauf), Enzephalitis ≤ 1:1 Million)
Mumps	Taubheit: 1:20.000, Enzephalitis: 1:2.000, Orchitis: 20-50% (postpubertär)	selten Fieber, Exanthem
Pertussis	Tod: 2:10.000, Pneumonie: 10%, Krämpfe: 1-2%	Lokalreaktionen, Fieber; <i>Nur bei Ganzzellvakzine*:</i> <i>Enzephalopathie: 1–10:1 Mio</i>
Haemophilus influenzae	Tod: 2-3%, Meningitis, Pneumonie, Epiglottitis, Sepsis	Lokalreaktionen, selten Fieber/Kopfschmerz, Guillain-Barré-Syndrom
<i>*In Österreich seit 1999 nicht mehr verwendet.</i>		

Tabelle 5.

2.6. PRÄVENTION DER VERBREITUNG VON INFektionsKRANKHEITEN

Neben dem eingehend beschriebenen Krankheitsschutz des individuellen Impflings dienen Impfungen zugleich dem Schutz der gesamten Bevölkerung vor der Übertragung etlicher Infektionskrankheiten. Dieser Populationsschutz wird durch die „Herdenimmunität“, dh den Gemeinschaftsschutz bewirkt, also durch das Prinzip, dass die (insbesondere durch Impfung erworbene) Immunität gegen einen Erreger in der Bevölkerung so weit verbreitet ist, dass die Krankheit nicht grassieren kann, wodurch auch ungeimpfte Personen geschützt sind. Dieser Effekt ist besonders für jene Risikogruppen von Bedeutung, die nicht geimpft werden können (neugeborene, immunsupprimierte, ältere Menschen). Der Gemeinschaftsschutz funktioniert bei Infektionskrankheiten, die ausschließlich von Mensch zu Mensch übertragen werden.

⁸³ Zwiauer, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen 23; BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 110; Wiedermann-Schmidt, Impfen 192.

⁸⁴ Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 2.

Hingegen kann bei Krankheitserregern mit Rückzugsräumen, die also von Tieren auf den Menschen übertragen werden können (FSME, Tetanus), ein solcher Gemeinschaftsschutz nicht erreicht werden. Hier kann die entsprechende Impfung „nur“ den individuellen Impfling selbst schützen.⁸⁵

Aus dem Prinzip des Gemeinschaftsschutzes folgt, dass ab dem Erreichen einer gewissen Durchimpfungsrate der Population Infektionskrankheiten eliminiert werden können. Zur Ermittlung der dafür erforderlichen Durchimpfungsrate ist die Basisreproduktionszahl des jeweiligen Erregers ausschlaggebend, also die „Anzahl an Personen in einer ungeschützten Population, die durch einen Infizierten angesteckt werden“.⁸⁶ Beispielsweise kann hinsichtlich der Masern in Österreich angenommen werden, dass ein Erkrankter bis zu 18 andere, ungeschützte Personen infiziert. Aufgrund dieser immensen Kontagiosität muss zur Elimination der Masern eine Durchimpfungsrate von 95% (bei zwei Teilimpfungen) erreicht werden.⁸⁷ Beim Keuchhusten wäre eine Durchimpfungsrate von 92-94% erforderlich, bei Influenza 50%.⁸⁸

Wenn jedoch zunehmende Impfmüdigkeit der Bevölkerung einen Rückgang der Durchimpfungsraten mit sich bringt, wächst wiederum die Infektionsgefahr für die ungeimpfte Population – und damit auch für die genannten Risikogruppen, die nicht geimpft werden können.

In Anbetracht dessen ist die Veranlassung einer Impfung ua auch ein „solidarischer Akt“. Aus ethischer Sicht wird mitunter argumentiert, es könne bei günstigen Kosten-Nutzen- und Nutzen-Risiko-Relationen aus Erwägungen der Gerechtigkeit, Solidarität und des Allgemeinwohls eine individuelle moralische Pflicht für Mitglieder der Gesellschaft angenommen werden, sich bzw seine Pflegebefohlenen impfen zu lassen. Wenn von einer solchen individuellen moralischen Impfpflicht ausgegangen werde, lasse sich auch unterstützendes bzw restriktiveres staatliches Handeln besser ethisch rechtfertigen.⁸⁹

⁸⁵ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen – ethische Aspekte (2015) 7; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 23 f; *Wiedermann-Schmidt* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 1 f; *Meyer/Reiter/Siedler/Hellenbrand/Rasch*, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/4, 323.

⁸⁶ *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 26; Die Basisreproduktionszahl selbst hängt von den Krankheitserregern, der Häufigkeit der Kontakte, die zu einer Infektion führen können, sowie vom Zustand der Immunabwehr der Population ab.

⁸⁷ *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 26; *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 48.

⁸⁸ *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 26.

⁸⁹ *Schröder-Bäck/Martakis*, Impfetik – Eine Skizze moralischer Herausforderungen und ethischer Kriterien, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2019/62, 472 (477); *Kurz*, Schutzimpfungen und Ethik, Pädiatrie & Pädologie 2018/53, 8; *Giubilini/Douglas/Savulescu*, The moral obligation to be vac-

3. EINORDNUNG DER IMPFUNG AUS RECHTLICHER SICHT

3.1. BEGRIFFSDEFINITION

Zunächst gilt es, den Begriff der „Schutzimpfung“ zu definieren. Aus medizinischer Sicht wird darunter typischerweise die aktive Immunisierung verstanden. So hat etwa *Zwiauer* in seiner Darstellung die Überschrift zur aktiven Immunisierung (im Unterschied zur passiven Immunisierung) mit der Beifügung „= Impfung“ versehen.⁹⁰ Dementsprechende Indizien sind auch folgenden Rechtsnormen zu entnehmen: Nach § 132c Abs 1 Z 2 ASVG⁹¹ wird zu den Maßnahmen zur Erhaltung der Volksgesundheit wörtlich ua die „Impfung (aktive Immunisierung) gegen die Frühsommermeningoencephalitis“ gezählt. Gemäß § 2 Verordnung über empfohlene Impfungen stellt nur die praeexpositionelle, nicht hingegen die postexpositionelle Tollwut-Schutzimpfung (für Angehörige gefährdeter Berufe) eine Impfung iSd ImpfSchG dar.

Zu ebendiesem Ergebnis gelangen *Grabher*, der die Passivimmunisierung nicht als Impfung ansieht,⁹² und *Langbauer*, in dessen Darstellung unter Schutzimpfungen nur die aktive Immunisierung zu verstehen ist. Argumentiert wird dies ua damit, dass diese Definition mit den früheren Impfgesetzen (va KinderlähmungsschutzimpfungsG, TuberkuloseschutzimpfungsG) in Einklang stehe, wo der vorbeugenden Wirkung der Impfungen primäre Bedeutung zugekommen sei, was nur auf die aktive Immunisierung zutreffe. Beispielsweise bestand die öffentliche Schutzimpfung gem § 1 Abs 2 KinderlähmungsschutzimpfungsG aus der Grundimmunisierung und einer allenfalls notwendigen Auffrischungsimpfung, was der Aktivimmunisierung zuzuordnen ist.⁹³

Diesem Begriffsverständnis liegt wohl im Wesentlichen die Überlegung zugrunde, als *Schutz-*impfungen nur Maßnahmen mit rein prophylaktischem Charakter anzusehen, während die passive Immunisierung oft postexpositionell zur Anwendung kommt und damit nicht schlichtweg der Vorbeugung zugeordnet werden kann, sondern auch Wesenszüge der Heilbehandlung aufweist. Freilich kann in gewissen Fällen auch die Passivimmunisierung vorbeu-

cinated: utilitarianism, contractualism, and collective easy rescue, *Medicine, Health Care and Philosophy* 2018/21/4, 547.

⁹⁰ *Zwiauer*, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 18; *Langbauer*, Impfwesen 13.

⁹¹ Bundesgesetz vom 9. 9. 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung, BGBl 1955/189 idF BGBl I 2019/23.

⁹² *Grabher*, Die Aufklärungspflicht bei Impfungen im Lichte des Strafrechts (2003) 8.

⁹³ *Langbauer*, Impfwesen 14 f.

gender Natur sein, so etwa bei Reiseimpfungen, die typischerweise vor der möglichen Exposition mit der Krankheit verabreicht werden, sodass hier mE auch abweichende Definitionsansätze denkbar sind. Der österreichische Impfplan enthält auch Ausführungen zur Postexpositionsprophylaxe, wobei in diesem Zusammenhang auch die Bezeichnung „postexpositionelle Impfung“ verwendet wird.⁹⁴

Im Ergebnis soll in der vorliegenden Arbeit in Anlehnung an die genannten Quellen und Ausführungen unter dem (engeren) Begriff der Schutzimpfung die aktive Immunisierung verstanden werden, während vom Begriff der Impfung (im weiteren Sinne) auch Maßnahmen der Passivimmunisierung umfasst sein können. Selbstverständlich sollen dennoch auch postexpositionelle Maßnahmen an den entsprechenden Stellen berücksichtigt werden.

3.2. IMPFUNG ALS MEDIZINISCHE BEHANDLUNG

Der juristische Begriff der medizinischen Behandlung wird ursprünglich aus dem Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung gem § 110 StGB abgeleitet und ist weit zu verstehen. Zum Behandlungsbegriff zählen im engeren Sinn zwar nur Heilbehandlungen, also therapeutische Maßnahmen, im weiteren Sinn sind aber auch diagnostische, schmerzlindernde und prophylaktische Maßnahmen mit umfasst. Somit stellen Impfungen (post- und präexpositionell) medizinische Behandlungen im juristischen Sinn dar.⁹⁵

3.3. ARZTVORBEHALT, SONDERFACHBESCHRÄNKUNG

Die Vornahme von Schutzimpfungen ist eine den Ärzten vorbehaltene Tätigkeit (§ 2 Abs 2 Z 5 iVm § 3 ÄrzteG). Impfungen durch Nicht-Ärzte sind daher grundsätzlich rechtswidrig, können strafrechtlich (Kurpfuscherei gem § 184 StGB) sowie verwaltungsstrafrechtlich (§ 199 Abs 1 ÄrzteG) verfolgt werden und verletzen zudem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).⁹⁶ Allerdings können sich Ärzte bei der Durchführung von Impfungen im Rahmen ihrer Delegationsmöglichkeiten gem § 49 ÄrzteG auch Hilfsper-

⁹⁴ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 50 f, 90 f.

⁹⁵ Zahrl in Emberger/Wallner, Ärztegesetz mit Kommentar² (2008) § 49 Rz 6/I/2; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 173 Rz 1 (Stand 1.10.2018, rdb.at); Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht⁹ I/3; Stormann in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 173 Rz 2 f; Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁴ § 173; Beck, Kindschaftsrecht² (2013) Rz 392.

⁹⁶ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 BGBl 1984/448 idF BGBl I 2019/104; Hummelbrunner in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap XXXIII Rz 152; Wallner in GmundKomm § 3 ÄrzteG Rz 22.

sonen bedienen (insbesondere Famulanten, Angehörige des gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege; siehe Kapitel 5.1.2.2.3.).⁹⁷

Auch innerhalb der Berufsgruppe der Ärzte haben nicht jegliche Ärzte die unbegrenzte Befugnis zu impfen. In diesem Zusammenhang gibt die Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung (ÄAO)⁹⁸ Aufschluss. Schutzimpfungen werden insbesondere von Ärzten für Allgemeinmedizin und Fachärzten für Kinder- und Jugendheilkunde (jeweils entweder im niedergelassenen Bereich oder als Schularzt), sowie von Fachärzten für spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin vorgenommen. Nach der ÄAO umfasst das Aufgabengebiet des Arztes für Allgemeinmedizin die medizinische Betreuung des gesamten Lebensbereiches, insbesondere die Gesundheitsförderung, Krankheitserkennung und Krankenbehandlung aller Personen, unabhängig vom Alter, wobei eine der wesentlichen Aufgaben in der Gesundheitsförderung und -vorsorge liegt (Anlage 1 ÄAO). Hier liegt eine allgemeine Kompetenz zur Vornahme von Impfungen vor. Das Sonderfach Klinische Immunologie und Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin umfasst ua die „Durchführung von prophylaktischen Maßnahmen gegen Infektionskrankheiten, insbesondere die Impfprävention bzw das Impfwesen wie auch Chemoprophylaxe und Immuntherapien“ (Anlage 15 ÄAO). Auch diesen Ärzten kommt sohin eine generelle Kompetenz zum Impfen zu. Das Sonderfach Kinder- und Jugendheilkunde beinhaltet „die Prävention, Diagnostik, Behandlung und Rehabilitation sämtlicher im Kindes- und Jugendalter auftretender Erkrankungen und Störungen des Wachstums und der Entwicklung eines heranreifenden Organismus und das Impfwesen“ (Anlage 13 ÄAO), die Impfkompentenz ist hier auf Kinder und Jugendliche beschränkt. Abgesehen davon ist nach Maßgabe der ÄAO auch hinsichtlich der meisten Sonderfächer die (fachspezifische) Prävention im Kompetenzumfang enthalten, sodass, zumindest sofern es sich um fachbezogene Impfungen handelt, diese von den entsprechenden Sonderfächern vorgenommen werden können.

Aufgrund der Sonderfachbeschränkung des § 31 Abs 3 ÄrzteG haben Fachärzte ihre fachärztliche Tätigkeit grundsätzlich auf ihr jeweiliges Sonderfach zu beschränken. Die Sonderfachbeschränkung hat mitunter zur Folge, dass die Impfbefugnis für Fachärzte für Kinder- und Jugendheilkunde auf Personen im Alter von unter 18 Jahren begrenzt ist und diese Fachärzte

⁹⁷ Wallner in GmundKomm § 3 ÄrzteG Rz 18; Kopetzki, Ausübung ärztlicher Tätigkeiten durch Famulanten, RdM 1994, 106.

⁹⁸ Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit über die Ausbildung zur Ärztin für Allgemeinmedizin/zum Arzt für Allgemeinmedizin und zur Fachärztin/zum Facharzt (Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2015) BGBl II 2015/147.

daher nicht die Möglichkeit haben, die begleitenden erwachsenen Angehörigen auf deren allfälligen Wunsch gleich „mitzuimpfen“. Eine der wenigen normierten Ausnahmen der Sonderfachbeschränkung gilt – ua neben Arbeitsmedizinerinnen und Notärztinnen – für Fachärztinnen klinischer Sonderfächer hinsichtlich notwendiger Impfungen bei epidemiologischen Situationen wie insbesondere einer Pandemie (§ 31 Abs 3 Z 5 ÄrzteG). Hier erfolgt einerseits eine Einschränkung der Ausnahme auf klinische Sonderfächer, zu deren Aufgabenbereich die Gabe von Injektionen im entsprechenden Aufgabengebiet zählt und daher die Legitimation für die Durchführung von Impfungen geschaffen wird. Andererseits setzt diese Ausnahme das Bestehen einer Epidemie voraus, welche allenfalls von den österreichischen Gesundheitsbehörden oder der WHO erklärt wird.⁹⁹ Amtsärztinnen unterliegen (nur) hinsichtlich ihrer amtsärztlichen Tätigkeit nicht der Sonderfachbeschränkung, weil dann auf sie das ÄrzteG keine Anwendung findet (§ 41 Abs 4 ÄrzteG). Führen Amtsärztinnen Leistungen, wie etwa Impfungen, im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung durch, unterliegen sie im Hinblick auf diese Tätigkeit dem ÄrzteG.¹⁰⁰

Die Aufhebung der Sonderfachbeschränkung bei Impfungen wäre eine gesundheitspolitische Forderung mit dem Zweck der Erhöhung der Durchimpfungsraten und Erleichterung des Zugangs, die in Österreich allerdings bislang nicht umgesetzt wurde. In Deutschland wird dies hingegen nunmehr eingeführt. Der neue § 20 Abs 4 der IfSG-Novelle (geplantes Inkrafttreten: 1. 3. 2020) lautet folgendermaßen: „Zur Durchführung von Schutzimpfungen ist jeder Arzt berechtigt. Fachärztinnen dürfen Schutzimpfungen unabhängig von den Grenzen der Ausübung ihrer fachärztlichen Tätigkeit durchführen.“¹⁰¹

3.4. IMPFUNGEN IM ARZNEIMITTELRECHT

3.4.1. EINORDNUNG IM AMG

Nach der Legaldefinition des AMG zählen zum Begriff der Arzneimittel „Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die zur Anwendung im oder am menschlichen oder tierischen Körper und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder zur Linderung oder zur Verhütung mensch-

⁹⁹ *Grimm*, Neuerungen durch die Ärztegesetz-Novelle 2017 (Teil II), JMG 2017, 74 (76); *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² (2018) 55.

¹⁰⁰ *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 55; *Wallner* in GmundKomm § 41 ÄrzteG Rz 2, 4.

¹⁰¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/M/Masernschutzgesetz_Kabinett.pdf (abgefragt am 1.9.2019).

licher oder tierischer Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind“ (§ 1 Abs 1 Z 1 AMG). Laut den Materialien fallen unter Verhütung „alle Maßnahmen, die der Erhaltung der Normbeschaffenheit (Gesundheit) dienen, dh vorbeugend gegen Gesundheitsstörungen und Gesundheitsabweichungen eingesetzt werden (zB Schutzimpfungen)“.¹⁰² Bereits daraus ergibt sich, dass Schutzimpfungen als Arzneimittel iSd § 1 Abs 1 Z 1 AMG zu qualifizieren sind. Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Langbauer*, für den außerdem § 57 Abs 1 Z 5 lit a AMG indiziert, dass Impfstoffe Arzneimittel sind. Die Bestimmung lautet: „Arzneimittel dürfen vom Hersteller [...] abgegeben werden an [...] Gebietskörperschaften im Zusammenhang mit Aufgaben der Impfprophylaxe [...]“.¹⁰³

3.4.2. ZULASSUNGSPFLICHT

Zudem unterliegen Impfstoffe als Arzneispezialitäten (iSd § 1 Abs 5 AMG) der Zulassungspflicht. Aus unionsrechtlicher Sicht sieht Art 6 Abs 1 Gemeinschaftskodex¹⁰⁴ vor, dass ein Arzneimittel erst dann in einem Mitgliedstaat in Verkehr gebracht werden darf, wenn die zuständige Behörde des Mitgliedstaates nach dieser Richtlinie eine Genehmigung erteilt hat, oder eine europaweite Genehmigung erteilt wurde. Auf nationaler Ebene normiert § 7 Abs 1 AMG, dass Arzneispezialitäten im Inland erst abgegeben werden oder für die Abgabe im Inland bereitgehalten werden dürfen, wenn sie von Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen zugelassen worden sind.¹⁰⁵ Die zahlreichen Kriterien bzw Versagungsgründe für die Zulassung ergeben sich aus § 19 AMG (in Anlehnung an den Gemeinschaftskodex), wobei insbesondere die Qualität, die Wirksamkeit, die Unbedenklichkeit und damit ein positives Nutzen-Risiko-Verhältnis der Arzneispezialität gewährleistet sein müssen.¹⁰⁶ Dies zeigt auch, dass Patientenschutz und Qualitätssicherung wesentliche Zwecke des Arzneimittelrechts sind, was selbstverständlich auch für Impfstoffe gilt. Alternativ zur nationalen Zulassung können Impfstoffe „europaweit“ nach dem zentralen Genehmigungsverfahren bei der EMA zugelassen werden (Wahlmöglichkeit).¹⁰⁷

¹⁰² RV 1060 BlgNR 15. GP 27.

¹⁰³ *Langbauer*, Impfwesen 21.

¹⁰⁴ RL 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. 11. 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl L 311/67, 28.

¹⁰⁵ *Schmoll*, Zulassung im Arzneimittelrecht (2015) 151 f; *Aigner/Füszl* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²⁵ V/82.

¹⁰⁶ *Schmoll*, Zulassung im Arzneimittelrecht 178 ff; *Aigner/Füszl* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²⁵ V/81; *Haas/Plank/Unterkofler*, Arzneimittelgesetz² (2015) 240 ff.

¹⁰⁷ *Aigner/Füszl* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²⁵ V/89 f.

3.4.3. IMPFUNGEN AUßERHALB DER ZULASSUNG

Das Bestehen einer Zulassung ist allerdings keine zwingende Voraussetzung für die Anwendung eines Arzneimittels.¹⁰⁸ Schließlich muss sich, was aus medizinischer Sicht indiziert ist, nicht stets mit den von der behördlichen Zulassung umfassten Zielgruppen, Indikationsgebieten oder Dosierungsschemata decken, sondern kann uU anlassbezogen weiter reichen. Auch im Bereich der Impfungen kommt es vor, dass kein der Zulassung entsprechender Impfstoff angewendet werden kann, bzw Impfstoffe über die Grenzen ihrer Zulassung hinaus angewendet werden müssen. Dies kann insbesondere Faktoren wie den individuellen Impfentscheidungen der Impfkandidaten bzw deren Obsorgeberechtigten, allfälligen Co-Medikationen, Co-Morbiditäten, oder Nachholimpfungen, aber auch der Verfügbarkeit bzw Knappheit von Impfstoffen geschuldet sein.¹⁰⁹

Es gibt sohin Fälle, in denen die Anwendung von Arzneimitteln ohne Zulassung oder außerhalb der bestehenden Zulassung bei gewissen Patienten therapeutisch notwendig und medizinisch indiziert ist. Hierbei unterscheidet man „compassionate use“, dh die Anwendung eines hierzulande (noch) nicht zugelassenen Arzneimittels und „off-label-use“, die Anwendung eines zugelassenen Arzneimittels jenseits der von der Zulassung umfassten Anwendungsgebiete und -arten, Dosierungen oder Patientengruppen.¹¹⁰

Bevor ein Arzt das Arzneimittel *anwenden* kann, muss es natürlich zuvor an diesen *abgegeben* worden sein. Es existieren daher gewisse Ausnahmen von der Zulassungspflicht, die den Zugang des Anwenders zu den notwendigen Arzneimitteln auch ohne Zulassung rechtlich ermöglichen. Das AMG kennt mehrere Ausnahmen von der arzneimittelrechtlichen Zulassungspflicht, welche einerseits klinische Prüfungen und andererseits eine Reihe von notstandähnlichen Konstellationen betreffen (§ 8 Abs 1 leg cit). Die wichtigste Ausnahme ist in § 8 Abs 1 Z 2 AMG normiert, wonach eine Abgabe ohne Zulassung erlaubt ist, wenn ein Arzt bescheinigt, dass die Arzneyspezialität zur Abwehr einer Lebensbedrohung oder schweren Gesundheitsschädigung dringend benötigt wird und dieses Ziel mit einer zugelassenen und verfügbaren Arzneyspezialität nach dem Stand der Wissenschaft voraussichtlich nicht erzielt

¹⁰⁸ Haas/Plank/Unterkofler, Arzneimittelgesetz² 126 f; Kopetzki, "Off-Label-Use" von Arzneimitteln, in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, Über Struktur und Vielfalt im Öffentlichen Recht, Festgabe für Bernhard Raschauer (2008) 73 (75); Aigner/Füszl in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht²⁵ V/83 f.

¹⁰⁹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 13, 99.

¹¹⁰ Haas/Plank/Unterkofler, Arzneimittelgesetz² 126 f; Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 75.

werden kann. Wenngleich nach dem Wortlaut nur die Abgabe von überhaupt nicht zugelassenen Arzneyspezialitäten betroffen ist, ist die Regelung im Zuge eines Größenschlusses auch auf den „off-label-use“, also die Überschreitung einer bestehenden Zulassung, anwendbar. Allerdings wird in aller Regel die Anwendung der Bestimmung auf den „off-label-use“ gar nicht notwendig sein, weil die Abgabe an Ärzte nicht indikationsgebunden ist, dh im Zeitpunkt der Abgabe bzw des Inverkehrbringens der spätere Einsatzbereich unbekannt ist und die zulassungsüberschreitende Zweckänderung erst durch den Anwender erfolgt.¹¹¹

Einem ähnlichen Zweck dient Art 83 der VO 726/2004,¹¹² wonach dem zentralen Zulassungsverfahren der Europäischen Arzneimittel-Agentur unterliegende Arzneimittel von den Mitgliedstaaten im Rahmen des „compassionate use“ ohne Zulassung zur Verfügung gestellt werden dürfen. Dies betrifft Gruppen von Patienten, die an einer zu Invalidität führenden chronischen, einer schweren oder einer lebensbedrohenden Krankheit leiden und die mit einem zugelassenen Arzneimittel nicht zufriedenstellend behandelt werden können. Hierzu muss das Arzneimittel aber Gegenstand einer noch nicht abgeschlossenen klinischen Prüfung oder eines Genehmigungsantrags für das Inverkehrbringen sein (Art 83 Abs 2 der VO EG 726/2004). Aufgrund des letzteren Kriteriums ist der „compassionate use“ iSd VO EG 726/2004 enger gefasst als in § 8 Abs 1 Z 2 AMG. Allerdings bezieht sich die VO auf eine Gruppe von Personen, das AMG hingegen nur auf konkrete Einzelfälle. Wenn die Kriterien des Art 83 der VO nicht vorliegen, kann dennoch die Abgabe in Einzelfällen nach § 8 Abs 1 Z 2 AMG möglich sein.¹¹³ Aufgrund der Einschränkung des „compassionate use“ nach Art 83 der VO auf die oben genannten Personenkreise liegt es auf der Hand, dass Schutzimpfungen hier grundsätzlich kein einschlägiges Arzneimittel darstellen werden. Denkbar wäre aber ein „compassionate use“ nach § 8 AMG.

Hieraus wird ersichtlich, dass sich die Unterscheidung von „off-label-use“ und „compassionate use“ speziell auf der Ebene der *Abgabe* äußert. Hinsichtlich der ärztlichen *Anwendung* sind die beiden Ausprägungen weitestgehend gleich zu behandeln.

Die ärztliche *Anwendung* eines Arzneimittels außerhalb der Zulassung ist aber auch dann erlaubt, wenn keine der zuvor erörterten Ausnahmen von der Zulassungspflicht vorliegt. Es ist

¹¹¹ OGH 9. 9. 1997, 4 Ob 195/97y; Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 79 f.

¹¹² VO (EG) Nr 726/2004 vom 31. 3. 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Humanarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl L 136/1 vom 30. 4. 2004.

¹¹³ Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 81.

nämlich klar festzuhalten, dass die arzneimittelrechtliche Zulassung nur eine Voraussetzung für die Abgabe und das Bereithalten für die Abgabe, nicht aber für die *Anwendung* am Patienten ist. Ein Arzt, der ein Arzneimittel anwendet, bringt es nicht in Verkehr und gibt es nicht ab.¹¹⁴ Adressaten der Zulassungsvorschriften sind vorwiegend Apotheken, pharmazeutische Unternehmen und Importeure, äußerst selten Ärzte: die *Abgabe* von Arzneispezialitäten durch Ärzte stellt aufgrund des prinzipiellen Apothekenvorbehalts gem § 59 Abs 1 AMG eine Ausnahme dar (zB bei hausapothekenführenden Ärzten nach §§ 28 ff ApG).¹¹⁵

Dass Ärzte, die eine Arzneispezialität *anwenden*, arzneimittelrechtlich nicht an das Vorhandensein bzw den Umfang einer Zulassung gebunden sind,¹¹⁶ wurde mittlerweile auch durch den VwGH bestätigt, der ein den behandelnden Arzt treffendes Anwendungsverbot für nicht zugelassene Arzneimittel verneinte.¹¹⁷ Dies hat freilich auch für die ärztliche Verabreichung von Impfstoffen zu gelten. Die Verabreichung einer Injektion ist nämlich mangels Einräumung der körperlichen Verfügungsbefugnis klar als Anwendung zu qualifizieren.¹¹⁸ Gleiches muss mE für die Gabe einer Schluckimpfung gelten. Dies, da sogar das Überlassen eines Medikaments in der notwendigen Menge mit Anwendungsanweisungen des Arztes zur späteren selbständigen Einnahme des Patienten als Anwendung, nicht als Abgabe, qualifiziert wird.¹¹⁹

Im Übrigen bestehen bei der Anwendung außerhalb der Zulassung einige Besonderheiten, auf die an den jeweils passenden Stellen zurückzukommen ist. So ist hinsichtlich der ärztlichen Aufklärungspflicht bei der zulassungsüberschreitenden Anwendung von Impfungen von einem erweiterten Aufklärungsumfang auszugehen (siehe Kap 5.2.4.4.). Weiters kann die zulassungsüberschreitende Anwendung von Arzneimitteln durch Ärzte nicht nur arzneimittel-

¹¹⁴ Anwendung ist keine Abgabe iSd AMG: *Hart*, Aufklärung bei der Arzneimittelbehandlung, in *Rieger*, Lexikon des Arztrechts² (11. Lfg, 2005) Rz 9; *Mayer/Michtner/Schober*, Kommentar zum Arzneimittelgesetz (1987) § 2 Anm 54; *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 77; Anwendung ist kein Inverkehrbringen iSd VO EG 726/2004: *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 81; Art 83 Abs 1 VO EG 726/2004 iVm Art 6 Abs 1 RL 2001/83.

¹¹⁵ *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 77, 81.

¹¹⁶ *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 77; wie auch die deutsche hA: BGH VI ZR 55/05 NJW 2007, 2767 (2768); OLG Köln 27 U 169/89 VersR 1991, 186 (*Deutsch*); *Pabel*, Sind Verkehrsverbote nach dem AMG auch Anwendungsverbote für den behandelnden Arzt?, NJW 1989, 759; *Hart*, Arzthaftung und Arzneimitteltherapie, MedR 1991, 300 (305); aA *Bachinger/Plank*, „Off-Label-Use“ von Arzneimitteln, RdM-ÖG 2008, 21.

¹¹⁷ VwGH Ro 2016/09/0001 RdM 2017/145 (*Kopetzki*).

¹¹⁸ *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 82; *Stadler*, Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“ von Arzneimitteln, Dissertation (2011) 24 f.

¹¹⁹ *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 82; *Stadler*, Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“ 24 f.

rechtlich erlaubt, sondern im Hinblick auf berufsrechtliche Fürsorgepflichten und arzt haftungsrechtliche Sorgfaltspflichten sogar geboten sein (Kap 5.1.4.1.6.). Außerdem kann die Anwendung von Impfungen außerhalb der Zulassung auch Auswirkungen auf die Relation zwischen Arzthaftung und Produkthaftung des Herstellers haben (Kap 7.2.2.).

3.4.4. MELDUNG VON NEBENWIRKUNGEN UÄ

Ebenfalls im AMG geregelt sind Vorschriften zur bereits erwähnten Pharmakovigilanz (§§ 75 - 78b leg cit). Im Rahmen dessen ist in § 75g AMG eine Meldepflicht für Angehörige von Gesundheitsberufen vorgesehen, wonach ua Ärzte insbesondere vermutete Nebenwirkungen, das Ausbleiben der Wirksamkeit, sowie Qualitätsmängel von Arzneimitteln unverzüglich beim BASG zu melden haben, sofern diese Umstände im Inland aufgetreten und den meldepflichtigen Personen im Zuge ihrer beruflichen Tätigkeit bekannt geworden sind (die nähere Ausgestaltung dieser Verpflichtung erfolgt in der Pharmakovigilanz-Verordnung¹²⁰). Diese Meldepflicht dient der Verbesserung der Produktsicherheit¹²¹ und gilt freilich auch für Schutzimpfungen. Darüber hinaus können gem § 75h AMG auch andere Personen vermutete Nebenwirkungen eines Arzneimittels (Impfstoffes) dem BASG melden. Hierbei ist insbesondere an Patienten, deren Angehörige oder Hausbetreuungspersonen zu denken.¹²² Im Übrigen hat auch der Zulassungsinhaber eines Impfstoffes nach § 75j AMG vermutete Nebenwirkungen zu erfassen und zu melden.¹²³

3.5. NORMATIVE RAHMENBEDINGUNGEN

Im Folgenden soll ein Überblick über die für Schutzimpfungen relevanten Rechtsgrundlagen gegeben werden. Zunächst ist festzuhalten, dass in Österreich derzeit keine gesetzliche Verpflichtung zur Vornahme von Impfungen besteht, sondern jede Impfung auf Grundlage der freiwillig erteilten Einwilligung erfolgt.¹²⁴

¹²⁰ Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen betreffend Pharmakovigilanzanforderungen und Pharmakovigilanzmeldungen, BGBl II 2005/472.

¹²¹ *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 194; *Haas/Plank/Unterkofler*, Arzneimittelgesetz² 601 f.

¹²² *Haas/Plank/Unterkofler*, Arzneimittelgesetz² 602; *Aigner/Füszl* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²⁵ V/121.

¹²³ *Haas/Plank/Unterkofler*, Arzneimittelgesetz² 605 ff; *Aigner/Füszl* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²⁵ V/121 f.

¹²⁴ *Halmich*, Erwachsenenschutzrecht für Gesundheitsberufe (2018) 163; *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap XXXIII Rz 147.

3.5.1. RÜCKBLICK

Eine Impfpflicht, wie sie heute in einigen europäischen Staaten für etliche Infektionskrankheiten existiert, war in Österreich bis 1980 gegen Pocken vorgesehen. Nach dem Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Pocken¹²⁵ war „jedermann“ verpflichtet, sich gegen Pocken impfen zu lassen (§ 1 Abs 1 leg cit) und den Impferfolg nachweisen zu können (§ 1 Abs 3 leg cit). Bei Zuwiderhandeln drohte eine Verwaltungsstrafe von ATS 1.000,- oder 14 Tagen Arrest (§ 16 Abs 1 leg cit). Präzisiert wurde das Gesetz durch die Verordnung über Schutzimpfungen gegen Pocken,¹²⁶ nach deren § 9 der Impfpflichtige von der Impfung befreit war, wenn er Ausschlussgründe bekannt gab.

Darüber hinaus sind das Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Tuberkulose¹²⁷ und das Bundesgesetz über die öffentliche Schutzimpfung gegen übertragbare Kinderlähmung¹²⁸ (Poliomyelitis) zu erwähnen. Diese Impfungen erfolgten aufgrund der freiwilligen Meldung des Impfkandidaten, für den Fall der Ablehnung sahen die Gesetze keine Sanktionen vor.¹²⁹

3.5.2. GELTENDES RECHT

Die beschriebenen Impfgesetze sind mittlerweile außer Kraft getreten. Dem geltenden Recht gehört hingegen das Epidemiegesetz¹³⁰ an, welches der Hintanhaltung bestimmter anzeigepflichtiger Krankheiten dient, worunter ua auch impfpräventable Krankheiten wie Masern, Röteln, Hepatitis A und B, Poliomyelitis und Diphtherie fallen (§ 1 leg cit). Um beim Auftreten anzeigepflichtiger Krankheiten deren Ausbreitung zu bekämpfen und die Bevölkerung zu schützen, ermöglicht das EpG behördliche Maßnahmen wie die Absonderung Kranker und Krankheitsverdächtiger (§ 7 EpG, Absonderungsverordnung¹³¹), Verkehrsbeschränkungen, wie etwa den Ausschluss von Personen vom Besuch der Kinderbetreuungseinrichtungen (§ 9 EpG), oder gar die Schließung von Lehranstalten und Kindergärten (§ 18 EpG).¹³²

¹²⁵ BGBl 1948/156, aufgehoben durch BGBl 1980/583.

¹²⁶ BGBl 1949/7 idF BGBl 1960/134.

¹²⁷ BGBl 1969/66, aufgehoben durch BGBl 1993/344.

¹²⁸ BGBl 1960/244, aufgehoben durch BGBl 2002/93.

¹²⁹ *Langbauer*, Impfwesen 38 f; *Strobl*, Das Gesundheitswesen in Österreich I (1979) 31.

¹³⁰ Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186 idF BGBl I 2018/37.

¹³¹ Verordnung des Ministers des Innern im Einvernehmen mit dem Minister für Kultus und Unterricht vom 22. Februar 1915, betreffend die Absonderung Kranker, Krankheitsverdächtiger und Ansteckungsverdächtiger und die Bezeichnung von Häusern und Wohnungen, BGBl 1915/39 idF BGBl II 2015/215.

¹³² *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap XXXIII Rz 30 ff; *dies* in *GmundKomm* § 7 EpG Rz 1 ff; *dies* in *GmundKomm* § 9 EpG Rz 1 ff; *dies* in *GmundKomm* § 18 EpG Rz 1 ff.

Zudem können nach Maßgabe des § 17 Abs 4 EpG von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde *einzelfallbezogen, für bestimmte gefährdete Personengruppen* Schutzimpfungen angeordnet werden. Daraus lässt sich allerdings keine Grundlage für die allgemeine Anordnung von „Pflichtimpfungen“ ableiten.

Sohin erfolgen Impfungen in Österreich durchwegs auf freiwilliger Basis. Ärzte (aber auch Eltern) orientieren sich hier in aller Regel am österreichischen Impfplan, dh an den regelmäßig aktualisierten, evidenzbasierten Empfehlungen des Nationalen Impfgremiums (früher: Impfausschuss des Obersten Sanitätsrates).¹³³ Die im nationalen Impfplan empfohlenen Impfungen lassen sich unterscheiden in solche, die im Rahmen des kostenfreien Kinderimpfkonzepts von der öffentlichen Hand finanziert werden (Rotavirus, Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Poliomyelitis, HiB, Hepatitis B, Pneumokokken, Masern, Mumps, Röteln, Meningokokken ACWY, HPV), und solche, die zwar nicht kostenfrei, aber dennoch empfohlen sind (Meningokokken B, Meningokokken C, FSME, Varizellen, Hepatitis A, Influenza, Herpes Zoster).¹³⁴

Der Impfplan wird va auf Grundlage von Empfehlungen der WHO erstellt. Als Empfehlungen einer internationalen Organisation können diese die Mitgliedstaaten jedoch nicht zur Befolgung bzw Umsetzung verpflichten.¹³⁵ Auf nationaler Ebene gilt, dass dem Nationalen Impfgremium¹³⁶ – als beratendes Gremium des Gesundheitsministeriums (iSd § 8 Bundesministerien-gesetz¹³⁷) – keine Normsetzungsbefugnis zukommt, sodass auch der Impfplan selbst keinerlei Normwirkung, sondern bloßen Empfehlungscharakter hat.¹³⁸ Nach *Hummelbrunner* sind diese Empfehlungen daher als „Fachvorschläge“ zu bewerten.¹³⁹ *Langbauer* führt in Anlehnung an *Grabher* aus, dass der Impfplan ein auf den Empfehlungen des Nationalen Impfgremiums basierender Erlass des Gesundheitsministeriums ohne normativen Inhalt sei, der immerhin einen „Sorgfaltsmaßstab“ für Ärzte bilde.¹⁴⁰ Dies kann mE im Ergebnis schon

¹³³ *Halmich*, Erwachsenenschutzrecht für Gesundheitsberufe 163.

¹³⁴ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019 6, 10 f.

¹³⁵ *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap XXXIII Rz 145.

¹³⁶ Die im folgenden zitierten Autoren beziehen sich in ihren Publikationen im Original noch auf den „Impfausschuss des Obersten Sanitätsrates“, der zwischenzeitig durch das „Nationale Impfgremium“ ersetzt wurde. Dies änderte im Ergebnis nichts an der Gültigkeit der Ausführungen. Die Bezeichnung wurde daher meinerseits (entsprechend der Änderung) mit dem Begriff des „Nationalen Impfgremiums“ ersetzt.

¹³⁷ Bundesgesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien BGBl 1986/76 idF BGBl I 2018/61.

¹³⁸ *Langbauer*, Impfwesen 41 f; *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap XXXIII Rz 145.

¹³⁹ *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap XXXIII Rz 145.

¹⁴⁰ *Langbauer*, Impfwesen 42 f; *Grabher*, Die Aufklärungspflicht bei Impfungen im Lichte des Strafrechts 52.

insofern zutreffen, als der Impfplan detaillierte, von Experten erstellte Empfehlungen zu Impfstoffen, Impfschemata, (Kontra-)Indikationen, Nachhol-Impfungen, etc beinhaltet und damit stets den aktuellen wissenschaftlichen Stand in diesem Bereich widerspiegelt. Daraus folgt, dass im Regelfall ein ärztliches Vorgehen nach Maßgabe des Impfplanes als fachgerecht zu beurteilen sein wird, wenngleich stets die Gegebenheiten des Einzelfalles zu beachten sind. Angesichts der großen Bedeutung der Impfempfehlungen werden diese auch im Aufklärungsgespräch zu berücksichtigen sein.

Tatsächliche Normwirkung kommt demgegenüber der Verordnung über empfohlene Impfungen¹⁴¹ sowie dem ImpfSchG zu. Nach § 1b Abs 2 ImpfSchG hat der für das Gesundheitsressort zuständige Bundesminister „durch Verordnung jene Impfungen zu bezeichnen, die nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft zur Abwehr einer Gefahr für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung im Interesse der Volksgesundheit empfohlen sind.“ Hierbei wird sich der Bundesminister gewissermaßen an den Empfehlungen des Obersten Sanitätsrates orientieren. Für Schäden, die durch eine in dieser Verordnung genannte Impfung verursacht worden sind, hat der Bund nach dem ImpfSchG Entschädigung zu leisten (§ 1b Abs 1 leg cit). Sohin hat die Verordnung alleinig den Zweck, für die darin festgelegten Impfungen einen Ersatzanspruch nach dem ImpfSchG zu begründen. Die meisten der im Impfplan enthaltenen Impfungen wurden zwar auch in die Verordnung über empfohlene Impfungen aufgenommen, normative Wirkung kann aber nur die Verordnung, nicht die Empfehlungen des Obersten Sanitätsrates entfalten. Daher bildet die Grundlage für einen Ersatzanspruch nach dem ImpfSchG stets die Verordnung über empfohlene Impfungen, nicht der Impfplan.¹⁴² Ungeachtet dieser Umstände kann dem Impfplan eine hohe faktische bzw praktische Bedeutung beigemessen werden.

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention, KRK) der Vereinten Nationen wurde von Österreich 1992 ratifiziert.¹⁴³ Nach Art 24 KRK erkennen die Vertragsstaaten das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit an und stellen ua geeignete Maßnahmen zum Ausbau der Gesundheitsvorsorge und der Verringerung der Säuglings- und Kindersterblichkeit sicher. Unter derartigen Maßnahmen können Impfprogramme zur Eindämmung von Infektionskrankheiten verstanden werden.¹⁴⁴ In diesem Zu-

¹⁴¹ Verordnung über empfohlene Impfungen 2006 BGBl II 2006/526 idF BGBl II 2014/33.

¹⁴² *Langbauer*, Impfwesen 41 ff.

¹⁴³ Übereinkommen über die Rechte des Kindes samt Vorbehalten und Erklärungen, BGBl 1993/7.

¹⁴⁴ *Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention² (2013) Art 24 Rz 3.

sammenhang haben die Vereinten Nationen und UNICEF festgehalten, dass Kinder ein Recht auf Schutzimpfungen gegen impfpräventable Krankheiten haben.¹⁴⁵ Die Vertragsstaaten sind grundsätzlich zur innerstaatlichen Umsetzung der in der KRK anerkannten Kinderrechte verpflichtet und haben dem Kinderrechteausschuss der Vereinten Nationen nach Art 44 KRK in Intervallen von fünf Jahren über ihre Maßnahmen zur nationalen Umsetzung zu berichten. In der KRK selbst findet sich allerdings keine Regelung, in welcher bestimmten Form die Vertragsstaaten die Konvention in nationales Recht umsetzen müssen.¹⁴⁶ Indem die KRK in Österreich vom Nationalrat mit dem Vorbehalt der Erfüllung durch den Erlass von (einfachen) Gesetzen genehmigt wurde, wurde die Konvention formell zu einem Teil der nationalen Rechtsordnung. Aus dem Erfüllungsvorbehalt folgt weiters, dass die Konvention von Gerichten und Behörden nicht unmittelbar anzuwenden ist und sie Kindern keine subjektiven Rechte verleiht.¹⁴⁷ Die innerstaatliche Wirkung der KRK beschränkt sich sohin auf die Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung, vor allem von in Erfüllung der Konvention ergangenen Bestimmungen.¹⁴⁸

Teile der KRK wurden durch das BVG über die Rechte von Kindern¹⁴⁹ umgesetzt.¹⁵⁰ Der – in Zusammenhang mit Impfungen vorwiegend relevante – Aspekt der Gesundheitsvorsorge wird darin nicht ausdrücklich behandelt, allerdings soll Art 1 BVG Kinderrechte das Kindeswohl insofern schützen, als bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen „das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein“ muss. In den Materialien wird in diesem Zusammenhang explizit auf Art 3 KRK (Kindeswohl) und Art 24 GRC (Rechte des Kindes) verwiesen, aber zugleich klargestellt, dass das Kindeswohl auch mit anderen Rechtsgütern wie insbesondere jenem der Eltern auf Wahrung des Privat- und Familienlebens abgewogen werden muss.¹⁵¹ Art 1 BVG Kinderrechte stellt ein soziales Grundrecht dar, das Ansprüche an den Staat zu dessen Verwirklichung durch normatives

¹⁴⁵ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 9; *UN*, Sondertagung über Kinder – Impfungen und Impfstoffe, <https://www.unric.org/html/german/kinder/presse/7.htm> (abgerufen am 1. 9. 2019).

¹⁴⁶ *Detrick*, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child (1999) 27 f; *Grabenwarter*, Zur Frage der Integration der Garantien der Kinderrechtskonvention in das österreichische Bundesverfassungsrecht, in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Studien zur Kinderrechtskonvention und ihrer Umsetzung in Österreich (2014) 27 (31).

¹⁴⁷ *Binder/Zemanek*, Das Völkervertragsrecht, in *Reinisch*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁵ (2013) 50, Rz 313 ff; *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Kinderrechtskonvention 31.

¹⁴⁸ *Walter*, Die Neuregelung der Transformation völkerrechtlicher Verträge in das österreichische Recht, *ÖJZ* 1964, 449; *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Kinderrechtskonvention 31.

¹⁴⁹ BGBl I 2011/4.

¹⁵⁰ *Weber*, Das BVG über die Rechte von Kindern, in *Feik/Winkler*, Festschrift für Walter Berka (2013) 263 (265 f); *Sax*, Kinderrechte in der Verfassung – was nun?, EF-Z 2011/127.

¹⁵¹ IA 935/A 24. GP 3.

Tätigwerden vermittelt.¹⁵² Aufgrund der unklaren Formulierung der Bestimmung lässt sich aber kaum feststellen, zu welchen Maßnahmen der Staat dadurch konkret angehalten sein soll.¹⁵³ Darüber hinaus mangelt es sozialen Grundrechten an der unmittelbaren Durchsetzbarkeit. Dennoch kann ihnen eine bestimmte Richtfunktion für den einfachen Gesetzgeber hinsichtlich seines umfassenden Gestaltungsspielraumes beigemessen werden.¹⁵⁴ Wenn also das Kindeswohl wesentlicher Erwägungsgrund bei allen Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen – worunter etwa Schulen und Kindergärten,¹⁵⁵ und wohl auch Krankenanstalten fallen – sein muss, ließe sich argumentieren, dass auf dieser Grundlage Maßnahmen wie etwa die Einführung einer Impfpflicht für bestimmte Berufsgruppen mit ständigem Kontakt zu Kindern¹⁵⁶ (insbesondere Gesundheits- und Kinderbetreuungspersonal) oder der verpflichtende Impfnachweis von Kindern vor deren Eintritt in Gemeinschaftseinrichtungen gerechtfertigt wären. Zudem wäre ein derartiges gesetzgeberisches Tätigwerden möglicherweise auch angesichts der Ratifikation der KRK, speziell deren Art 24, als legitim zu erachten. Auf der anderen Seite gilt hier, dass erhebliche Umsetzungsdefizite des Gesetzgebers nur im Wege der Normenkontrolle durch den VfGH behoben werden können. Nach *Weber* ist angesichts der vagen Formulierungen des BVG Kinderrechte von einem großen Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers auszugehen, weshalb ein Einschreiten des VfGH nur bei „exzessiven Unterschreitungen kinderrechtlicher Mindeststandards“ anzunehmen ist.¹⁵⁷ Eine solche ist in Österreich im Hinblick auf die momentanen Gegebenheiten freilich nicht zu erblicken.

Festzuhalten ist schlussendlich, dass der österreichischen Rechtsordnung das Kindeswohl als Entscheidungskriterium freilich bereits vor dem BVG Kinderrechte bekannt war (insbesondere als zentrales Leitziel im Kindschaftsrecht¹⁵⁸), nicht jedoch in Form der nunmehrigen expliziten verfassungsgesetzlichen Verankerung.¹⁵⁹

¹⁵² *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Kinderrechtskonvention 59 f; *Weber* in *Feik/Winkler*, FS Berka 272.

¹⁵³ *Weber* in *Feik/Winkler*, FS Berka 275; *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Kinderrechtskonvention 60.

¹⁵⁴ *Weber* in *Feik/Winkler*, FS Berka 275.

¹⁵⁵ *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Kinderrechtskonvention 60.

¹⁵⁶ *Heissenberger* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 64.

¹⁵⁷ *Weber* in *Feik/Winkler*, FS Berka 275.

¹⁵⁸ OGH 23. 11. 2010, 8 Ob 14/10g; 10. 8. 2006, 2 Ob 129/06v; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 294.

¹⁵⁹ *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Kinderrechtskonvention 61.

3.6. KOSTENTRAGUNG / FINANZIERUNG

Die Kostentragung von Impfungen kann auf unterschiedlichen Wegen erfolgen, wobei das kostenfreie Kinderimpfkonzept von zentraler Bedeutung ist.

3.6.1. KOSTENFREIES KINDERIMPFKONZEPT

Das Kinderimpfkonzept hat den Zweck, allen in Österreich wohnhaften Kindern bis zum 15. Lebensjahr die wichtigsten Schutzimpfungen kostenfrei zur Verfügung zu stellen und damit im Sinne des Gesundheitsschutzes die Impfbeteiligung zu fördern. Es basiert auf einer Vereinbarung zwischen Bund und Ländern, wonach die Kostentragung dieser Impfungen aus Mitteln des Bundes (2/3), der Länder (1/6) und des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger (1/6) zu erfolgen hat.¹⁶⁰ Die genaue Abwicklung gestaltet sich differenziert.¹⁶¹ Aufgrund der (Rahmen-)Vereinbarung zwischen Bund und Ländern liegt die Umsetzung des nationalen Impfkonzepts in der Zuständigkeit der Länder.¹⁶² Daraus ergibt sich, dass die Organisation der Durchführung und die Höhe der Impfhonorare in den Bundesländern unterschiedlich abgewickelt werden.¹⁶³

Für den Bezug der Impfungen dürfen auf Patientenseite keine Kosten anfallen.¹⁶⁴ Hier werden schlicht die kostenfrei zu erhaltenden „Impfgutscheine“ (bzw. „Impfscheckheft“, „Impfcard“ oä) verwendet, diese bestehen aus einem Impfgutscheinabschnitt und einem Rezeptabschnitt, der den Bezug einer Impfstoffdosis pro Impfling ermöglicht. Die Abrechnung erfolgt typischerweise, indem der kooperierende Arzt nach Durchführung der Schutzimpfung die entsprechenden „Impfabchnitte“ (Unterlagen) des Impflings samt der Honorarnote des Arztes

¹⁶⁰ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 6; Langbauer, Impfwesen 41 ff.

¹⁶¹ Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf der SchulÄ-VO 2019, 2. Im Detail: Der Bund trägt 2/3 der Gesamtkosten der Impfstoffe. Der Hauptverband tätigt (im Auftrag von Bund und Ländern) den Einkauf und die Verteilung der Impfstoffe, diesem werden dann vom Bund 2/3 der Gesamtkosten der Impfstoffe (analog zur Rückerstattung der Kosten von Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen) refundiert. Zudem übernimmt die soziale Krankenversicherung 1/6 der Gesamtkosten der Impfstoffe, die gesamten Kosten für die Verteilung der Impfstoffe und die Kosten der Impfhonorare der niedergelassenen Ärzte. Die Länder haben auf eigene Kosten organisatorische Maßnahmen für ausreichende Schulimpfkationen zu treffen und die Kosten der Impfhonorare der betreffenden Impfungen zu tragen. Die Länder tragen 1/6 der Kosten der Impfstoffe, die sie für diese Impfungen benötigen. Für die Abrechnung der Impfstoffkosten ist der Hauptverband zuständig. Künftig könnten diese Vorgänge auch in Anbindung an den elektronischen Impfpass erfolgen.

¹⁶² BMASGK, Kostenfreies Kinderimpfkonzept, https://www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Impfen/Kostenloses_Kinderimpfkonzept (abgefragt am 15. 8. 2019); Aigner, Stellungnahme BMG-92800/0006-II/A/4/2011.

¹⁶³ Langbauer, Impfwesen 46; Sedlak, Europäische Impfpläne, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen (2000) 71 (75).

¹⁶⁴ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 6; Langbauer, Impfwesen 41 ff.

(für die Verabreichung der Impfung) an die zuständige Gesundheitsbehörde des Landes übermittelt.¹⁶⁵ Die Vorlage einer e-card ist für den Bezug solcher Impfungen sohin nicht erforderlich.

Nun lassen sich die in den Empfehlungen des Impfplans enthaltenen Schutzimpfungen für Kinder in kostenfreie und kostenpflichtige unterteilen. Die im Rahmen des Kinderimpfkonzeptes kostenfrei angebotenen Schutzimpfungen sind derzeit jene gegen Rotavirus, Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Poliomyelitis, Haemophilus influenzae B, Hepatitis B, Pneumokokken, Mumps, Masern, Röteln, Meningokokken ACWY und Humane Papillomaviren.¹⁶⁶ Die Veranlassung der Impfungen in den jeweils im Impfplan empfohlenen Zeiträumen ist von Vorteil. Wenngleich größtenteils auch die entsprechenden Nachholimpfungen kostenlos angeboten werden, hat bei manchen Impfungen die verspätete Vornahme den Entfall der Kostentragung zur Folge.

Demgegenüber gibt es auch im Impfplan empfohlene, aber nicht kostenlos angebotene Schutzimpfungen. Dies sind derzeit jene gegen Meningokokken B und C, FSME, Varizellen, Hepatitis A, und Influenza.¹⁶⁷ Hier erfolgt die oben erläuterte Kostenübernahme nicht, sodass diese Impfungen grundsätzlich vom Impfling bzw dessen Eltern (Unterhaltspflichtigen) selbst zu finanzieren sind. In der dem österreichischen Impfplan entnommenen und im Anhang angeführten Tabelle (siehe Anhang III.) sind die Impfeempfehlungen für Kinder abgebildet, wobei die (in den jeweils markierten Zeiträumen) kostenfreien Impfungen rot und die kostenpflichtigen Impfungen blau markiert sind. Weitergehende Erläuterungen können der Abbildung selbst entnommen werden.

3.6.2. KRANKENVERSICHERUNG

Außerhalb des kostenfreien Kinderimpfkonzeptes besteht für Impfungen keine generelle Finanzierung durch die Krankenversicherungsträger. Schutzimpfungen sind im Allgemeinen keine von der sozialen Krankenversicherung verpflichtend zu tragenden Leistungen, aller-

¹⁶⁵ *MA 15 - Stadt Wien*, Information zur Teilnahme am bundesweiten kostenlosen Kinderimpfprogramm in Wien, <https://www.aekwien.at/documents/4771581/21830329/Kinderimpfkonzept+-+Infoblatt.pdf/9b3cbefb-b067-4643-93f4-4d0a8964ec08?version=1.1&t=1519127206000> (abgefragt am 15. 8. 2019); *WGKK*, Impfkonzept für Kinder, <https://www.wgkk.at/cdscontent/?contentid=10007.724837&viewmode=content> (abgefragt am 27. 8. 2019).

¹⁶⁶ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 10 f.

¹⁶⁷ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 10 f.

dings können (freiwillige) Kostenzuschüsse gewährt werden.¹⁶⁸ Der Aufgabenkatalog bzw die Leistungen der Krankenversicherung im Bereich der Gesundheitsvorsorge werden zunächst in § 116 ASVG beschrieben. Eine Konkretisierung dieser Aufgaben findet sich in mehreren Leistungsbestimmungen, darunter die Maßnahmen zur Krankheitsverhütung gem § 156 ASVG und die „sonstigen Maßnahmen zur Erhaltung der Volksgesundheit“ nach § 132c ASVG.¹⁶⁹

Maßnahmen zur Krankheitsverhütung nach § 156 ASVG sind freiwillige Leistungen, die im Rahmen pflichtgebundenen Ermessens gewährt werden *können*. Die Krankenversicherungsträger legen oft in Richtlinien fest, welche Leistungen zur Krankheitsverhütung erbracht werden, dazu können beispielsweise Influenza-Impfungen zählen.¹⁷⁰ Auf freiwillige Leistungen besteht jedoch kein Rechtsanspruch, somit auch keine Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung.¹⁷¹

Maßnahmen iSd § 132c ASVG sind *Pflichtaufgaben* der Krankenversicherungsträger und als solche – im Gegensatz zu *Pflichtleistungen* – ihrer Rechtsnatur nach auch freiwillige Leistungen ohne Rechtsanspruch, allerdings sind Pflichtaufgaben im Gesetz durch die Anordnung eines „Sollens“ in ihrer rechtspolitischen Bedeutung aufgewertet.¹⁷² In dieser abweichenden Einordnung scheint für *Ivansits* der einzige merkliche Unterschied zwischen Maßnahmen nach § 132c und § 156 ASVG zu liegen, wobei es für den Autor unerklärlich ist, wieso die in den zwei Bestimmungen normierten Maßnahmen angesichts ihres Zweckes nicht in einem gemeinsamen Tatbestand als Pflichtaufgaben geregelt sind.¹⁷³

Nach § 132c ASVG gelten unter anderem (demonstrative Aufzählung) die Impfung gegen FSME (Abs 1 Z 2 leg cit), sowie, wenn und solange die WHO eine Influenzapandemie ausgerufen hat, die Impfung gegen Influenza (Abs 1 Z 4 leg cit), als solche Maßnahmen zur Erhaltung der Volksgesundheit. Der Bundesminister für Gesundheit ist ermächtigt, durch Verordnung die Ziele der Maßnahmen nach Abs 1 Z 1-3 leg cit, konkret die Leistungsansprü-

¹⁶⁸ *Langbauer*, Impfwesen 46; *Binder*, Kernbereich und Randzonen des sozialen Krankheitsbegriffs, in *Barta/Kern*, Recht auf Gesundheit (2002) 35 (41).

¹⁶⁹ *Ivansits*, Das Recht der Prävention und Gesundheitsförderung in der österreichischen Sozialversicherung, DRdA 2015, 500 (503).

¹⁷⁰ So etwa in den Richtlinien der Salzburger Gebietskrankenkasse für die Gewährung von „Maßnahmen zur Festigung der Gesundheit“ (§ 155 ASVG) und der „Krankheitsverhütung“ (§ 156 ASVG), www.sgkk.at/cdscontent/load?contentid=10008.578543&version=1501569785 (abgefragt am 26.6.2019).

¹⁷¹ *Felten* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 156 ASVG Rz 1 f (Stand 1. 9. 2016, rdb.at); *Ivansits*, DRdA 2015, 500 (503 ff).

¹⁷² *Ivansits*, DRdA 2015, 500 (503 f); *Schober* in *Sonntag*, ASVG⁹ (2018) § 132c Rz 1.

¹⁷³ *Ivansits*, DRdA 2015, 500 (507 f).

che und die anspruchsberechtigten Personenkreise (etwa Personen mit hohem Risikopotential) zu bestimmen.¹⁷⁴ Die im Gesetz angeführten Maßnahmen können erst durch die Verordnung rechtswirksam werden.¹⁷⁵ Hinsichtlich der Grippeimpfung (Abs 1 Z 4 leg cit) sind Einschränkungen des Personenkreises – etwa auf Kinder oder ältere Personen – nicht zulässig.¹⁷⁶

Während einer ausgerufenen Influenzapandemie gilt die Grippeimpfung (iSd Abs 1 Z 4 leg cit) als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung und ist deren Durchführung ex lege den Krankenkassen übertragen, sie können diese durch eigene Einrichtungen oder Vertragspartner (möglicherweise auch durch Wahlärzte¹⁷⁷) erbringen.¹⁷⁸ Die Vornahme von Grippeimpfungen ist in diesem Zeitraum aufgrund des Abs 3 leg cit eine Krankenbehandlung und Inhalt der Gesamtverträge, sodass diese Impfungen von den betreffenden Vertragsärzten auf Kassenkosten durchzuführen sind.¹⁷⁹ Maßnahmen gemäß dieser Regelung beinhalten den Impfstoff und die ärztliche Leistung.¹⁸⁰

Andere Leistungen als die Grippeimpfung nach Abs 1 Z 3 leg cit sind vom Bundesminister für Gesundheit nach Anhörung des Hauptverbandes durch Verordnung den Krankenversicherungsträgern ausdrücklich zuzuweisen. Hier leisten die Krankenkassen lediglich einen Kostenzuschuss (entsprechend ihren Satzungen).¹⁸¹ Eine hierzu erlassene Durchführungsverordnung¹⁸² sieht die Leistung eines Kostenzuschusses durch die Krankenversicherungsträger ausschließlich für die FSME-Impfung vor, weitere Impfungen sind nicht erfasst.¹⁸³

Im Übrigen können Impfungen mögliche Leistungen sein, die aus einer allfälligen privaten Krankenversicherung gewährt und finanziert werden. Das Bestehen eines Leistungsanspruchs ist hier von der vertraglichen Ausgestaltung abhängig. Die aus der sozialen Krankenversicherung bekannte Möglichkeit der „Mitversicherung“ von Kindern als Angehörige der Eltern

¹⁷⁴ *Windisch-Graetz in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 132c ASVG Rz 3* (Stand 1. 9. 2016, rdb.at); *Ivansits, DRdA 2015, 500 (505)*.

¹⁷⁵ *Ivansits, DRdA 2015, 500 (505)*.

¹⁷⁶ *Ivansits, DRdA 2015, 500 (505)*; *Windisch-Graetz in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 132c ASVG Rz 4* (Stand 1. 9. 2016, rdb.at).

¹⁷⁷ *Windisch-Graetz in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 132c ASVG Rz 6* (Stand 1. 9. 2016, rdb.at).

¹⁷⁸ *Ivansits, DRdA 2015, 500 (503)*; *Langbauer, Impfwesen 45*.

¹⁷⁹ *Windisch-Graetz in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 132c ASVG Rz 6* (Stand 1. 9. 2016, rdb.at); *Langbauer, Impfwesen 45*.

¹⁸⁰ *Langbauer, Impfwesen 45*.

¹⁸¹ *Ivansits, DRdA 2015, 500 (505)*.

¹⁸² Verordnung des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 22. März 1983 über die Durchführung der Impfung (aktive Immunisierung) gegen Frühsommermeningoenzephalitis, BGBl 1983/271.

¹⁸³ *Windisch-Graetz in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 132c ASVG Rz 7* (Stand 1. 9. 2016, rdb.at); *Langbauer, Impfwesen 46*.

besteht im Rahmen der Privatversicherung typischerweise nicht. Vielmehr müssen Kinder hier (in der Regel von den Eltern) eigens versichert und separate Beiträge eingezahlt werden.

3.6.3. SONSTIGE FORMEN DER KOSTENTRAGUNG

Vereinzelt werden auch im Zuge von Impfkationen – unabhängig vom kostenfreien Kinderimpfprogramm – gewisse Impfungen vergünstigt oder kostenfrei angeboten, wie etwa bei der bundesweiten Gratis-Impfkation gegen Masern, Mumps und Röteln für Jugendliche und Erwachsene ohne Impfschutz oder durchgemachte Erkrankung.¹⁸⁴

Werden Impfungen nach Maßgabe des § 17 EpG behördlich angeordnet, trägt der Bund die Kosten (§ 36 Abs 1 lit d EpG). Für die betroffene Person fallen somit keine Kosten an.

Wenn in Ausbruchsfällen die zuständigen Behörden zur Vornahme von (Abriegelungs-)Impfungen aufrufen, ohne dass eine behördliche Anordnung iSd EpG vorliegt, gibt es keine spezielle Regelung zur Kostenübernahme. In solchen Fällen sind die Kosten der Impfung daher grundsätzlich von den Betroffenen selbst zu tragen, sofern nicht im konkreten Fall gleichzeitig eine andere Form der Kostentragung – insbesondere durch Gratis-Impfkationen – greift. Zu denken ist hier va an Masern-Ausbrüche, wo die Impfung zugleich von der allgemeinen Gratis-Impfkation¹⁸⁵ erfasst ist, oder, wenn es sich um Impfungen handelt, die für Kinder in entsprechendem Alter aufgrund des Kinderimpfkonzeptes ohnehin kostenfrei angeboten werden.

Trifft keine der oben geschilderten Formen der Kostenübernahme zu, sind die anfallenden Kosten von Patientenseite zu tragen. Dies sind insbesondere die Impfstoffkosten, aber auch ein allfälliges Impfhonorar (insb bei Wahlarzt) oder andere „Applikationsgebühren“, wie sie etwa beim Gesundheitsdienst der Stadt Wien für mitgebrachte Impfstoffe anfallen.¹⁸⁶ Bei Kindern werden diese Kosten idR von den Unterhaltspflichtigen zu tragen sein (siehe Kap 4.4.).

¹⁸⁴ BMASGK, www.keinemasern.at (abgefragt am 24. 3. 2019); *Öffentliches Gesundheitsportal Österreichs*, Informationen zu Impfkationen, www.gesundheit.gv.at/service/beratungsstellen/impfkationen (abgefragt am 24. 3. 2019).

¹⁸⁵ BMASGK, www.keinemasern.at (abgefragt am 24. 3. 2019); *Öffentliches Gesundheitsportal Österreichs*, Informationen zu Impfkationen, www.gesundheit.gv.at/service/beratungsstellen/impfkationen (abgefragt am 24. 3. 2019).

¹⁸⁶ *Stadt Wien*, Preise für Impfungen der MA 15 – Impfservice und Reisemedizinische Beratung, www.wien.gv.at/gesundheit/beratung-vorsorge/impfen/beratung/preise.html#gf (abgefragt am 20. 7. 2019).

4. ELTERNRECHTE UND -PFLICHTEN IZM DER MEDIZINISCHEN VERSORGUNG DES KINDES

Das Recht der Eltern, für ihre minderjährigen Kinder Entscheidungen zu treffen, diese zu erziehen, zu pflegen und zu vertreten ist gleichzeitig auch eine Pflicht, deren Nichterfüllung weitreichende Konsequenzen, wie insbesondere gerichtliche Eingriffe in die Obsorgeverhältnisse, haben kann. Gerade im Bereich der medizinischen Versorgung können Nachlässigkeiten bzw unvernünftige Entscheidungen der Eltern, die bis zu einem gewissen Grad dennoch von den Ärzten zu respektieren sind, schwerwiegende Folgen für die Minderjährigen mit sich bringen.

Ein „Leitbild“ der Familie, insb der Eltern-Kind-Beziehung, ist im Gesetz nicht vorgegeben. Hier sind dem Gesetzgeber insbesondere durch Art 8 EMRK¹⁸⁷ (Achtung des Privat- und Familienlebens), aber auch Art 9 EMRK (Anspruch auf Gedanken-, Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit) und Art 2 1. ZPMRK (Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht entsprechend der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung sicherzustellen) Schranken gesetzt. Indessen darf die konkrete Gestaltung der Erziehung und Pflege nicht den Grundwerten unserer Gesellschaft und Rechtsordnung widersprechen. Innerhalb dieses Rahmens sind außerdem die in § 138 Z 1 bis 12 ABGB angeführten Kriterien für das Kindeswohl zu berücksichtigen. In § 160 ABGB sind einige wesentliche Faktoren besonders hervorgehoben, darunter die Pflege, dh die Wahrnehmung des körperlichen Wohles und der Gesundheit des Minderjährigen. Die „Untergrenze“ ist jedenfalls bei Gefährdung des Kindeswohls erreicht.¹⁸⁸

4.1. GRUNDRECHTLICHE ASPEKTE

Art 8 EMRK schützt ua das Familienleben. Der Begriff des Familienlebens ist weit zu verstehen und umfasst soziale, moralische und kulturelle Beziehungen zwischen Familienangehörigen, zB bei Pflege und Erziehung der Kinder.¹⁸⁹ Vom Schutzbereich des Art 8 EMRK umfasst sind die Beziehungen zwischen Eltern(teilen) und ihren Kindern, gleich ob die Kinder ehelich, unehelich, adoptiert, legitim oder nicht legitim sind. Auch nach Trennung der Eltern

¹⁸⁷ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210 idF BGBl II 2018/139.

¹⁸⁸ Hopf in KBB⁵ § 160 Rz 2; Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁴ § 138 Rz 1 ff.

¹⁸⁹ Mayer/Kucske-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1423; Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2011) Art 8 EMRK Rz 49.

bleibt die familiäre Beziehung zum Kind aufrecht.¹⁹⁰ Eltern haben das Recht, das Familienleben mit ihren Kindern grundsätzlich nach eigenem Ermessen zu gestalten.¹⁹¹

Ein Kernpunkt dieses Grundrechts ist die Ausgestaltung der familienrechtlichen Beziehungen, wobei dem Gesetzgeber ein bedeutsamer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukommt, was auch darauf zurückgeführt wird, dass es hier ein Regelungsbereich betroffen ist, der „häufig durch konfliktbeladene Entscheidungssituationen, ein besonderes Schutzbedürfnis beteiligter Minderjähriger und komplexe wissenschaftliche Einschätzungen [...] geprägt ist“.¹⁹²

Art 8 EMRK verbietet dem Staat willkürliche Eingriffe in das geschützte Familienleben und gebietet diesem, dessen Integrität bei allen Akten der Gesetzgebung und Vollziehung zu beachten.¹⁹³ Eingriffe in Art 8 EMRK sind alle staatlichen Maßnahmen, durch die die freie Ausgestaltung der familiären Beziehungen beeinträchtigt wird, wie zB Eingriffe in die Obsorgeverhältnisse.¹⁹⁴ Bei Eingriffen in das Sorgerecht orientiert sich der EGMR vorwiegend am Kindeswohl und nimmt überdies Bedacht auf die Gefahr von Schäden der Kinder und auf ihre Entwicklung.¹⁹⁵

Nach Art 1 S 2 BVG Kinderrechte muss bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen das Kindeswohl eine vorrangige Erwägung sein. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe bindet auch den Gesetzgeber, wenn er die Grundlagen für derartige Maßnahmen normiert.¹⁹⁶ Der VfGH hat in seiner Judikatur Art 1 S 2 BVG Kinderrechte als Auslegungsmaßstab herangezogen.¹⁹⁷ Das Kindeswohl, wie es aus Art 1 BVG Kinderrechte und Art 8 EMRK hervorgeht, gilt daher nicht nur als eine bedeutsame verfas-

¹⁹⁰ *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II (5. Lfg, 2002) Art 8 EMRK Rz 76; *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1401; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1423; *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2011) Art 8 EMRK Rz 49 f.

¹⁹¹ *Berka*, Verfassungsrecht⁷ Rz 1402.

¹⁹² VfSlg 20.018/2015; *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1403.

¹⁹³ *Berka*, Verfassungsrecht⁷ Rz 1402.

¹⁹⁴ *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 80; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1424.

¹⁹⁵ *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 94.

¹⁹⁶ VfSlg 20.018/2015.

¹⁹⁷ VfSlg 20.018/2015.

sungsrechtliche Interpretationsmaxime für Rechtsprechung und Verwaltung, sondern auch als Maxime der Legislative.¹⁹⁸

Im Hinblick auf die Impfentscheidung bestehen folgende Grundlagen: Bei Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit kann grundsätzlich jede Person selbst in die Vornahme von Impfungen einwilligen (§ 173 Abs 1 S 1 ABGB, Kap 5.3.2.). Entscheidungsfähige Personen können in Ausübung ihres verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf körperliche Integrität nach Art 8 EMRK (Recht auf Privatleben) medizinische Behandlungen wie Impfungen ablehnen.¹⁹⁹ Bei Behandlungen einwilligungsunfähiger Kinder hat der gesetzliche Vertreter in Pflegeangelegenheiten das Recht, in Behandlungen des Minderjährigen einzuwilligen (§ 173 Abs 1 letzter Satz ABGB). Dieses Einwilligungensrecht beinhaltet grundsätzlich auch die Befugnis der Eltern, eine Behandlung abzulehnen.²⁰⁰ Bei dieser Entscheidung für das Kind haben die Eltern aber – im Unterschied zum selbst einwilligungsfähigen Patienten – das objektive Wohl des betroffenen Kindes zu beachten.²⁰¹ Wird das Kindeswohl durch die Ablehnung einer notwendigen Behandlung gefährdet, sodass staatliche Eingriffe in das Familienleben (Art 8 EMRK) geboten sind, benötigen diese für ihre Zulässigkeit insbesondere eine gesetzliche Grundlage und ein „legitimes Ziel“, sie müssen sich weiters zur Zielerreichung eignen und verhältnismäßig sein.²⁰² Die gesetzliche Grundlage bzw Ermächtigung ist hier primär in der gerichtlichen Befugnis zum Eingriff in die Obsorgeverhältnisse nach § 181 ABGB zu erblicken. Die mit dem Eingriff verfolgten „legitimen Ziele“ iSd Art 8 Abs 2 EMRK sind in solchen Fällen – welche Maßnahmen im Interesse des Kindeswohls betreffen – der Schutz der Gesundheit und der „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“, also des Kindes.²⁰³

In Anbetracht dieser Prinzipien stellt sich in weiterer Folge die Frage, welches Maß an medizinischer Betreuung Eltern ihren Kindern konkret „schulden“ und wo die Grenze der

¹⁹⁸ Berka, Verfassungsrecht⁷ Rz 1406a; Weber in Feik/Winkler, FS Berka 274.

¹⁹⁹ Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 34; Leischner, Ablehnung der Bluttransfusion eines Zeugen Jehovas verstößt gegen die Schadensminderungsobliegenheit, RdM 2011/168, 231; Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ (2017) Art 8 Rz 56.

²⁰⁰ Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 146c Rz 37.

²⁰¹ Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 146c Rz 37; Leischner, RdM 2011/168, 232; Noll, Der mündige Minderjährige – Umgang mit Meinungsverschiedenheiten in der medizinischen Behandlung, in Kern/Mazal, Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 79 (91 f).

²⁰² Berka, Verfassungsrecht⁷ Rz 1286 ff; Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 16 ff; 22 f.

²⁰³ Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 22 f.

Kindeswohlgefährdung zu verorten sein könnte. Im Hinblick darauf soll im folgenden Abschnitt zunächst eine Erläuterung der wesentlichen Pflichten der Eltern im Zusammenhang mit der medizinischen Versorgung ihres Kindes erfolgen.

4.2. FÖRDERUNG DES KINDESWOHLS

In § 137 Abs 1 ABGB ist eingangs eine grundsätzliche, wechselseitige Beistandspflicht zwischen Eltern und Kindern vorgesehen.²⁰⁴ Nach Abs 2 leg cit sind Eltern explizit verpflichtet, „das Wohl ihrer minderjährigen Kinder zu fördern, ihnen Fürsorge, Geborgenheit und eine sorgfältige Erziehung zu gewähren.“ Aus § 137 ABGB folgt, dass Eltern eine Garantstellung ihren Kindern gegenüber zukommt, die ua eine Verpflichtung zur „Personenfürsorge“, dh zum Schutz von Leib und Leben – und damit der Gesundheit – ihrer Kinder beinhaltet.²⁰⁵

§ 138 ABGB normiert folgendes: „In allen das minderjährige Kind betreffenden Angelegenheiten, insbesondere der Obsorge und der persönlichen Kontakte, ist das Wohl des Kindes (Kindeswohl) als leitender Gesichtspunkt zu berücksichtigen und bestmöglich zu gewährleisten.“ In der demonstrativen Aufzählung wichtiger Kriterien zur Beurteilung des Kindeswohls sind unter anderem „eine angemessene Versorgung, insbesondere mit Nahrung, medizinischer und sanitärer Betreuung und Wohnraum, sowie eine sorgfältige Erziehung“ (Z 1 leg cit) aber auch „die Fürsorge, Geborgenheit und der Schutz der körperlichen und seelischen Integrität des Kindes“ (Z 2 leg cit) genannt. Als wesentliches Kriterium kann – mit heranreifender Entscheidungsfähigkeit zunehmend – die Meinung bzw der Wille des Kindes hinzutreten (Z 5 leg cit).

Auch in den Materialien zum KindNamRÄG 2013²⁰⁶ ist festgehalten, dass das Wohl des Kindes „in allen das Kind betreffenden Maßnahmen – sei es durch die Eltern, sonstige Obsorgebetraute oder eine gerichtliche Entscheidung – bestmöglich herzustellen und aufrechtzuerhalten“ ist.²⁰⁷ Das Kindeswohl stellt sohin das zentrale Leitziel und vorrangige Entscheidungskriterium im Kindschaftsrecht dar.²⁰⁸ Es umfasst als mehrdimensionaler Begriff das

²⁰⁴ Hopf in KBB⁵ § 137 Rz 1; Beck, Kindschaftsrecht² Rz 291 f.

²⁰⁵ OGH 15. 4. 1997, 14 Os 11/97; Barth in Klang³ § 137 Rz 14; Verschraegen in Schwimann, ABGB Praxiskommentar I³ § 137 Rz 10; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 137 Rz 22.

²⁰⁶ BGBl I 2013/15.

²⁰⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 16.

²⁰⁸ OGH 23. 11. 2010, 8 Ob 14/10g; 10. 8. 2006, 2 Ob 129/06v; Beck, Kindschaftsrecht² Rz 294; Hopf in KBB⁵ § 138 Rz 1.

körperliche, geistige und seelische Wohlergehen des Kindes und ist stets nach den gesamten Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu prüfen.²⁰⁹

Als eine der vielen nach § 138 ABGB für das Kindeswohl bedeutenden Komponenten haben Eltern für eine angemessene medizinische Versorgung zu sorgen (Z 1 leg cit). Eine umfassende Erörterung des Kindeswohls, insbesondere hinsichtlich möglicher Spannungsfelder mit der elterlichen Impfentscheidung, soll in Kapitel 6. erfolgen.

4.3. OBSORGE

4.3.1. BEGRIFF DER OBSORGE

Der Begriff der Obsorge beinhaltet nach Maßgabe der Legaldefinition des § 158 ABGB die Pflege und Erziehung, die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung des Kindes (in diesen und allen sonstigen Angelegenheiten). Die Obsorge besteht ausschließlich für die Dauer der Minderjährigkeit des Kindes und endet daher mit Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 183 Abs 1 ABGB). In den Materialien zum KindRÄG 2001²¹⁰, in der Lehre²¹¹ und höchstgerichtlichen Rechtsprechung²¹² ist festgehalten, dass die Obsorge primär kein Recht, sondern vor allem eine von Verantwortung gegenüber dem Kind getragene Aufgabe darstellt. Nach Maßgabe der daraus entspringenden „Pflichtenbindung“ müssen die elterlichen Rechte unter Wahrung des Kindeswohls und im Interesse des Kindes pflichtgemäß ausgeübt werden.²¹³

Nach *Sternberg-Lieben* ist das Obsorgerecht der Eltern nicht als „Freiheitsrecht zur autonom-beliebigen Ausübung“, sondern als „pflichtgebundenes Recht“ zu verstehen.²¹⁴ Dem zustimmend führt *Bernat* aus, dass der Obsorgeberechtigte im Kindschaftsrecht „bloßer Treuhänder der Interessen seines Kindes ist“. Dies sei auch in § 137 ABGB gemeint, wonach die Eltern verpflichtet sind, das Wohl ihres Kindes zu fördern. Im Hinblick auf medizinische Behandlungen einwilligungsunfähiger Minderjähriger werde man aufgrund dieses Auftrages des Gesetzgebers an die Obsorgeberechtigten von ebendiesen verlangen müssen, „dass sie –

²⁰⁹ OGH 15. 2. 2000, 10 Ob 25/00z; 26. 7. 1996, 1 Ob 2078/96m; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 295.

²¹⁰ Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135; RV 296 BlgNR 21. GP 33, 52.

²¹¹ *Weitzenböck* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 137 Rz 1; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 137 Rz 13 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 137 ABGB Rz 12.

²¹² OGH 2. 10. 2002, 9 Ob 210/02a.

²¹³ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 137 Rz 13 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 137 ABGB Rz 12.

²¹⁴ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht (1997) 255.

entsprechend ihren Lebensverhältnissen – all das tun, was objektiv vernünftig erscheint, also einem Common Sense entspricht“.²¹⁵

Nichtsdestotrotz verfügen Eltern bei der Ausübung der Obsorge aufgrund des durch Art 8 EMRK verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatzes der Familienautonomie über einen weiten Gestaltungsspielraum. Die Rechtsordnung ermöglicht es Eltern, die unterschiedlichsten Lebensmodelle und Erziehungskonzepte für ihre Kinder zu wählen. Hierbei muss aber das – ebenfalls verfassungsrechtlich verankerte²¹⁶ – Kindeswohl gewahrt bleiben. Auf rechtliche Grenzen stoßen elterliche Erziehungsentscheidungen nämlich, wenn diese das Kind gefährden oder in der Entwicklung beeinträchtigen.²¹⁷ Angesichts des daraus resultierenden Spannungsverhältnisses zwischen Familienautonomie und dem Wohl bzw den Interessen des Kindes liegt auf der Hand, dass hier eine klare Grenzziehung nicht immer leicht fällt. Deutlich werden kann dies auch bei der Impfentscheidung: Lehnen Eltern die Vornahme empfohlener Schutzimpfungen für ihr Kind ab, obwohl keine Kontraindikationen bestehen, können sie sich hierbei zwar auf die Familienautonomie berufen, die Entscheidung könnte jedoch dem Kindeswohl zuwiderlaufen, zumal das Kind in der Folge weiterhin den (erheblichen) gesundheitlichen Gefahren der entsprechenden impfpräventablen Krankheiten ausgesetzt ist. Dieser Problematik, welche ein zentrales Thema dieser Arbeit darstellt, soll an späterer Stelle eingehend nachgegangen werden (Kapitel 6.).

4.3.2. BERECHTIGTE / WAHRNEHMUNG DER OBSORGE

Mit der Obsorge eines Kindes können – abhängig von der konkreten Obsorgeregelung – verschiedene Personen betraut sein: primär die Eltern (nach Maßgabe des § 177 ABGB), weiters Großeltern (§ 178 Abs 1 ABGB), Pflegeeltern (§ 184 f ABGB), oder vom Gericht betraute „andere geeignete Personen“ (insb sonstige Verwandte; § 204 ABGB), sowie letztlich der Kinder- und Jugendhilfeträger (§ 207 ff ABGB).²¹⁸

Klarzustellen ist, dass wenn in dieser Arbeit von „Eltern(teilen)“ die Rede ist, grundsätzlich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – davon ausgegangen werden kann, dass diese mit der gemeinsamen Obsorge des Kindes betraut sind.

²¹⁵ Bernat, Die medizinische Behandlung Minderjähriger im österreichischen Recht, VersR 2002, 1467 (1472).

²¹⁶ Art 1 Satz 2 BVG über die Rechte von Kindern, BGBl I 2011/4; Art 3 Abs 1 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (UN-Kinderrechtskonvention).

²¹⁷ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 341; Weitzenböck in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 1 ff.

²¹⁸ P. Bydlinski, Bürgerliches Recht AT⁸ (2018) Rz 2/16.

Ist nur eine Person mit der Obsorge betraut, liegt es auf der Hand, dass diese die Obsorge alleine ausüben kann. Bei der Wahrnehmung der gemeinsamen Obsorge haben die beiden Elternteile grundsätzlich einvernehmlich vorzugehen, soweit dies tunlich und möglich, also zumutbar ist (§ 137 Abs 2 ABGB). Dieses Einvernehmlichkeitsgebot gilt allerdings nur für das Innenverhältnis der Obsorgeberechtigten. Im Außenverhältnis genügt Alleinvertretung (§ 167 Abs 1 ABGB), sodass Vertretungshandlungen – wie etwa die Veranlassung von Impfungen für das Kind – gegenüber Dritten auch dann wirksam sind, wenn keine Einigkeit der Eltern besteht.²¹⁹ Zur Lösung diesbezüglicher elterlicher Konfliktfälle siehe Kapitel 5.4.1.

4.3.3. PFLEGE UND ERZIEHUNG

Einen wesentlichen Bestandteil der Obsorge stellen Pflege und Erziehung des Kindes dar (§ 160 ABGB). Die Erziehung beinhaltet die Förderung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, aber auch die Schul- und Berufsausbildung des Kindes.²²⁰ Demgegenüber wird unter der Pflege neben der unmittelbaren Aufsicht vor allem die Wahrung des körperlichen Wohles und der Gesundheit des Kindes verstanden.²²¹ Dazu zählen alltägliche Betreuungshandlungen (Zurverfügungstellung von Nahrung, Kleidung), hygienische Betreuung, sowie die Veranlassung ärztlicher Untersuchungen und notwendiger medizinischer Behandlungen.²²²

Die Art und der Umfang der zu erbringenden Betreuungshandlungen hängen einerseits vom Kindeswohl bzw vom Alter und der Entwicklung des Minderjährigen ab, andererseits sind auch die Lebensverhältnisse der Obsorgeberechtigten zu berücksichtigen (§ 160 Abs 2 ABGB). Es sind sohin die Leistungsfähigkeit der Eltern unter Berücksichtigung des Anspannungsgrundsatzes und sonstige Lebensumstände (wie das Bildungsniveau oder die berufliche Inanspruchnahme) einzubeziehen. Die Eltern müssen „nach ihren Kräften“ beitragen (§ 231 Abs 1 ABGB), weshalb auch eine weitergehende Förderung, als sie die Eltern

²¹⁹ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 293; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 2; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 3 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

²²⁰ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 4 ff; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 340; LG Innsbruck EFSlg 126.690.

²²¹ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 2 f; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 340; LG Innsbruck EFSlg 126.690.

²²² *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 2 f; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 340; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 146 Rz 3; *Hopf* in *KBB*⁵ § 160 Rz 1; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 160 Rz 2 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

selbst bekommen haben, gefordert werden kann.²²³ Der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Obsorgeberechtigten kann im Zusammenhang mit Impfungen mE allerdings nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen, da die wichtigsten Schutzimpfungen für Kinder kostenfrei angeboten werden und somit regelmäßig unabhängig von den konkreten finanziellen Verhältnissen der Eltern gewährt werden können. Jedenfalls haben die Obsorgeberechtigten zu leisten, was – unter Betrachtung der medizinischen und ernährungswissenschaftlichen Erkenntnisse – dem österreichischen Mindestniveau entspricht, dies unabhängig von den Lebensverhältnissen (etwa eigene niedere Herkunft bzw bescheidene Ausbildung) der Eltern.²²⁴ Auch können nach *Gitschthaler* exotische Heilmethoden oder gewisse „Modeströmungen (etwa die grundsätzliche Ablehnung von Impfungen)“ dem gebotenen Mindestniveau zuwiderlaufen.²²⁵

Der sich aus den genannten Bestimmungen ergebende Auftrag der Eltern zur Wahrung der Gesundheit des Minderjährigen, insbesondere zur Veranlassung ärztlicher Untersuchungen und notwendiger medizinischer Behandlungen, umfasst mE auch notwendige präventive Maßnahmen. Überzeugend ist die Ansicht von *Pierer*, wonach neben dem weiten Begriffsverständnis der medizinischen Behandlung²²⁶ vor allem der Auftrag der Obsorgeberechtigten, für die Wahrung des körperlichen Wohles und der Gesundheit des Kindes zu sorgen (§ 160 Abs 1 ABGB), für ein weites, umfassendes Verständnis der Elternpflichten spreche und damit auch die Prävention von Krankheiten umfasst sei.²²⁷

Im Zuge der medizinischen Betreuung des Kindes sind – insbesondere im Säuglings- und frühen Kindesalter – naturgemäß in gewissen zeitlichen Abständen zahlreiche ärztliche Kontrollen und Behandlungen vorgesehen (va im Rahmen des Mutter-Kind-Passes). Folglich haben Eltern aufgrund ihrer Obsorgepflichten ihr Kind in seinen ersten Lebensjahren üblicherweise etlichen ärztlichen Untersuchungen und Behandlungen zu unterziehen. Es lässt sich sagen, dass im Zuge dieser Arztbesuche in aller Regel (auch) auf die Möglichkeit bzw Erforderlichkeit von Schutzimpfungen hingewiesen und darüber informiert wird, wenn nicht schon die Obsorgeberechtigten „von sich aus“ den Arzt gerade zu diesem Zweck aufsuchen. In

²²³ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 146 Rz 11; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 7; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 160 Rz 9 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

²²⁴ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 146 Rz 4, 11; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek* ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 2.

²²⁵ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 2.

²²⁶ Der Begriff der medizinischen Behandlung umfasst therapeutische, diagnostische, schmerzlindernde und prophylaktische Maßnahmen, somit auch Schutzimpfungen; siehe dazu Kap 3.2.

²²⁷ *Pierer*, Unterlassene Impfungen als Gefährdung des Kindeswohls?, EF-Z 2015/57 (101).

diesem Zusammenhang empfiehlt die WHO, dass jeder Arztkontakt dazu genutzt werden sollte, den Impfstatus zu überprüfen und, wenn nötig, fehlende Impfungen nachzuholen.²²⁸ Im Ergebnis bedeutet dies, dass Eltern im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Obsorgepflichten nahezu unumgänglich mit der „Impfentscheidung“ für ihr Kind konfrontiert sein werden.

Da in Österreich keine gesetzliche Impfpflicht besteht, haben sämtliche Schutzimpfungen auf Grundlage der vorherigen Einwilligung zu erfolgen. Minderjährige, die bereits über die für die Impfung notwendige Entscheidungsfähigkeit verfügen, was ab der Mündigkeit gesetzlich vermutet wird, können die Einwilligung nur selbst erteilen (§ 173 Abs 1 ABGB). Solange Minderjährige noch nicht selbst entscheidungsfähig sind, ist stattdessen die Zustimmung der mit der gesetzlichen Vertretung bei Pflege und Erziehung betrauten Person notwendig (siehe Kapitel 5.3.4.). In wieweit die Ablehnung von Impfungen mit den Elternpflichten zur Wahrung des Kindeswohls zu vereinbaren ist und welche Konsequenzen allenfalls drohen, wird in Kapitel 6. eingehend untersucht.

Von Bedeutung ist weiters die Bestimmung des § 160 Abs 3 ABGB, wonach die Eltern in Angelegenheiten der Pflege auf den Willen des Kindes Bedacht zu nehmen haben. Der Kindeswille ist dabei nicht schlichtweg bindend, aber umso maßgeblicher, je mehr der Minderjährige Grund und Bedeutung der Impfung einsehen und seinen Willen nach dieser Einsicht bestimmen kann. Somit ist das Mitspracherecht des Minderjährigen vom Ausmaß seiner Einsichts- und Urteilsfähigkeit abhängig.²²⁹ Das Mitspracherecht ist doppelt begrenzt: Zum einen darf die Entscheidung nicht dem Kindeswohl abträglich sein, widrigenfalls der Kindeswille nicht zu beachten ist. Zum anderen sind die Lebensverhältnisse der Eltern zu berücksichtigen, was hier insb die finanzielle Situation betreffen wird. Es ist sohin stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.²³⁰ Der vom Kind geäußerte Wille, geimpft zu werden, kann – außer beim Vorliegen von Kontraindikationen – freilich nicht als dem Kindeswohl abträglich eingestuft werden. Einschränkungen der Maßgeblichkeit dieses Kindeswillens können sich aus der unzureichenden Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen, sowie in Einzelfällen aus mangelnden finanziellen Mitteln der Eltern ergeben. Mit zunehmen-

²²⁸ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 7.

²²⁹ Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 530 (536); Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2008) § 146 Rz 12; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 13; Weitzenböck, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts (2001) 1 (7).

²³⁰ Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2008) § 146 Rz 13; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 15 f; Weitzenböck in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts 7.

der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist der Kindeswille umso beachtlicher,²³¹ was auch die Frage nach dessen Verbindlichkeit aufwirft, auf die an späterer Stelle, bei der Darstellung von Einwilligungskonflikten zwischen Eltern und Minderjährigem, eingegangen wird (Kap 5.4.2., 5.4.3.).

4.3.4. GESETZLICHE VERTRETUNG

Ein weiterer Teilaspekt der Obsorge ist die gesetzliche Vertretung, unter anderem im Bereich der Pflege und Erziehung. Die gesetzliche Vertretung beinhaltet das Recht und die Pflicht, für den Minderjährigen Vertretungshandlungen zu setzen und Einwilligungen zu erteilen.²³²

Die gesetzliche Vertretung wird seit dem KindRÄG 2001 nicht mehr nur als selbständiges, von den anderen Bereichen der Obsorge unabhängiges Element der Obsorge angesehen und nicht mehr auf die rechtsgeschäftliche Vertretung eingeschränkt, sondern stellt darüber hinaus auch eine besondere Form der Wahrnehmung von Pflege und Erziehung des Kindes (gegenüber Dritten) dar. Diese Verknüpfung von Pflege und Erziehung einerseits und der entsprechenden gesetzlichen Vertretung andererseits äußert sich in einem Zusammenspiel von Innenverhältnis (tatsächliche Betreuung und Versorgung des Kindes) und Außenverhältnis (Vertretungshandlungen gegenüber Dritten in diesen Bereichen).²³³

Die Veranlassung von Schutzimpfungen ist an sich der Pflege, konkret der Versorgung mit ärztlichen Untersuchungen und medizinischen Behandlungen zuzuordnen, der Abschluss der hierfür erforderlichen Behandlungsverträge stellt hingegen gesetzliche Vertretung in diesen Angelegenheiten dar (zum Abschluss des Behandlungsvertrages siehe Kap 5.1.2.).

Äußert der Minderjährige den Wunsch, geimpft zu werden, ist dieser Kindeswille – je nach Ausmaß der Einsichts- und Urteilsfähigkeit – gem § 160 Abs 3 ABGB für die Eltern im Hinblick auf die zu setzenden Vertretungshandlungen zu beachten.²³⁴

²³¹ *Fischer-Czermak in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 160 Rz 10 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 146 Rz 5 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at).

²³² *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 334; *Hopf* in KBB⁵ § 167 Rz 1.

²³³ LGZ Wien 42 R 216/04g EFSlg 107.700; ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 51; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 334.

²³⁴ *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ (2008) § 146 Rz 12 f; *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 13 ff.

4.4. UNTERHALT

Weiters haben die Eltern Kindesunterhalt zu leisten. Der Unterhalt soll zur Befriedigung des gesamten Lebensaufwandes des Kindes dienen. Dazu zählen neben Bedürfnissen wie Wohnung, Nahrung, Kleidung und Hygiene auch die medizinische Versorgung.²³⁵ Kosten für ärztlichen Behandlungsaufwand sind als ein die Gesundheit des Kindes betreffender Bedarf idR über den Unterhalt zu decken.²³⁶

Zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes haben gem § 231 Abs 1 ABGB beide Elternteile nach ihren Kräften anteilig beizutragen. Nach § 231 Abs 2, 1. Satz ABGB leistet der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut, dadurch idR²³⁷ seinen vollen Unterhaltsbeitrag. Die Betreuung des Kindes im eigenen Haushalt ist die „übliche Versorgung in einem geordneten und funktionierenden Haushalt“, also etwa Unterkunft, Verpflegung, Erziehung, Körperpflege, oder Pflege im Krankheitsfall.²³⁸ Die tatsächliche Betreuung kann nach *Gitschthaler* insofern vom Begriff des Unterhalts ieS unterschieden werden, als unter letzterem nur die geldwerten Aufwendungen verstanden werden, während nach dem Wortlaut des § 231 Abs 2 ABGB auch ein Unterhaltsbegriff iwS erblickt werden kann, der auch Haushaltsführung und Betreuung umfasst.²³⁹ Die tatsächliche Betreuung ist zwar Bestandteil des Unterhaltsbedarfs (iwS) des Kindes,²⁴⁰ ein einklagbarer Anspruch auf Betreuung besteht jedoch – wie auch in Deutschland²⁴¹ – nicht.

Der Kindesunterhalt ist prinzipiell, insbesondere bei bestehender Haushaltsgemeinschaft, in natura zu leisten, bei Haushaltstrennung oder Unterhaltsverletzung zur Gänze in Form von Geldunterhalt.²⁴² Unter Naturalunterhalt wird die unmittelbare Befriedigung der angemessenen Bedürfnisse des Kindes durch Sach- oder Dienstleistungen verstanden. Diese Form des

²³⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ (2015) Rz 1; *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231 Rz 2, 109; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 4; LGZ Wien EFSlg 99.206; LGZ Wien EFSlg 122.560; LG Salzburg EFSlg 99.226.

²³⁶ *Steiner*, Zahlungsansprüche aus ärztlicher Behandlung gegen unterhaltspflichtige Dritte, JBl 1975, 406 (409); OGH 10. 10. 1995, 10 Ob 526/94.

²³⁷ Der betreuende Elternteil ist ausnahmsweise über die Betreuung hinaus nur insofern zu weiteren Unterhaltsleistungen verpflichtet, als der andere Elternteil nicht imstande ist, die Bedürfnisse des Kindes hinreichend zu decken; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 45; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ (2019) 117.

²³⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 118; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 40; OGH 8 Ob 618/90 RZ 1992/5; 1 Ob 16/02p JBl 2002, 516.

²³⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 40.

²⁴⁰ *Hopf* in KBB⁵ § 231 Rz 10.

²⁴¹ *Norpoth/Kohlenberg* in *Heiß/Born*, Unterhaltsrecht (2018) 12. Kap. Kindesunterhalt Rz 2.

²⁴² RIS-Justiz RS0034807; *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231 Rz 445; *Hopf* in KBB⁵ § 231 Rz 11; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 195.

Unterhalts trifft va bei Haushaltsgemeinschaft jenen Elternteil, der nicht mit Haushaltsführung und Kinderbetreuung befasst ist.²⁴³ Die unterhaltspflichtige Person kann diese Leistungen selbst erbringen, oder für die Erbringung durch Dritte (etwa einen Arzt) sorgen.²⁴⁴ Naturalunterhalt wird typischerweise in der unmittelbaren Beistellung der erforderlichen Leistungen – wie etwa Heilmittel und ärztliche Behandlungen – an das Kind erbracht.²⁴⁵ Leistungen wie Sozialversicherungsbeiträge, Behandlungskostenbeiträge, sowie Arzt- und Medikamentenkosten haben Unterhaltscharakter, da sie angemessene Bedürfnisse des Kindes regelmäßig bzw für längere Dauer befriedigen.²⁴⁶ Sohin ist die Veranlassung einer Impfung – samt Tragung allfälliger Kosten – durch einen Elternteil eine solche Naturalunterhaltsleistung. Auf die Erbringung von (bestimmten) Naturalleistungen im Rahmen des Unterhalts, wie etwa die Veranlassung von Impfungen, hat der Minderjährige aber alleine aus dem Unterhaltsrecht grundsätzlich noch keinen zwangsweise durchsetzbaren Anspruch – die Vernachlässigung bzw Verletzung des Naturalunterhalts hat nämlich nur die Umwandlung in Geldunterhalt zur Folge (der sehr wohl durchsetzbar ist).²⁴⁷ Die Kosten einer Impfung sind aber dann über den Geldunterhaltsanspruch durchsetzbar, wenn die konkrete Impfung gegen den Elternwillen nach § 181 ABGB gerichtlich erwirkt werden konnte. Dies setzt voraus, dass in der elterlichen Unterlassung der Impfung eine Kindeswohlgefährdung erblickt werden kann, was in bestimmten Fallkonstellationen durchaus argumentierbar ist. Die Frage der Kindeswohlgefährdung wird in Kap 6. eingehend untersucht.

Aufgrund der sogenannten „Alimentierungsgestaltungsfreiheit“ können die Unterhaltspflichtigen bei Haushaltsgemeinschaft grundsätzlich frei entscheiden, in welchem Ausmaß – freigiebig oder sparsam – sie ihrem Kind Naturalunterhalt leisten, aber nur solange die erbrachten Leistungen mit Unterhaltscharakter insgesamt (zumindest annähernd) die Höhe des fiktiven Geldunterhaltsanspruchs erlangen.²⁴⁸ Besteht eine auffallende Diskrepanz zwischen Lebensstandard der Eltern und Alimentierung der Kinder, könnten Unterhaltsberechtigte den fehlenden Unterschiedsbetrag zwischen tatsächlich geleistetem Unterhalt und fiktivem Geldunterhaltsanspruch geltend machen, dies bis zur Geburt zurück. Da Unterhaltsleistungen für drei Jahre rückwirkend geltend gemacht werden können und diese Frist gehemmt ist,

²⁴³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 61; LGZ Wien 42 R 164/09t EFSlg 122.580.

²⁴⁴ OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 230/01v; EFSlg 99.251; *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231 Rz 450; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 33.

²⁴⁵ *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 53.

²⁴⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 195, 201.

²⁴⁷ EFSlg 28.669; EFSlg 23.778; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 79.

²⁴⁸ OGH 6 Ob 511/96 EFSlg 79.871; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 62.

solange dem Unterhaltspflichtigen die Obsorge zukommt, ist die Geltendmachung uU sogar bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres möglich (§ 1480 iVm § 1495 Satz 1 ABGB).²⁴⁹ Allerdings gilt die Vermutung, dass bei Haushaltsgemeinschaft durch die Leistung des Naturalunterhalts eine hinreichende Alimentierung vorgelegen ist. Die auffallende Diskrepanz, wie auch die Unterdeckung, müssten sohin vom Kind bewiesen werden.²⁵⁰ Ab dem Zeitpunkt der Aufhebung der Haushaltsgemeinschaft zwischen dem Kind und dem geldunterhaltspflichtigen Elternteil endet die Alimentierungsgestaltungsfreiheit aber (hier ist fortan die Prozentwertmethode anzuwenden).²⁵¹

Weiters erfolgt im Fall der Haushaltstrennung eine Umwandlung in Geldunterhalt bzw eine Aufgabenteilung zwischen den Elternteilen: Der Elternteil, bei dem das Kind lebt, erbringt idR durch die Betreuung seinen vollen Unterhaltsbeitrag, während der andere Elternteil durch Geldleistungen die Deckung des entsprechenden Bedarfs erfüllt.²⁵² Befindet sich das Kind in Drittpflege (zB bei den Großeltern), erbringt keiner der Elternteile eine Betreuungsleistung und müssen beide nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit Geldunterhalt leisten. Gleiches gilt im Fall der Eigenpflege, dh wenn das Kind keine Betreuung mehr benötigt.²⁵³

Erbringt ein Elternteil, der zur Leistung von Geldunterhalt verpflichtet ist, Naturalleistungen, sind diese uU auf die Unterhaltspflicht anrechenbar. Dies ist va bei rückwirkender Unterhaltsbemessung von Bedeutung und gilt diesfalls unabhängig von einer Zustimmung des betreuenden Elternteils zur Naturalleistung. Naturalleistungen sind anrechenbar, wenn diese dem Kind in Alimentationsabsicht zukommen und zu einer ausgewogenen Deckung des Lebensbedarfs verholfen haben.²⁵⁴ So könnte mE die Veranlassung von Impfungen für das Kind samt Tragung der angefallenen Kosten durch den geldunterhaltspflichtigen Elternteil auf dessen Geldunterhalt anrechenbar sein.²⁵⁵

²⁴⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 62; *Pfeiler/Taupe*, Zur Verjährungshemmung nach § 1495 erster Satz ABGB im Eltern-Kind-Verhältnis, ÖJZ 1999, 408; *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231 Rz 51; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 16; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 97 f.

²⁵⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 62.

²⁵¹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 63, 538 ff; *Barth/Neumayr* in Klang³ § 140 Rz 75.

²⁵² *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231 Rz 447; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 61.

²⁵³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 142; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 53 f.

²⁵⁴ *Hopf* in KBB⁵ § 231 Rz 12; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 40; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 79 ff.

²⁵⁵ Dies setzt freilich voraus, dass diesem Elternteil (auch) die gesetzliche Vertretung im Bereich der Pflege zukommt.

Naturalunterhalt ist stets dann fällig, wenn das Kind die jeweilige Leistung vernünftigerweise benötigt (§ 1418 ABGB gilt nur hinsichtlich Geldschulden). Verspätungen bzw Ausfälle der Leistung des Naturalunterhalts führen zur Umwandlung in eine Geldunterhaltspflicht.²⁵⁶ Geldunterhalt ist entsprechend der gem § 1418 ABGB gebildeten Verkehrssitte am Ersten des Kalendermonats für den laufenden Monat fällig.²⁵⁷

Schlussendlich deckungsbedürftig ist der Unterhaltsbedarf, der, wie erwähnt, den gesamten Lebensaufwand des Kindes und damit auch medizinische Versorgung umfasst. Die Höhe des zu deckenden Bedarfs wird durch dessen Angemessenheit bemessen.²⁵⁸ Die Angemessenheit des Unterhaltsbedarfs ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig und richtet sich nach den Lebensverhältnissen der Eltern und den individuellen Kindesbedürfnissen unter Berücksichtigung des Gesundheitszustandes und der Persönlichkeitsstruktur des Kindes.²⁵⁹ Zudem können eigene Einkünfte des Kindes dessen Bedarf mindern bzw kann das Erreichen der Selbsterhaltungsfähigkeit zur Bedarfsbeseitigung führen.²⁶⁰

Auf die Kostentragung von Impfungen wurde bereits ausführlich eingegangen (Kap 3.6.). Demnach ist es Eltern beim Großteil der Impfungen möglich, diese bei ihrem Kind ohne Anfall eigener Kosten zu veranlassen. Die verbleibenden Fälle, in denen Impfungen nicht kostenfrei angeboten werden, sind insbesondere Impfungen, bei denen die verspätete Veranlassung den (teilweisen) Entfall der Kostentragung durch das Kinderimpfkonzept zur Folge hat, sowie Impfungen, die im Impfplan empfohlen, aber nicht kostenlos sind.²⁶¹ Hier werden die anfallenden Kosten – als ein die Gesundheit des Kindes betreffender Bedarf²⁶² – idR im Rahmen des Kindesunterhalts Deckung finden. In Einzelfällen können sich zwar aus den Lebensverhältnissen der Eltern Einschränkungen ergeben, insb wenn die finanzielle Leistungsfähigkeit hierfür nicht ausreicht. Dies wird aber tendenziell die Ausnahme darstellen, zumal die Kosten für Impfstoffe – insb in Relation zu den sonstigen, den Lebensaufwand betreffenden Kosten – eher marginal sind und diese zudem meist keine für die Eltern wieder-

²⁵⁶ RIS-Justiz RS0034807; Hopf in KBB⁵ § 231 Rz 11; Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 140 Rz 13, 37; Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231 Rz 465; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁹ 197.

²⁵⁷ Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 140 Rz 13; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁹ 96; OGH 1 Ob 86/04k ZRInfo 2004/293.

²⁵⁸ EFSlg 79.872; Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231 Rz 109.

²⁵⁹ EFSlg 79.872; Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231 Rz 109.

²⁶⁰ Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 140 Rz 89 ff; Gitschthaler, Unterhaltsrecht³ Rz 689 ff.

²⁶¹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 10 f.

²⁶² OGH 10. 10. 1994, 10 Ob 526/94.

kehrenden Kosten darstellen.²⁶³ So betragen die Preise für (empfohlene) Impfstoffe außerhalb des kostenfreien Kinderimpfkonzepts zwischen rund € 15,00 und € 65,00, je nach impfpräventabler Krankheit. Beispielsweise belaufen sich die Impfstoffkosten beim Gesundheitsdienst der Stadt Wien, MA 15, auf € 17,10 für FSME,²⁶⁴ € 14,20 für Influenza, € 62,00 für HPV,²⁶⁵ € 63,70 für Meningokokken ACWY, sowie € 46,50 für Hepatitis A.²⁶⁶ Im Regelfall kann sohin mE angenommen werden, dass alle empfohlenen Impfungen (bei medizinischer Indikation) vom Unterhalt umfasst sind.

Über den Allgemeinbedarf hinaus kann ausnahmsweise auch ein im Wohl des Kindes begründeter Sonderbedarf bestehen. Darunter wird jener Bedarf verstanden, der aus der Berücksichtigung der beim Regelbedarf bewusst außer Acht gelassenen Einzelfallumstände entspringt.²⁶⁷ Der daraus resultierende Mehrbedarf ist deckungspflichtig, wenn er gerechtfertigte, in der Person des Kindes liegende Motive verfolgt und außergewöhnlich ist, dh bei der Mehrzahl der Kinder nicht anfällt.²⁶⁸ Der Sonderbedarf betrifft thematisch (neben der Persönlichkeitsentwicklung) insbesondere die Erhaltung der (gefährdeten) Gesundheit und die Heilung von Krankheiten.²⁶⁹ Betrifft er also die Gesundheit des Kindes, ist er typischerweise als deckungspflichtig anzuerkennen.²⁷⁰ Jedenfalls muss hier allerdings zusätzlich ein Deckungsmangel vorliegen: Der Sonderbedarf darf weder aus dem angemessenen Unterhalt, noch durch Leistungen des Sozialversicherungsträgers (bzw einer Privatversicherung) gedeckt werden können.²⁷¹ Ein Sonderbedarfsanspruch ist zT bei medizinischen Sonderkosten anzunehmen,²⁷² so wurde er in einer E aus 2012 etwa bei einer HPV-Impfung bejaht, „weil sie

²⁶³ Mit Ausnahme der Influenza-Impfung, die jährlich empfohlen wird; die FSME-Impfung ist nach der Grundimmunisierung lediglich alle 5 Jahre aufzufrischen, sodass diese Kosten zwar periodisch wiederkehren, die Eltern aber nur bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes, und damit nicht oft, treffen; *BMASGK, Impfplan Österreich 2019*, 10 f.

²⁶⁴ Unter Berücksichtigung des Kostenzuschusses der Krankenversicherung gem § 132c Abs 1 Z 2 ASVG.

²⁶⁵ Diesbezüglich gibt es Nachholimpfungen (vollendetes 12. bis 15. Lebensjahr) zum vergünstigten Selbstkostenpreis; *BMASGK, Impfplan Österreich 2019*, 10 f.

²⁶⁶ *Stadt Wien*, Preise für Impfungen der MA 15 – Impfservice und Reisemedizinische Beratung, www.wien.gv.at/gesundheit/beratung-vorsorge/impfen/beratung/preise.html#gf (abgefragt am 20. 7. 2019).

²⁶⁷ *Hopf* in *KBB*⁵ § 231 Rz 5; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 140 Rz 82; *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB Praxiskommentar I*⁵ § 231 Rz 127; *Schwimann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*⁹ 132.

²⁶⁸ *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB Praxiskommentar I*⁵ § 231 Rz 127 f; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 140 Rz 83.

²⁶⁹ *Gitschthaler*, *Unterhaltsrecht*³ Rz 630.

²⁷⁰ OGH 7 Ob 628/09 EFSIlg 61.849; 3 Ob 277/98a EFSIlg 86.086; *Gitschthaler*, *Unterhaltsrecht*³ Rz 630.

²⁷¹ *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB Praxiskommentar I*⁵ § 231 Rz 129; *Hopf* in *KBB*⁵ § 231 Rz 5; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 140 Rz 86.

²⁷² *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB Praxiskommentar I*⁵ § 231 Rz 139; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 140 Rz 84.

dazu dient, gesundheitliche Risiken zu vermindern“.²⁷³ Hingegen wurde bemerkenswerterweise in einer anderen E aus 2012 der Sonderbedarf für die HPV-Impfung verneint, „weil infolge fehlender Studien Bedenken gegen diese Impfung bestehen“.²⁷⁴ Anzumerken ist hierzu, dass die HPV-Impfung bereits in den Impfplänen 2011²⁷⁵ und 2012²⁷⁶ für Kinder empfohlen (wenn auch nicht kostenfrei) war, weshalb für die offenbare Unvereinbarkeit dieser beiden Judikate kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich ist. In einer früheren E aus 2007 wurde die Zuerkennung des Sonderbedarfs hinsichtlich „gewöhnlicher Impfungen“²⁷⁷ abgelehnt, da die Impfung gegen Rotaviren in den Impfplan aufgenommen worden sei und auch die Impfung gegen Pneumokokken vom Obersten Sanitätsrat empfohlen werde. Es handle sich daher um Impfungen, „die bei allen Kleinkindern vorgenommen werden sollten und nicht nur bei jenen Kindern, bei denen über das allgemeine Risiko hinaus noch weitere Risikofaktoren vorliegen“, weshalb eine außergewöhnliche Belastung, die einen Sonderbedarfsanspruch rechtfertigt, nicht vorliege.²⁷⁸ Diese Entscheidung vermag mE zu überzeugen. Geht man von der Richtigkeit dieser Begründung aus, müsste man diese Ausführungen konsequenterweise auch bei der HPV-Impfung heranziehen können, da auch diese im Entscheidungszeitpunkt im Impfplan empfohlen war und bei allen Kindern vorgenommen werden sollte. Folgerichtig müsste man bei allen empfohlenen Impfungen mangels Außergewöhnlichkeit und Individualität des Bedarfs zu ebendiesem Ergebnis gelangen. ME lässt sich daraus schließen, dass Routineimpfungen typischerweise keinen Sonderbedarf darstellen, sondern im Allgemeinbedarf Deckung finden müssen.

Anders wäre dies mE in Einzelfällen, in denen das betroffene Kind eine spezielle Impfung benötigt, die bei den meisten Kindern nicht anfällt, sodass der Bedarf außergewöhnlich ist. Möglich ist das Vorliegen von Sonderbedarf beispielsweise bei Impfungen, die aufgrund eines Auslandsaufenthaltes medizinisch erforderlich sind. So etwa, wenn Eltern (insb berufsbedingt oder zu Reisezwecken) mit ihrem Kind ein Land aufsuchen, in dem die Gefahr der Infektion mit speziellen Krankheiten besteht. Hier können Impfungen klar indiziert sein, die in Österreich nicht unbedingt notwendig sind und demzufolge uU auch gar nicht allgemein empfohlen werden. Da dies einen „außergewöhnlichen“ medizinischen Bedarf darstellt, der bei den meisten anderen Kindern nicht anfällt, kann mE von Sonderbedarf ausgegangen

²⁷³ LGZ Wien 43 R 698/11g EFSlg 134.025.

²⁷⁴ LG Feldkirch 3 R 122/12g EFSlg 134.026.

²⁷⁵ OSR, Impfplan 2011, ÖÄZ 2011/1, 26 (30).

²⁷⁶ BMG, Impfplan 2012, ÖÄZ 2012/4a, 1 (5).

²⁷⁷ Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231 Rz 140.

²⁷⁸ LGZ Wien 42 R 512/07s EFSlg 116.638.

werden. Denkbar wäre ein Sonderbedarf auch in den wohl eher theoretischen Fällen, in denen ein Kind aufgrund eines besonderen Gesundheitszustandes einen speziellen Impfstoff benötigt, der neuartig bzw (hierzulande) noch nicht zugelassen ist („compassionate use“, siehe Kap 3.4.3.). Ähnliches würde für Impfungen gelten, die bei einem sehr beschränkten Personenkreis, etwa hinsichtlich einer selten aufkommenden Krankheit bzw Gesundheitsbeeinträchtigung, indiziert sind („orphan vaccines“²⁷⁹).

Wie erwähnt besteht auf die Erbringung von (bestimmten) Naturalleistungen im Rahmen des Unterhalts, wie etwa die Veranlassung von Impfungen, alleine aus dem Unterhaltsrecht grundsätzlich noch kein zwangsweise durchsetzbarer Anspruch des Unterhaltsberechtigten und hat die Vernachlässigung bzw Verletzung des Naturalunterhalts lediglich die Umwandlung in einen (durchsetzbaren) Geldunterhaltsanspruch zur Folge.²⁸⁰ Mit dem Geldunterhaltsanspruch ist für das minderjährige Kind aber zumeist noch nichts gewonnen: Zum einen ist bei minderjährigen Kindern der Geldunterhalt typischerweise ohnehin an den gesetzlichen Vertreter bzw (mit dessen Zustimmung) an den betreuenden Elternteil zu zahlen (§ 1424 ABGB), erst bei volljährigen Kindern an diese selbst.²⁸¹ Zum anderen ist für die tatsächliche Veranlassung einer Impfung – unabhängig von der Frage der Kostentragung – jedenfalls der Abschluss eines Behandlungsvertrags und die Einwilligung in die Maßnahme erforderlich, wofür bis zum Erreichen der Geschäfts- bzw Entscheidungsfähigkeit die Zustimmung der Eltern notwendig ist (siehe Kap 5.1.2.1.). Wenn also beide Elternteile die Impfung ablehnen, ist die tatsächliche Veranlassung der Impfung alleine aufgrund des Unterhaltsrechts noch nicht durchsetzbar (diesbezügliche Konfliktfälle werden in Kap 5.4.2., 5.4.3. behandelt). Anders ist dies hingegen, wenn die Ablehnung im konkreten Fall eine Kindeswohlgefährdung darstellt, sodass die Impfung mit gerichtlichen Maßnahmen (§ 181 ABGB) durchgesetzt werden kann (siehe Kap 6.). Hier werden allfällige Kosten im Unterhalt Deckung finden und über den Geldunterhaltsanspruch durchsetzbar sein.

²⁷⁹ Beispiel einer Impfung, die von der EMA mit der Bestimmung „Orphan-Arzneimittel“ zugelassen wurde: Autologer Nierentumor-Impfstoff zur Behandlung von Nierenzellkarzinomen, <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/orphan-designations/eu302116> (abgefragt am 1. 9. 2019).

²⁸⁰ EFSI 28.669; EFSI 23.778; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 79.

²⁸¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 196.

5. DAS VERHÄLTNISS DES MINDERJÄHRIGEN PATIENTEN ZUM ARZT

Wie bereits ausgeführt, fallen Schutzimpfungen als prophylaktische Maßnahmen unter den Begriff der medizinischen Behandlung (siehe Kapitel 3.1.).²⁸² Die rechtsgeschäftliche Grundlage für die Vornahme von Schutzimpfungen stellt der ärztliche Behandlungsvertrag dar. Aus diesem Vertrag trifft den Arzt neben der Behandlung insbesondere die Pflicht zur Aufklärung über die geplante Maßnahme. Die ärztliche Aufklärung ist Teil des bei medizinischen Eingriffen erforderlichen „informed consent“: Demnach bedarf jede Behandlung der vorhergehenden Einwilligung, welche wiederum nur erteilt werden kann, wenn zuvor eine adäquate Aufklärung stattgefunden hat.²⁸³

Diese juristischen Grundbausteine jeder ärztlichen Behandlung – und somit auch der Impfung – sollen im Folgenden detailliert dargestellt und speziell in Bezug auf Schutzimpfungen bei minderjährigen Patienten erörtert werden.

5.1. DER BEHANDLUNGSVERTRAG

5.1.1. RECHTSNATUR DES BEHANDLUNGSVERTRAGES

Der ärztliche Behandlungsvertrag stellt den rechtsgeschäftlichen Aspekt der medizinischen Behandlung dar. Er wird von der Rechtsprechung als gesetzlich nicht näher typisiertes Vertragsverhältnis definiert, auf Grund dessen der Arzt dem Patienten eine fachgerechte, dem objektiven Standard des speziellen Faches entsprechende Behandlung, nicht aber einen gewissen Erfolg schuldet.²⁸⁴ Da zur Rechtsnatur des Behandlungsvertrages keine gesetzliche Regelung erfolgt ist, wurde seitens der Lehre dessen Zuordnung in die bestehende Typologie intendiert.

Der OGH²⁸⁵ und Teile der Lehre²⁸⁶ ordneten den Behandlungsvertrag anfänglich noch dem Werkvertrag zu. Demgegenüber wird nach der heute herrschenden Ansicht vertreten, dass

²⁸² Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 173 Rz 1 (Stand 1.18.2018, rdb.at); Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁴ § 173 Rz 2.

²⁸³ Wendehorst, Anm zu BGH 30. 1. 2001, VI ZR 353/99, in Lindenmaier-Möhring, Entscheidungen in Zivilsachen, § 823 (Dd) BGB Nr. 27; Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/134; Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 70; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 1 ff.

²⁸⁴ RIS-Justiz RS0021335.

²⁸⁵ OGH 11. 6. 1952, 1 Ob 592/51; 10. 2. 1964, 1 Ob 15/64.

²⁸⁶ Völkl-Torggler, Die Rechtsnatur des ärztlichen Behandlungsvertrages, JBl 1984, 72 (82 f).

typischerweise ein freier Dienstvertrag vorliegt.²⁸⁷ Der Arzt schuldet dem Patienten nicht dessen Heilung, zumal manche Krankheiten bzw Gesundheitsschädigungen unheilbar sind und darüber hinaus der Behandlungserfolg teils von unvorhersehbaren physischen und psychischen Faktoren abhängig ist. Aufgrund der hohen Komplexität des menschlichen Körpers ist die Reaktion auf einen medizinischen Eingriff, wie etwa eine Operation oder auch eine Schutzimpfung, nicht gänzlich absehbar bzw steuerbar.²⁸⁸ Demzufolge ist in der ärztlichen Behandlung typischerweise kein Werk iSd § 1151 ABGB zu erblicken (und findet Gewährleistungsrecht keine Anwendung).²⁸⁹

Auch die Vornahme von Schutzimpfungen lässt sich folglich klar dem freien Dienstvertrag zuordnen. Natürlich muss der Arzt dem Patienten den Impfstoff in korrekter Weise zuführen, insbesondere die richtige Injektionsstelle und Methode wählen, jedoch ist die Reaktion des Körpers des Patienten auf die Impfung eben nicht vollends durch den Arzt steuerbar, sodass dieser nicht zur Herstellung eines konkretisierten Behandlungserfolgs verpflichtet sein kann.

5.1.2. VERTRAGSPARTNER / KONSTELLATIONEN

Behandlungsverträge können unterschiedliche Ausformungen annehmen, je nachdem, welche Rechtssubjekte als kontrahierende Parteien agieren. Ergänzt wird dieses Vertragsverhältnis in der Regel außerdem durch das Hinzutreten des Sozialversicherungsträgers.

5.1.2.1. Patientenseite

Auf der einen Seite ist typischerweise der Patient Partei des Behandlungsvertrages, dies unabhängig davon, ob es sich um einen Privat- oder Kassenpatienten handelt.²⁹⁰ Zum selbständigen Abschluss des Vertrages muss dieser nach allgemeinen Regeln geschäftsfähig sein, was grundsätzlich ab Vollendung des 18. Lebensjahres zu bejahen ist. Bei geschäftsunfähigen Patienten (insbesondere bei minderjährigen oder besachwalteten Personen) bedarf es zum gültigen Vertragsabschluss der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (siehe dazu

²⁸⁷ *Ofner*, Rechtsfragen zum Abschluss des Behandlungsvertrages, in *Bernat/Grabenwarter/Kneihs/Pöschl/Stöger/Wiederin/Zahl*, Festschrift Christian Kopetzki zum 65. Geburtstag (2019) 451 (452); *Engljähringer*, Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 488 (492); *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²² I/4; *Neumayr* in *GmundKomm*, Einleitung ABGB Rz 3; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 23.

²⁸⁸ *Ofner* in *Bernat/Grabenwarter/Kneihs/Pöschl/Stöger/Wiederin/Zahl*, FS Kopetzki 451 (452); *Neumayr* in *GmundKomm*, Einleitung ABGB Rz 3; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 44 f.

²⁸⁹ *Engljähringer*, ÖJZ 1993, 492 f; *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²² I/4.

²⁹⁰ *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 53; *Engljähringer*, ÖJZ 1993, 488.

Kap 5.1.2.1.).²⁹¹ Hier kann der auf die Impfung eines Minderjährigen abzielende Vertrag entweder vom Minderjährigen, vertreten durch einen gesetzlichen Vertreter, abgeschlossen werden, oder aber bloß durch den gesetzlichen Vertreter im eigenen Namen mit dem minderjährigen Impfling als begünstigtem Dritten.²⁹²

Vom Vertragsabschluss zu unterscheiden ist freilich die Einwilligung in die medizinische Behandlung, wofür nicht die Geschäftsfähigkeit, sondern die Entscheidungsfähigkeit erforderlich ist (siehe Kapitel 5.3.2.).²⁹³

5.1.2.2. Behandelndenseite

Auf Behandelndenseite kommen unterschiedliche Vertragspartner in Betracht. Eine grobe Untergliederung lässt sich anhand des Umstands vornehmen, ob die medizinische Behandlung inner- oder außerhalb einer Krankenanstalt durchgeführt werden soll.

5.1.2.2.1. Behandlung außerhalb einer Krankenanstalt

Die konventionellste Vertragskonstellation besteht bei Behandlungen in der Praxis eines freiberuflichen Arztes. Auch in Bezug auf Schutzimpfungen ist dies der übliche Ablauf. Der minderjährige Impfkandidat erscheint in Begleitung der obsorgeberechtigten Person in der Ordination, um die Impfung vornehmen zu lassen. Der Arzt wird hierbei klarerweise selbst Vertragspartei und trägt eine persönliche, unmittelbare Behandlungspflicht. Auch richten sich sämtliche Ansprüche aus dem Behandlungsvertrag gegen diesen.²⁹⁴

Wird der Patient im Rahmen einer Urlaubsvertretung geimpft, kommt der Behandlungsvertrag grundsätzlich mit dem vertretenden Arzt zustande.²⁹⁵ Wenn der Patient bzw dessen Elternteil jedoch „vor der Behandlung über einen Vertretungsfall aufgrund eines mit dem Vertreter abzuschließenden Behandlungsvertrags nicht aufgeklärt wird und deshalb nach seinem Erkenntnishorizont den Eindruck gewinnen muss, vom (tatsächlich abwesenden) Ordinationsinhaber oder zumindest innerhalb seines zivilrechtlichen Verantwortungsbereichs“

²⁹¹ Kindel, Besonderheiten und Rechtsfolgen des ärztlichen Behandlungsvertrages (2009) 25; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 40 f; Engljähringer, ÖJZ 1993, 493.

²⁹² Engljähringer, ÖJZ 1993, 493; Neumayr in GmundKomm, Einleitung ABGB Rz 19.

²⁹³ C. Rink/E. Rink, Die Behandlung minderjähriger Patienten (2013) 140; Engljähringer, ÖJZ 1993, 493; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 40.

²⁹⁴ Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 4; Juen, Arzthaftungsrecht² 52 ff.

²⁹⁵ Neumayr in GmundKomm, Einleitung ABGB Rz 14; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 7.

geimpft zu werden, kommt der Vertrag mit dem Inhaber der Ordination zustande, sodass der abwesende Arzt für Fehlverhalten des in seinem Auftrag tätigen Vertreters als Erfüllungsgehilfe haftet.²⁹⁶

Bei der Überweisung des Patienten, insbesondere an einen Facharzt, kommt wiederum typischerweise ein selbständiger Behandlungsvertrag zwischen diesen beiden Parteien zustande.²⁹⁷

Arbeiten Ärzte gem § 52a ÄrzteG im Rahmen einer selbständig berufsbefugten Gruppenpraxis in der Rechtsform einer OG oder GmbH zusammen, handeln die einzelnen Ärzte im Namen der selbst rechtsfähigen Gesellschaft.²⁹⁸ Folglich wird auch die Gesellschaft als solche Partei im Behandlungsvertrag über eine durchzuführende Schutzimpfung. Hierbei trifft die persönlich haftenden Gesellschafter hinsichtlich der Erfüllung ihrer Berufspflichten eine persönliche Verantwortlichkeit, die nicht durch Gesellschaftsvertrag, Gesellschafterbeschlüsse oder Geschäftsführermaßnahmen eingeschränkt oder aufgehoben werden kann (§ 52a Abs 6 ÄrzteG).

Zwar haben Ärzte ihre Leistungen grundsätzlich unmittelbar und persönlich zu erbringen, jedoch besteht die Befugnis, bei der Erfüllung des Behandlungsvertrages zusätzliche Hilfspersonen beizuziehen (§ 49 ÄrzteG; siehe Kap 5.1.2.2.3.). Setzt ein niedergelassener Arzt solche Hilfspersonen ein, besteht der Behandlungsvertrag dennoch nur zwischen dem Patienten und dem Arzt selbst, sodass diesem jegliches Fehlverhalten der Gehilfen nach § 1313a ABGB zugerechnet werden kann.²⁹⁹

5.1.2.2.2. Behandlung in einer Krankenanstalt

Wird ein Patient in einer Krankenanstalt behandelt, kommt der Behandlungsvertrag (bei ambulanter Behandlung) bzw Krankenhausaufnahmevertrag (bei stationärer Betreuung) regelmäßig mit dem Träger der Krankenanstalt zustande. Das Gesundheitspersonal agiert grundsätzlich als Erfüllungsgehilfe des Trägers, sodass kein eigenes Vertragsverhältnis

²⁹⁶ OGH 22. 1. 2008, 4 Ob 210/07x = EvBl 2008/94 = RdM 2008/61 = Zak 2008/205.

²⁹⁷ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht²² I/6; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 6; OGH 22. 1. 2008, 4 Ob 210/07x = EvBl 2008/94 = RdM 2008/61 = Zak 2008/205.

²⁹⁸ Karollus, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, RdM 2011, 192; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 9.

²⁹⁹ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht²² I/8; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 18.

zwischen Behandelnden und Patienten entsteht. Für etwaiges Fehlverhalten kann einerseits der Träger für seine Gehilfen nach § 1313a ABGB vertraglich, andererseits die behandelnde Person selbst deliktisch haften.³⁰⁰

Sowohl beim Einsatz von Hilfspersonen, als auch bei der Übertragung bestimmter Aufgaben an Angehörige anderer Gesundheitsberufe bleibt der Vertrag weiterhin zwischen Patienten und Krankenanstaltenträger bestehen (siehe Kapitel 5.1.2.2.3.). Den Krankenanstaltenträger trifft die Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB in Bezug auf sämtliche Dienstnehmer.³⁰¹

Ganz grundsätzlich ist hierbei zu bemerken, dass Schutzimpfungen in Krankenanstalten nur von sehr untergeordneter Bedeutung sind. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass Krankenanstalten primär der kurativen Behandlung der Patienten dienen und prophylaktische Maßnahmen in den Hintergrund rücken. Zudem leiden die in Krankenanstalten befindlichen Patienten regelmäßig an akuten behandlungsbedürftigen Erkrankungen, was eine Kontraindikation für Schutzimpfungen darstellt. Daher wird Krankenanstalten im Rahmen der gegenständlichen Abhandlung keine wesentliche Bedeutung zukommen. Eine Ausnahme hiervon stellt die postexpositionelle Prophylaxe (insb gegen Tetanus bei Wundverschmutzung) dar.

5.1.2.2.3. Hilfspersonen

Wie erwähnt haben Ärzte ihre Leistungen zwar generell unmittelbar und persönlich zu erbringen, es besteht allerdings die Befugnis, bei der Erfüllung des Behandlungsvertrages zusätzliche Hilfspersonen heranzuziehen. „Hilfspersonen im engeren Sinn“ gem § 49 Abs 2 ÄrzteG kann ein Arzt einsetzen, sofern sie unter seiner Aufsicht und nach seinen exakten Anweisungen handeln. Sie dürfen weiters nur der untergeordneten Mithilfe dienen, die eigenständige Verrichtung ärztlicher Tätigkeiten bleibt ihnen verwehrt.³⁰² Szenarien, in denen ein Arzt für die Durchführung einer Schutzimpfung eine Hilfsperson zur untergeordneten Mitwirkung benötigt, werden in der Praxis freilich selten sein. Vorstellbar ist etwa das Halten des Armes³⁰³ des Impflings durch eine Hilfsperson während der Impfung oder die

³⁰⁰ Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 10 f; Kindel, Besonderheiten und Rechtsfolgen des ärztlichen Behandlungsvertrages 21; Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht²² I/10.

³⁰¹ Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht²² I/11; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 11, 18.

³⁰² Mazal, Heranziehung von Hilfspersonen durch Ärzte – berufsrechtliche Aspekte, RdM 1996, 35; Emberger in Emberger/Wallner, Ärztegesetz mit Kommentar² (2008) § 49 Rz 8; Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht²² I/8; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 16.

³⁰³ Weiss/Lust, GuKG⁸ (2017) § 15, 130.

kurzfristige Beobachtung des Patienten durch eine Hilfsperson nach Verabreichung des Impfstoffes, um auf seltene Fälle anaphylaktischer Reaktionen oder Synkopen (Ohnmachtsanfälle) reagieren zu können.

Zudem können bestimmte ärztliche Tätigkeiten an Angehörige anderer Gesundheitsberufe übertragen werden. So ist insbesondere die Delegation an Angehörige des gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege möglich, dies aber stets nur im Einzelfall, nach Untersuchung und Beurteilung des Zustandes des Patienten durch den Arzt. Die generelle Übertragung bestimmter Fallgruppen ist folglich unzulässig.³⁰⁴ Unter diesen Bedingungen können Ärzte Angehörigen des gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege die Vornahme konkreter Impfungen übertragen.

Weiters sind in Ausbildung stehende Studenten der Medizin (Famulanten) nach § 49 Abs 4 und 5 ÄrzteG zur unselbständigen Ausübung gewisser Tätigkeiten unter Aufsicht und Anleitung eines ausbildenden Arztes befugt.³⁰⁵ Dabei ist in Abs 5 leg cit unter anderem die Vornahme intramuskulärer und subkutaner (nicht hingegen intravenöser³⁰⁶) Injektionen explizit angeführt. Nach dem Gesetzeswortlaut zählt insofern die Vornahme intramuskulärer oder subkutaner Schutzimpfungen unter den genannten Bedingungen zu den für Famulanten zulässigen Tätigkeiten. Wie schon in Kapitel 2.1.5. erwähnt, werden die meisten Impfstoffe intramuskulär oder subkutan verabreicht.

Wie bereits (in Kapitel 3.3.) beschrieben, ist die Vornahme von Schutzimpfungen zwar grundsätzlich nach § 3 Abs 4 iVm § 2 Abs 2 Z 5 ÄrzteG Ärzten vorbehalten, die gesetzlichen Delegationsmöglichkeiten des § 49 ÄrzteG stehen mit dem Arztvorbehalt jedoch in keinem Widerspruch.³⁰⁷

5.1.2.2.4. Sonderfall Schulimpfungen

Im Hinblick auf den langjährigen Usus der Schulimpfkationen bestehen spezielle Gegebenheiten, die gesondert hervorzuheben sind. Hierbei nehmen Ärzte Schutzimpfungen bei Schülern direkt in der jeweiligen Bildungseinrichtung vor, wobei sowohl Schulärzte, als auch Amtsärzte eingesetzt werden. Indes ist die Organisation bzw Durchführung von Schulimpfak-

³⁰⁴ Weiss/Lust, GuKG⁸ § 15, 130 f; Emberger in Emberger/Wallner, Ärztegesetz² § 49 Rz 11.

³⁰⁵ Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 51; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 17.

³⁰⁶ Kopetzki, RdM 1994, 106; Emberger in Emberger/Wallner, Ärztegesetz² § 49 Rz 17.

³⁰⁷ Wallner in GmundKomm § 3 ÄrzteG Rz 18; Kopetzki, RdM 1994, 106.

tionen bislang von Bundesland zu Bundesland sehr unterschiedlich ausgestaltet. So werden Schulimpfungen in manchen Bundesländern weitestgehend durch Amtsärzte abgewickelt (zB Oberösterreich, Kärnten, Tirol), indem sich die Gesundheitsverwaltung der Länder der Amtsärzte bedient, die wiederum die Schulen aufsuchen, um dort die entsprechenden Impfungen durchzuführen. Demgegenüber führen etwa in Wien Schulärzte die Schulimpfungen durch. In Wiener Pflichtschulen ist in den Dienstverträgen der Schulärzte festgehalten, dass auch Impfungen in deren Aufgabenbereich fallen. Hingegen war dies für Schulärzte an Bundesschulen in Wien bisher nicht der Fall, sodass Schulärzte (mangels eines diesbezüglichen „Auftrages“) das Haftungsrisiko traf. Die nunmehrigen diesbezüglichen Neuerungen sollen sogleich erörtert werden.

Zunächst ist in diesem Zusammenhang der Grundsatz festzuhalten, dass die Vornahme von (empfohlenen, aber freiwilligen) Schulimpfungen durch von den Ländern beauftragte Amtsärzte kein hoheitliches Handeln darstellt und somit Amtshaftung auszuschließen ist. Der OGH stellte ausdrücklich klar, dass es sich hierbei mangels gesetzlichen Zwanges nicht um Hoheits- sondern Privatwirtschaftsverwaltung handelt. Dass die Schule „offensichtlich zur Vereinfachung der praktischen Abwicklung“ involviert werde, könne daran nichts ändern. Die Empfehlung und das Angebot von Schutzimpfungen durch die Sanitätsbehörden im Interesse der Volksgesundheit stelle demnach privatwirtschaftliches Handeln gem Art 17 B-VG dar.³⁰⁸ Folglich ist auch der entsprechende Behandlungsvertrag zivilrechtlicher Natur. Etwaiges Fehlverhalten des Arztes kann in einer solchen Konstellation zu einer Haftung des betreffenden Landes führen, was auch ein bedeutendes Urteil des OLG Graz gezeigt hat. Im konkreten Fall wurde die Haftung bejaht, weil die Impfung von einem für das beklagte Land tätig gewordenen Sanitätsreferat empfohlen und angeboten, sowie in einer Hauptschule des Landes durchgeführt wurde und die beklagte Partei sich dabei einer bei ihr beschäftigten Amtsärztin bediente, wobei keine ausreichende Aufklärung erfolgte.³⁰⁹

Bei Schutzimpfungen durch Schulärzte bereitet hier ein Kompetenzkonflikt Probleme, der sich insbesondere daraus ergibt, dass die von den gesetzlichen Schulerhaltern gestellten Schulärzte nicht nur Aufgaben des Schulwesens erfüllen, sondern in den vergangenen Jahren zunehmend auch solche des Gesundheitswesens (darunter Schutzimpfungen) übernommen haben. Die nicht zum Schulwesen gehörigen Agenden werden zur Verhinderung verfassungs-

³⁰⁸ OGH 27. 3. 2007, 1 Ob 271/06v RdM 2007/106.

³⁰⁹ OLG Graz 6 R 5/10t RdM 2012/31 (zweiter Rechtsgang zu OGH 16. 12. 2008, 1 Ob 84/08x).

rechtlicher Probleme in Privatwirtschaftsverwaltung ausgeführt.³¹⁰ Die Schwierigkeiten ergeben sich aufgrund der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung: Im Schulwesen obliegt dem Bund die Gesetzgebung (Generalklausel, Art 14 Abs 1 B-VG), hinsichtlich der äußeren Organisation der öffentlichen Pflichtschulen aber lediglich die Grundsatzgesetzgebung, während die Ausführungsgesetzgebung den Ländern zukommt (Art 14 Abs 3 lit a B-VG). Die Vollziehung in Angelegenheiten des Schulwesens obliegt für Bundesschulen dem Bund, für Pflichtschulen den Ländern, die wiederum typischerweise die Gemeinden als Erhalter eingesetzt haben.³¹¹ Im Bereich des Gesundheitswesens, worunter Schulimpfungen an sich fallen, obliegt dem Bund Gesetzgebung und Vollziehung (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG), letztere wird aber von den Ländern als Gesundheitsbehörden in mittelbarer Bundesverwaltung durchgeführt.³¹² Diese Aufsplittung bewirkt, dass hinsichtlich der Organisation und Zurverfügungstellung der Infrastruktur für die schulärztlichen Aufgaben sowohl Verantwortlichkeiten des Schulwesens als auch des Gesundheitswesens bestehen, obwohl eine eindeutige Unterscheidung bislang schwerfiel. Angesichts dessen liegt es auf der Hand, dass die koordinierte bzw einheitliche Regelung der schulärztlichen Tätigkeit Probleme bereitet. Eine rezente Novellierung der für Schulärzte einschlägigen Bestimmungen des SchUG soll eine deutlichere Trennung der Kompetenzbereiche bzw Verantwortlichkeiten bewirken,³¹³ und diese Problematik weitestmöglich lösen (dazu sogleich).

Im Bestreben, Klärung zu verschaffen, gab das Bundesministerium für Gesundheit (Sektion II) zur Rechtslage vor der Änderung des SchUG eine Stellungnahme ab. Darin wurde festgehalten, dass gemäß der Vereinbarung zwischen Bund und Ländern betreffend das Kinderimpfkonzept die konkrete Organisation von öffentlichen Impfungen (sowohl im Vorschulalter, als auch im Zuge von Schulimpfkationen) als Aufgabe der Länder festgelegt wurde. Sohin sei es eine Entscheidung der Gesundheitsverwaltungen der Länder, wer mit der Durchführung von Schulimpfkationen beauftragt wird. Dies könnten neben Amtsärzten der Bezirksverwaltungsbehörden auch Schulärzte sein, wenn zwischen der Gesundheitsverwaltung des Landes und der jeweiligen Schulverwaltung eine Vereinbarung getroffen wurde, dass – auch oder ausschließlich – Schulärzte für solche Impfungen eingesetzt werden sollen. Schulimpfungen

³¹⁰ 299/ME 25. GP Erläut 47; *Götz/Münster/Taschner/Vogel*, Die österreichischen Schulgesetze (51. Lfg, 2019) XI. Schulunterrichtsrecht 139.

³¹¹ *Wieser in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I (14. Lfg, 2018), Art 14 B-VG Rz 43, 83 ff; *Jonak/Kövesi*, Das österreichische Schulrecht¹³ (2012) 36 f; *Juranek*, Schulverfassung und Schulverwaltung in Österreich und Europa I (1999) 405.

³¹² *Berka*, Verfassungsrecht⁷ Rz 405 ff.

³¹³ 299/ME 25. GP Erläut 47; *Götz/Münster/Taschner/Vogel*, Die österreichischen Schulgesetze (51. Lfg, 2019) XI. Schulunterrichtsrecht 139.

stellten zwar keine „genuine Aufgabe“ der Schulärzte dar, was aus § 66 SchUG aF³¹⁴ folgte. Sofern sich aber ein Land hierfür in Übereinkunft mit der Schulbehörde der Schulärzte bediene, handeln diese dabei im Auftrag ebendieses Landes. In solchen Fällen komme auch der betreffende Behandlungsvertrag zwischen Impfling (bzw dessen gesetzlichen Vertreter) und der Gesundheitsverwaltung des jeweiligen Landes zustande, was für Schulimpfungen durch Schulärzte und Amtsärzte gleichermaßen zu gelten habe.³¹⁵

Die vom BMG offenbar intendierte Organisationsstruktur scheint darauf zu basieren, dass die Gesundheitsverwaltungen der Länder ihre Aufgaben insofern wahrnehmen, als sie Vereinbarungen zu Schulimpfaktionen treffen. Eine solch einheitliche Lösung wäre freilich zu begrüßen, deren Umsetzbarkeit scheint aber in den so heterogenen Strukturen Schwierigkeiten zu bereiten. Zudem bleibt fraglich, was in Fällen gelten soll, wo solche Vereinbarungen nicht getroffen werden bzw keine konkreten Aufträge erfolgen. Hier scheint va die Haftungsfrage unklar.

Hinsichtlich Privatschulen stellt sich die Sachlage folgendermaßen dar: Werden Privatschulen vom jeweiligen Land bloß ersucht, Schulimpfaktionen zu organisieren, erfolgt die Vornahme dieser Impfungen nicht im Auftrag des Landes, sodass dieses auch nicht zu haften hat. Vielmehr wird der Behandlungsvertrag regelmäßig mit dem Schulerhalter zustande kommen, der die Impfaktionen anbietet bzw organisiert und sich dabei wiederum eines Schularztes bedient. Daraus folgt ein nicht unerhebliches zivilrechtliches Haftungsrisiko des Schulerhalters (insbesondere bei Verletzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht),³¹⁶ welches in den vergangenen Jahren auch zu einem Rückgang der Schulimpfaktionen an Privatschulen führte. Eine Entlastung des Schulerhalters könnte insofern erfolgen, als das betreffende Land auch hier in Rahmen eines Abkommens die Organisation der Schulimpfaktionen und damit die Haftung übernimmt.

Eine Änderung der Rechtslage erfolgte mit dem Bildungsreformgesetz 2017.³¹⁷ Im neu eingeführten, am 1. 9. 2018 in Kraft getretenen § 66a SchUG wird nunmehr gesetzlich festgelegt, dass Schulärzte auch Aufgaben der „Gesundheitsvorsorge für die schulbesuchende

³¹⁴ Bundesgesetz über die Ordnung von Unterricht und Erziehung in den im Schulorganisationsgesetz geregelten Schulen BGBl 1986/472 idF BGBl I Nr 2016/56.

³¹⁵ Aigner, Stellungnahme BMG-92800/0006-II/A/4/2011.

³¹⁶ Dies betrifft die zivilrechtliche Haftung aus dem Behandlungsverhältnis (insb bei Aufklärungsfehlern), die unabhängig von allfälligen Entschädigungsansprüchen aus dem Impfschadengesetz, also *neben* diesem besteht.

³¹⁷ BGBl I 2017/138.

Jugend“ wahrzunehmen haben. Darunter fällt gem § 66a Abs 1 Z 1 leg cit explizit die Durchführung von Schutzimpfungen und deren elektronische Dokumentation einschließlich der Kontrolle des Impfstatus und Impfberatung. Aus den Materialien ergibt sich, dass es sich dabei um eine Materie des Gesundheitswesens iSd Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG handelt. Weiters lässt sich den Materialien eine deutlichere Unterscheidung der Kompetenzbereiche entnehmen. Demnach ist die Abwehr von gesundheitlichen Gefahren, die typischerweise mit der schulischen Ausbildung in Verbindung stehen, Angelegenheit des Schulwesens. Hingegen ist alles den sonstigen Schutz von Schülern als Teilmenge der Gesamtbevölkerung vor Gesundheitsgefährdungen Betreffende die Aufgabe des Gesundheitswesens. Die bloße Tatsache, dass sich die Schutzimpfungen hier auf Schüler beziehen, oder dass diese an Schulen durchgeführt werden, bewirkt nicht schon, dass die Aufgabe zu einer solchen des Schulwesens wird.³¹⁸ Die Aufgaben der Gesundheitsvorsorge für die schulbesuchende Jugend – darunter Schulimpfungen – sind nach Maßgabe einer Verordnung des BMASGK auszuführen. Weiters ist den Materialien zu entnehmen, dass die gegenständliche Bestimmung der Gesundheitsverwaltung der Länder die Option verschafft, zur Wahrnehmung der Aufgaben der Gesundheitsvorsorge auf die von den gesetzlichen Schulerhaltern bestellten Schulärzte zurückzugreifen und sich der bestehenden Strukturen (Räumlichkeiten, Utensilien, etc) zu bedienen. Der Schulerhalter wäre sonst nur für die Zurverfügungstellung der schulärztlichen Strukturen in Angelegenheiten des Schulwesens zuständig. Damit die Gesundheitsbehörden für Agenden des Gesundheitswesens, wie Impfungen, die Strukturen des Schulwesens nutzen können, müssen sie mit den Schulerhaltern der allgemein bildenden Pflichtschulen (die gemäß Ausführungsgesetzgebung der Länder zu § 10 Pflichtschulerhaltungs-Grundsatzgesetz³¹⁹ die jeweiligen Gemeinden sind) davor entsprechende Vereinbarungen treffen. Gleiches soll analog auch hinsichtlich Privatschulen gelten.³²⁰ Im Übrigen ist in § 66a Abs 3 SchUG nunmehr ausdrücklich festgelegt, dass derartige Maßnahmen der Gesundheitsvorsorge im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung durchgeführt werden. Dies schließt für Impfungen durch Schulärzte eine Amtshaftung aus.

Diese Neuregelung wurde bzw wird teils kritisch betrachtet. Unklar war zunächst, da die maßgebliche Verordnung des BMASGK noch nicht erlassen war, die genauere Ausgestaltung dieser Struktur. Die Verordnung sollte nach den Materialien wesentliche Festlegungen enthalten, wie insbesondere die „Stelle, in deren Verantwortung die Maßnahmen der Gesund-

³¹⁸ 299/ME 25. GP Erläut 47.

³¹⁹ BGBl I 2017/138.

³²⁰ 299/ME 25. GP Erläut 47.

heitsvorsorge für die schulbesuchende Jugend erfolgen“ soll, sowie damit einhergehende organisatorische und sonstige Vorkehrungen.³²¹ Hier blieben sohin noch wesentliche Möglichkeiten zur klarstellenden Ausgestaltung offen.

Die Österreichische Ärztekammer monierte in ihrer Stellungnahme zum Entwurf des Bildungsreformgesetzes 2017 ua, dass in den Erläuterungen zwar darauf hingewiesen werde, dass mit den Schulerhaltern entsprechende Vereinbarungen zu treffen seien, jedoch die Frage offenbleibe, in welcher Form eine arbeitsrechtliche Regelung mit den Schulärzten erfolgt. Schließlich seien die zusätzlich zu erbringenden Aufgaben (wie Impfungen) „keine klassischen schulärztlichen Tätigkeiten im Rahmen des Schulwesens und damit auch nicht von den derzeitigen schulärztlichen Verträgen erfasst.“ Fraglich sei, durch wen und in welcher Form der Auftrag vergeben werde (hierfür seien unterschiedliche Konstellationen denkbar: zB Dienstvertrag mit dem Schulerhalter, oder Vereinbarungen zwischen BMASGK und Schulen bzw zwischen Gesundheitsbehörden und Schulen). Auch die Österreichische Ärztekammer hätte sohin offensichtlich eine detailliertere Regelung für angebracht erachtet.³²²

Die Landesschulärztinnen und Landesschulärzte Österreichs erklärten in ihrer Stellungnahme zum Entwurf, aufgrund der derzeitigen Unklarheiten müsse „davon ausgegangen werden, dass die Struktur ‚schulärztlicher Dienst‘ nicht wie geplant für Zusatzaufgaben seitens des BMGF zur Verfügung steht.“³²³

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass auch die Organisation von Schulimpfungen durch Schulärzte an Bundesschulen (hier ist der Bund kraft der Generalklausel des Art 14 Abs 1 B-VG gesetzlicher Schulerhalter³²⁴) eine neue Ausgestaltung erfahren sollte. Naheliegend wäre es, wenn auch hier die jeweilige Gesundheitsverwaltung des Landes den Schulärzten Aufträge zur Durchführung von Schulimpfungen erteilen würde. Denkbar ist auch eine solche Vereinbarung mit dem Bund und damit einhergehend dessen Übernahme der Haftung. Ziel der Neustrukturierung wird es insbesondere sein, die persönliche Haftung der Schulärzte weitestmöglich auszuschließen.

³²¹ 299/ME 25. GP Erläut 48; *Götz/Münster/Taschner/Vogel*, Die österreichischen Schulgesetze (51. Lfg, 2019) XI. Schulunterrichtsrecht 142.

³²² 798/SN 299/ME 25. GP.

³²³ 899/SN 299/ME 25. GP.

³²⁴ Eine gesetzliche Delegation der Schulerhaltereigenschaft an eine andere Gebietskörperschaft ist hier (e contrario Art 14 Abs 6 B-VG) verfassungsrechtlich ausgeschlossen. *Wieser in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I (14. Lfg, 2018), Art 14 B-VG Rz 43.

Des Weiteren ist bislang nicht geregelt, was bei (gänzlichem oder punktuellm/regionalen) Unterbleiben des Abschlusses solcher Vereinbarungen gelten soll. Mangels Vereinbarung wird sich die Gesundheitsverwaltung des Landes für die Durchführung von Schulimpfungen nicht der bestehenden Strukturen des Schulwesens bedienen können, gleichzeitig fallen Schulimpfaktionen nicht in den Kompetenzbereich des Schulwesens. Allenfalls könnte die Gesundheitsverwaltung des Landes Impfungen an Schulen anbieten und sich dabei der Amtsärzte bedienen.

Freilich wird sich die Umsetzung dieses neuen Systems angesichts der in den verschiedenen Bundesländern existierenden, unterschiedlich ausgestalteten Organisationsstrukturen möglicherweise kompliziert gestalten. Fraglich erscheint zudem, ob das System von der bestehenden Ärztestruktur abzudecken sein wird. In Anbetracht all dieser Umstände kann nicht mit Gewissheit gesagt werden, inwieweit die neue Regelung geeignet ist, die Durchführung von Schulimpfungen zu begünstigen bzw deren Abwicklung zu vereinfachen. Essenziell ist mE die klare Regelung, in wessen Verantwortung bzw Auftrag Schulärzte die Impfungen durchführen sollen. Wünschenswert wäre ferner eine Regelung zur Unterstützung des Schularztes mittels Hilfsdiensten. So wäre etwa die Nachbeobachtung des Impflings notwendig, wofür dem Arzt selbst freilich die zeitlichen Kapazitäten fehlen. Weiters ist fraglich, in wessen Verantwortungsbereich die Einhaltung der Kühlkette betreffend die Impfstoffe fällt. Dies betrifft zum einen die Lieferung, zum anderen die Lagerung. Erforderlich wäre auch die regelmäßige Überprüfung der Temperatur der Impfstoffe am Lagerungsort, was insofern problematisch sein kann, als hierfür häufig ein herkömmlicher Kühlschrank verwendet wird und teils über einen längeren Zeitraum kein Schulbetrieb herrscht (Ferien). Diese organisatorischen Aspekte könnten allesamt einer Regelung hinsichtlich des Verantwortungsbereichs zugeführt werden.

All diese Punkte klarer zu regeln wäre nun natürlich der Anspruch an die Durchführungsverordnung. Die am 6. 12. 2019 kundgemachte SchulÄ-V³²⁵ beinhaltet schließlich folgendes: Nach § 2 Abs 1 haben Schulärztinnen/Schulärzte „nach Beauftragung durch die Landeshauptfrau/den Landeshauptmann, sofern diese Aufgabe nicht von anderen Ärztinnen/Ärzten wahrgenommen wird, in Umsetzung des gemeinsamen kostenfreien Impfprogramms des Bundes, der Bundesländer und der Sozialversicherungsträger die gemäß dem jeweils aktuellen Impfplan Österreich empfohlenen Impfungen entsprechend dem gemeinsamen kosten-

³²⁵ Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz betreffend die Übernahme von Aufgaben der Gesundheitsvorsorge für die schulbesuchende Jugend durch Schulärztinnen und Schulärzte BGBl II 2019/388.

freien Impfprogramm bei Schülerinnen/Schülern nach Zustimmung durch die entscheidungsfähige Schülerin/den entscheidungsfähigen Schüler oder deren/dessen Erziehungsberechtigte/n (Person, die mit der gesetzlichen Vertretung im Bereich Pflege und Erziehung betraut ist) durchzuführen [...]“ Daraus lässt sich ableiten, dass es den Ländern obliegt, Schulärzte mit Schulimpfungen zu beauftragen. Sie können diese Tätigkeit aber auch weiterhin anderen Ärzten überlassen, also insbesondere wahlweise daran festhalten, Schulimpfkationen (auch teilweise) durch Amtsärzte abzuwickeln. Offen bleibt anscheinend die Möglichkeit, dass von Seiten eines Bundeslandes eine solche Beauftragung unterbleibt, was zur Folge hätte, dass dort am bisherigen System festgehalten wird. Hinsichtlich der Frage, welche konkreten Impfungen durchzuführen sind, könnte man die Bestimmung dahingehend interpretieren, dass sämtliche im Kinderimpfkonzept *kostenfrei* angebotene Impfungen vorgesehen sind (nach dem Entwurf sind die „empfohlenen Impfungen entsprechend dem gemeinsamen kostenfreien Impfprogramm“ durchzuführen). Zusätzlich ist in § 2 Abs 2 Z 3 SchulÄ-V die Möglichkeit vorgesehen, dass der/die BM für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz Schulärzten die Durchführung von weiteren empfohlenen Impfungen bei Schülern nach Beauftragung durch den Landeshauptmann (und wiederum nach Zustimmung von Patientenseite) überträgt, wenn diese im Hinblick auf in Aussicht genommene Schulveranstaltungen oder schulbezogene Veranstaltungen oder aus epidemiologischer Sicht für den Schulkontext erforderlich ist. Überdies regelt § 3 SchulÄ-V, dass Schulärzte die Gesundheitsbehörden nach Beauftragung durch die zuständige vollziehende Behörde im Rahmen der Mitwirkung bei der Bekämpfung von Infektionskrankheiten zu unterstützen haben, sofern in einer Schule ein Verdachts-, Erkrankungs- bzw Todesfall einer meldepflichtigen Krankheit aufgetreten ist. Dies betrifft Maßnahmen nach dem Epidemiegesetz in Ausbruchsfällen.

Die SchulÄ-V soll dem BMASGK zufolge insbesondere eine explizite Rechtsgrundlage für Impfungen durch Schulärzte schaffen, sowie zudem die Zusammenarbeit zwischen Amtsärzten und Schulärzten verbessern, um in Ausbruchsfällen koordinierter reagieren zu können.³²⁶

Die tatsächlichen Auswirkungen der Neuregelung können zu diesem Zeitpunkt freilich noch nicht beurteilt werden, da die genaue Ausgestaltung entsprechender Vereinbarungen bzw Beauftragungen erst zu erfolgen hat. Mit der SchulÄ-V ist wohl die Frage geklärt, in wessen Auftrag Schulimpfungen künftig erfolgen sollen. Offen bleiben allerdings etliche der oben aufgeworfenen, vorwiegend organisatorischen Fragen. Abzuwarten wird bleiben, in welcher

³²⁶ APA-OTS, Schulärzte-Verordnung: Impfungen an Schulen klar geregelt, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20191206_OTS0135/schulaerzte-verordnung-impfungen-an-schulen-klar-geregelt (Stand 6. 12. 2019).

Weise die jeweiligen Länger von ihren Möglichkeiten Gebrauch machen und sich die Strukturen entwickeln werden. Jedenfalls ist der Versuch der Vereinheitlichung des bisherigen, überaus heterogenen Systems mE zu begrüßen.

Da die (zumindest aus zivilrechtlicher Sicht) vorwiegende Problematik bei Schulimpfaktionen aber die ärztliche Aufklärungspflicht betrifft, soll die weitere Darstellung an der entsprechenden Stelle erfolgen (siehe Kapitel 5.2.8.).

5.1.2.3. Sozialversicherungsträger

Im Allgemeinen tritt zum Behandlungsverhältnis typischerweise der Sozialversicherungsträger hinzu. Das Rechtsverhältnis des Versicherten zu dessen Krankenkasse entspringt dann allerdings nicht aus einem Vertrag, sondern ist durch gesetzliche Regelungen bestimmt. Das behandlungsvertragliche Verhältnis eines Kassenpatienten wird mit dem Arzt oder Krankenanstaltenträger auf Kosten der Sozialversicherung begründet. Das (Nicht-)Bestehen der Sozialversicherung vermag nichts am Bestand des Behandlungsvertrages zwischen Arzt und Patienten zu ändern.³²⁷

Impfungen sind typischerweise keine Pflichtleistungen des Krankenversicherungsträgers. Ein wie oben geschildertes Hinzutreten des Sozialversicherungsträgers ergibt sich lediglich, wenn für Impfungen Kostenzuschüsse nach ASVG geleistet werden (siehe Kap 3.6.2.). Bei Impfungen des kostenfreien Kinderimpfkonzpts erbringt der Sozialversicherungsträger seine Leistungen nicht aufgrund gesetzlicher Grundlage (AVSG), sondern aufgrund einer Vereinbarung mit Bund und Ländern als gemeinsame Kostenträger. Für Impfungen außerhalb des kostenfreien Impfkonzpts sind Impfstoffkosten und Impfhonorar (auch bei Kassenvertragsärzten) von Patientenseite zu tragen, sodass der Sozialversicherungsträger nicht zum Vertragsverhältnis hinzutritt.

5.1.3. ZUSTANDEKOMMEN DES VERTRAGES

Für das Zustandekommen des ärztlichen Behandlungsvertrages bedarf es nach allgemeinen Grundsätzen übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien über die vorzunehmende

³²⁷ Juen, Arzthaftungsrecht² 53; Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht²² I/15.

Impfung. Dies kann mangels Formvorschriften mündlich und auch konkludent erfolgen, was in der Praxis regelmäßig vorkommt.³²⁸

Weiters ist die Geschäftsfähigkeit der Vertragsparteien erforderlich – also die Fähigkeit, durch eigenes rechtsgeschäftliches Handeln Rechte und Pflichten zu begründen.³²⁹ Dabei ist nunmehr (seit dem 2. ErwSchG) auf die Entscheidungsfähigkeit abzustellen, sodass neben dem Alter va ein entsprechender Geisteszustand gefragt ist. Der Betroffene muss Bedeutung und Folgen des Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich dementsprechend verhalten können.³³⁰ Bei Volljährigen ist im Zweifel vom Vorliegen der Geschäftsfähigkeit auszugehen (§ 865 Abs 1 Satz 1 ABGB, § 24 Abs 2 Satz 2 ABGB).³³¹ Unmündige Minderjährige können grundsätzlich mangels ausreichender Geschäftsfähigkeit selbst keinen Behandlungsvertrag abschließen, sie bedürfen hierfür der Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters (zur möglichen Ausnahme bei bloß begünstigenden Verträgen iSd § 865 Abs 2 ABGB siehe Kap 5.4.3.3.).³³² Auch bei mündigen Minderjährigen fehlt grundsätzlich die hinreichende Geschäftsfähigkeit zum Abschluss von Behandlungsverträgen, hinzu tritt allerdings die Möglichkeit des § 170 Abs 2 ABGB: Hinsichtlich zur freien Verfügung überlassener Sachen und des Einkommens aus eigenem Erwerb sind mündige Minderjährige nämlich selbst verpflichtungs- bzw Verfügungsfähig, sofern nicht die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse gefährdet wird.³³³ Für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit ist also ua die Höhe des jeweils zu zahlenden Entgelts ausschlaggebend. So kann bei kostenpflichtigen Impfungen – wo sowohl bei Wahlärzten als auch bei Kassenvertragsärzten Impfstoffkosten und Impfhonorar anfallen (die meisten der empfohlenen Schutzimpfungen werden nach Erreichen der Mündigkeit nicht mehr kostenlos angeboten³³⁴) – bei

³²⁸ *Ofner* in *Bernat/Grabenwarter/Kneihs/Pöschl/Stöger/Wiederin/Zahlr*, FS Kopetzki 451 (453); *Engljähringer*, ÖJZ 1993, 489; *Neumayr* in *GmundKomm*, Einleitung ABGB Rz 6; *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²² I/15.

³²⁹ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 1 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht AT⁸ Rz 2/15 f; *Resch*, Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen, in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 38 (40).

³³⁰ *P. Bydlinski*, Alles fließt. Gedanken zur „neuen“ Handlungsfähigkeit und ihren Erscheinungsformen, ÖJZ 2018, 941 (944); *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 1, 3 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

³³¹ *P. Bydlinski*, ÖJZ 2018, 941 (944); *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 4 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

³³² *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht AT⁸ Rz 2/20 f; *Engljähringer*, ÖJZ 1993, 493; *Kindel*, Besonderheiten und Rechtsfolgen des ärztlichen Behandlungsvertrages 25.

³³³ *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 170 Rz 7 ff; *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht AT⁸ Rz 2/24; *Menardi*, Zustimmungs- und Genehmigungspflichten bei der medizinischen Behandlung Minderjähriger, ÖA 1998, 3 (6 ff).

³³⁴ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 10 f.

ausreichendem Eigeneinkommen, etwa bei Lehrlingen, uU Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen vorliegen (siehe Kap 5.4.3.). Jedenfalls bei Tragung der Behandlungskosten durch die gesetzliche Krankenversicherung ist nicht von einer Gefährdung der Lebensbedürfnisse auszugehen und wird auch bei einkommenslosen Minderjährigen die Geschäftsfähigkeit bejaht.³³⁵ Dies wird mE auch auf mündige Minderjährige zutreffen, die kostenfreie Impfungen vornehmen lassen wollen (im Rahmen des Kinderimpfkonzepts werden die Impfungen gegen MMR und Hepatitis B auch über die Vollendung des 14. Lebensjahres hinaus kostenlos angeboten³³⁶). Eine ausführliche Darstellung möglicher Konstellationen, in denen Minderjährige Impfungen selbständig veranlassen können, erfolgt in Kap 5.4.3.. Trifft kein Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit zu, ist für den Abschluss des Behandlungsvertrags die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich,³³⁷ so insbesondere im Hinblick auf kostenpflichtige Impfungen bei einkommenslosen Minderjährigen.

5.1.4. RECHTE UND PFLICHTEN AUS DEM BEHANDLUNGSVERHÄLTNIS

Die wechselseitigen Rechte und Pflichten des Behandlungsverhältnisses erwachsen zum einen aus dem Behandlungs- bzw Krankenhausaufnahmevertrag selbst, zum anderen aus einer Vielzahl gesetzlicher Bestimmungen (KAKuG, Landeskrankenanstaltengesetze, Berufs- bzw Materiegesetze, StGB, Patientencharta). Der folgenden Darstellung der wesentlichen Aspekte ist vor auszuschicken, dass typischerweise eine Pflicht des Behandelnden das entsprechende Recht des Patienten begründet und *vice versa*.

5.1.4.1. Rechte und Pflichten auf Behandelndenseite

5.1.4.1.1. Medizinische Behandlung

Die Hauptpflicht des Behandelnden aus dem Behandlungsvertrag ist eine sorgfältige medizinische Behandlung gemäß der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung sowie unter Einhaltung bestehender Vorschriften und fachspezifischer Qualitätsstandards.³³⁸ Entspricht eine Impfung diesen Kriterien nicht, wurde sie nicht *lege artis* durchgeführt. Insofern ist es notwendig, dass Behandelnde ihr berufsspezifisches Wissen stets auf dem aktuellen Stand halten, was auch

³³⁵ Menardi, ÖA 1998, 3 (6 ff); Haidenthaller, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen, RdM 2001, 163 (174).

³³⁶ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 10 f.

³³⁷ Engljähringer, ÖJZ 1993, 493; Kindel, Besonderheiten und Rechtsfolgen des ärztlichen Behandlungsvertrages 25; P. Bydlinski, Bürgerliches Recht AT⁸ Rz 2/20 f.

³³⁸ Ofner in Bernat/Grabenwarter/Kneihs/Pöschl/Stöger/Wiederin/Zahrl, FS Kopetzki 451 (452); Juen, Arzthaftungsrecht² 58 f; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 26.

durch eine gesetzliche Fortbildungspflicht zum Ausdruck kommt (§ 49 Abs 1 ÄrzteG). Die sachgemäße Durchführung einer Schutzimpfung umfasst neben der Auswahl der fachgerechten Injektionsmethode und -stelle auch die Erhebung der Anamnese zum Ausschluss etwaiger Kontraindikationen und die Feststellung des aktuellen Gesundheitszustandes des Impfkandidaten zum Ausschluss akuter Erkrankungen.³³⁹ Sind aus medizinischer Sicht mehrere Teilimpfungen notwendig, sind diese mE vom selben Behandlungsvertrag umfasst, da der Immunisierungs- bzw Behandlungsvorgang wohl erst nach Verabreichung der letzten Teilimpfung abgeschlossen ist. Demgegenüber ist die Durchführung einer medizinisch gebotenen Auffrischungsimpfung mE aber grundsätzlich nicht mehr Inhalt des ursprünglichen Behandlungsvertrages, da diese für sich einen eigenständigen Behandlungsprozess darstellt, hinsichtlich dessen ein neuer Vertrag zustande kommt.

5.1.4.1.2. Aufklärungspflicht

Weiters trifft den Arzt zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten die Pflicht zur Aufklärung über Diagnose, Therapie und potenzielle Risiken der medizinischen Behandlung. Durch diese Selbstbestimmungsaufklärung soll der Impfling bzw. dessen Obsorgeberechtigter die notwendigen Informationen erhalten, um eine eigenständige Impfentscheidung treffen und gegebenenfalls in die Maßnahme einwilligen zu können.³⁴⁰ Die aufzuklärende Person ist im Wesentlichen über die Gefahren der zu verhütenden Krankheit, den Nutzen der Impfung, Beginn und Dauer der Schutzwirkung, allenfalls erforderliche Auffrischimpfungen, sowie mögliche Impfrisiken zu informieren.³⁴¹ Die Sicherungsaufklärung hingegen beinhaltet Anweisungen zum bestmöglichen Verhalten des Patienten nach der Impfung und dient damit dem Heilerfolg, sodass sie als Bestandteil der Behandlung selbst gilt.³⁴² Eine umfassende Darstellung der Aufklärungspflicht bei Impfungen bietet Kapitel 5.2..

5.1.4.1.3. Nachforschungspflicht

Um die Impfung samt entsprechender Aufklärung fachgerecht durchführen zu können, benötigt der Arzt gewisse Informationen über den Impfkandidaten (Gesundheitszustand,

³³⁹ Dittmann, Zur Aufklärungspflicht des Arztes vor Impfungen, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1175; BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 98.

³⁴⁰ Wendehorst in LM, § 823 (Dd) BGB Nr. 27; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 28; Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht 59.

³⁴¹ Dittmann, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1175 (1176); BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 98.

³⁴² Prutsch, Die ärztliche Aufklärung² (2004) 165; Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht 7 f; Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 28.

Allergien, andere Kontraindikationen, etc). In Form einer Nachforschungspflicht hat der Arzt zumutbare Bemühungen zu unternehmen, um sich die erforderlichen Informationen zu beschaffen. Dies kann zum einen durch Nachfragen beim Patienten bzw dessen Obsorgeberechtigten bewerkstelligt werden, zum anderen sind relevante Gesundheitsdaten auch aus der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) ersichtlich.³⁴³ Dies wird umso bedeutsamer werden, wenn der elektronische Impfpass eingeführt ist, der vor Impfungen freilich (zB zur Vermeidung von Doppelimpfungen) zu überprüfen sein wird.

Aus § 13 Abs 7 GTelG³⁴⁴ ergibt sich zunächst, dass der Arzt keine Einsicht in die Elektronische Gesundheitsakte nehmen muss, wenn dies technisch unmöglich, oder mit der durch den mit der Suche verbundenen Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet ist. Ansonsten wird es für den Arzt idR zumutbar sein, neben dem Patientengespräch auch Nachschau in ELGA zu halten, zumal die daraus ersichtlichen Informationen verlässlich und einfach zugänglich sind.³⁴⁵

Auf Auskünfte von Patientenseite darf der Impfarzt grundsätzlich vertrauen. Wenn für den Arzt aber erkennbar ist, dass die erteilten Informationen mangelhaft oder falsch sind, muss er weiter nachforschen bzw ELGA konsultieren, da er sonst pflichtwidrig handelt. Hinsichtlich der mittels ELGA erlangten Informationen gilt, dass sich der Arzt auf die Richtigkeit der Angaben verlassen darf, nicht allerdings auf deren Vollständigkeit, da der Patient das Recht hat, einzelne Daten auszublenden oder zu löschen (§ 15 GTelG).³⁴⁶

Verletzt ein Arzt seine Nachforschungspflicht, so kann ihm, wenn der Patient dadurch ein Schaden erlitten hat, die Haftung drohen.³⁴⁷ Die Nachforschungspflicht wird mE künftig auch den elektronischen Impfpass betreffen. Hier wird der Arzt insbesondere vor jeder Impfung nachsehen müssen, welche Impfungen bereits erfolgt sind, um etwa Doppelimpfungen zu vermeiden. Durch Nachschau in den elektronischen Impfpass werden auch personalisierte Impfeempfehlungen ermöglicht bzw vereinfacht.

³⁴³ Perner, Ärztliche Nachforschungspflichten und ELGA, ÖJZ 2013/123, 1052; Aigner/Leisch, ELGA – Die Elektronische Gesundheitsakte, RdM 2013/3.

³⁴⁴ Bundesgesetz betreffend Datensicherheitsmaßnahmen bei der Verarbeitung elektronischer Gesundheitsdaten und genetischer Daten BGBl I 2012/111 idF BGBl I 2018/100.

³⁴⁵ Perner, ELGA und Haftung, JMG 2016/1, 26 (29).

³⁴⁶ Perner, ÖJZ 2013/123, 1057 f; ders, JMG 2016/1, 26 (29).

³⁴⁷ Perner, ÖJZ 2013/123, 1058; Aigner/Leisch, RdM 2013/3 (25 f); ders, JMG 2016/1, 26 (29).

5.1.4.1.4. Dokumentationspflicht

Als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag, aber auch aufgrund gesetzlicher Grundlagen (§ 51 Abs ÄrzteG, § 10 KAKuG, etc.) hat der Behandelnde genaue Aufzeichnungen über den Behandlungsverlauf zu führen. Dies soll der Qualitäts- und Therapiesicherung, aber auch der Rechenschaftslegung und Beweissicherung dienen.³⁴⁸ Der Patient bzw. dessen obsorgeberechtigte Person ist wiederum zur Einsichtnahme und zum Erhalt diesbezüglicher Auskunft berechtigt.³⁴⁹ Überdies sind speziell Schutzimpfungen samt Chargennummer im Impfpass bzw -ausweis (derzeit noch typischerweise mittels Klebeetiketts) zu dokumentieren.³⁵⁰ So verletzt ein Arzt nach einer Entscheidung des VwGH (betreffend Entschädigungsansprüche gem ImpfSchG nach einer 1983 durchgeführten Masern-Mumps-Impfung) durch die Unterlassung der Eintragung von Handelsnamen und Charge des verwendeten Impfstoffes in den Impfpass seine Dokumentationspflicht, was zu einer Beweiserleichterung zugunsten des durch die Impfung geschädigten Beschwerdeführers führt. Bleibt aufgrund der Verletzung der Dokumentationspflicht unklar, welcher exakte Impfstoff verabreicht wurde, ist die Kausalität in Bezug auf alle Impfstoffe zu prüfen, deren Verwendung nicht ausgeschlossen werden kann. Jeder in Frage kommende Impfstoff muss hinsichtlich seines jeweiligen Nebenwirkungsprofils beurteilt werden.³⁵¹

5.1.4.1.5. Verschwiegenheitspflicht

Weiters ist der Impfarzt als Voraussetzung für ein vertrauensvolles Miteinander von Arzt und Patient³⁵² zur Verschwiegenheit über die Patientendaten verpflichtet, dies zum einen aus dem Behandlungsvertrag und zum anderen aufgrund gesetzlicher Regelungen (§ 121 StGB, § 54 ÄrzteG, § 9 Abs 1 KAKuG). Bei minderjährigen Patienten besteht die Problematik, dass zum einen mit zunehmendem Alter des Minderjährigen dessen Persönlichkeitsrecht eine Geheimhaltung seiner Angelegenheiten auch gegenüber den Obsorgeberechtigten verlangt, zum anderen sowohl ethische und juristische Argumente, als auch praktische Gegebenheiten

³⁴⁸ Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 29; Juen, Arzthaftungsrecht² 60; Ellinger/Missliwetz, Die Verpflichtung zur Führung ärztlicher Aufzeichnungen, RZ 1994, 124 (125 f).

³⁴⁹ OGH 1 Ob 550/84 SZ 57/98 = EvBl 1985/32; Juen, Arzthaftungsrecht² 150; Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht 57.

³⁵⁰ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 98.

³⁵¹ VwGH 18. 12. 2007, 2004/11/0153.

³⁵² Wendehorst, Ärztliche Schweigepflicht bei Kindern und Jugendlichen, in Wiesemann/Dörries/Wolfslast/Simon, Das Kind als Patient (2003), 72.

für eine Preisgebung gegenüber den Obsorgeberechtigten sprechen.³⁵³ In diesem Zusammenhang hat jene Theorie³⁵⁴ viel für sich, die besagt, dass eine Altersgrenze besteht, bei deren Überschreiten der minderjährige Patient selbst entscheiden kann, welche Informationen den Obsorgeberechtigten mitgeteilt werden sollen. Ist die entsprechende Reife (die stets in Bezug auf die konkrete Situation zu beurteilen ist und auch bereits vor der Einwilligungsfähigkeit vorliegen kann) vorhanden, trifft den Arzt gegenüber den Obsorgeberechtigten die gleiche Verschwiegenheitspflicht wie bei Außenstehenden. *Wendehorst* spricht sich treffend für diese Theorie aus, da sie sich „bruchlos mit modernen Vorstellungen abgestufter Grundrechtsmündigkeit, Erziehung zur Autonomie und Subsidiarität der elterlichen Fürsorge vereinbaren lässt.“³⁵⁵ Wenngleich der Verschwiegenheitspflicht bei Impfungen keine außerordentliche Bedeutung zukommt, wird sie freilich auch in solchen Fällen zu beachten sein. Ein denkbares Spannungsfeld bietet hier etwa der Wunsch eines minderjährigen Patienten, die HPV-Impfung zu erhalten, wenn die Eltern (aus welchen Gründen auch immer) der strikten Ansicht sind, dass ihr Kind noch keinen Geschlechtsverkehr hat. Da Minderjährige, wie an späterer Stelle noch ausgeführt wird (Kap 5.4.3.), uU auch vor Erreichen der Mündigkeit hinsichtlich der HPV-Impfung selbst einwilligungsfähig und (beschränkt) geschäftsfähig sein können, können sie die Impfung selbständig veranlassen. Die hier vorliegende Reife des Minderjährigen wird es mE gebieten, ein allfälliges Geheimhaltungsinteresse des Minderjährigen zu beachten und nur diesem selbst die Entscheidung zu überlassen, ob bzw welche diesbezüglichen Informationen den Eltern offenbart werden dürfen.

Im Übrigen gibt es hinsichtlich impfpräventabler Krankheiten Sonderfälle, in denen Ärzte zur Durchbrechung der Verschwiegenheit angehalten sein können, nämlich in Fällen gesetzlicher Meldepflichten, insb zum Schutz der öffentlichen Gesundheit.³⁵⁶ So ist im EpG die Anzeigepflicht bestimmter Infektionskrankheiten vorgesehen.

5.1.4.1.6. Besonderheiten bei „off-label-use“

Es wurde bereits (in Kap 3.4.3.) erörtert, dass der „off-label-use“ von Arzneimitteln durch Ärzte arzneimittelrechtlich zulässig ist. Der VwGH verneinte ein den behandelnden Arzt

³⁵³ *Wendehorst* in *Wiesemann/Dörries/Wolfslast/Simon*, Das Kind als Patient 74.

³⁵⁴ *Hollmann*, Ärztliche Schweigepflicht gegenüber Angehörigen des Patienten, DMW 1982, 192; *Laufs*, Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht (1992) 115 ff; *Bender*, Das Verhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und Informationsanspruch bei der Behandlung Minderjähriger, MedR 1997, 7, 15 f.

³⁵⁵ *Wendehorst* in *Wiesemann/Dörries/Wolfslast/Simon*, Das Kind als Patient 87 f.

³⁵⁶ *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 179; *Leitner* in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz² § 54 Rz 10; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 32.

treffendes Anwendungsverbot für nicht zugelassene Arzneimittel.³⁵⁷ Daher stellt „off-label-use“ per se auch keine ärztliche Berufspflichtverletzung nach § 49 Abs 1 ÄrzteG aus dem Grund der Verletzung „bestehender Vorschriften“ dar. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um die Anwendung eines Arzneimittels ohne Zulassung oder außerhalb einer vorhandenen Zulassung handelt.³⁵⁸

Eine Berufspflichtverletzung ist aber möglich, wenn das zulassungsüberschreitend angewendete Arzneimittel keine positive Risiko-Nutzen-Relation aufweist und die ärztliche Anwendung daher gegen die Anforderungen des § 49 Abs 1 ÄrzteG – Handeln nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung; gewissenhafte Betreuung; Wahrung des Wohles der Kranken und Schutz der Gesunden – verstößt.³⁵⁹

Abgesehen von der grundsätzlichen „Erlaubtheit“ kann die zulassungsüberschreitende Anwendung für Ärzte im Hinblick auf berufsrechtliche Fürsorgepflichten und arzthaftungsrechtliche Sorgfaltspflichten sogar *geboten* sein – vorausgesetzt, sie ist medizinisch indiziert und therapeutisch notwendig.³⁶⁰ Der „off-label-use“ von Impfungen ermöglicht es Ärzten, dem Impfkandidaten auch dann die bestmögliche evidenzbasierte Behandlung zu bieten, wenn es für den konkreten Bedarfsbereich keinen zugelassenen Impfstoff gibt bzw momentane Impfstoffknappheit herrscht.³⁶¹ Ärzte sind dazu verpflichtet, bei der Behandlung ihrer Patienten die nach den *leges artis* angezeigten Methoden bzw Heilmittel anzuwenden (insb § 49 Abs 1 ÄrzteG). Dies kann im Extremfall so weit reichen, dass das Unterlassen einer Impfung, die noch nicht zugelassen ist, aber hinsichtlich einer bestimmten Krankheit bzw eines Anwendungsbereichs medizinisch erprobt ist und sich zuvor als wirksam erwiesen hat, einen Behandlungsfehler darstellt.³⁶² Das Fehlen einer verwaltungsrechtlichen Zulassung bzw die Zulassungsüberschreitung ist kein Indiz für eine Sorgfaltswidrigkeit des Arztes und stellt keine Verletzung eines Schutzgesetzes gem § 1311 ABGB dar.³⁶³

³⁵⁷ VwGH 28. 3. 2017, Ro 2016/09/0001 RdM 2017/145 (*Kopetzki*).

³⁵⁸ VwGH 28. 3. 2017, Ro 2016/09/0001 RdM 2017/145, 193 ff (*Kopetzki*).

³⁵⁹ VwGH 28. 3. 2017, Ro 2016/09/0001 RdM 2017/145, 195 (*Kopetzki*).

³⁶⁰ *Thöni/Stühlinger/Staudinger*, Rechtliche Rahmenbedingungen zum Off-Label-Use in Österreich, RdM 2008/66; *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 92; OGH 7 Ob 113/08f RdM 2009/34.

³⁶¹ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 100.

³⁶² OLG Köln 27 U 169/89 VersR 1991, 186 (*Deutsch*); *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 92.

³⁶³ *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 92; aA *Bachinger/Plank*, RdM-ÖG 2008, 21 ff.

Die juristischen Grenzen des „off-label-use“ entspringen aus ärztlicher Sicht nicht dem Arzneimittelrecht, sondern den allgemeinen Grundsätzen für ärztliches Tätigwerden. Sohin ist die zulassungsüberschreitende Anwendung dann erlaubt, wenn sie *lege artis* erfolgt, also dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft entspricht.³⁶⁴ Die Anwendung einer Impfung innerhalb der Zulassung ist lediglich ein Indiz für die Konformität mit den Standards der medizinischen Wissenschaft. Der Arzt kann hier auf die Herstellerinformationen vertrauen, sofern keine neueren bzw konträren Hinweise vorliegen.³⁶⁵ Beim „off-label-use“ hat der Arzt die Anwendung im konkreten Fall anhand anderer Quellen zu rechtfertigen, sodass ihn eine erhöhte Begründungslast trifft. Als das Handeln legitimierende Informationsquellen können allfällige Leitlinien, Empfehlungen von Fachgesellschaften, der allgemein anerkannte Wissensstand sowie klinische Erfahrung dienen.³⁶⁶ Bei Impfungen werden sich Ärzte insbesondere auf die Empfehlungen zum „off-label-use“ im nationalen Impfplan berufen können.

Ist die Indikation des „off-label-use“ einer Impfung in Fachkreisen anerkannt und sind die Risiken ausreichend bekannt, behandelt der Arzt fachgerecht und kann diesem für die Zulassungsüberschreitung keine Sorgfaltswidrigkeit angelastet werden. Dem Vorwurf einer Sorgfaltswidrigkeit kann ein Arzt erst ausgesetzt sein, wenn die Risikobeurteilung aufgrund besonderer Umstände gegen den „off-label-use“ ausfallen hätte müssen, beispielsweise wenn eine erteilte Zulassung wegen einer bestimmten Gefährdungseigenschaft aufgehoben wurde oder die Zulassung deshalb abgelehnt wurde.³⁶⁷

5.1.4.2. Rechte und Pflichten auf Patientenseite

Prinzipiell wird von Patientenseite aufgrund des Behandlungsvertrags primär die Zahlung des Arzthonorars geschuldet. Im Allgemeinen gelten auch Verträge über jene ärztlichen Leistungen, hinsichtlich derer der sozialversicherte Patient bzw ein mitversicherter Angehöriger gem § 122 ASVG anspruchsberechtigt ist, als entgeltlich. Diesfalls hat der Sozialversicherungsträger die Kosten zu übernehmen und dem Arzt das Entgelt zu leisten. Versicherte Patienten sind aufgrund des Behandlungsvertrages wiederum verpflichtet, dem Arzt ihre e-card zur Verrech-

³⁶⁴ BGH VI ZR 55/05 NJW 2007, 2767 (2768); Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 78; Thöni/Stühlinger/Staudinger, RdM 2008/66.

³⁶⁵ Hart in Rieger, Lexikon des Arztrechts² Rz 8; Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 93.

³⁶⁶ Bachinger/Plank, RdM-ÖG 2008, 25; Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 93.

³⁶⁷ Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 93.

nung seiner Leistungen mit dem Krankenversicherungsträger vorzulegen.³⁶⁸ Impfungen sind aber typischerweise nicht von der Krankenversicherung gedeckt, nur bei der FSME-Impfung ist ein Kostenvorschuss vorgesehen, für dessen Bezug die e-card vorzulegen ist (§ 132c ASVG; im Pandemiefall auch für die Impfung gegen Influenza). Bei ärztlichen Leistungen, deren Kosten nicht durch die Sozialversicherung gedeckt sind, können grundsätzlich die Vertragsparteien die Höhe des Honorars vereinbaren.³⁶⁹ Besteht keine diesbezügliche Vereinbarung, gilt nach § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt als geschuldet.³⁷⁰ Entsprechendes wird auch für Impfungen gelten, die nicht im Rahmen des kostenfreien Kinderimpfkonzpts durchgeführt werden. Das diesbezügliche Impfhonorar ist idR ein vorab festgelegter Betrag, dessen Höhe je nach Arzt bzw Impfstelle variieren kann und etwa zwischen € 10,00 und € 20,00 liegt. Dieses Honorar ist neben den Impfstoffkosten von Patientenseite zu zahlen. Hingegen werden bei Impfungen des kostenfreien Kinderimpfkonzpts sowohl die Impfstoffkosten, als auch ein Impfhonorar von Bund, Ländern und Hauptverband der Sozialversicherungsträger getragen. Hier übermittelt der Arzt den Impfgutscheinabschnitt und die Honorarnote (hier rund € 10,00) direkt an die zuständige Gesundheitsbehörde des Landes, sodass auf Patientenseite keine Kosten anfallen. (siehe zur Kostentragung im Detail Kap 3.6.1.). Im Übrigen ist der Impfling bzw dessen gesetzlicher Vertreter über die Höhe allfälliger selbst zu tragender Kosten zu informieren (ärztliche Berufspflicht nach § 51 Abs 1a ÄrzteG bzw krankenanstaltenrechtliche Regelung in § 5a Abs 4 KAKuG).³⁷¹

Weiters hat der Impfkandidat bzw dessen gesetzlicher Vertreter dem Impfarzt jene Informationen zu erteilen, die dieser nicht selbst durch Untersuchungen ermitteln kann. Der Arzt hat wiederum die passenden Fragen zu stellen, um die für die konkrete Schutzimpfung relevanten Informationen zu erhalten (insbesondere betreffend Kontraindikationen). Grundsätzlich hat der Patient außerdem an ärztlichen Behandlungen insofern mitzuwirken, als Untersuchungen zu dulden, Therapiemaßnahmen Folge zu leisten oder Nachbehandlungstermine einzuhalten sind.³⁷² Der Impfling hat daher neben der Schutzimpfung selbst auch die Voruntersuchung zur Impftauglichkeit und eine allfällige Nachbeobachtung zu dulden. Sind mehrere Teilimpfungen notwendig, sind diese mE vom selben Behandlungsvertrag umfasst, sodass es zur Mit-

³⁶⁸ *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 35; *Engljähringer*, ÖJZ 1993, 488 (498).

³⁶⁹ *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I² (1999) 68; *A. Tanczos/D. Tanczos*, *Arzthaftung*² (2016) 59; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 36.

³⁷⁰ OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 249/02z; 5 Ob 79/68 EvBl 1968/340; *A. Tanczos/D. Tanczos*, *Arzthaftung*² 59.

³⁷¹ *Resch*, Wirtschaftliche Aufklärung des Patienten, ÖZPR 2014/84.

³⁷² *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 34; *Engljähringer*, *Ärztliche Aufklärungspflicht* 58; *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² 161 f.

wirkung des Patienten zählt, zur nächsten Teilimpfung vorstellig zu werden. Die Veranlassung einer medizinisch gebotenen Auffrischungsimpfung wird hingegen Inhalt eines neuen Behandlungsvertrages sein (siehe schon Kap 5.1.4.1.).

Zur Mitwirkung und Information ist der Patient jedoch nicht verpflichtet, es handelt sich dabei vielmehr um bloße Obliegenheiten. Werden diese nicht beachtet, drohen dem Patienten insofern Konsequenzen, als der Arzt den Behandlungsvertrag kündigen kann oder etwaige Schadenersatzansprüche des Patienten wegen Mitverschuldens gemindert werden können.³⁷³

Im Übrigen ist der Patient auch zur Schadensbegrenzung angehalten.³⁷⁴ Dem OGH zufolge muss der Behandelte alles ihm Zumutbare unternehmen, um nach dem Auftreten eines behandlungsbedingten Schadens dessen Ausweitung entgegenzuwirken.³⁷⁵ So wird es aus Patientensicht ratsam sein, im Fall des Auftretens von Impfkomplicationen (nicht notwendigerweise auch bereits bei geringfügigen und unbedenklichen *Impfreaktionen*) den Arzt zu konsultieren, um mögliche Gesundheitsschäden zu kurieren bzw weitere zu verhindern.

5.1.5. IMPFUNGEN OHNE BEHANDLUNGSVERTRAG

Unter gewissen Umständen kann eine Behandlung auch stattfinden, ohne auf einem Behandlungsvertrag zu basieren. Zu den zwar möglichen, aber bei Schutzimpfungen wenig relevanten Situationen zählen medizinische Notfälle bei Minderjährigen oder Bewusstlosen sowie Behandlungen nach dem UbG.³⁷⁶ Wahrscheinlicher sind im Rahmen der gegenständlichen Thematik Fälle der Einwilligungsfähigkeit trotz mangelnder Geschäftsfähigkeit.³⁷⁷ Hierbei verfügt der Impfling zwar bereits über die notwendige Entscheidungsfähigkeit, um in die konkrete Schutzimpfung einzuwilligen, nicht jedoch über die ausreichende Geschäftsfähigkeit zum selbständigen Abschluss des Behandlungsvertrags. Erscheint ein solcher Patient nun ohne gesetzlichen Vertreter beim Arzt und wird die Impfung dennoch vorgenommen, etwa weil der Arzt die Geschäftsfähigkeit des Impflings fälschlicherweise annimmt, findet diese zwar nicht einwilligungslos, aber ohne korrelierenden Vertrag statt. Eine Darstellung der hieraus resultierenden Rechtsfolgen soll in Kapitel 5.4.3. erfolgen.

³⁷³ *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 58; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 161 f; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 34.

³⁷⁴ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹ I/47; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 162.

³⁷⁵ OGH 28. 8. 1997, 3 Ob 2121/96z.

³⁷⁶ Bundesgesetz vom 1. März 1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten BGBl 1990/155 idF BGBl I 2017/131.

³⁷⁷ *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²² I/23.

5.2. ÄRZTLICHE AUFKLÄRUNGSPFLICHT

Die ärztliche Aufklärungspflicht ergibt sich aus dem Behandlungsvertrag, sowie aus einer Vielzahl von einschlägigen gesetzlichen Grundlagen (§ 5a Abs 1 Z 2 KAKuG, Art 16 und 23 Patientencharta, § 51 Abs 1 ÄrzteG, sowie weitere berufs- bzw. materienspezifische Gesetze). Die Pflicht des Arztes zur Aufklärung korreliert mit dem Recht des Patienten auf Information.³⁷⁸ Dass die Aufklärungspflicht auch bei Impfungen gilt, entspricht längst der Rechtsprechung des OGH.³⁷⁹

Zwar gibt es im Schrifttum unterschiedliche Herangehensweisen, die Aufklärungspflicht zu untergliedern (inklusive einer dementsprechend breit gefächerten Terminologie), doch erscheint die Einteilung nach deren Funktion am praktikabelsten.³⁸⁰ Demnach unterscheidet man zwischen der Selbstbestimmungsaufklärung, welche dem Adressaten die erforderlichen Informationen für eine selbständige Entscheidung über den Eingriff verschaffen soll, und der Sicherungsaufklärung, welche die Sicherung des Behandlungserfolges durch therapiegerechtes Verhalten des Patienten bezweckt.³⁸¹

5.2.1. SELBSTBESTIMMUNGSaufklärung

Die Selbstbestimmungsaufklärung verfolgt das Ziel, dem Patienten die notwendigen Informationen zu verschaffen, um selbständig unter Abwägung der Vor- und Nachteile über die Vornahme des medizinischen Eingriffes entscheiden zu können. Gleichzeitig ist sie Voraussetzung für die wirksame Einwilligung in die Behandlung. Im Wesentlichen muss der Arzt den Patienten über Wesen, Bedeutung und Tragweite der Behandlung in Kenntnis setzen.³⁸² Innerhalb der Selbstbestimmungsaufklärung kann weiters Diagnose-, Verlaufs- und Risiko-

³⁷⁸ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, *Medizinrecht*¹⁵ I/73 ff.

³⁷⁹ OGH 10. 7. 1997, 2 Ob 197/97b; 16. 12. 2008, 1 Ob 84/08x; RIS-Justiz RS0038176 (T6).

³⁸⁰ Heidinger, Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in *Harrer/Graf, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung* (1999) 22; *Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht* 6 f.

³⁸¹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, *Medizinrecht*¹⁵ I/76; *Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht* 7 ff; *Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht*² Kap IV Rz 78.

³⁸² *Wendehorst in LM, § 823 (Dd) BGB Nr. 27*; *Heidinger in Harrer/Graf, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung* 23; *Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht* 9 f; *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht*¹⁵ I/76.

aufklärung unterschieden werden, wobei sich diese einzelnen Teilaspekte in der Praxis überlappen bzw gegenseitig bedingen können.³⁸³

5.2.1.1. Diagnoseaufklärung

Die Diagnoseaufklärung beinhaltet den ärztlichen Befund, also die Auskunftserteilung über den Gesundheits- bzw Krankheitszustand des Patienten.³⁸⁴ Im Hinblick auf Schutzimpfungen ist die Diagnoseaufklärung von geringer Bedeutung, da bei einem vorbeugenden Eingriff die entsprechende Erkrankung typischerweise noch nicht eingetreten ist. Gegenteiliges gilt selbstverständlich für postexpositionelle Impfungen.³⁸⁵ Hier gilt es, die erfolgte Exposition und deren Folgen abzuklären und darüber zu informieren.

5.2.1.2. Verlaufsaufklärung

Die Verlaufsaufklärung betrifft mehrere Aspekte. Zunächst dient sie dazu, den Adressaten über Wesen, Umfang, Erfolgsaussichten und Folgewirkungen des geplanten Eingriffs zu informieren. Gegebenenfalls sind alternative Behandlungsmethoden darzulegen.³⁸⁶ Aber auch über Gefahren der Unterlassung einer Maßnahme ist der Patient aufzuklären,³⁸⁷ was insbesondere gelten muss, wenn dieser eine medizinisch indizierte Behandlung verweigert. Dieser Aspekt der ärztlichen Aufklärungspflicht ist besonders im Fall der Unterlassung von Schutzimpfungen unmündiger Minderjähriger durch deren Obsorgeberechtigte interessant. Aufklärungsadressat ist hier jener Elternteil, der anstelle des minderjährigen Patienten in die Impfung einwilligen könnte. Lehnt dieser die Schutzimpfung ab, hat der Arzt auf die damit verbundenen Risiken aufmerksam zu machen, sowie im Zuge einer Schaden-Nutzen-Abwägung das jeweilige Gefahrenpotential zu vergleichen. Bei der Entscheidung über die Nicht-/Vornahme einer Behandlung ist die obsorgeberechtigte Person an das Kindeswohl gebunden (ausführlich dazu in Kapitel 6.).³⁸⁸

³⁸³ RIS-Justiz RS0118355; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 10 f; *Heidinger* in *Harrer/Graf*, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 44; *Zahrl*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Aufklärung, DAG 2018/65.

³⁸⁴ *Juen*, Arzthaftungsrecht² 97; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 10.

³⁸⁵ *Langbauer*, Das österreichische Impfwesen 73.

³⁸⁶ *Ofner*, Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden, in *Weiser*, Die Haftung des Arztes (2009) 127 (129); *Heidinger* in *Harrer/Graf*, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 44; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/78 ff.

³⁸⁷ *Ofner* in *Weiser*, Die Haftung des Arztes 127 (128); *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 11; RIS-Justiz RS0026578; OGH 1 Ob 743/80 JBl 1982, 491.

³⁸⁸ *Resch* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit 43; *Barth*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596 (602); *Noll* in *Kern/Mazal*, Die Grenzen der Selbstbestimmung 79 (91 f).

Entsprechendes gilt auch im deutschen Recht: Nach der deutschen Rsp hat der Arzt im Fall einer unvernünftigen Weigerung den Patienten bzw dessen Obsorgeberechtigten klar darauf hinzuweisen hat, dass sich aus der Unterlassung Gefahren ergeben, widrigenfalls der Arzt wegen „fehlender zweiter Aufklärung“ haftbar ist.³⁸⁹ Dies gilt auch für Impfungen.³⁹⁰

In diesem Zusammenhang bietet sich der folgende, kurze Exkurs an: Ärzte dürfen im Aufklärungsgespräch nicht kategorisch von Impfungen abraten, ohne darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um eine persönliche bzw Mindermeinung handelt. Vielmehr ist stets der vorherrschende Stand der medizinischen Wissenschaft und damit (auch) die Sinnhaftigkeit und der Nutzen von Schutzimpfungen darzulegen. In diesem Zusammenhang ist auch eine Entscheidung des VwGH³⁹¹ zu erläutern, die sich mit der Frage befasste, in wieweit ein Arzt impfkritisches Gedankengut äußern bzw verbreiten darf. Konkret hatte der Arzt – selbst deklariierter Impfgegner – „Impfstammtische“ organisiert, im Rahmen derer er von Impfungen aller Art abriet und die Sinnhaftigkeit von Impfungen und des Impfplanes in Frage stellte. Im diesbezüglichen Verfahren wurde untersucht, ob derartige Äußerungen zum Verlust der zur Erfüllung der Berufspflichten erforderliche Vertrauenswürdigkeit (§ 4 Abs 2 Z 3 ÄrzteG) führen, was mit der Streichung aus der Ärzteliste (Berufsverbot) sanktioniert werden kann. Die Unterinstanzen führten im Wesentlichen aus, dass der Arzt im Rahmen der fachgerechten Aufklärung auch über den Stand der ärztlichen Wissenschaft aufzuklären habe. Existieren demnach unterschiedliche Methoden bzw Theorien, sei darüber zu informieren. Zwar sei es zulässig, dass der Arzt seine persönliche (möglicherweise konträre) Ansicht äußere, jedenfalls müsse er aber auch die anderen, vorherrschenden wissenschaftlichen Meinungen und Fakten darlegen. In einer einseitig erfolgten Information – in Form einer Angst, Misstrauen und Unsicherheit auslösenden kategorischen Ablehnung von Schutzimpfungen unter gleichzeitiger Verschweigung ihres Nutzens – erblickten die Unterinstanzen einen Verstoß gegen die Grundsätze der ärztlichen Aufklärung und damit gegen das Berufsrecht. Der VwGH hob die Streichung aus der Ärzteliste allerdings mit der Begründung auf, dass keine Vertrauensunwürdigkeit vorliege, da die Behandlungs- bzw Betreuungspflichten nur gegenüber Personen bestünden, mit deren Behandlung der Arzt tatsächlich befasst sei. Hingegen seien an die Allgemeinheit gerichtete Publikationen bzw an die Teilnehmer der „Impfstammtische“ adressierte Aussagen nicht tauglich, zum Verlust der Vertrauenswürdigkeit zu führen. Zwar

³⁸⁹ OLG Stuttgart 12 U 149/84 VersR 1987, 391; OLG München 1 U 5487/87 VersR 1988, 1156; BGH VI ZR 369/90 VersR 1992, 237.

³⁹⁰ *Deutsch*, Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen, VersR 1998, 1053 (1057).

³⁹¹ VwGH 24. 7. 2013, 2010/11/0075 RdM 2014/47.

wurde diese Entscheidung teils hinterfragt, so etwa von *Heissenberger*,³⁹² die Reichweite der Vertrauenswürdigkeit kann an dieser Stelle allerdings dahingestellt bleiben. Jedenfalls geht aus alledem nämlich hervor, dass solche einseitigen, impfkritischen Darstellungen im Rahmen eines ärztlichen Aufklärungsgespräches mit einem Impfkandidaten eine klare Verletzung der Aufklärungspflicht darstellen würden.

5.2.1.3. Risikoauflklärung

Die Risikoauflklärung dient schließlich dazu, den Patienten über mögliche Komplikationen und Risiken des medizinischen Eingriffs zu informieren, die selbst bei einer *lege artis* und unter höchster ärztlicher Sorgfalt vorgenommenen Behandlung eintreten können. Über derartige Risiken ist grundsätzlich aufzuklären, sofern sie wissenschaftlich bekannt sind und einigermaßen realistisch in Frage kommen.³⁹³ Demgemäß hat der Arzt vor der Vornahme einer Schutzimpfung den Patienten über mögliche unerwünschte Wirkungen in Kenntnis zu setzen.

Die Risikoauflklärung wahrt einerseits das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und führt andererseits zu einem Übergang des Schadensrisikos. Willigt der ordnungsgemäß über unvermeidbare Behandlungsrisiken aufgeklärte Patient in den Eingriff ein, ist eine Haftung des Arztes für die Verwirklichung solcher Gefahren ausgeschlossen.³⁹⁴ Indes kann Patienten, denen infolge öffentlich empfohlener Impfungen Gesundheitsschädigungen erwachsen sind, durch Entschädigungsleistungen des Bundes nach dem ImpfSchG gewissermaßen Abhilfe verschafft werden (siehe dazu Kapitel 7.4.).

³⁹² *Heissenberger* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 83 f; *Heissenberger* sieht unter Berufung auf die Materialien zur 5. ÄrzteG-Novelle (BGBl I 2003/140; ErläutRV 306 BlgNR 22. GP 12) den Willen des Gesetzgebers nicht nur darauf gerichtet, dass die Vertrauenswürdigkeit ausschließlich anhand des Verhaltens des Arztes gegenüber seinen Patienten zu beurteilen wäre. Es sei vielmehr irrelevant, in welchen Bereichen die Gründe für den Verlust der Vertrauenswürdigkeit liegen, da nur maßgeblich sei, ob dem Arzt das notwendige Maß an Vertrauenswürdigkeit überhaupt zukommt. In diesem Zusammenhang sei auch das Vertrauen der Allgemeinheit in den Arzt zu berücksichtigen, sowie ob sich die zuständige Behörde auf die Vertrauenswürdigkeit des Arztes bei der Berufsausübung verlassen könne. Dem entspreche auch, dass die Prüfung der Vertrauenswürdigkeit nach den Materialien einem strengen Maßstab unterliege.

³⁹³ *Juen*, Arzthaftungsrecht² 97; *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 12; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26.

³⁹⁴ *Wendehorst* in *LM*, § 823 (Dd) BGB Nr. 27; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht⁹ I/82/a; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 83.

Die Selbstbestimmungsaufklärung in ihrer Gesamtheit stellt die Voraussetzung für eine rechtswirksame Einwilligung des Patienten in die medizinische Behandlung dar. Fehlt die entsprechende Aufklärung, so ist die Zustimmung unwirksam.³⁹⁵

5.2.2. SICHERUNGSaufKLÄRUNG

Die Sicherungsaufklärung, auch therapeutische Aufklärung genannt, dient der Förderung des Behandlungserfolges durch Anleitung des Patienten zu einem möglichst kooperativen Verhalten im Rahmen der Therapie („Compliance“). Das Unterbleiben dieser Art der Aufklärung stellt einen ärztlichen Behandlungsfehler dar.³⁹⁶ Die therapeutische Aufklärung wird als Bestandteil jeder *lege artis* vorgenommenen Behandlung gesehen und ist damit der Parteien-disposition vorenthalten.³⁹⁷ In Bezug auf Schutzimpfungen beinhaltet die Sicherungsaufklärung alle erforderlichen Anweisungen zu einem adäquaten Verhalten des Patienten nach der Impfung.

5.2.3. ABLAUF / MODALITÄTEN DER aufKLÄRUNG

Bei Schutzimpfungen ist die aufklärungspflichtige Person in aller Regel ein niedergelassener Arzt, da derartige prophylaktische Maßnahmen kaum in Krankenanstalten vorgenommen werden.³⁹⁸ In weiterer Folge soll der Fokus daher auf dieser Konstellation liegen. Die Aufklärungspflicht vor Schutzimpfungen trifft somit typischerweise den behandelnden Arzt, was auch § 49 Abs 2 ÄrzteG entspricht, wonach Ärzte ihre Tätigkeit in erster Linie „persönlich und unmittelbar, allenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Ärzten“ durchzuführen haben.³⁹⁹ Eine gesondert zu behandelnde Konstellation besteht bei Schulimpfungen, zu deren Durchführung Amtsärzte oder Schulärzte beauftragt werden (siehe dazu Kap 5.2.8.). In Fällen der ärztlichen Arbeitsteilung (zB Überweisung) hat die Aufklärung stufenweise zu erfolgen, sodass jener Arzt, der einen konkreten Eingriff vornimmt, die entsprechende Aufklärung schuldet bzw sich gegebenenfalls vergewissern muss, in welchem Ausmaß der überweisende

³⁹⁵ RIS-Justiz RS0026499; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 23b; Memmer in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/76.

³⁹⁶ *Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 86; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung² 165; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 7 f.

³⁹⁷ *Engljähringer*, ÖJZ 1993, 498; *Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 85 f; *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/122/b.

³⁹⁸ *Langbauer*, Das österreichische Impfwesen 76.

³⁹⁹ *Langbauer*, Das österreichische Impfwesen 76; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 139; *Speiser*, Einflüsse auf die Rechtsposition des Patienten, ÖJZ 1988, 744 (747).

Arzt den Patienten bereits aufgeklärt hat.⁴⁰⁰ Dementsprechend durfte etwa ein Impfarzt nicht darauf vertrauen, dass der Obsorgeberechtigte eines minderjährigen Patienten schon hinreichend vom überweisenden Kinderarzt aufgeklärt wurde.⁴⁰¹

Die Aufklärung hat gegenüber jener Person stattzufinden, die in die medizinische Behandlung einwilligen soll. Klarerweise kann die Aufklärung bei einem volljährigen und urteilsfähigen Patienten nur an diesen zu richten sein.⁴⁰² Minderjährige Patienten sind persönlich aufzuklären, wenn sie selbst einwilligungsfähig – also entscheidungsfähig – sind, was ab Vollendung des 14. Lebensjahres gesetzlich vermutet wird (§ 173 Abs 1 ABGB). Bei schwerwiegenden Behandlungen iSd § 173 Abs 2 ABGB ist neben der Einwilligung des entscheidungsfähigen Kindes die Zustimmung des Obsorgeberechtigten erforderlich, sodass in solchen Fällen beide dieser Personen aufzuklären wären. Schutzimpfungen stellen allerdings keine derartigen schwerwiegenden Behandlungen dar (ausführlich dazu siehe Kap 5.3.). Bei Minderjährigen, die nicht über die ausreichende Entscheidungsfähigkeit verfügen, bedarf es der Aufklärung jener obsorgeberechtigten Person, die in die Behandlung einwilligen soll.⁴⁰³ Jedenfalls muss der Umfang der Aufklärung den persönlichen Erfordernissen des Einwilligenden entsprechen, der Wissensstand eines etwaigen weiteren Obsorgeberechtigten (zB des anderen Elternteils) ist irrelevant.⁴⁰⁴

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Aufklärung gilt prinzipiell, dass diese so rechtzeitig erfolgen muss, dass die Entscheidungsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gewahrt werden.⁴⁰⁵ Zu diesem Zweck muss dem Patienten eine adäquate Überlegungsfrist eingeräumt werden,⁴⁰⁶ für deren Bemessung Dringlichkeit sowie Schwere des Eingriffes heranzuziehen

⁴⁰⁰ *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1299 Rz 23 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at); *Holzer*, Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 31 f; *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht⁹ I/106/a.

⁴⁰¹ OLG Wien 13 R 86/94 EFSlg 75.429.

⁴⁰² *Englähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 139; *Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 73.

⁴⁰³ *Wendehorst in Wiesemann/Dörries/Wolfslast/Simon*, Das Kind als Patient 80; *Deutsch*, Die Aufklärung über mögliche Komplikationen durch den Impfarzt, in *Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier*, HUMANIORA Medizin – Recht – Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag (2006), 757 ff; *Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² IV Kap Rz 73.

⁴⁰⁴ RIS-Justiz RS0123655; OGH 4 Ob 87/08k Zak 2008, 315 = EF-Z 2008/103; *Deutsch in Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier*, FS Laufs 757 ff.

⁴⁰⁵ *Ofner*, Wann ist eine ärztliche Aufklärung rechtzeitig?, in *Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch*, Festschrift für Attila Fenyves (2013) 271 (278); *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung² 232; *Englähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 166; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 125.

⁴⁰⁶ *Ofner in Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch*, FS Fenyves 271 (278); *Juen*, Arzthaftungsrecht² 125; *Holzer in Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 32; OGH 6 Ob 555/94 RdM 1995, 16 (*Kopetzki*); *Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 74.

sind: umso schwerwiegender die Maßnahme ist, desto länger muss die Bedenkzeit sein, und je dringlicher die Behandlung, desto knapper vor dem Eingriff kann die Aufklärung erfolgen.⁴⁰⁷ Zumeist werden Fristen von ein bis drei Tagen angenommen, dies vor allem bei schwerwiegenderen Eingriffen wie Operationen.⁴⁰⁸ Bei geringfügigeren Maßnahmen wird die Aufklärung am Vortag, teilweise auch am selben Tag, als genügend angesehen, sofern dem Patienten noch eine ausreichende Überlegungsfrist bleibt.⁴⁰⁹

Bei Schutzimpfungen besteht zum einen zwar keine akute Dringlichkeit im herkömmlichen Sinn, allerdings ist es medizinisch geboten, die Exponierung des Patienten der (uU lebensbedrohlichen) Krankheit gegenüber möglichst schnell zu beenden und einen aufrechten Impfschutz herzustellen. Der OGH hat diesbezüglich ausgeführt, dass Schutzimpfungen „nicht im engsten Sinne des Wortes dringlich sind, aber doch im Regelfall zu deutlichen gesundheitlichen Vorteilen gegenüber einer Unterlassung der Maßnahme führen“ (siehe sogleich in Kap 5.2.4.1.).⁴¹⁰ Insofern sind Schutzimpfungen als durchaus geboten anzusehen. Zudem sind Impfungen als geringfügige Routineeingriffe nicht als schwerwiegende Maßnahmen zu qualifizieren. In Anbetracht dessen erscheint es mE als durchaus vertretbar, die Aufklärung am Tag der Impfung als ausreichend anzusehen. Im Gegensatz zu Schutzimpfungen besteht bei postexpositionellen Impfungen eine erhöhte Dringlichkeit, sodass die Aufklärung und Vornahme der Impfung innerhalb desselben Arztbesuches idR als ausreichend zu erachten sein wird.

In Deutschland wird bei ambulanten Routineeingriffen wie Schutzimpfungen ganz grundsätzlich die Aufklärung am Tag der Behandlung als hinreichend angesehen. Der BGH sieht es als Überspannung der ärztlichen Aufklärungspflicht, Patienten bei Routineimpfungen zum Überdenken ihrer Entscheidung noch einmal nach Hause zu schicken, um die Maßnahme in einem gesonderten Termin vorzunehmen.⁴¹¹ *Wendehorst* stimmt dem zu und erachtet die Entscheidung als begrüßenswert, weil dadurch „die teilweise übertriebenen und lebensfrem-

⁴⁰⁷ *Ofner* in *Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch*, FS Fenyves 271 (278); *Juen*, Arzthaftungsrecht² 127; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 168; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 74; *Zahrl*, Zur Frist zwischen Aufklärung und Operation, DAG 2017/9.

⁴⁰⁸ *Zahrl*, DAG 2017/9; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung² 232.

⁴⁰⁹ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁴ I/120; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 127; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 166 ff.

⁴¹⁰ OGH 1 Ob 14/12h RdM 2012/84 = Zak 2012/315.

⁴¹¹ BGH 15. 2. 2000, VI ZR 48/99; *Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht (2001) 139; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung² 237 f.

den Anforderungen an die ärztliche Aufklärung auf ein vernünftiges Maß beschränkt“ werden und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ausreichend geschützt bleibe.⁴¹²

Freilich schließt dies keinesfalls aus, dass konkrete Umstände die Gewährung weiterer Bedenkzeit erforderlich machen. Schließlich sind auch patientenspezifische Faktoren (Auffassungsgabe, Bildungsstand, Lebenssituation) für die einzelfallbezogene Bemessung der adäquaten Überlegungsfrist von Bedeutung.⁴¹³ Zu vermeiden sind jedenfalls Situationen, in denen der Patient durch das Entstehen von psychischem Druck in Entscheidungsnotstand gerät. Die Einwilligung sollte nicht infolge äußerer Einflüsse abgegeben werden, sondern vielmehr aufgrund innerer Überzeugung erfolgen.⁴¹⁴ Der Arzt wird daher gut beraten sein, im Zweifel nicht sofort zu impfen, sondern noch eine zusätzliche Bedenkzeit zu gewähren.

Hinsichtlich der Form der Aufklärung ist das persönliche Gespräch zwischen Arzt und Aufklärungsadressaten essenziell.⁴¹⁵ Dieses ermöglicht dem Arzt, den erforderlichen Umfang der Aufklärungspflicht einzuschätzen, da er einen Eindruck von Auffassungsvermögen, Belastbarkeit und Informationsstand der aufzuklärenden Person gewinnen kann. Umgekehrt kann der Aufklärungsadressat Unklares ansprechen, sowie Fragen stellen, die für seine Impfentscheidung von Bedeutung sind.⁴¹⁶ Der unterstützenden Heranziehung von Hilfsmitteln (zB Modelle, Skizzen) zum Aufklärungsgespräch steht nichts entgegen. Auch die hilfsweise Verwendung von schriftlichen Merkblättern oder Aufklärungsbögen ist grundsätzlich unproblematisch, in der Praxis aus Gründen der Zeitökonomie bzw zu Beweis Zwecken auch durchaus gängig.⁴¹⁷ Grundsätzlich können schriftliche Aufklärungsbögen das persönliche Gespräch mit dem Arzt jedoch nicht ersetzen.⁴¹⁸ Auch ein schriftlicher Aushang, der über die Risiken einer Impfung informiert (im konkreten Fall bei einer Tuberkuloseimpfung), ist nicht ausreichend.⁴¹⁹ Aufklärungsbögen alleine werden aufgrund ihrer Abstraktheit den individuellen Aufklärungsanforderungen der jeweiligen Patienten nicht gerecht. Der Umfang der Aufklä-

⁴¹² Wendehorst, Anm zu BGH 15. 2. 2000, VI ZR 48/99, in Lindenmaier-Möhring, Entscheidungen in Zivilsachen, § 823 (Dd) BGB Nr. 26.

⁴¹³ Ofner in Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch, FS Fenyves 271 (278 f).

⁴¹⁴ Speiser, ÖJZ 1988, 744 (748).

⁴¹⁵ RIS-Justiz RS0102906; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1299 Rz 26a; Juen, Arzthaftungsrecht² 134; Zahrl, DAG 2018/65.

⁴¹⁶ Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht 173 f; Heidinger in Harrer/Graf, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 39 f; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹ I/109 f.

⁴¹⁷ Heidinger in Harrer/Graf, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 41; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹ I/111 f.

⁴¹⁸ OGH 4 Ob 505/96 RdM 1996/24; 3 Ob 562/84 SZ 57/207 = EvBl 1985/85; RIS-Justiz RS0026499 (T1); Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht 175; Zahrl, DAG 2018/65.

⁴¹⁹ OLG Wien 17 R 142/94 EFSlg 75.430.

rung wird nicht auf den Adressaten abgestimmt, vielmehr wird unterschiedslos ein „Standardmaß“ an Information zur Verfügung gestellt. Weiters ist nicht mit Gewissheit anzunehmen, dass der Patient das Formular vollinhaltlich verstanden hat und diesem nunmehr alle Risiken bekannt sind.⁴²⁰ Dennoch ist man auf Behandlerseite in gewissen Bereichen auf den zumindest unterstützenden Einsatz von Aufklärungsbögen angewiesen. So scheinen derzeit Schulimpfaktionen aus Gründen der Organisation und Zeitökonomie anders schwer abzuwickeln zu sein. Hier hat sich die Vorgehensweise etabliert, die Obsorgeberechtigten der Impflinge mittels schriftlicher Formulare aufzuklären und dies mit einer Verzichtserklärung auf ein weiterführendes persönliches Gespräch zu kombinieren. Angesichts des Unterbleibens der – grundsätzlich notwendigen – mündlichen Aufklärung ist diese Methode allerdings nicht unproblematisch (siehe dazu Kap 5.2.8.).

Die Aufklärung ist gem § 51 ÄrzteG schriftlich zu dokumentieren. Darüber hinaus wird die Dokumentation als ärztliche Pflicht aus dem Behandlungsvertrag verstanden.⁴²¹ Besonders aus beweisrechtlichen Gründen ist eine sorgfältige Dokumentation empfehlenswert: Wird die Dokumentation der Aufklärung vor einer Schutzimpfung unterlassen, gilt bis zum teils schwer zu erbringenden Gegenbeweis die Vermutung, dass dieser Schritt auch unterblieben ist.⁴²² Umgekehrt ist die Dokumentation umso beweiskräftiger, desto detaillierter sie den Aufklärungsvorgang festhält und desto genauer sie auf individuelle Umstände des Patienten eingeht.⁴²³

5.2.4. UMFANG DER SELBSTBESTIMMUNGSaufklärung

Hinsichtlich des Umfanges der Aufklärungspflicht, welcher eine Rechtsfrage darstellt, besteht keine generelle gesetzliche Regelung, vielmehr müssen stets die Umstände des Einzelfalles herangezogen werden.⁴²⁴ Dabei ist vor allem auf die jeweiligen Behandlungsrisiken, die

⁴²⁰ Makoski, Rechtsfragen zum Impfen, GuP 2017/6, 220 (221); Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht 173 f; Prutsch, Die ärztliche Aufklärung² 253.

⁴²¹ OGH 1 Ob 532/94 JBl 1995, 245 = RdM 1994, 121.

⁴²² Juen, Arzthaftungsrecht² 134; OGH 1 Ob 532/94 JBl 1995, 245 = RdM 1994, 121; Heidinger in Harrer/Graf, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 39; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹ I/110.

⁴²³ Prutsch, Die ärztliche Aufklärung² 250; Gaisbauer, Zur Beweislast für Einwilligung des Patienten und Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, Anmerkungen zu OGH 8 Ob 628/92 JBl 1994, 352 (354).

⁴²⁴ OGH 3 Ob 545/82 JBl 1983, 373; 10 Ob 503/93 RdM 1994/1 (Kopetzki); Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1299 Rz 26 I; Heidinger in Harrer/Graf, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 42.

Schwere der möglichen Folgen, sowie die persönlichen Verhältnisse des Patienten (wie etwa dessen Ängstlichkeit⁴²⁵ oder Verständigkeit bzw seelischer Zustand⁴²⁶) abzustellen.⁴²⁷

5.2.4.1. Behandlungsspezifische Faktoren

Ein zentraler, den Umfang der Aufklärung beeinflussender Faktor ist die zeitliche und sachliche Dringlichkeit des medizinischen Eingriffes. Dabei ist die Aufklärungspflicht umso umfangreicher, je geringer die Dringlichkeit der Behandlung ist. Die Aufklärung kann bei besonders dringenden Maßnahmen daher auf das Wichtigste reduziert werden, während sie bei zwar medizinisch gebotenen, aber zeitlich weniger eilenden Eingriffen relativ umfassend auszufallen hat.⁴²⁸ Dass dieses Prinzip auch für die Aufklärung vor Impfungen gilt, hat der OGH bereits festgehalten.⁴²⁹ Bei Schutzimpfungen spricht zunächst der prophylaktische Charakter der Behandlung für eine relativ umfangreiche Aufklärung.

Ein weiteres Kriterium stellt die Komplikationsdichte dar. Insbesondere über häufig eintretende Risiken hat der Arzt aufzuklären. Die „Häufigkeitsschwellen“, ab denen über Risiken informiert werden muss, können aber nicht anhand einheitlicher Prozentsätze festgelegt werden.⁴³⁰ Auch diesbezüglich bedarf es daher einer Einzelfallbetrachtung. Ausschlaggebend ist hierbei etwa die Schwere möglicher Komplikationen, ob bedeutsame Körperfunktionen betroffen sind, oder dass es sich nicht um außerordentlich seltene Risiken handelt. In erster Linie sind jedenfalls Gefahren von Bedeutung, die sich auf die Einwilligung des Adressaten auswirken können.⁴³¹

Die Aufklärungspflicht erstreckt sich nicht über jegliche vorstellbaren Gefahren der medizinischen Maßnahme. Über äußerst seltene Risiken, die einen verständigen Patienten nicht in seiner (Impf-)Entscheidung beeinflussen, muss grundsätzlich nicht informiert werden.⁴³² So

⁴²⁵ OGH 6 Ob 542/93 KRSIlg 782; 6 Ob 502/95 KRSIlg 769.

⁴²⁶ OGH 1 Ob 651/90 KRSIlg 740.

⁴²⁷ Pitzl/Huber, Behandlungsaufklärung – Risikoauflklärung – Aufklärungsbögen, RdM 1996, 113 (114); Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 79 ff.

⁴²⁸ Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht 204 f; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht⁶ I/87 f; RIS-Justiz RS0026772; Deutsch, VersR 1998, 1053 (1055).

⁴²⁹ RIS-Justiz RS0026772 (T3).

⁴³⁰ Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht 201 f; OGH 3 Ob 545/82 JBl 1983, 373 (375); Deutsch, VersR 1998, 1053 (1054); Deutsch in Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier, FS Laufs 757.

⁴³¹ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1299 Rz 26c; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht⁹ I/90/a.

⁴³² Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht⁹ I/90/b; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1299 Rz 26c.

muss beispielsweise nicht über sämtliche im Beipackzettel enthaltene Nebenwirkungen informiert werden.⁴³³ Demzufolge muss der Arzt über objektiv unbedeutende Risiken nicht aufklären, es sei denn, es ist für ihn erkennbar, dass diese für den betroffenen Patienten aus individuellen Gründen von Interesse sind und sie die Entscheidung des Patienten zu beeinflussen vermögen.⁴³⁴

Eine abweichende Auffassung scheint der BGH zu vertreten: Demnach ist bei Routineimpfungen auch über äußerst seltene Risiken (hier 1:750.000 bis 1:5 Mio.) aufzuklären, wenn sie dem Eingriff spezifisch anhaften und bei ihrer Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belasten.⁴³⁵ Allerdings kommt es dabei auf eine exakte medizinische Erläuterung der Risiken nicht an, vielmehr genügt es, wenn der Aufklärungsadressat „im Großen und Ganzen“ einen zutreffenden Eindruck erhält.⁴³⁶

Dies deckt sich nicht einwandfrei mit der österreichischen Rechtslage, die mE möglicherweise dem besonderen Charakter der Schutzimpfung besser gerecht wird. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass bei Schutzimpfungen aufgrund ihres Vorsorgecharakters zwar keine Dringlichkeit im herkömmlichen Sinne bestehen möge, aber dennoch die erfolgreiche Impfung langfristig vor schweren oder gar lebensbedrohlichen Krankheiten schützt.⁴³⁷ Die Maßnahme ist daher aus medizinischer Sicht grundsätzlich geboten, ihre Nichtvornahme hat den fehlenden Impfschutz zum Nachteil. Eine gewisse Dringlichkeit besteht folglich insofern, als es die Exponierung des Patienten der Krankheit gegenüber frühestmöglich zu beenden gilt. Demgemäß entschied der OGH, dass bei Schutzimpfungen, die „nicht im engsten Sinne des Wortes dringlich sind, aber doch im Regelfall zu deutlichen gesundheitlichen Vorteilen gegenüber einer Unterlassung der Maßnahme führen, [...] nicht auf jede nur denkbare nachteilige Konsequenz hinzuweisen“ ist.⁴³⁸ Dies auch um zu vermeiden, dass aufgrund der Aufklärung über jede noch so unwahrscheinliche Komplikation eine an sich angebrachte, gesundheitsfördernde Behandlung letztlich abgelehnt wird. Im konkreten Fall handelte es sich um eine an einer Schule durchgeführte Masern-Mumps-Röteln-Impfung, die beim Patienten eine akute Im-

⁴³³ OGH 7 Ob 593/90 JBl 1991, 316.

⁴³⁴ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26c; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1299 Rz 18 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at); *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht⁹ I/90/b f; OGH 7 Ob 46/00s RdM 2001/27.

⁴³⁵ *Wendehorst in LM*, § 823 (Dd) BGB Nr. 26.

⁴³⁶ *Wendehorst in LM*, § 823 (Dd) BGB Nr. 26; *Deutsch in Kern/Wadde/Schroeder/Katzenmeier*, FS Laufs 757.

⁴³⁷ So starb zB in Berlin im Jahr 2015 ein Kind an einer Maserninfektion; *Süddeutsche Zeitung*, www.sueddeutsche.de/gesundheit/totes-kind-in-berlin-obduktion-bestaetigt-tod-durch-masern-1.2365182 (abgefragt am 1. 9. 2019).

⁴³⁸ OGH 1 Ob 14/12h RdM 2012/84 = Zak 2012/315.

munthrombozytopenie Purpura (ITP) zur Folge hatte. Die Wahrscheinlichkeit für die Verwirklichung dieses Risikos lag lediglich im Bereich zwischen 0,000075 und 0,000135 %. Der OGH entschied, dass über dieses äußerst seltene Risiko nicht aufzuklären war, da es die Impfentscheidung einer verständigen Person nicht beeinflussen könne.⁴³⁹ Eine Aufklärung „bis ins letzte Detail“ ist daher schlussendlich nicht erforderlich.⁴⁴⁰ Umso mehr wird bei postexpositionellen Impfungen aufgrund deren (in Relation zu Schutzimpfungen) erhöhten Dringlichkeit von einem reduzierten Aufklärungsumfang ausgegangen werden können.

Auf typische Behandlungsrisiken – dh solche, die speziell der gebotenen Maßnahme innewohnen, die auch trotz sorgfältiger, fehlerloser Ausführung nicht ausgeschlossen werden können, und mit denen einen Laie im Zusammenhang mit dem Eingriff nicht rechnet – muss ungeachtet ihrer prozentuellen Eintrittswahrscheinlichkeit, also auch bei äußerster Seltenheit, hingewiesen werden.⁴⁴¹ Im Hinblick darauf ist die Rsp des BGH⁴⁴² wiederum mit der österreichischen Rechtslage vereinbar. Ferner kann ausnahmsweise trotz Typizität einer Komplikation die diesbezügliche Aufklärungspflicht entfallen, wenn das Risiko keine bedeutenden Folgen birgt und daher keinen Einfluss auf die Impfentscheidung haben kann.⁴⁴³

Wenngleich einschlägige Judikatur zu Schutzimpfungen nur spärlich vorhanden ist, soll an dieser Stelle eine entsprechende Darstellung des diesbezüglichen Aufklärungsumfanges geboten werden. Zu diesem Zweck kann ua der österreichische Impfplan herangezogen werden, welcher auch Grundsätze zum erforderlichen Aufklärungsumfang beinhaltet.⁴⁴⁴

Demnach ist zunächst über die zu verhindernde Krankheit, also über Wesen und Gefahren jener Krankheit, vor welcher die Impfung Schutz bieten soll, zu informieren. Existieren (kurative) Behandlungsmöglichkeiten der Infektionskrankheit, müssen diese erläutert werden.⁴⁴⁵ Da selbstverständlich auch über Risiken der Impfung aufzuklären ist, scheint in diesem Zusammenhang ein Vergleich der Gefahren der zu verhütenden Krankheit mit den

⁴³⁹ OGH 1 Ob 14/12h RdM 2012/84 = Zak 2012/315.

⁴⁴⁰ *Nassauer/Meyer*, Impfungen von Kindern und Jugendlichen auch gegen den Elternwillen?, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1230 (1235).

⁴⁴¹ *Wendehorst* in LM, § 823 (Dd) BGB Nr. 27; RIS-Justiz RS0026581; RIS-Justiz RS0026340; *Pitzl/Huber*, Das „typische“ Behandlungsrisiko als Aufklärungskriterium, RdM 2011/2, 4; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26c; *Heidinger* in *Harrer/Graf*, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 42 f.

⁴⁴² BGH 15. 2. 2000, VI ZR 48/99.

⁴⁴³ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26c; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht⁹ I/93.

⁴⁴⁴ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 98 f.

⁴⁴⁵ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 98 f.

möglichen Komplikationen der Schutzimpfung zweckmäßig.⁴⁴⁶ Dies ist ein besonders geeignetes Mittel, um die aufzuklärende Person in die Lage zu versetzen, durch die selbständige Abwägung ebendieser Konsequenzen eine Impfentscheidung zu treffen. In manchen Staaten sind solche Vergleichstabellen in den Impfeempfehlungen enthalten (zB Kanada, Australien).⁴⁴⁷ Eine derartige Darstellung hinsichtlich etlicher in Österreich empfohlener Impfungen kann beispielsweise der deutschen Fachliteratur entnommen werden.⁴⁴⁸

Für den Aufklärungsadressaten wird außerdem von Interesse sein, ob die konkrete Schutzimpfung staatlich empfohlen ist und ob ebendiese im Rahmen des kostenfreien Kinderimpfkonzepts angeboten wird. Sofern auf Patientenseite Kosten selbst zu tragen sind, ist hierüber aufzuklären, indem eine klare Preisinformation erteilt wird (§ 51 Abs 1a ÄrzteG, § 5a Abs 4 KAKuG).⁴⁴⁹

Besonders wesentlich ist die Aufklärung über mögliche unerwünschte Wirkungen der Schutzimpfung. Zur Feststellung der Aufklärungspflicht über einzelne mit der konkreten Impfung einhergehende Risiken sind die oben beschriebenen Grundsätze anzuwenden und damit stets deren Typizität, objektive Bedeutung und Komplikationsdichte zu beachten. Zunächst ist hier aber klarzustellen, dass harmlose, gewöhnliche Impfreaktionen des Körpers (wie typischerweise Schwellungen und Rötungen der Einstichstelle, oder Fieberschübe) nicht mit Impfnebenwirkungen (unerwünschten Komplikationen) gleichgesetzt werden können.⁴⁵⁰ Der herkömmlichen Einteilung in Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen und Impfschäden ist – insbesondere aufgrund der schweren Feststellbarkeit der Kausalität zwischen Impfung und unerwünschter Wirkung – außerdem eine neuere Nomenklatur gegenüber getreten: Nach Maßgabe der WHO – genauer des Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), eine von WHO und UNESCO gegründete internationale Organisation – wird jedes nach der Impfung auftretende unerwünschte gesundheitliche Ereignis unabhängig von einem Kausalzusammenhang als „Adverse Event Following Immunization“ (AEFI) klassifiziert (Erkrankung, Symptom, veränderter Laborbefund, etc). Weiter unterschieden werden „Serious Adverse Events“ (SAE), also etwa derartige Ereignisse von tödlichem bzw lebens-

⁴⁴⁶ Langbauer, Impfwesen 87.

⁴⁴⁷ Dittmann, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1176.

⁴⁴⁸ Dittmann, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1179.

⁴⁴⁹ Resch, ÖZPR 2014/84.

⁴⁵⁰ Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 3 f.

bedrohlichem Charakter, oder solche, die eine Behinderung bzw einen kongenitalen Defekt zur Folge haben.⁴⁵¹

Im österreichischen Impfplan wird hinsichtlich der Aufklärung über mögliche unerwünschte Wirkungen auf die Fachinformationen der jeweiligen Impfstoffe verwiesen, wo die Impfreaktionen und -nebenwirkungen samt ihrer Häufigkeit angeführt sind.⁴⁵² Ergänzend zum Impfplan wurden vom Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der Medizinischen Universität Wien in Zusammenarbeit mit dem (damaligen) Bundesministerium für Gesundheit und Frauen ausführliche Erläuterungen zu Reaktionen und Nebenwirkungen von Impfungen publiziert. Darin wird dem Mediziner eine detaillierte Darstellung der unerwünschten Wirkungen bei Impfungen geboten, sowie eine tabellarische Erfassung der AEFI zu den in Österreich gebräuchlichen Impfstoffen beigelegt.⁴⁵³ In diesem Zusammenhang lohnt sich auch ein Blick nach Deutschland. Diesbezügliche Orientierungshilfen finden sich nicht nur in einschlägiger Fachliteratur,⁴⁵⁴ sondern wurden auch von der Ständigen Impfkommission (STIKO) veröffentlicht.⁴⁵⁵

Des Weiteren beinhaltet die Aufklärungspflicht Informationen über den Nutzen der Impfung sowohl für den einzelnen Patienten, als auch für die Allgemeinheit.⁴⁵⁶ Während der intendierte Nutzen des Eingriffes für den Einzelnen (Impfschutz) wohl auf der Hand liegt, mag der Hinweis auf den erwünschten Zweck der Impfung für die Allgemeinheit schon etwas tiefgreifender erscheinen. Dies ist meines Erachtens aber durchaus sinnvoll, um der aufzuklärenden Person die Wirkungsweise von Schutzimpfungen und dem damit einhergehenden Einfluss auf die individuelle und öffentliche Gesundheit vor Augen zu führen. Natürlich ist darauf zu achten, dass dies nie mit dem Erzeugen von Druck auf den Aufklärungsadressaten einhergehen darf.

Ferner umfasst die Aufklärung etwaige Kontraindikationen, also medizinische Hinweise, die der konkreten Impfung entgegenstehen (zB bei akuter Infektionskrankheit, Allergie gegen den

⁴⁵¹ *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF*, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 5; *CIOMS/WHO Working Group on Vaccine Pharmacovigilance*, Definition and Application of Terms for Vaccine Pharmacovigilance 39 ff.

⁴⁵² *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 110.

⁴⁵³ *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF*, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 3 ff; *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien*, www.meduniwien.ac.at/hp/fileadmin/tropenmedizin/PDF_Christ/Imnebwirtabkolluwi2013.pdf (abgefragt am 10. 4. 2017).

⁴⁵⁴ *Dittmann*, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1175.

⁴⁵⁵ *Robert Koch-Institut*, Epidemiologisches Bulletin 2019/34, 313 (331 f).

⁴⁵⁶ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 98.

Impfstoff, bei Lebendimpfstoffen schwere Immundefizienz).⁴⁵⁷ Derartige Gegenanzeigen können regelmäßig im Aufklärungsgespräch festgestellt, unter Umständen auch der Krankengeschichte entnommen werden.

Weiters können gewisse Informationen zum vorgesehenen Impfstoff notwendig sein. Für den Aufklärungsadressaten wird hier insbesondere wissenswert sein, ob die Impfung vom Obersten Sanitätsrat bzw dem Landessanitätsrat empfohlen wird. So erachtet es der OGH zu Recht als aufklärungspflichtig, wenn die Nutzens-Schadens-Relation der Impfung in medizinischen Fachkreisen strittig ist (im konkreten Fall lagen hinsichtlich eines speziellen Tuberkuloseimpfstoffes divergierende Empfehlungen des Landessanitätsrates für Tirol und des obersten Sanitätsrates vor).⁴⁵⁸ Auch die Aufklärung über die Art der Verabreichung des Impfstoffes (intramuskulär, subkutan, oral, intranasal) wird als erforderlich betrachtet.⁴⁵⁹

Außerdem ist über Beginn und Dauer des Impfschutzes aufzuklären, sowie das Impfschema zu erläutern. Der Hinweis auf Zeitpunkt und Anzahl der erforderlichen Teilimpfungen ist von erheblicher Bedeutung. Weiters ist auf die Notwendigkeit allfälliger Auffrischungsimpfungen hinzuweisen, was aber tendenziell zur Sicherungsaufklärung zählen wird. Ebenso gehören erforderliche Anweisungen zum adäquaten Verhalten nach der Behandlung zur therapeutischen Aufklärung (siehe Kap 5.2.5.).

Diese am österreichischen Impfplan orientierten Ausführungen zum behandlungsspezifischen Umfang der Aufklärungspflicht vor Schutzimpfungen entsprechen auch den diesbezüglichen Empfehlungen der deutschen STIKO, sowie deutscher Fachliteratur.⁴⁶⁰ In ihrer Gesamtheit ist damit sicherlich ein guter Leitfaden geboten.

5.2.4.2. Patientenspezifische Faktoren

Das Ausmaß der Aufklärung ist außerdem der Persönlichkeitsstruktur des Adressaten anzupassen. Demgemäß müssen Bildungsniveau und Intellekt der aufzuklärenden Person berücksichtigt werden. Dem Aufklärungsadressaten ist genügend Information zu erteilen, um eine

⁴⁵⁷ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 103 f.

⁴⁵⁸ OGH 2 Ob 197/97b RdM 1998/18.

⁴⁵⁹ *Langbauer*, Impfwesen 88; *Robert Koch-Institut*, Epidemiologisches Bulletin 2017/34, 333 (336).

⁴⁶⁰ *Robert Koch-Institut*, Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) am Robert Koch-Institut – 2016/2017, Epidemiologisches Bulletin 2016/34, 301 (315 f); *Dittmann*, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1175.

selbstbestimmte Impfentscheidung treffen zu können, er soll hingegen nicht durch ausufernde Belehrungen überfordert werden.⁴⁶¹

Im Aufklärungsprozess sind psychischer Zustand und Belastbarkeit des Adressaten zu berücksichtigen. Da sich der Aufklärungsumfang primär am Wohl des Patienten und erst danach an dessen Selbstbestimmungsrecht zu orientieren hat, sind hier zur Wahrung des Patientenwohls gewisse Einschränkungen der Aufklärung möglich.⁴⁶² Es ist zu vermeiden, dass sich ein ängstlicher Patient aufgrund überschießender Aufklärung über seltene Risiken gegen eine dringende Maßnahme entscheidet und sich dadurch den schwerwiegenderen Gefahren der Nichtbehandlung aussetzt. Die Verringerung des Aufklärungsumfanges aufgrund geringer Belastbarkeit des Adressaten (therapeutisches Privileg) ist allerdings nur bei vital indizierten Eingriffen möglich und auf Einzelfälle beschränkt, insbesondere wenn die umfassende Aufklärung selbst die Gefahr gravierender seelischer oder körperlicher Gesundheitsschädigungen beim Patienten mit sich bringen würde.⁴⁶³ Angesichts dieser engen Zulässigkeitsbedingungen ist eine derartige Einschränkung des Aufklärungsumfanges bei Schutzimpfungen grundsätzlich nicht angezeigt. Des Weiteren kommt bei Impfungen von entscheidungsunfähigen Minderjährigen hinzu, dass eine vom Patienten verschiedene Person aufzuklären ist, folglich der Behandlungserfolg nicht durch eine drohende Belastung des Patienten gefährdet sein kann. Die obsorgeberechtigte Person ist hier insofern umfassend aufzuklären.⁴⁶⁴

Auch beim Adressaten vorhandene Vorinformationen führen zu einer Minderung der Aufklärungspflicht in den betroffenen Bereichen. Anders als bei typischen Gefahren ist über allgemein bekannte Risiken, die mit sämtlichen Eingriffen dieser Art einhergehen, nicht aufzuklären, sofern die Eintrittswahrscheinlichkeit relativ niedrig ist (zB Infektionsgefahr bei Operationen).⁴⁶⁵ Verfügt die aufzuklärende Person über besonderes medizinisches Wissen, bedarf es, so weit ihr Kenntnisstand reicht, keiner (neuerlichen) Aufklärung. Es ist nicht entscheidend, aus welcher Quelle der Aufklärungsadressat sein Wissen erlangt hat (Bücher, Broschüren,

⁴⁶¹ *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 222; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Medizinrecht*⁹ I/94; *Deutsch* in *Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier*, FS Laufs 757.

⁴⁶² RIS-Justiz RS0026362; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Medizinrecht*⁹ I/94; *Pitzl/Huber*, RdM 1996, 113 (114); *Juen*, *Arzthaftungsrecht*² 98; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26b.

⁴⁶³ *Reischauer*, Ärztliche Aufklärungspflicht – Stellungnahme zur Rechtsprechung des OGH, RZ 1998, 266 (271); *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Medizinrecht*⁹ I/95 f.

⁴⁶⁴ *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 215; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Medizinrecht*¹⁵ I/107.

⁴⁶⁵ *Heidinger* in *Harrer/Graf*, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 44 f; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Medizinrecht*¹ I/98 ff.

Austausch mit Patienten/Gesundheitspersonal, etc), allein die tatsächliche Kenntnis ist relevant.⁴⁶⁶ Der spezielle Wissensstand kann auch aus vorausgegangenen, vergleichbaren medizinischen Maßnahmen stammen. So gilt für den OGH hinsichtlich einer zweiten Operation, die in zeitlicher Nähe zur ersten, gleichartigen Operation stattfindet, ein geringerer Aufklärungsumfang als beim ersten Eingriff.⁴⁶⁷ Folglich kann etwa die Aufklärung bei der zweiten oder dritten Teilimpfung weniger umfangreich ausfallen als noch bei der ersten Teilimpfung. Begründen lässt sich dies damit, dass Aufklärung nicht Selbstzweck ist, sondern den Adressaten zur Wahrung seiner Entscheidungsfreiheit mit dem für die Impfentscheidung notwendigen Wissen ausstatten soll. Der Arzt darf dennoch nicht grundsätzlich davon ausgehen, dass Vorwissen besteht, sondern muss sich während des Gespräches davon überzeugen.⁴⁶⁸

Hinsichtlich der eben angeführten personenbezogenen Kriterien – Intellekt und Bildungsniveau, sowie Vorwissen des Aufklärungsadressaten – wird sich der Aufklärungsumfang bzw. -stil bei Schutzimpfungen von Minderjährigen regelmäßig je nachdem unterscheiden, ob die obsorgeberechtigte Person anstelle des Kindes aufgeklärt werden muss, oder der minderjährige Patient bereits entscheidungsfähig ist. Der Arzt muss das Aufklärungsgespräch stets auf jene Person abstimmen, die in die Schutzimpfung einwilligen soll. Ist der Impfling ein mündiger Minderjähriger, müssen sich Komplexität und Stil des Gespräches folglich selbst bei Anwesenheit des Obsorgeberechtigten an den persönlichen Fähigkeiten des Minderjährigen orientieren. Auch bezüglich etwaiger Vorkenntnisse des Adressaten wird bei mündigen Minderjährigen (zumindest kurz nach Erlangen der Entscheidungsfähigkeit) meist nicht das gleiche Maß an Wissen wie bei deren Obsorgeberechtigten vorhanden sein. Allgemein bekannte medizinische Tatsachen werden einem Minderjährigen wohl seltener bekannt sein als älteren Personen. Auch wenn ein minderjähriger Patient in der Vergangenheit bereits einige Schutzimpfungen erhalten hat, wird für die erste Impfung nach Erlangen der Mündigkeit nicht ein aufgrund wiederholten Eingriffs geminderter Aufklärungsumfang gelten. Da der Minderjährige zum ersten Mal selbst Aufklärungsadressat ist, wird er vielmehr umfassend aufzuklären sein.

⁴⁶⁶ *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 136; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹ I/98 ff; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 81.

⁴⁶⁷ OGH 25. 1. 2006, 7 Ob 293/05x.

⁴⁶⁸ *Heidinger* in *Harrer/Graf*, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 45; *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 136; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht⁴ I/101 f.

Letztendlich hat auch das Verhalten des Adressaten Einfluss auf den Aufklärungsumfang.⁴⁶⁹ So hat der Arzt natürlich auf konkrete Fragen bzw Ersuchen um weiterführende Auskunftserteilung – ungeachtet des dadurch entstehenden Mehraufwandes – einzugehen. Ein „entschlüsselter“ Patient, der den Arzt explizit zur Vornahme einer gewissen Maßnahme aufsucht, muss über den bevorstehenden Eingriff zwar ordentlich aufgeklärt werden, nicht jedoch über alternative Behandlungsmethoden.⁴⁷⁰

5.2.4.3. Unterschiede zwischen empfohlenen und nicht empfohlenen Impfungen?

Zu erörtern ist hier weiters die Frage, ob bei nicht empfohlenen Impfungen ein weitergehender Aufklärungsumfang geboten ist, als bei empfohlenen Impfungen.

Im deutschen Schrifttum wurde dieser Thematik bereits nachgegangen. *Deutsch* stellt eine These auf, wonach bei der Aufklärung eine Unterscheidung in empfohlene und nicht empfohlene Impfungen vorzunehmen ist: Bei nicht empfohlenen Impfungen sei der Aufklärungsadressat ua über das Fehlen der Empfehlung und dessen Gründe, weiters besonders sorgfältig über die damit verbundenen Risiken zu informieren. Hier sei nicht nur über seltene, sondern auch über sehr seltene Nebenwirkungen aufzuklären. Das ergebe sich bereits daraus, dass es sich bei dieser Impfung um eine nicht allgemein als dringlich empfundene Behandlung handle, die auch sonst einer besonderen Aufklärungspflicht unterliege. Unter *seltenen* Nebenwirkungen werden dabei solche verstanden, die deutlich im Beipackzettel genannt sind, *sehr seltene* seien entweder als solche gekennzeichnet oder nur in der Literatur gelegentlich erwähnt, jedenfalls weisen sie einen nicht beunruhigenden Eintrittsgrad auf. Für den Normalpatienten könne angenommen werden, dass „nach seinem Empfängerhorizont bei der öffentlich empfohlenen Impfung, die also für ihn günstig ist und die Impfkette der Allgemeinheit aufrechterhält, nur seltene Nebenwirkungen mitgeteilt werden müssen.“ Eine Aufklärungspflicht auch für sehr seltene Risiken wäre Übermaß und sei nicht notwendig.⁴⁷¹

Demgegenüber erachtet der BGH Nebenwirkungen ab einer gewissen Bedeutung – hier „äußerst seltene Risiken“ – für aufklärungsbedürftig, und zwar ausdrücklich unabhängig davon, ob die Impfung öffentlich empfohlen ist oder nicht. Begründet wird dies folgenderma-

⁴⁶⁹ *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 211 f; *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht⁴ I/102 f.

⁴⁷⁰ *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht⁴ I/102 f; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 218 ff.

⁴⁷¹ *Deutsch*, VersR 1998, 1053 (1057).

ßen: „In Fällen öffentlicher Impfe mpfehlung hat zwar durch die Gesundheitsbehörden eine Abwägung zwischen den Risiken der Impfung für den Einzelnen und seine Umgebung auf der einen und den der Allgemeinheit und dem Einzelnen drohenden Gefahren im Falle der Nichtimpfung auf der anderen Seite bereits stattgefunden. Das ändert aber nichts daran, dass die Impfung gleichwohl freiwillig ist und sich der einzelne Impfling daher auch dagegen entscheiden kann. Dieser muss sich daher nicht nur über die Freiwilligkeit der Impfung im Klaren sein [...]. Er muss auch eine Entscheidung darüber treffen, ob er die mit der Impfung verbundenen Gefahren auf sich nehmen soll oder nicht. Das setzt die Kenntnis dieser Gefahren, auch wenn sie sich nur äußerst selten verwirklichen, voraus; diese muss ihm daher durch ärztliche Aufklärung vermittelt werden.“⁴⁷² Der BGH hat damit der These von *Deutsch* ausdrücklich widersprochen, dies mit durchaus überzeugenden Argumenten.

Diese Erwägungen lassen sich auch auf die österreichische Rechtslage umlegen: Der bloße Umstand des Fehlens einer öffentlichen Empfehlung hat für sich nicht automatisch eine Erweiterung des Aufklärungsumfangs zur Folge. Zwar *kann* die Tatsache, dass eine Impfung nicht empfohlen ist, bedeuten, dass diese weniger dringlich bzw geboten ist und daher die Aufklärung umfangreicher zu erfolgen hat (was meistens auch zutreffen wird). Dies *muss* aber nicht in jedem Fall zutreffen. Die Dringlichkeit einer Impfung kann freilich einzelfallbezogen variieren, nämlich unabhängig davon, ob diese öffentlich empfohlen ist oder nicht. Man denke nur an die unterschiedlichen Indikationsstellungen bei Patienten mit Immundefekten, hinsichtlich Reiseimpfungen oder nach erfolgter Exposition. Im Übrigen würde ein derartig „starres“ Schema den konkreten patientenspezifischen Faktoren, die auch zu berücksichtigen sind (Kap 5.2.4.2.), nicht gerecht.

All dies ändert aber nichts daran, dass der Arzt mE über den grundsätzlichen Umstand aufzuklären hat, *dass* die jeweilige Impfung öffentlich empfohlen bzw nicht empfohlen ist (Kap 5.2.4.1.).

5.2.4.4. Aufklärungsumfang bei „off-label-use“

Bei der zulassungsüberschreitenden Anwendung von Impfungen (Kap 3.4.3.) können im Hinblick auf die ärztliche Aufklärungspflicht gewissermaßen erhöhte Erfordernisse gegeben sein. Die Relevanz der behördlichen Zulassung *per se* ist allerdings – insbesondere angesichts der Judikatur, die den Aufklärungsumfang unabhängig davon beurteilt, ob die Anwendung außerhalb oder innerhalb der Zulassung erfolgt – begrenzt. Der impfende Arzt erfüllt seine

⁴⁷² BGH 15. 2. 2000, VI ZR 48/99.

Aufklärungspflicht auch bei zulassungskonformen Impfungen ja nicht schon mit einem schlichten Hinweis auf den Beipacktext bzw dessen unveränderte Wiedergabe. Die Informationen des Herstellers determinieren nicht den gebotenen Umfang der Aufklärung, sondern können lediglich als Hilfestellung herangezogen werden. Die Aufklärung muss stets entsprechend dem konkreten Adressaten individualisiert werden. Sie hat nicht notwendigerweise sämtliche im Beipacktext angeführten Informationen zu beinhalten, andererseits kann wiederum auf Risiken, die sich nicht im Beipackzettel finden, hinzuweisen sein, wenn sich diese zB aus der Fachliteratur klar ergeben.⁴⁷³

Im Grunde fehlt dem Anwender beim zulassungsüberschreitenden Gebrauch nur die Herstellerinformation als eine von mehreren möglichen Informationsquellen, sodass er die notwendigen Kenntnisse aus anderen Quellen beschaffen muss. Diese Konstellation ist für *Kopetzki* vergleichbar mit jeder nichtmedikamentösen Heilbehandlung, bei der es üblicherweise ebenfalls keine produktbegleitenden bzw herstellerspezifischen Risikoinformationen gibt, auf die der Arzt zurückgreifen kann.⁴⁷⁴

Daraus folgt, dass für die zulassungsüberschreitende Anwendung von Impfungen grundsätzlich dieselben Aufklärungsregeln gelten wie für den zulassungskonformen Gebrauch. Zusätzlich aufzuklären ist allerdings über den Umstand, dass die bevorstehende Anwendung nicht durch eine Zulassung gedeckt ist.⁴⁷⁵ Die Zulassung kann als eine Art „Gütesiegel“ betrachtet werden, dessen Fehlen (unabhängig von der tatsächlichen Qualität bzw wissenschaftlichen Anerkennung) für die Patientenentscheidung wesentlich sein kann und daher eine Aufklärungspflicht auslöst.⁴⁷⁶ Zudem ist gegebenenfalls darauf hinzuweisen, dass möglicherweise Risiken und Nebenwirkungen bestehen könnten, die noch unbekannt sind.

Im Allgemeinen wird auch eine Aufklärungspflicht darüber bejaht, dass ein Kostenrisiko besteht, wenn die Krankenversicherung aufgrund des „off-label-use“ die Kostenerstattung ablehnt.⁴⁷⁷ Da Impfungen grundsätzlich keine Pflichtleistungen der sozialen Krankenversicherung darstellen, sondern lediglich vereinzelt Kostenzuschüsse gewährt werden

⁴⁷³ *Katzenmeier*, Anm zu BGH, 27. 3. 2007, VI ZR 55/05, JZ 2007, 1108 (1110); *Hart* in *Rieger*, Lexikon des Arztrechts² Rz 13; *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 96.

⁴⁷⁴ *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 97.

⁴⁷⁵ *Thöni/Stühlinger/Staudinger*, RdM 2008/66; *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 96.

⁴⁷⁶ BGH 4 StR 760/94 MedR 1996, 23; *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 96.

⁴⁷⁷ *Bachinger/Plank*, RdM-ÖG 2008, 22; *Hart* in *Rieger*, Lexikon des Arztrechts² Rz 14; *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 93.

(§ 132c ASVG; Kap 3.6.2.), ist der Umstand dieses Kostenrisikos hier von geringer Bedeutung. Allenfalls wäre beim off-label-use jener Impfungen, für die ein Zuschuss gewährt wird, darauf hinzuweisen, dass diese Zuschüsse möglicherweise nicht gestattet werden. Beim off-label-use von Impfstoffen, die nach dem Kinderimpfprogramm kostenfrei angeboten werden, wird sich mE ein solches Kostenrisiko für den Patienten typischerweise nicht ergeben, da diese Impfungen auf anderem Wege finanziert werden (siehe Kap 3.6.1.) und hier die Möglichkeit, dass die Krankenversicherung die Kostenerstattung ablehnt, nicht besteht. Allerdings muss der Impfling die Voraussetzungen für die grundsätzliche Anspruchsberechtigung zum kostenfreien Bezug (Altersgrenzen, wohnhaft in Österreich) erfüllen.

Weiter als *Kopetzki*⁴⁷⁸ sehen *Bachinger/Plank*⁴⁷⁹ den Umfang der Aufklärungspflicht beim „off-label-use“, da sie überdies einen Hinweis zum möglichen Wegfall der Produkthaftung des Unternehmens als erforderlich erachten.

Existiert eine medizinisch indizierte, erfolgversprechende „off-label“-Behandlung, ist auf diese Möglichkeit hinzuweisen. Die Unterlassung der Aufklärung hiervon hat bereits zur Arzthaftung geführt.⁴⁸⁰

5.2.5. UMFANG DER SICHERUNGSaufKLÄRUNG

Die bisherigen Ausführungen treffen grundsätzlich auch auf das Ausmaß der therapeutischen Aufklärung zu. Ein wesentlicher Unterschied ist jedoch, dass die Einschränkung des Aufklärungsumfanges aus therapeutischen Gründen (aufgrund psychischer Belastung) bei der Sicherungsaufklärung in der Regel nicht in Betracht kommt, zumal diese typischerweise nach der medizinischen Maßnahme stattfindet. Im Hinblick auf das Ziel der Sicherung des Heilerfolges durch bestmögliche Compliance umfasst die Sicherungsaufklärung sämtliche erforderliche Anweisungen zu einem adäquaten Verhalten des Patienten nach dem Eingriff.⁴⁸¹

Im Zusammenhang mit Schutzimpfungen kann die Sicherungsaufklärung je nach konkreten Umständen und Art der Impfung folgende Elemente beinhalten: Zumeist werden Verhaltensrichtlinien für das Auftreten gewisser Symptome erforderlich sein, etwa die Aufforderung, bei

⁴⁷⁸ *Kopetzki* in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 96.

⁴⁷⁹ *Bachinger/Plank*, RdM-ÖG 2008, 22.

⁴⁸⁰ OGH 7 Ob 113/08f RdM 2009/34; in diesem Fall: bei einer Patientin mit Kleinwuchs eine Therapie mit Wachstumshormonen, die erfolgversprechend und „state of the art“ war.

⁴⁸¹ *Holzer* in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 49 f; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁴ I/103 f.

atypischen Entwicklungen erneut den Arzt aufzusuchen. Erforderlichenfalls sollte zur körperlichen Schonung geraten werden.⁴⁸² Auch kann es der Information über vorübergehende Wirkungen des Eingriffs, wie beispielsweise temporärer Fahruntauglichkeit, bedürfen.⁴⁸³ Zudem wird die kurzfristige Beobachtung des Patienten für einen Zeitraum von etwa 15 bis 30 Minuten nach Verabreichung des Impfstoffes als erforderlich erachtet, um auf seltene Fälle schwerer allergischer (anaphylaktischer) Reaktionen oder Synkopen (Ohnmachtsanfälle) reagieren zu können.⁴⁸⁴

Weiters wird nach Impfungen das Einhalten eines gewissen Zeitabstandes zur Durchführung von Operationen empfohlen. Dringend indizierte Operationen können jederzeit vorgenommen werden, während vor „planbaren“ Operationen ein Mindestzeitabstand von drei Tagen bei Totimpfstoffen und 14 Tagen bei Lebendimpfstoffen eingehalten werden sollte.⁴⁸⁵ Ein Hinweis darauf erscheint im Rahmen der Sicherungsaufklärung angebracht.

Der BGH⁴⁸⁶ hat, für *Laufs*⁴⁸⁷ zutreffend, bei der Impfung eines Minderjährigen gegen Polio-myelitis mit abgeschwächten Lebendviren die Information der Eltern über das erhöhte, vom Impfling ausgehende Ansteckungsrisiko für besonders gefährdete Kontaktpersonen als notwendig erachtet.

Geboten scheint vor allem auch, über notwendige Folgemaßnahmen wie insbesondere Auffrischungsimpfungen, deren Anzahl und jeweils gebotenen Zeitpunkt, sowie die Folgen von deren Unterlassung zu informieren.⁴⁸⁸ Es wird somit auf die Bedeutung der Auffrischungsimpfung sowie die Folgen ihrer Nichtvornahme (va möglicher Verlust des Impfschutzes) hinzuweisen sein. Die Compliance besteht diesfalls darin, dass der Impfling im vorgegebenen Zeitraum erneut beim Arzt erscheint, um die Impfung auffrischen zu lassen.

⁴⁸² *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 7 f; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Medizinrecht*¹⁴ I/103 f.

⁴⁸³ *Ehlers*, Die ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1987) 48; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Medizinrecht*¹⁴ I/104.

⁴⁸⁴ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 105 f; *Centers for Disease Control and Prevention*, Syncope after vaccination – United States, January 2005-July 2007, *Morbidity and mortality Weekly Report* 2008/57/17, 457; *Centers for Disease Control and Prevention*, Preventing and Managing Adverse Reactions, www.cdc.gov/vaccines/hcp/acip-recs/general-recs/adverse-reactions.html (abgefragt am 01. 09. 2019).

⁴⁸⁵ *Robert Koch-Institut*, *Epidemiologisches Bulletin* 2019/34, 313 (315 f); *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 104.

⁴⁸⁶ BGH III ZR 52/93 NJW 1994, 3012.

⁴⁸⁷ *Laufs* in *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*⁴ (2010) § 58 Rz 10.

⁴⁸⁸ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 98; *Langbauer*, *Impfwesen* 75; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, *Medizinrecht*¹⁴ I/103.

5.2.6. MANGELHAFTE AUFKLÄRUNG

Klärt der Arzt unzureichend auf, kann dies sowohl strafrechtliche als auch zivilrechtliche Folgen haben:

Die mangelhafte bzw fehlende Selbstbestimmungsaufklärung führt zur Unwirksamkeit der Einwilligung des Patienten in die Behandlung.⁴⁸⁹ Wird ein medizinisch indizierter Eingriff dennoch durchgeführt, ist dies – Vorsatz vorausgesetzt und Notfälle ausgenommen – als eigenmächtige Heilbehandlung nach § 110 StGB zu qualifizieren.⁴⁹⁰ Eine medizinisch nicht indizierte bzw nicht lege artis vorgenommene Maßnahme kann bei mangelhafter Aufklärung den Straftatbestand der fahrlässigen oder vorsätzlichen Körperverletzung gemäß §§ 83 ff StGB verwirklichen.⁴⁹¹

Aus zivilrechtlicher Perspektive können Aufklärungsmängel zur Schadenersatzpflicht des Arztes führen: Wurde der Patient über ein aufklärungspflichtiges Behandlungsrisiko einer Schutzimpfung nicht aufgeklärt und verwirklicht sich diese Gefahr infolge des Eingriffs, so kann dafür Schadenersatz geltend gemacht werden. Dies gilt auch bei lege artis vorgenommenen Behandlungen.⁴⁹² Tritt bei mangelhafter Aufklärung ein Behandlungsrisiko auf, über welches nicht aufzuklären war, haftet der Behandelnde dafür mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs nicht.⁴⁹³ Prozessual muss gegebenenfalls der Arzt (bzw der Träger der Krankenanstalt) den Beweis erbringen, dass im Einzelfall entsprechend aufgeklärt wurde, oder dass auch bei zureichender Aufklärung die Einwilligung in den Eingriff erteilt worden wäre (sog hypothetische Einwilligung). Hinsichtlich der hypothetischen Einwilligung – und damit des Einwandes des rechtmäßigen Alternativverhaltens – trifft den Behandelnden nicht nur Beweis- sondern auch Behauptungslast.⁴⁹⁴ Demgegenüber werden an die Substantiierungspflicht des Aufklärungsadressaten hinsichtlich dessen hypothetischer Ablehnung (bzw erst späteren Veranlassung) der Behandlung keine hohen Anforderungen gestellt. Der OGH sieht

⁴⁸⁹ RIS-Justiz RS0026499; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 23b; Memmer in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/76.

⁴⁹⁰ *Soyer/Schumann* in WK² § 110 Rz 1 ff (Stand 1.8.2016, rdb.at); *Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 59.

⁴⁹¹ *Burgstaller/Fabrizy* in WK² § 83 Rz 33; Memmer in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/122/b.

⁴⁹² *Wendehorst* in LM, § 823 (Dd) BGB Nr. 27; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1299 Rz 11 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at); Memmer in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/122/b f.

⁴⁹³ *Wendehorst* in LM, § 823 (Dd) BGB Nr. 27; OGH 7 Ob 321/00g RdM 2001/28; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26.

⁴⁹⁴ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26j; RIS-Justiz RS0108185; RIS-Justiz RS0111528; OGH 16. 9. 2008, 1 Ob 80/08h.

es als hinreichend, wenn das Vorbringen des Patienten „nicht von vornherein unplausibel“ ist.⁴⁹⁵ Eine sorgfältige, adäquate Aufklärung vor Schutzimpfungen ist für Ärzte daher rechtlich auch insofern notwendig, als sie gewissermaßen eine Befreiung vom Schadensrisiko bedeutet (siehe bereits Kapitel 5.2.1.).

Die Sicherungsaufklärung hat demgegenüber keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Einwilligung, vielmehr gilt sie als fester Bestandteil jeder lege artis vorgenommenen Behandlung.⁴⁹⁶ Die unzureichende Sicherungsaufklärung stellt daher einen ärztlichen Behandlungsfehler dar, welcher allerdings ebenfalls in einer zivilrechtlichen Haftung des Arztes resultieren kann.⁴⁹⁷

5.2.7. AUFKLÄRUNGSVERZICHT

Da die Selbstbestimmung des Patienten ein subjektives Recht und keine Pflicht ist, kann der Aufklärungsadressat auf die Selbstbestimmungsaufklärung zum Teil oder gänzlich verzichten.⁴⁹⁸ Ein Aufklärungsverzicht ist in Österreich – anders als in Deutschland, wo dieser gemäß § 630e Abs 3 BGB nur in ausdrücklicher Form zulässig ist⁴⁹⁹ – zwar auch konkludent möglich, hierbei ist aber Vorsicht geboten: Von einem schlüssigen Aufklärungsverzicht darf nur bei konkreten Anhaltspunkten ausgegangen werden, die keinen Zweifel lassen. Bloß weil die aufzuklärende Person keine konkreten Fragen zu der Schutzimpfung stellt, darf noch kein Verzicht auf die Aufklärung angenommen werden.⁵⁰⁰ Außerdem darf der Arzt in keiner Weise auf die Abgabe eines Aufklärungsverzichtes hinwirken (Art 16 Abs 4 Patientencharta). Folgt man der Rsp, wonach auch ein vom Patienten verschiedener Aufklärungsadressat wirksam auf die ärztliche Aufklärung verzichten kann,⁵⁰¹ ist es Obsorgeberechtigten erlaubt, an Stelle ihrer einwilligungsunfähigen Kinder einen Aufklärungsverzicht hinsichtlich vorzunehmender Schutzimpfungen abzugeben.

⁴⁹⁵ OGH 28. 9. 2006, 4 Ob 132/06z; 16. 9. 2008, 1 Ob 80/08h.

⁴⁹⁶ *Englährringer*, ÖJZ 1993, 498; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁴ I/122/c; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 86.

⁴⁹⁷ *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung² 165; *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 7 f; *Holzer* in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 25; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁴ I/122/c.

⁴⁹⁸ *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 218; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 85; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 105 f.

⁴⁹⁹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ (2014) Rz 500.

⁵⁰⁰ *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1299 Rz 17 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at); *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁴ I/122 f.

⁵⁰¹ OGH 3 Ob 562/84 SZ 57/207 = EvBl 1985/85, 452; *Heidinger* in *Harrer/Graf*, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung 47.

Auf die Sicherungsaufklärung kann rechtlich gesehen jedoch nicht verzichtet werden. Sie ist als Bestandteil jeder lege artis vorgenommenen Behandlung zu verstehen und damit der Parteiendisposition vorenthalten.⁵⁰² Demnach kann ein abgegebener Aufklärungsverzicht diesen Aspekt der Aufklärung nicht betreffen.

5.2.8. AUFKLÄRUNGSPROBLEMATIK BEI SCHULIMPFUNGEN

Inhalt und Bedeutung der ärztlichen Aufklärung wurden nun bereits erläutert. In der Praxis besteht jedoch speziell bei Schulimpfaktionen eine gesondert darzulegende Aufklärungsproblematik, welche nicht zuletzt aufgrund rezenter OGH-Rechtsprechung in den Fokus gerückt wurde. Die dadurch hervorgerufene Angst vor Haftungsfolgen auf Behandlerseite hatte einen markanten Rückgang der Schulimpfaktionen zur Folge.⁵⁰³ Ausgangsproblem war die ursprünglich verbreitete Vorgehensweise, vor Schulimpfungen die Obsorgeberechtigten bloß mittels schriftlichen Aufklärungsbögen über die geplante Impfung aufzuklären. Die Einverständniserklärung war unterschrieben zu retournieren, woraufhin die Kinder geimpft wurden, ohne dass ein persönliches Gespräch zwischen Aufklärungsadressaten und Arzt stattfand. Diese zeitökonomische aber juristisch heikle Form der Aufklärung wird weitgehend als erforderlich erachtet, da bei routinemäßigen Schulimpfungen die Durchführung eines Aufklärungsgesprächs mit sämtlichen Obsorgeberechtigten aus zeitlichen und organisatorischen Gründen als schwer zu bewerkstelligen gilt. Inwiefern diese Vorgehensweise problematisch ist, soll im Folgenden erörtert werden.

5.2.8.1. Einschlägige Rechtsprechung

In diesem Zusammenhang soll insbesondere die Entscheidung 6 R 5/10t des OLG Graz vom 19. 5. 2010 erläutert werden.⁵⁰⁴ Bei einem minderjährigen Schüler, der am 11. 10. 2004 in einer kärntner Hauptschule gegen Hepatitis B geimpft wurde, verwirklichte sich die Nebenwirkung einer Sehnerventzündung (*opticus neuritis*), was eine starke Sehbehinderung und Minderung der Erwerbsfähigkeit von 90 % zur Folge hatte. Die Schutzimpfung wurde von einer beauftragten Amtsärztin im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung des Landes Kärnten vorgenommen. Der den Eltern des Patienten vorab übermittelte Aufklärungsbogen beinhaltete hauptsächlich Informationen über die Gefahren einer Hepatitis B Erkrankung,

⁵⁰² Engljähringer, ÖJZ 1993, 498; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/122/b.

⁵⁰³ Stärker, Aktuelle Facetten des Haftungsrechts bei ÄrztInnen, RZ 2013, 85 (86).

⁵⁰⁴ Zweiter Rechtsgang zu OGH 16. 12. 2008, 1 Ob 84/08x.

nicht jedoch über mögliche unerwünschte Wirkungen des Impfstoffs, somit auch nicht über das Risiko einer Sehnerventzündung. Der minderjährige Kläger machte daraufhin eine Aufklärungspflichtverletzung geltend und begehrte Schadenersatz.

Im ersten Rechtsgang führte der OGH aus, dass Feststellungen bezüglich der Komplikationsdichte potenzieller Nebenwirkungen, insbesondere hinsichtlich der tatsächlich aufgetretenen *opticus neuritis*, fehlten, welche allerdings schon für das bloße Bestehen einer entsprechenden Aufklärungspflicht von Bedeutung sind (siehe Kap 5.2.4.1.). Außerdem unterblieben ausreichende Feststellungen zur hypothetischen Einwilligung der Eltern des Klägers, also zur Frage, ob die Obsorgeberechtigten der Impfung auch bei mangelfreier Aufklärung zugestimmt hätten. Im zweiten Rechtsgang bejahte das OLG Graz schließlich die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, was zu einer schadenersatzrechtlichen Haftung des Landes Kärnten führte.⁵⁰⁵

Folglich wurde die aufgetretene Sehnerventzündung als aufklärungspflichtige Nebenwirkung der Schutzimpfung qualifiziert. Trotz Verletzung der Aufklärungspflicht hätte eine Haftung dennoch ausbleiben können, wäre der beklagten Partei der Beweis der hypothetischen Einwilligung der Eltern des minderjährigen Klägers (rechtmäßiges Alternativverhalten) gelungen. Die Behauptungs- und Beweislast dafür liegt auf Behandlerseite.⁵⁰⁶ Im gegenständlichen Fall konnte jedoch nicht bewiesen werden, dass die Mutter des Minderjährigen der Impfung auch bei erfolgter Aufklärung über das Risiko einer Sehnerventzündung zugestimmt hätte.

In der vorliegenden, durchaus üblichen, Konstellation kam es zu einer Haftung des Landes Kärnten, weil die Impfung von einem für das beklagte Land tätig gewordenen Sanitätsreferat empfohlen und angeboten wurde und die beklagte Partei sich dabei einer bei ihr beschäftigten Amtsärztin bediente, weshalb das Land Kärnten auch Partei des entsprechenden Behandlungsvertrages war. Weiters galt die Schulimpfung, wie bereits dargelegt, mangels gesetzlichen Zwanges nicht als Hoheits- sondern als Privatwirtschaftsverwaltung des Landes, sodass der Behandlungsvertrag zivilrechtlicher Natur war.⁵⁰⁷ Ausführlicheres zu den rechtsgeschäftlichen Aspekten war bereits Kapitel 5.1.2.2.4. zu entnehmen.

Eine weitere, die Aufklärungspflicht bei Schulimpfungen betreffende Entscheidung traf der OGH am 1. 3. 2012 zu 1 Ob 14/12h. Der minderjährige Kläger wurde in der Volksschule von

⁵⁰⁵ OLG Graz 6 R 5/10t RdM 2012/31.

⁵⁰⁶ RIS-Justiz RS0108185; RIS-Justiz RS0111528.

⁵⁰⁷ OGH 1 Ob 271/06v RdM 2007/106.

einer vom beklagten Land Steiermark beauftragten Amtsärztin gegen Mumps, Masern und Röteln geimpft und erlitt in der Folge eine akute Immunthrombozytopenie Purpura (ITP). Die Eltern hatten ein Informationsblatt erhalten, worin etwa die gute Verträglichkeit und der Nutzen der Impfung angeführt, nicht jedoch ausreichende Hinweise auf mögliche Nebenwirkungen enthalten waren. Auf dieser Grundlage willigten die Eltern in die Maßnahme ein, ohne dass ein persönliches Aufklärungsgespräch stattfand.

In der Folge begehrte der minderjährige Kläger Schadenersatz, da die ärztliche Aufklärung mangelhaft erfolgt sei. Während das Erstgericht das Klagebegehren noch mangels kausalen Aufklärungsfehlers abwies, gab das Berufungsgericht der Klage statt und stellte eine Verletzung der Aufklärungspflicht fest. Es führte (unrichtigerweise) sinngemäß aus, dass hinsichtlich des Bestehens der Aufklärungspflicht wesentlich sei, ob die Kenntnis vom fraglichen Risiko bei der Impfentscheidung des konkreten – nicht eines verständigen – Patienten bzw. Aufklärungsadressaten ins Gewicht fiele. Bejahendenfalls sei mangels Dringlichkeit der Schutzimpfung auch über äußerst seltene Nebenwirkungen aufzuklären.

Der OGH wiederum ließ die klageabweisende Entscheidung des Erstgerichts wiederherstellen. Das Höchstgericht führte aus, dass bei medizinischen Eingriffen wie Schutzimpfungen, „die zwar nicht im engsten Sinn des Wortes dringlich sind, aber doch im Regelfall zu deutlichen gesundheitlichen Vorteilen gegenüber einer Unterlassung der Maßnahme führen, [...] nicht auf jede nur denkbare nachteilige Konsequenz hinzuweisen“ sei.⁵⁰⁸ Es sei zu berücksichtigen, dass Aufklärungsadressaten durch das Anführen zwar möglicher, aber äußerst seltener Nebenwirkungen von einer grundsätzlich sinnvollen und gesundheitsfördernden Behandlung abgehalten werden könnten. Bei der Frage, ob die Information über ein bestimmtes Risiko bei der Entscheidungsbildung des Patienten ernsthaft ins Gewicht fallen (und somit die Aufklärungspflicht begründen) würde, sei auf einen verständigen Patienten abzustellen. Auf den konkreten Patienten müsse nur abgestellt werden, wenn eine Verletzung der Aufklärungspflicht vorläge. Im gegenständlichen Fall erachtete der OGH – unter Berücksichtigung der bekannten Vorteile eines aufrechten Impfschutzes und der Empfehlung der Impfung durch das Gesundheitsministerium – die Eintrittswahrscheinlichkeit der ITP-Erkrankung von 0,000075 bis 0,000135 % als zu gering, um einen Einfluss auf die Impfentscheidung eines verständigen Aufklärungsadressaten haben zu können und verneinte damit das Vorliegen einer diesbezüglichen Aufklärungspflicht. Schließlich ist zu bemerken, dass die erstgerichtli-

⁵⁰⁸ OGH 1. 3. 2012, 1 Ob 14/12h.

che Beurteilung im Ergebnis jener des OGH entsprach und demzufolge bereits anfänglich zutreffend gewesen wäre.

Zwar resultierte dieser Rechtsstreit letztendlich nicht in einer schadenersatzrechtlichen Haftung des beklagten Landes, dennoch wurde erneut deutlich, dass diese Form der Aufklärung rechtliche Unsicherheiten in sich birgt. Dass die konkret aufgetretene Nebenwirkung aufgrund ihrer äußersten Seltenheit nicht aufklärungspflichtig war, änderte nichts an der Untauglichkeit von Informationsblättern, die nicht hinreichend auf Impfnebenwirkungen – und damit teils auch nicht auf aufklärungspflichtige Risiken – hinweisen.

In beiden dargelegten Entscheidungen beschränkte sich der OGH im Wesentlichen darauf, die Aufklärungsbedürftigkeit der eingetretenen, aber im Informationsblatt nicht genannten Risiken zu beurteilen. Ausführungen zu der Frage, ob rein schriftliche Einverständniserklärungen den Anforderungen der Aufklärungspflicht bei Schulimpfungen überhaupt genügen können, unterblieben. Der entscheidende Fall, in dem sich eine im schriftlichen Aufklärungsbogen *erwähnte* Nebenwirkung in der Folge tatsächlich verwirklicht, ist bislang nicht ausjudiziert.

5.2.8.2. Betroffene Aufklärungsproblematik

In erster Linie ist bei Schulimpfaktionen problematisch, dass die Heranziehung schriftlicher Aufklärungsbögen regelmäßig mit dem Unterbleiben des Aufklärungsgespräches einhergeht. Grundsätzlich vermögen allgemeine Aufklärungsbögen das persönliche Gespräch mit dem Arzt nämlich nicht zu ersetzen.⁵⁰⁹ Aufgrund ihrer Abstraktheit können Informationsblätter alleine den individuellen Aufklärungsanforderungen der jeweiligen Patienten nicht gerecht werden, zumal sie unterschiedslos ein Standardmaß an Information aufweisen.⁵¹⁰ Der OGH hat diesbezüglich ausgeführt, dass bei Unterbleiben des persönlichen Aufklärungsgespräches eine vom Arzt „im bürokratischen Weg eingeholte nackte Zustimmungserklärung“ der Eltern des Patienten nicht ausreichend ist. Es bedürfe vielmehr eines persönlichen Gespräches, um den konkret gewünschten bzw verkraftbaren Aufklärungsumfang zu ermitteln.⁵¹¹

Zwar können Informationsblätter dem Aufklärungsadressaten ein gewisses Vorwissen verschaffen, hinsichtlich dessen sodann keine Aufklärungspflicht mehr bestehen würde. Dennoch

⁵⁰⁹ RIS-Justiz RS0102906; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 75; *Pitzl/Huber*, RdM 1996, 113 (114 f).

⁵¹⁰ *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 173 f; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 483 ff.

⁵¹¹ OGH 3 Ob 562/84 SZ 57/207 = EvBl 1985/85.

ist es dem Arzt ohne persönliches Gespräch nicht möglich, sich entsprechend zu vergewissern, dass die aufzuklärende Person die schriftlichen Informationen tatsächlich vollends verstanden hat und nunmehr über ebensolche Vorkenntnisse verfügt.⁵¹²

Dennoch scheint man bei Schulimpfaktionen aus organisatorischen bzw zeitökonomischen Gründen auf den zumindest unterstützenden Einsatz von Aufklärungsbögen angewiesen zu sein. Um bereits auf diesem Wege eine adäquate Wissensgrundlage für die zu treffende Impfentscheidung zu schaffen, gilt es, die Informationsblätter dem nach allgemeinen Grundsätzen erforderlichen Aufklärungsumfang der jeweiligen Impfung anzupassen. Demzufolge ist es wie in der oben angeführten Entscheidung⁵¹³ keinesfalls zielführend, zwar auf die Gefahren der zu verhütenden Krankheit, nicht jedoch auf mögliche Impfnebenwirkungen hinzuweisen.

5.2.8.3. Entwicklung

Geht man davon aus, dass bei Schulimpfungen ein persönliches Gespräch zwischen Eltern und Arzt idR unterbleiben wird, kann die Option eines Aufklärungsverzichts ins Treffen geführt werden. Diesbezüglich ist klarzustellen, dass zum einen ein grundsätzlicher Verzicht auf die ärztliche Aufklärung in Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als zulässig gilt, sowie zum anderen wohl auch ein vom Patienten verschiedener Aufklärungsadressat – also etwa ein Elternteil des einwilligungsunfähigen Kindes – auf die Aufklärung verzichten kann.⁵¹⁴ Zur Gültigkeit dessen wird jedoch verlangt, dass der verzichtenden Person Gegenstand und Risiko des Eingriffes zumindest im Wesentlichen bekannt sind. Dies macht aber wiederum eine Überprüfung des Bestehens ebendieser Grundkenntnisse durch den Arzt erforderlich, woran es mangels persönlichen Gespräches regelmäßig scheitern wird.⁵¹⁵ Mit einem generellen Aufklärungsverzicht alleine kann daher nicht das Auslangen gefunden werden.

Ferner wurde bereits festgehalten, dass die Aufklärungsproblematik auch durch schriftliche Aufklärung alleine, mag sie noch so umfassend ausgestaltet sein, nicht vollends bewältigt werden kann (siehe Kap 5.2.8.2.). Wie erörtert, bleibt stets ein Restrisiko bestehen, wenn sich

⁵¹² Makoski, GuP 2017/6, 220 (221); Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht I/100.

⁵¹³ OLG Graz, 19. 5. 2010, 6 R 5/10t.

⁵¹⁴ OGH 3 Ob 562/84 SZ 57/207 = EvBl 1985/85; Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht 218 f.

⁵¹⁵ Kletečka/Neumayer, Die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, insbesondere bei Schulimpfaktionen, RdM 2012/31, 48.

der Arzt nicht persönlich vergewissern kann, ob der Patient das Informationsblatt auch verstanden hat.

Angesichts dieser Schwierigkeiten hat das (damalige) Bundesministerium für Gesundheit und Frauen ein juristisches Gutachten in Auftrag gegeben, im Rahmen dessen beurteilt werden sollte, ob bzw wie die Formularaufklärung bei Schulimpfungen weiterhin angewendet werden kann. *Kletečka* hat sich mit dieser diffizilen Problemstellung befasst und ist dabei zu folgendem Ergebnis gelangt: Zwar sei weder ein Aufklärungsverzicht, noch die schriftliche Aufklärung alleine ausreichend, allerdings eigne sich die ausführliche Formularaufklärung dazu, dem Adressaten jene Informationen zu vermitteln, auf deren Basis ein gültiger Verzicht auf ein weiterführendes persönliches Gespräch mit dem Arzt abgegeben werden könne. Indes betreffe ein etwaiger Verzicht nur im Aufklärungsbogen angeführte, nicht jedoch unerwähnte, dem Adressaten unbekannte Risiken.⁵¹⁶ Unterstützend angeführt wurde eine Entscheidung des BGH, wonach bei einer (öffentlich empfohlenen) Routineimpfung die mündliche Aufklärung unterbleiben konnte, sofern dem Patienten neben der schriftlichen Aufklärung die Möglichkeit zu Fragen eingeräumt wurde.⁵¹⁷

Die beschriebene Vorgehensweise hat in der Folge Einzug in die Praxis gefunden. Auf der Homepage des BMASGK für Gesundheit und Frauen werden nunmehr standardisierte Einverständniserklärungen für Schulimpfungen (siehe Anhang IV.) sowie die Gebrauchsinformationen aller Impfstoffe des kostenfreien Impfkongzeptes zur Verfügung gestellt.⁵¹⁸ Die Einverständniserklärung beinhaltet einen Anamnese-artigen Fragebogen bezüglich medizinisch relevanter Daten bzw Risikofaktoren des Impflings sowie den Hinweis, dass die Gebrauchsinformation des Impfstoffes Bestandteil des Informationsblattes ist. Die aufzuklärende Person bestätigt sodann mit ihrer Unterschrift, dass sie die Möglichkeit hatte, sich in der Gebrauchsinformation über Kontraindikationen und Nebenwirkungen zu informieren. Darüber hinaus erklärt sie, ausreichend über die Schutzimpfung aufgeklärt zu sein und kein zusätzliches persönliches Gespräch mit dem Arzt zu benötigen. Zu beachten ist dabei, dass es stets die freie Entscheidung des Aufklärungsadressaten bleibt, die Möglichkeit des persönlichen

⁵¹⁶ *Kletečka/Neumayer*, RdM 2012/31, 49.

⁵¹⁷ BGH 15. 2. 2000, VI ZR 48/99.

⁵¹⁸ *BMASGK*, https://www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Impfen/ (abgefragt am 1. 9. 2019).

Gespräches wahrzunehmen oder nicht.⁵¹⁹ Der dargelegten Rechtsansicht zufolge müsste damit den Erfordernissen der Aufklärungspflicht genüge getan sein.

5.2.8.4. Stellungnahme

Die gegenständliche Vorgehensweise ist insofern zielführend, als sie die Problematik des hohen organisatorischen Aufwandes der Aufklärung vor Schulimpfungen durch eine umfassende Formularaufklärung in Kombination mit einem Verzicht auf ein persönliches Gespräch mit dem Arzt zu lösen bezweckt. Für den (gesundheitsspolitisch angestrebten) Fortbestand von Schulimpfkationen erscheint es notwendig, die Anfälligkeit der schadenersatzrechtlichen Haftung auf Behandlerseite wegen Aufklärungsmängeln zu minimieren. Grund für Zurückhaltung könnte allerdings sein, dass die nunmehrige Herangehensweise noch nicht ausjudiziert ist. Dass sich die Judikatur dieser Ansicht im Grunde anschließen wird und sie ferner diese Methode hinsichtlich der konkreten Umstände sämtlicher Einzelfälle als ausreichend erachten wird, kann mE nicht mit absoluter Sicherheit angenommen werden. In Anbetracht dieses Unsicherheitsfaktors sei daher dahingestellt, ob diese Vorgehensweise als landesweite „Patentlösung“ für Schulimpfungen geeignet ist bzw herangezogen werden sollte.

Problematisch erscheint insbesondere, dass auch im Falle des Verzichts das Bestehen von Grundkenntnissen über Gegenstand und Risiko des Eingriffes als erforderlich gilt.⁵²⁰ In diesem Zusammenhang ist mE unklar, ob die (für die korrekte Aufklärung die Beweislast tragende) Behandlerseite auf rein schriftlichem Wege ein ausreichendes Maß an Sorgfalt zur Überprüfung des Bestehens der erforderlichen Grundinformation des Aufzuklärenden aufbringt.

Fraglich ist außerdem, ob die erwähnte BGH-Judikatur noch zu überzeugen vermag. Diese Entscheidung stieß zum einen bereits zum damaligen Zeitpunkt auf Kritik aus dem deutschen Schrifttum. So bemängelte *Deutsch*, dass durch das Begnügen mit schriftlicher Aufklärung unter der Voraussetzung der darauf folgenden Möglichkeit, Fragen zu stellen, eine Aufklärungsmethodik geschaffen werde, bei welcher der Arzt nie wirklich zur Vergewisserung darüber angehalten sei, ob der Adressat die schriftliche Aufklärung tatsächlich verstanden habe. Im konkreten Fall wurde die Mutter des minderjährigen Impflings nämlich nur gefragt, ob sie das Informationsblatt gelesen (nicht etwa auch verstanden) habe.⁵²¹ Ebenso *Spickhoff*,

⁵¹⁹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht I/113.

⁵²⁰ Kletečka/Neumayer, RdM 2012/31, 48; Juen, Arzthaftungsrecht² 106.

⁵²¹ Deutsch, Anm zu BGH, 15. 2. 2000, VI ZR 48/99, JZ 2000, 902.

der weiters ausführt, dass unter diesen Umständen dem Adressaten nicht unterstellt werden könne, auf die Aufklärung verzichtet zu haben.⁵²² Zum anderen wird es darüber hinaus seit Inkrafttreten des so genannten Patientenrechtegesetzes 2013⁵²³ im deutschen Schrifttum grundsätzlich als zweifelhaft erachtet, ob diese Rechtsansicht angesichts der neuen Gesetzeslage überhaupt noch fortbestehen kann, da nunmehr in § 630e Abs 2 S 1 Nr 1 BGB ausdrücklich geregelt ist, dass die Aufklärung mündlich – und nur ergänzend schriftlich – zu erfolgen hat.⁵²⁴ Die in Fällen des Aufklärungsverzichts erforderliche reduzierte Aufklärung über die Bedeutung des Eingriffes⁵²⁵ wird demgemäß ebenfalls mündlich erfolgen müssen. *Zuck* sieht die BGH-Rsp durch die Einführung des § 630e BGB ausdrücklich als überholt an. Demnach müsse die Aufklärung schon deshalb mündlich durch den Arzt erfolgen, weil auch über individuelle Risiken des Impfkandidaten aufzuklären ist und dies eine Untersuchung voraussetzt.⁵²⁶

Im Übrigen weist die gegenständliche Methode auch der Formularaufklärung generell anhaftende Schwachpunkte auf. So fehlt es etwa – bei rein schriftlichen Aufklärungsbögen auch kaum vermeidbar – weiterhin an der individuellen Ausgestaltung des Aufklärungsumfanges nach Maßgabe der Bedürfnisse des konkreten Adressaten. *Deutsch* sieht die bloße Übermittlung von Aufklärungsformularen im Allgemeinen kritisch, da er darin eine „Gefahrenverlagerung durch Wissensmitteilung“ auf Kosten des Patienten sieht, dessen Interesse auf individuelle Aufklärung und ärztliche Beratung zurückgedrängt wird.⁵²⁷ Des Weiteren kann der Verweis auf die doch sehr ausführliche Gebrauchsinformation des Impfstoffes mE unter Umständen ein Übermaß an Aufklärung darstellen und ängstliche Adressaten von der an sich gesundheitsfördernden Maßnahme abschrecken (was an sich zu vermeiden ist⁵²⁸). Dem OGH zu Folge ist es gerade nicht notwendig, auf alle im Beipackzettel erwähnten Risiken hinzu-

⁵²² *Spickhoff*, Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts – Die Entwicklung des Medizinrechts 2000/2001, NJW 2001, 1757 (1761).

⁵²³ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten BGBl I 2013, 277.

⁵²⁴ *Rehborn*, Das Patientenrechtegesetz, GesR 2013/5, 257 (264 f); *Gamsjäger*, Aktuelle Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung vor Schulimpfaktionen in Österreich und Deutschland, GesR 2013, 520 (523); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 484; *Jaeger*, Neues aus der Rechtsprechung – vier Jahre Patientenrechtegesetz, in *Huber/Neumayr/Reisinger*, Festschrift Karl-Heinz Danzl zum 65. Geburtstag (2017), 271 (285); *Wellner*, Die Aufklärungspflicht des Arztes nach dem PatRG im Lichte der BGH-Rechtsprechung, in *Huber/Jaeger/Luckey*, Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag (2014) 168.

⁵²⁵ *Terbille*, § 1 Zivilrechtliche Arzthaftung, in *Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht² (2013) Rz 452; *Lepa*, Beweisprobleme beim Schadenersatzanspruch aus Verletzung der Verpflichtung des Arztes zur Risikoaufklärung, in *Brandner/Hagen/Stürner*, Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag (2000) 449 (451).

⁵²⁶ *Zuck*, Ärztliche Masern-Impfaufklärung, GesR 2016, 673.

⁵²⁷ *Deutsch*, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, 2585 (2588).

⁵²⁸ OGH 1. 3. 2012, 1 Ob 14/12h.

weisen.⁵²⁹ Außerdem mangelt es bei den gegenständlichen Formularen an einer ausreichenden Aufklärung über die Konsequenzen der Unterlassung der Maßnahme, welche aber als erforderlich gilt⁵³⁰ und mE gerade bei Schutzimpfungen bedeutsam ist, verfolgt man damit doch das gesundheitspolitische Ziel der Steigerung der Durchimpfungsraten.

Eine zusätzliche Schwierigkeit bei der vorliegenden Vorgehensweise besteht bei Impflingen, die sich „an der Grenze“ zur Einwilligungsfähigkeit befinden. Hier muss der Arzt im Zuge eines Gespräches mit dem Patienten feststellen, ob dieser für die konkrete Maßnahme bereits über die ausreichende Entscheidungsfähigkeit verfügt. Die Durchführung der Impfung hier von einer allfällig vorliegenden Einverständniserklärung der Eltern abhängig zu machen wäre problematisch, wenn der Minderjährige bereits selbst in die Behandlung einwilligen kann bzw muss und damit Aufklärungsadressat ist. In diesem Zusammenhang sind einerseits Fälle zu vermeiden, in denen entscheidungsfähige Patienten „ungefragt“, also nur aufgrund der Einwilligung der Obsorgeberechtigten geimpft werden. Andererseits ist in Fällen, in denen Eltern eine geplante Schulimpfung ablehnen, dennoch im Gespräch mit dem Impfling dessen Einwilligungsfähigkeit zu prüfen. Kann der Impfling bereits selbst einwilligen, ist eine schriftliche Ablehnung der Obsorgeberechtigten nämlich unbeachtlich.

Den bisher genannten, die Selbstbestimmungsaufklärung betreffenden Kritikpunkten lässt sich hinsichtlich der gegenständlichen Methode unter Umständen noch entgegenen, dass der Adressat letztlich ohnehin auf die Aufklärung verzichtet. Auf die Sicherungsaufklärung hingegen kann nicht verzichtet werden.⁵³¹ In diesem Zusammenhang ist mE zweifelhaft, ob die rein schriftliche Sicherungsaufklärung ausreichend bzw überhaupt möglich ist, zumal ein allenfalls erklärter Verzicht diesen Aspekt der Aufklärung nicht betreffen kann. Im Regelfall, in dem die Schulimpfung bei einem einwilligungsunfähigen Minderjährigen in Abwesenheit des Obsorgeberechtigten vorgenommen wird, geht man der Möglichkeit eines persönlichen Gespräches mit dem Aufklärungsadressaten (und somit der mündlichen Sicherungsaufklärung) gänzlich verlustig. Dies kann durchaus problematisch sein, sofern man der therapeutischen Aufklärung bei Schutzimpfungen nicht jegliche Bedeutung abspricht. ME darf diese jedenfalls nicht völlig außer Acht gelassen werden (siehe Kap 5.2.5.). Mangelhafte Siche-

⁵²⁹ OGH 7 Ob 593/90 JBl 1991, 316.

⁵³⁰ RIS-Justiz RS0026578; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁷ I/80/a.

⁵³¹ Engljähringer, ÖJZ 1993, 498; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/122/b.

rungsaufklärung wirkt sich, wie bereits erläutert, zwar nicht auf die Einwilligung aus, kann jedoch uU einen Behandlungsfehler darstellen.⁵³²

In Anbetracht dieser diffizilen Rechtslage erscheint es mE durchaus erwägenswert, zu einem gesammelten Termin vor der Schulimpfaktion (etwa im Rahmen eines zeitnahen Elternabends⁵³³) die Gelegenheit zu einem persönlichen Gespräch mit dem Arzt zu schaffen und auf diese Weise die Aufklärungsproblematik zu lösen. Angesichts des gesundheitspolitischen Bestrebens, Schulimpfungen weiterhin anzubieten, ist das Schaffen von weitgehender Rechtssicherheit ein entscheidender Schritt.

Letztlich ist zu resümieren, dass die Entwicklung der dargelegten Aufklärungsproblematik einer sicheren Prognose nur schwer zugänglich ist. Meine Ausführungen zu den aktuell eingesetzten Einverständniserklärungen können jedenfalls nicht per se als Wunsch zum Abgehen von der aktuellen Aufklärungsmethodik verstanden werden, sie sollen aber durchaus jene mE heiklen Aspekte aufzeigen, die (mangels betreffender Rechtsprechung) nach wie vor Zurückhaltung nahe legen – dies wohl im Interesse aller Beteiligten.

5.3. EINWILLIGUNG IN IMPFUNGEN

Dass der aufgeklärte Patient selbst über die (Nicht-)Durchführung ärztlicher Maßnahmen entscheiden kann, ist die zentrale Manifestation seines Selbstbestimmungsrechts, welches mehrfach gesetzlich festgehalten ist (§ 173 ABGB, § 283 ABGB, § 8 KAKuG, § 110 StGB).⁵³⁴ Die Einwilligung legitimiert den Arzt zur Durchführung von Schutzimpfungen. Grundsätzlich gelten medizinische Behandlungen – damit auch Impfungen – zunächst als rechtswidrige Körperverletzung. Erst durch das Erteilen der Einwilligung wird dieser ihre Rechtfertigung verliehen.⁵³⁵ Eine Darstellung der Auswirkungen von Aufklärungsmängeln auf die Einwilligung erfolgte bereits in Kapitel 6.2.6..

Aus strafrechtlicher Sicht ist die Behandlung einer anderen Person ohne deren Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, strafbar gem § 110 StGB (mit

⁵³² *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung² 165; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 7 f; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁴ I/122/c f.

⁵³³ *Edelmann*, Schadenersatz bei Unterlassung ärztlicher Aufklärung vor Schulimpfungen, *Zak* 2012/475, 251.

⁵³⁴ *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 59; *Neumayr* in *GmundKomm*, Einleitung ABGB Rz 63.

⁵³⁵ OGH 10 Ob 2350/96b SZ 69/199; *Ofner* in *Weiser*, Die Haftung des Arztes 127; *Neumayr* in *GmundKomm*, Einleitung ABGB Rz 63; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 80 f; *Deutsch* in *Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier*, FS Laufs 754.

Ausnahme der Gefahr-in-Verzug-Regel des Abs 2 leg cit).⁵³⁶ Im Gegensatz zu den Körperverletzungsdelikten nach §§ 83 ff StGB ist hier das geschützte Rechtsgut primär das Selbstbestimmungsrecht bzw die Willensfreiheit des Patienten.⁵³⁷ Der Behandlungsbegriff des § 110 StGB wurde in die zivilrechtlichen Regelungen zur Einwilligung übernommen.⁵³⁸ Der Terminus der medizinischen Behandlung ist sohin weit gefasst und beinhaltet neben therapeutischen auch diagnostische, schmerzlindernde und prophylaktische (Schutzimpfungen) Maßnahmen sowohl der Schul- als auch der Alternativmedizin (siehe Kapitel 3.2.).⁵³⁹

Das Erfordernis der Einwilligung in ärztliche Behandlungen erwächst zudem insbesondere aus dem Persönlichkeitsschutz des § 16 ABGB.⁵⁴⁰ Diese Norm schützt unter anderem die körperliche und geistige Integrität sowie die Willensfreiheit jedes Menschen und gewährt indes subjektive Rechte.⁵⁴¹ Die Persönlichkeitsrechte sind absolute Rechte, die vor Eingriffen Dritter schützen.⁵⁴² Die Regelung des § 16 ABGB implementiert die Wertmaßstäbe verfassungsmäßiger Grundrechte in die Privatrechtsordnung und begrenzt damit auch die Privatautonomie.⁵⁴³ Die Vornahme einwilligungsloser Schutzimpfungen würde folglich auch eine Verletzung des § 16 ABGB bedeuten.⁵⁴⁴

Die Einwilligung kann grundsätzlich – und mangels sondergesetzlicher Formvorschriften auch bei Impfungen – formfrei erfolgen, sodass sie typischerweise mündlich bzw konkludent erteilt wird.⁵⁴⁵

⁵³⁶ *Birklbauer in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap X Rz 76; *Soyer/Schumann in WK² § 110 Rz 1 f* (Stand 1.8.2016, rdb.at).

⁵³⁷ *Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681; *Soyer/Schumann in WK² § 110 Rz 1 f* (Stand 1.8.2016, rdb.at).

⁵³⁸ Erläut RV 296 BlgNR 21. GP 54; Erläut RV 1420 BlgNR 22. GP 19.

⁵³⁹ *Bertel/Schwaighofer/Venier*, Österreichisches Strafrecht BT I¹³ (2015) § 110 StGB Rz 2 ff; *Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 60; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 89.

⁵⁴⁰ *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 21 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

⁵⁴¹ *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 16 Rz 10 (Stand 1.3.2017, rdb.at); *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 8, 20 f (Stand 1.7.2015, rdb.at).

⁵⁴² *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 16 Rz 10 (Stand 1.3.2017, rdb.at); *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 8 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

⁵⁴³ *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 57 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

⁵⁴⁴ *Langbauer*, Impfwesen 103.

⁵⁴⁵ *Neumayr in GmundKomm*, Einleitung ABGB Rz 65; *Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/150.

5.3.1. RECHTSNATUR DER EINWILLIGUNG

Über die Rechtsnatur der Einwilligung herrscht Streit.⁵⁴⁶ Nach der nunmehr überwiegenden (und mE zutreffenden) Meinung handelt es sich dabei um eine Willenserklärung.⁵⁴⁷ Für *Resch* spricht für die Deutung als Willenserklärung neben aussagekräftigen rechtshistorischen Anhaltspunkten der Umstand, dass bei Einordnung der Einwilligung als Willenserklärung diese mit den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln harmoniert.⁵⁴⁸ Nach *Koziol* ist die Einwilligung „eine auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtete Erklärung, nämlich die Erlaubnis zum Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut und die Einwilligung zu der mit einer lege artis durchgeführten Behandlung verbundenen Gefährdung. Die Einwilligung dient daher der Verwirklichung der Privatautonomie, also der Umsetzung der Möglichkeit, durch Erklärung des Willens jene Rechtsfolgen in Geltung zu setzen, auf die der erklärte Wille gerichtet ist; somit die Schaffung individueller Rechtsregeln. Damit erfüllt die Einwilligung *alle* Voraussetzungen einer Willenserklärung.“⁵⁴⁹

5.3.2. EINWILLIGUNGSFÄHIGKEIT

Für die Einwilligung in medizinische Behandlungen ist das Vorliegen einer „besonderen Geschäftsfähigkeit“ notwendig, die von den allgemeinen Geschäftsfähigkeitsregeln abweicht. Um in Schutzimpfungen wirksam einzuwilligen, muss der Patient über die notwendige Entscheidungsfähigkeit verfügen, eine klare Altersgrenze besteht hier nicht.⁵⁵⁰ Mit dem 2. ErwSchG (in Kraft seit 1. 7. 2018) löst der Begriff der Entscheidungsfähigkeit jenen der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ ab. Erforderlich ist für die Entscheidungsfähigkeit nach § 24 Abs 2 ABGB idF des 2. ErwSchG, dass der Impfkandidat die Bedeutung und die Folgen seines Handelns verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten

⁵⁴⁶ Auf den gesamten Meinungsstand dieser jahrzehntelangen Debatte kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Diesbezüglich soll insb verwiesen werden auf *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997); *Koziol*, Die Einwilligung zu medizinischen Eingriffen, JBl 2016, 617 (620 ff).

⁵⁴⁷ OGH 3 Ob 562/84 RdW 1985, 272 = JBl 1985, 548; *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten 30 ff; *Dullinger*, Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, JBl 1998, 2 (12); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 4/94; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 173 Rz 3 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Neumayr* in *GmundKomm*, Einleitung ABGB Rz 64; *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/134; aA: *Edlbacher*, Körperliche, besonders ärztliche, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365 (367 ff); *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 140 ff.

⁵⁴⁸ *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten 22 f, 36.

⁵⁴⁹ *Koziol*, JBl 2016, 620.

⁵⁵⁰ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 173 Rz 3 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *P. Bydlinski*, ÖJZ 2018/125, 944.

kann.⁵⁵¹ Hierbei sind nunmehr drei wesentliche Elemente gefordert: Erstens die Fähigkeit, Grund und Bedeutung der vorzunehmenden Rechtshandlung einzusehen.⁵⁵² Bei Impfungen wird dies beinhalten, dass der Kandidat versteht, was eine Infektionskrankheit ist, was die Maßnahme der Impfung bedeutet und was die Folgen ihrer Durchführung bzw Unterlassung sind.⁵⁵³ Hinsichtlich dieser kognitiven Komponente sind die von einem informierten Laien zu erwartenden Kenntnisse maßgeblich, nicht hingegen medizinische Fachkenntnisse.⁵⁵⁴ Zweitens muss die Fähigkeit bestehen, den Willen nach der erlangten Einsicht bestimmen zu können. Im Hinblick auf dieses voluntative Element muss die Entscheidung des Patienten keinen objektiv vernünftigen Wertmaßstäben entsprechen, vielmehr genügt es, wenn sie innerhalb des subjektiven Wertesystems des Patienten nachvollziehbar ist.⁵⁵⁵ Als nunmehr drittes Element (seit dem 2. ErwSchG) ist die Fähigkeit erforderlich, sich auch entsprechend zu verhalten, was etwa fehlen kann, wenn übermächtige Ängste daran hindern, gemäß der Einsicht und Willensbestimmung zu agieren.⁵⁵⁶ Diese Komponenten werden – wie auch bisher bei der Einsichts- und Urteilsfähigkeit⁵⁵⁷ – kumulativ vorliegen müssen.

Die Einwilligungsfähigkeit ist jedenfalls, wie bereits erwähnt, nicht mit der allgemeinen Geschäftsfähigkeit gleichzusetzen. Das Zustandekommen des Behandlungsvertrages bedeutet daher nicht zugleich auch die Einwilligung in die medizinische Maßnahme.⁵⁵⁸

5.3.3. EINWILLIGUNG BEI MÜNDIGEN MINDERJÄHRIGEN

Die Einwilligung in medizinische Behandlungen von Minderjährigen ist seit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 eigens normiert.⁵⁵⁹ Nach dem nunmehrigen § 173 ABGB

⁵⁵¹ *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 173 Rz 3 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

⁵⁵² *Barth*, Das neue Erwachsenenschutzrecht (2017) 85; *Schweighofer*, Entscheidungsfähigkeit in medizinischen und pflegerischen Belangen nach dem 2. ErwSchG, EF-Z 2018/75 (154); *Neumayr* in *GmundKomm* §§ 173, 213 ABGB Rz 2; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 61.

⁵⁵³ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 9.

⁵⁵⁴ *Stormann in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 173 Rz 13.

⁵⁵⁵ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 9; *Barth*, Das neue Erwachsenenschutzrecht 85 f; *Schweighofer*, EF-Z 2018/75 (154); *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530 (532); *Barth*, ÖJZ 2002, 597; *Stormann in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 173 Rz 13.

⁵⁵⁶ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 9; *Barth*, Das neue Erwachsenenschutzrecht 86; *Schweighofer*, EF-Z 2018/75 (154); *Stormann in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 173 Rz 13.

⁵⁵⁷ *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012) Rz 622.

⁵⁵⁸ RV 296 BlgNR 21. GP 56; *Neumayr* in *GmundKomm*, Einleitung ABGB Rz 67; *Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/134; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 91.

⁵⁵⁹ *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530 (531 f); *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293; *Weitzenböck in Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts 11.

(bis zum KindNamRÄG 2013 noch § 146c) kann eine solche Einwilligung ein entscheidungsfähiges Kind nur selbst erteilen. Daraus folgt, dass die Einwilligung ein höchstpersönliches Recht ist. Verfügt ein minderjähriger Impfling über die notwendige Einwilligungsfähigkeit, kann die Einwilligung sohin nicht mehr durch einen Vertreter erteilt werden. Dass die Höchstpersönlichkeit der Einwilligung auch bei volljährigen Patienten gilt, ist zwar nicht ausdrücklich im ABGB geregelt, ergibt sich jedoch aus einem Größenschluss aus der Regelung des § 173 ABGB.⁵⁶⁰

Ob ein Impfling über die notwendige Entscheidungsfähigkeit verfügt, hat primär der behandelnde Arzt zu beurteilen.⁵⁶¹ Für Zweifelsfälle ist in § 173 Abs 1 ABGB die gesetzliche Vermutung normiert, dass die Einwilligungsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen besteht, bei unmündigen Minderjährigen jedoch fehlt. Da es sich hierbei aber lediglich um eine Zweifelsregel handelt, ist eine abweichende Einschätzung durch den Arzt möglich, sodass die Einwilligungsfähigkeit trotz Vollendung des 14. Lebensjahres noch fehlen, umgekehrt aber auch schon vor dem vollendeten 14. Lebensjahr bestehen kann.⁵⁶² Diese gesetzliche Vermutung hat vorwiegend Bedeutung für die Beweislast, da jene Person, die einen von der Regel abweichenden Umstand behauptet, dafür den Beweis zu erbringen hat.⁵⁶³ Irrt der Behandelnde über das (Nicht-)Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit, kann ihn bei Vorwerfbarkeit seiner Fehlbeurteilung eine Schadenersatzpflicht treffen. Bei Unsicherheiten hinsichtlich des Vorliegens der Einwilligungsfähigkeit kann das Pflegschaftsgericht angerufen werden, welches das Fehlen der Entscheidungsfähigkeit konstitutiv aussprechen kann.⁵⁶⁴

Jedenfalls ist die Entscheidungsfähigkeit stets im Einzelfall zu beurteilen. In diese Betrachtung sind Umstände wie Alter, Reife, Gesundheitszustand und Persönlichkeit des Minderjährigen, aber auch Schwere des Eingriffs und Risiken seiner (Nicht-)Vornahme einzubeziehen.⁵⁶⁵ Die nötige Entscheidungsfähigkeit wird umso eher gegeben sein, je geringfügiger der

⁵⁶⁰ Neumayr in GmundKomm §§ 173, 213 ABGB Rz 1; Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/135 f.

⁵⁶¹ Stormann in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 173 Rz 14; Kerschner, Behandlungsverträge bei minderjährigen Patienten, RdM 2013/138, 218.

⁵⁶² RV 296 BlgNr 21. GP 54 f; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 532; Neumayr in GmundKomm §§ 173, 213 ABGB Rz 2; Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/136; Ofner, Leitgedanken des neuen Kindschaftsrechts, ecolx 1999, 150.

⁵⁶³ Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/136; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 534.

⁵⁶⁴ Neumayr in GmundKomm §§ 173, 213 ABGB Rz 2; Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/137; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 533 f.

⁵⁶⁵ RV 296 BlgNr 21. GP 54 f; Kopetzki, Grundriss des Unterbringungsrechts³ Rz 625; Juen, Arzthaftungsrecht² 87 f; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 532.

beabsichtigte Eingriff ist.⁵⁶⁶ So kann nach *Engljähringer* die Einwilligungsfähigkeit beispielsweise bei einer Gripeschutzimpfung (als Eingriff von geringem Ausmaß) schon früher vorliegen.⁵⁶⁷ Für *Edlbacher* ist bei Impfungen generell aufgrund der Geringfügigkeit des Eingriffs kein strenger Maßstab anzulegen.⁵⁶⁸

Aus all dem folgt für den Normalfall, dass mündige Minderjährige alleine in Schutzimpfungen einwilligen können, sofern damit keine schweren oder nachhaltigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen iSd § 173 Abs 2 ABGB verbunden sind.⁵⁶⁹ Würde es sich um Eingriffe handeln, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind, müsste nach der genannten Bestimmung neben dem einwilligungsfähigen Minderjährigen auch die mit Pflege und Erziehung betraute Person zustimmen. Beeinträchtigungen sind als „schwer“ einzustufen, wenn sie das Ausmaß einer schweren Körperverletzung gem § 84 StGB – dh eine 24 Tage dauernde oder an sich schwere Gesundheitsschädigung – erreichen. Als „nachhaltig“ sind Beeinträchtigungen anzusehen, die dauernd oder nur sehr schwer (bzw gar nicht) zu beseitigen sind. Im Zuge der hierbei anzustellenden Prognose bleiben allerdings Risiken und Verläufe unberücksichtigt, die für die geplante Maßnahme atypisch sind oder (wenn auch typisch) nur selten eintreten.⁵⁷⁰ *Kerschner* ist diesbezüglich der Ansicht, dass bei Schutzimpfungen im Einzelfall je nach Grad des damit verbundenen Risikos zu entscheiden sei.⁵⁷¹ ME wird hingegen (zumindest) bei den in Österreich empfohlenen Schutzimpfungen von keiner derartig gravierenden Beeinträchtigung auszugehen sein. Die Gefahr erheblicher Impfnebenwirkungen existiert zwar, verwirklicht sich aber äußerst selten (siehe Kap 2.5.). Aus den Materialien⁵⁷² ergibt sich nun, dass gerade jene Risiken unerheblich sind, die zwar in einer bestimmten, aber geringen Zahl der Fälle eintreten. Demnach soll das Zustimmungserfordernis auf Fälle beschränkt sein, in denen der Eingriff regelmäßig, üblicherweise mit schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigungen einhergeht. Da dies auf Schutzimpfungen typischerweise nicht zutrifft, wird das Erfordernis der zusätzlichen Zustimmung des Obsorgeberechtigten hier mE zu verneinen sein.

⁵⁶⁶ *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ Rz 625; *Neumayr* in *GmundKomm* §§ 173, 213 ABGB Rz 2; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 532.

⁵⁶⁷ *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 154.

⁵⁶⁸ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 365.

⁵⁶⁹ *Aigner/Schwamberger*, Schutzimpfungen an mündigen Minderjährigen, RdM 2003/39.

⁵⁷⁰ RV 296 BlgNR 21. GP 55; *Kerschner*, RdM 2013/138, 217; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 533; *Kletečka-Pulker*, Checkliste: Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009/67.

⁵⁷¹ *Kerschner*, RdM 2013/138, 271.

⁵⁷² RV 296 BlgNR 21. GP 55.

Auch ein Vergleich mit anderen medizinischen Eingriffen ist hilfreich: Zum autonomen Bereich des Minderjährigen werden etwa Gripeschutzimpfungen,⁵⁷³ die Entfernung einer Warze,⁵⁷⁴ Zahnfüllungen,⁵⁷⁵ aber auch eine im Regelfall risikolose einfache Operation (sofern sie weder eine an sich schwere Beeinträchtigung, noch eine 24 Tage übersteigende Gesundheitsschädigung darstellt),⁵⁷⁶ wie möglicherweise eine Mandel- oder Polypenoperation,⁵⁷⁷ gezählt. Ebenso gilt nach *Aigner/Schwamberger* eine postexpositionelle HIV-Therapie nicht als schwerwiegende Behandlung.⁵⁷⁸ Demgegenüber wird bei Operationen mit potenziell gravierenden Folgen bzw hohem Risikopotential – beispielsweise im Ohr, am Herzen, oder wegen eines Rückenmarktumors – vom Zustimmungserfordernis der mit Pflege und Erziehung betrauten Person ausgegangen.⁵⁷⁹ In Anbetracht dieses Gefüges sind Schutzimpfungen sohin nicht als schwerwiegende Behandlungen iSd § 173 Abs 2 ABGB zu qualifizieren. Zu ebendem Ergebnis, dass Prophylaxemaßnahmen im Regelfall nicht zu einer schwerwiegenden oder nachhaltigen Beeinträchtigung des Patienten führen und Impfungen daher der autonomen Sphäre des Minderjährigen zuzuordnen sind, gelangen *Stormann*⁵⁸⁰ und *Langbauer*.⁵⁸¹

An dieser Stelle sei noch erwähnt, dass ein früheres Impfgesetz abweichende Einwilligungsbestimmungen beinhaltete. Nach dem im Jahr 2002 außer Kraft getretenen Kinderlähmungsschutzimpfungsgesetz⁵⁸² konnten Impfungen gegen Kinderlähmung bei Minderjährigen nur mit der Zustimmung eines Obsorgeberechtigten durchgeführt werden, bei mündigen Minderjährigen *zusätzlich* dazu nur mit ihrer Zustimmung (§ 2a Abs 1 leg cit). Zur früheren Rechtslage führte *Stabentheiner*⁵⁸³ aus, dass diese Bestimmung für andere Impfungen analogiefähig sei, *Gitschthaler*⁵⁸⁴ hielt es für denkbar, § 2a Abs 1 leg cit als *lex specialis* für Impfungen zu qualifizieren. *Schauer* wendete aber überzeugend ein, dass die Einsichts- und Urteilsfähigkeit

⁵⁷³ *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 154.

⁵⁷⁴ *Menardi*, ÖA 1998, 3 (4).

⁵⁷⁵ *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 154.

⁵⁷⁶ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 56.

⁵⁷⁷ *Emberger/Fössl-Emberger*, Justizstrafrecht – Besonderer Teil, in *Aigner/Emberger/Fössl-Emberger*, Die Haftung des Arztes (1991) 77 (194); *Haidenthaller*, RdM 2001, 163 (167); *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 173 Rz 5 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

⁵⁷⁸ *Aigner/Schwamberger*, Postexpositionelle HIV-Therapie – Alleinige Einwilligung mündiger Minderjähriger in postexpositionelle Therapie nach möglicher HIV-Infektion, RdM 2003/6.

⁵⁷⁹ *Barth*, ÖJZ 2002, 597; *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 155.

⁵⁸⁰ *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁴ § 146c Rz 15.

⁵⁸¹ *Langbauer*, Impfwesen 111 f.

⁵⁸² Bundesgesetz vom 28. 11. 1960 über öffentliche Schutzimpfungen gegen übertragbare Kinderlähmung BGBl 1960/244, aufgehoben durch BGBl 2002/93.

⁵⁸³ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 151 Rz 8 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

⁵⁸⁴ *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen, ÖJZ 2004/7, 121 (125).

Vorrang genießt und § 146c ABGB (nunmehr § 173 ABGB) als *lex posterior* zu werten ist.⁵⁸⁵ Dem ist mE beizupflichten, letztlich kann die Ansicht *Stabentheiners* bzw *Gitschthalers* im Hinblick auf die heutige Rechtslage bzw das Außerkrafttreten des Kinderlähmungs-Schutzimpfungsgesetzes nicht mehr zutreffen. Die Einwilligung in Schutzimpfungen ist von § 173 ABGB eindeutig umfasst und darin klar geregelt.

5.3.4. EINWILLIGUNG BEI UNMÜNDIGEN MINDERJÄHRIGEN

Im Gegensatz zu mündigen können unmündige Minderjährige grundsätzlich nicht selbst in Behandlungen einwilligen, sondern müssen von einer Person, die mit der gesetzlichen Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung betraut ist – also einem *Erziehungsberechtigten* – vertreten werden (§ 173 Abs 1 ABGB). Für Impfungen im Bereich der Krankenanstalten wird nach § 8 Abs 3 KAKuG im Fall der Einwilligungsunfähigkeit des minderjährigen Patienten wiederum die Einwilligung des *gesetzlichen Vertreters* gefordert. Dies erweckt den Anschein eines Widerspruches zu § 173 ABGB, da Erziehungsberechtigter und gesetzlicher Vertreter nicht notwendigerweise dieselbe Person sein müssen. In § 181 Abs 4 ABGB ist allerdings wiederum bestimmt, dass in diesem Zusammenhang die Einwilligung jener Person gemeint ist, der die gesetzliche Vertretung bei Pflege und Erziehung zukommt. Folglich handelt es sich in beiden Fällen um die gesetzliche Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung.⁵⁸⁶

Sind beide Elternteile zur Vertretung in diesen Bereichen berechtigt, kann jeder Elternteil alleine Vertretungshandlungen für das Kind setzen (§ 167 Abs 1 ABGB). Der Arzt darf mangels gegenteiliger Indizien darauf vertrauen, dass die Eltern des Kindes zur gesetzlichen Vertretung bei Pflege und Erziehung berechtigt sind, da die Feststellung dieses Umstandes einen unverhältnismäßig hohen Aufwand darstellen würde. Hatte der einwilligende Elternteil tatsächlich keine Berechtigung hierzu, fehlt es ungeachtet dessen an einer gültigen Einwilligung, da der Schutz des Minderjährigen höherrangiger als das Vertrauen auf die Obsorge ist.⁵⁸⁷

Ist eine „andere“ Person mit der Obsorge betraut, dh eine andere als die primär hierfür designierten Eltern, Großeltern oder Pflegeeltern,⁵⁸⁸ kann diese gem § 213 Abs 2 ABGB einer

⁵⁸⁵ Schauer, Rechtssystematische Bemerkungen zum Sachwalterrecht idF KindRÄG 2001, NZ 2001, 275 (279).

⁵⁸⁶ Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/138.

⁵⁸⁷ Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/138.

⁵⁸⁸ A. Cohen/Tschuggel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 213 Rz 2 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at Hopf in KBB⁵ § 213 Rz 1.

schwerwiegenden Behandlung nur zustimmen, wenn ein vom behandelnden Arzt unabhängiger Arzt in einem ärztlichen Zeugnis verifiziert, dass es dem Kind an der notwendigen Entscheidungsfähigkeit mangelt und die medizinische Maßnahme zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich ist. Wenn ein solches Zeugnis fehlt oder das Kind die Behandlung erkennbar ablehnt, bedarf die Zustimmung der obsorgebetrauten Person der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung. Da Schutzimpfungen, wie zuvor dargelegt, grundsätzlich nicht als schwerwiegende Behandlungen anzusehen sind, ist § 213 Abs 2 ABGB im gegenständlichen Zusammenhang nicht einschlägig. Für die Einwilligung in Impfungen als „gewöhnliche“ Behandlungen gilt daher § 173 Abs 1 ABGB auch, wenn „andere“ Personen mit der Obsorge betraut sind, sodass mangels Einwilligungsfähigkeit des minderjährigen Impflings die Zustimmung der obsorgebetrauten Person erforderlich ist.⁵⁸⁹ Dies ergibt sich daraus, dass für „andere“ obsorgebetraute Personen sowohl die Bestimmungen des 3. Hauptstückes (darunter § 173 ABGB), als auch – ergänzend bzw modifizierend – jene des 4. Hauptstückes (darunter § 213 ABGB) gelten.⁵⁹⁰

Jedenfalls hat die obsorgeberechtigte Person bei ihrer Entscheidung über die (Nicht-) Vornahme des ärztlichen Eingriffs das Wohl des Minderjährigen zu beachten.⁵⁹¹ Stellt die Ablehnung einer Behandlung eine Gefährdung des Kindeswohls dar, hat das Gericht gem § 181 ABGB die notwendigen Maßnahmen zu treffen. Eingehende Überlegungen zu einer möglichen, von der Impfentscheidung der Obsorgeberechtigten ausgehenden Kindeswohlgefährdung sollen an späterer Stelle dargelegt werden (Kapitel 6.).

5.3.5. BEHANDLUNG OHNE EINWILLIGUNG

Bei Behandlungen, die so dringend notwendig sind, dass der mit der Einholung der Einwilligung verbundene Aufschub das Kind in Lebensgefahr oder die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringen würde, ist keine Einwilligung erforderlich (§ 173 Abs 3 ABGB, § 8 Abs 3 KAKuG). Folglich ist bei Gefahr im Verzug weder die Einwilligung des entscheidungsfähigen Minderjährigen, noch die Zustimmung der obsorgeberechtigten Person (gem § 173 Abs 2 ABGB) notwendig. Entsprechendes gilt auch, wenn die Obsorgeberechtigten durch Verweigern ihrer Zustimmung das Kindeswohl gefährden und eine gerichtliche Verfü-

⁵⁸⁹ A. Cohen/Tschuggel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 213 Rz 5 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at); Neumayr in GmundKomm §§ 173, 213 ABGB Rz 9.

⁵⁹⁰ A. Cohen/Tschuggel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 213 Rz 1 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at).

⁵⁹¹ Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 146c Rz 37; Menardi, ÖA 1998, 3 (6).

gung gem § 181 ABGB nicht rechtzeitig erlangt werden kann.⁵⁹² Diese Regelung ist bei Schutzimpfungen als vorbeugende Maßnahmen freilich nicht einschlägig. Es handelt sich um planbare Eingriffe, weshalb das vorherige Einholen der Einwilligung stets möglich sein wird und Gefahr im Verzug folglich ausgeschlossen werden kann. Anderes kann allerdings für postexpositionelle Impfungen gelten, wo die Impfung aus medizinischer Sicht dringend indiziert ist⁵⁹³ (siehe hierzu im Detail Kap 6.6.2.).

5.4. MEINUNGSKONFLIKTE AUF PATIENTENSEITE

Angesichts der vorangegangenen Ausführungen können sich im Fall von Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Impfscheidung gewisse Konfliktsituationen ergeben, die im Folgenden darzulegen sind.

5.4.1. MEINUNGSKONFLIKTE ZWISCHEN DEN OBSORGEBERECHTIGTEN BETREFFEND SCHUTZIMPFUNGEN DES MINDERJÄHRIGEN

5.4.1.1. Einzelvertretung im Außenverhältnis

Sofern für einen entscheidungsunfähigen Minderjährigen nur eine Person bzw ein Elternteil mit der gesetzlichen Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung betraut ist, ist klar, dass alleine dieser Person die Einwilligung in Schutzimpfungen des Minderjährigen obliegt. Wenn demgegenüber beide Elternteile zur gesetzlichen Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung berechtigt sind, kann nach § 167 Abs 1 ABGB jeder Elternteil einzeln Vertretungshandlungen für das Kind setzen. Nur in gewissen, in § 167 Abs 2 und 3 ABGB taxativ angeführten Angelegenheiten bedarf es der Zustimmung beider Eltern, wovon medizinische Behandlungen nicht umfasst sind.⁵⁹⁴

Für die Vornahme von Schutzimpfungen besteht sohin Einzelvertretungsbefugnis, woraus sich im Außenverhältnis die Möglichkeit ergibt, dass ein Elternteil die Impfung des Kindes

⁵⁹² ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 56; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 173 Rz 9 (Stand 1.8.2018, rdb.at); *Neumayr* in *GmundKomm* §§ 173, 213 ABGB Rz 7.

⁵⁹³ *Robert Koch-Institut*, Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) am Robert Koch-Institut – 2018/2019, Epidemiologisches Bulletin 2018/34, 336 (367); *Nassauer/Meyer*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1230 (1237).

⁵⁹⁴ OGH 10. 6. 2008, 4 Ob 87/08k; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 3, 4, 6 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 2.

veranlasst, ohne den anderen Elternteil in die Entscheidung einzubeziehen.⁵⁹⁵ Die Erklärung des vertretenden Elternteils bleibt wirksam, auch wenn sie nicht vom elterlichen Einvernehmen gedeckt ist. Äußert sich der Dissens zwischen den Elternteilen gegenüber dem Arzt insofern, als gleichzeitig einander widersprechende Erklärungen abgegeben werden (insb beim selben Arztbesuch), gilt gar nichts als erklärt,⁵⁹⁶ was im Ergebnis bedeutet, dass eine Impfung mangels wirksamer Einwilligung nicht vorgenommen werden kann.

Bei Uneinigkeit gilt weiters bei unwiderruflichen Erklärungen das zuerst Erklärte und bei einseitig widerrufbaren Erklärungen das jeweils zuletzt Erklärte.⁵⁹⁷ Daraus folgt mE für Fälle, in denen widersprechende Impfentscheidungen zeitlich hintereinander, etwa bei zwei verschiedenen Arztbesuchen, geäußert werden, folgendes: Wird eine Impfung zunächst durch einen Elternteil abgelehnt, hat diese zu unterbleiben. Die erklärte Ablehnung einer Impfung ist aber widerrufbar, schließlich können es sich die Eltern hier selbstverständlich anders überlegen. Somit ist die bei einem späteren Arztbesuch vom anderen Elternteil erklärte Einwilligung wirksam und kann die Impfung durchgeführt werden. Wird im umgekehrten Fall bereits beim ersten Arztbesuch die Einwilligung erteilt, ist diese an sich auch widerrufbar, allerdings zwangsläufig nur im (idR kurzen) Zeitraum bis zur tatsächlichen Verabreichung der Impfung. Danach ist ein Widerruf logischerweise faktisch unmöglich.

5.4.1.2. Einvernehmensgebot im Innenverhältnis / gerichtliche Maßnahmen nach § 181 ABGB

Trotz Einzelvertretungsbefugnis im Außenverhältnis herrscht im Innenverhältnis allerdings ein Einvernehmensgebot (§ 137 Abs 2 ABGB), welches – soweit tunlich und möglich – einvernehmliches Vorgehen der beiden Obsorgeberechtigten verlangt.⁵⁹⁸ Verstöße gegen dieses Gebot können zu gerichtlichen Verfügungen gem § 181 ABGB führen, wonach in wichtigen Angelegenheiten des Minderjährigen beispielsweise einem Elternteil Einwilligungs- bzw. Zustimmungsrechte im betreffenden Bereich entzogen werden können, sodass

⁵⁹⁵ *Weißensteiner*, Elternstreit um Schutzimpfungen, EF-Z 2017/136, 264; *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6 (10); *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 2.

⁵⁹⁶ *Hopf* in KBB⁵ § 167 Rz 1; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 3 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 2.

⁵⁹⁷ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 3 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 2.

⁵⁹⁸ OGH 28. 8. 1997, 3 Ob 505/96; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 3 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Beclin*, Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht, in *Gitschthaler*, KindNamRÄG 2013 (2013) 195 (204 f); *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 293.

der andere Elternteil diesbezüglich zur alleinigen Entscheidung berechtigt ist.⁵⁹⁹ Stellt ein obsorgebetrauter Teil einen derartigen Antrag, bedarf es zum Einschreiten des Gerichtes keiner Gefährdung des Kindeswohls, der bloße Dissens der gemeinsam Obsorgeberechtigten genügt.⁶⁰⁰ Ob eine wichtige Angelegenheit vorliegt, ist stets im Einzelfall zu beurteilen, allerdings wird in der Lehre – mE durchaus vertretbar – argumentiert, dass die Anrufung des Gerichts dafür spricht, dass es sich um eine für diese Familie wichtige Angelegenheit handelt.⁶⁰¹ Den diesbezüglichen näheren Ausführungen von *Weißensteiner*, wonach die Frage der Vornahme von Schutzimpfungen idR als wichtige Angelegenheit des Kindes iSd § 181 Abs 2 ABGB anzusehen und somit im Falle eines Elternstreits einer gerichtlichen Klärung zugänglich ist, kann mE gefolgt werden (siehe Kap 5.4.1.3.).⁶⁰²

Dem Gericht steht im Hinblick auf die möglichen Maßnahmen gem § 181 ABGB generell ein breites, bewegliches Instrumentarium zur Verfügung, das bis zur gänzlichen Entziehung der Obsorge als *ultima ratio* reicht.⁶⁰³ Ebendieses wird allerdings durch die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Mittel beschränkt.⁶⁰⁴ Unter Berücksichtigung der Familienautonomie ist stets der geringstmögliche, noch zielführende Eingriff in die Rechte der Eltern zu wählen.⁶⁰⁵ So ist etwa die Entziehung des Einwilligungsrechts eines Elternteils bezüglich Schutzimpfungen des Kindes denkbar, wenn die grundsätzliche Ablehnung des Elternteils, seine erforderliche Einwilligung in Schutzimpfungen zu erteilen, feststeht, oder ein solcher Standpunkt aufgrund vormaliger Weigerungen auch künftig zu erwarten ist. Das Entziehen bestimmter Einwilligungs- bzw Zustimmungsrechte iSd § 173 Abs 1 und 2 ABGB stellt einen in § 181 Abs 1 ABGB explizit genannten Unterfall der Teilentziehung der Obsorge dar, der insbesondere in Betracht kommen wird, wenn der betroffene Elternteil seinen sonstigen Pflichten nachkommt und damit eine gänzliche Obsorgeentziehung überschießend wäre.⁶⁰⁶

⁵⁹⁹ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 137 Rz 21; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 41.

⁶⁰⁰ *Hopf* in KBB⁵ § 181 Rz 3; *Weißensteiner*, EF-Z 2017/136, 265; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 28.

⁶⁰¹ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 137 Rz 18 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 137 Rz 21.

⁶⁰² *Weißensteiner*, EF-Z 2017/136, 265.

⁶⁰³ OGH 1 Ob 595/85 EFSlg 48.404; *Hopf* in KBB⁵ § 181 Rz 4.

⁶⁰⁴ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 30; *Hopf* in KBB⁵ § 181 Rz 5.

⁶⁰⁵ OGH 22. 5. 2006, 11 Ob 31/06s; 5 Ob 626/83 EFSlg 43.326; 7 Ob 542/87 EFSlg 54.007; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 30.

⁶⁰⁶ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 41; *Hopf* in KBB⁵ § 181 Rz 4.

Des Weiteren hat das Gericht die Möglichkeit, nach § 181 Abs 1 S 3 ABGB im Einzelfall eine gesetzlich erforderliche Einwilligung der obsorgebetrauten Personen *ad hoc* zu ersetzen, wenn die Weigerung ohne gerechtfertigten Grund erfolgt. Dies ermöglicht den Ersatz der (verweigerten) Einwilligung der Obsorgeberechtigten in eine ärztliche Maßnahme, wenn das Ausbleiben der Behandlung die Gesundheit des Kindes gefährden würde.⁶⁰⁷ Hierfür ist keine Kindeswohlgefährdung erforderlich, das Gericht hat eine Interessenabwägung vorzunehmen.⁶⁰⁸ Allerdings ist diese gerichtliche Maßnahme auf rechtsgeschäftlicher Ebene nach wohl hM nur vorgesehen, wenn bei gesetzlicher Kollektivvertretung (wie zB § 167 Abs 2 und 3 ABGB) die Zustimmung *einer* der obsorgeberechtigten Personen zu ersetzen ist. Im Falle der (einvernehmlichen) Ablehnung durch beide Eltern ist es dem Gericht mittels § 181 Abs 1 S 3 ABGB hingegen nicht möglich, anstelle der gesetzlichen Vertreter den entsprechenden Behandlungsvertrag abzuschließen (siehe Kap 6.5.).⁶⁰⁹ Bei Impfungen ist aber ohnehin der Vertragsabschluss durch nur einen Elternteil ausreichend. Denkbar wäre daher im Fall einander widersprechender Erklärungen der Elternteile zur Durchführung einer bestimmten Impfung, die bewirken, dass hinsichtlich der Einwilligung nichts als erklärt gilt (Kap 5.4.1.1.), dass das Gericht – sofern im Einzelfall notwendig – die Einwilligung nach § 181 Abs 1 S 3 ABGB erteilt und der die Impfung befürwortende Elternteil den Behandlungsvertrag abschließt.

Allerdings ist der Anwendungsbereich des § 181 Abs 1 S 3 ABGB von vornherein als eher schmal zu erachten und bleibt dieser gemäß seinem Wortlaut auf Einzelfälle beschränkt, in denen die entscheidungsrelevanten Faktoren ausreichend aufbereitet sind und eindeutig keine gerechtfertigten Gründe für die Ablehnung der Einwilligung bestehen.⁶¹⁰ Wohl wird im Hinblick auf die klaren Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft (Kap 2.) idR für die Ablehnung medizinisch indizierter Impfungen kein gerechtfertigter Grund vorliegen und eine Interessenabwägung klar zugunsten der Impfung ausfallen. Zudem ist auch die Maßnahme der routinemäßigen Impfung relativ „simpel“, sodass möglicherweise die entscheidungsrelevanten Faktoren (Nutzen-Risiko-Analyse, (Kontra-)Indikationen, etc) oftmals als „ausreichend

⁶⁰⁷ Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 176, 176b Rz 52.

⁶⁰⁸ RIS-Justiz RS0123272; Deixler-Hübner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 17 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 42.

⁶⁰⁹ OGH 2 Ob 882/53 JBl 1954, 258; 6 Ob 215/05v FamZ 2006, 13; 18. 11. 2015, 3 Ob 211/15y; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 42; Deixler-Hübner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 17 f (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); Hopf in KBB³ § 181 Rz 4; ggt: OGH 3 Ob 562/84 JBl 1985, 548; Streinesberger, Ist die Betreuung Minderjähriger in „Geschlossenen Regelkreisen“ zulässig?, ÖA 1995, 16 (17).

⁶¹⁰ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 42.

aufbereitet“ erachtet werden können. Abgesehen von dringenden Einzelfällen wird mE dennoch oft aus Gründen der Zweckmäßigkeit anstelle der Zustimmung zu einzelnen Impfungen der Übertragung des Einwilligungsrechtes bezüglich Impfungen im Allgemeinen auf jenen Elternteil, der diese befürwortet, der Vorrang zu geben sein. Dies ist auch insofern zielführender, als die Einwilligung ja bei allfälligen künftigen Auffrischungsimpfungen wieder erforderlich ist.

5.4.1.3. Rechtslage und Judikatur in Deutschland

An dieser Stelle lohnt sich anlässlich rezenter Judikatur zu dieser Thematik ein Blick nach Deutschland. Der BGH⁶¹¹ war jüngst mit der Problematik befasst, dass zwischen gemeinsam sorgeberechtigten nichtehelichen Eltern Dissens über die Notwendigkeit von Schutzimpfungen für ihr unmündiges Kind herrschte und beide Elternteile die Alleinübertragung der Gesundheitssorge beantragten. Die Mutter, bei welcher das Kind lebte, hielt das Risiko von Impfschäden für höher als das allgemeine Infektionsrisiko und hätte eine anlassunabhängige Impfung ihres Kindes nur befürwortet, wenn Impfschäden mit Sicherheit auszuschließen gewesen wären. Der Vater war hingegen der Ansicht, die elterliche Gesundheitssorge verlange es, altersadäquate Schutzimpfungen durchführen zu lassen, soweit diese verfügbar und von der STIKO empfohlen waren.⁶¹²

Vor der Erörterung dieser höchstgerichtlichen Entscheidung soll zunächst die deutsche Rechtslage skizziert werden. Gemäß § 1687 Abs 1 Satz 2 BGB hat bei getrennt lebenden, gemeinsam sorgeberechtigten Eltern jenes Elternteil die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens, bei dem das Kind seinen rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Angelegenheiten des täglichen Lebens sind solche, die zum einen häufig auftreten und zum anderen keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben.⁶¹³ Andernfalls liegt eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung vor, wobei die Eltern nach § 1687 Abs 1 Satz 1 BGB im gegenseitigen Einvernehmen vorzugehen haben.⁶¹⁴ Sollten hier Meinungsverschiedenheiten auftreten, verlangt § 1627 BGB vorerst den Versuch zur Einigung. Kann eine solche nicht erlangt werden, sieht die Konfliktlösungsregelung des § 1628 BGB die gerichtliche Übertragung der Entscheidungsbefugnis in der betref-

⁶¹¹ BHG 3. 5. 2017, XII ZB 157/16.

⁶¹² Schwedler, BGH: Übertragung der Entscheidungsbefugnis für die Durchführung von Schutzimpfungen eines Kindes auf einen mitsorgeberechtigten Elternteil, NZFam 2017, 561.

⁶¹³ Ziegler in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar⁶ (2011) § 1687 Rz 6.

⁶¹⁴ Jaeger in Johannsen/Heinrich, Familienrecht⁶ (2015) § 1687 Rz 4.

fenden Angelegenheit auf einen Elternteil – nicht hingegen die Möglichkeit des Ersetzens der Entscheidung durch das Gericht – vor.⁶¹⁵ Das Gericht hat nach Maßgabe des Kindeswohlprinzips des § 1697a BGB jenen Elternteil zur alleinigen Entscheidung in der Angelegenheit zu berechtigen, dessen Sichtweise dem Wohl des Kindes am besten entspricht.⁶¹⁶

Im konkreten Fall übertrug eingangs das Amtsgericht Erfurt dem Vater die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Vornahme von Schutzimpfungen.⁶¹⁷ Infolge der Beschwerde der Mutter wurde dieses Recht des Vaters vom OLG Jena auf bestimmte Impfungen – Tetanus, Diphtherie, Pertussis, Pneumokokken, Rotaviren, Meningokokken C, Masern, Mumps, und Röteln – eingeschränkt.⁶¹⁸ Die Mutter rief jedoch mittels Rechtsbeschwerde den BGH an.

Der BGH führte dazu zunächst – im Einklang mit dem OLG Jena und in Fortsetzung der obergerichtlichen Rechtsprechung⁶¹⁹ – aus, dass die Durchführung von Schutzimpfungen als Angelegenheit von erheblicher Bedeutung für das Kind anzusehen ist. Impfentscheidungen sind demnach keine häufig vorkommenden Angelegenheiten, da auf jede Impfung gegen eine einzelne Infektionskrankheit gesondert abzustellen ist. Auch das allfällige Erfordernis mehrerer Wiederholungen oder Auffrischungen ändert daran nichts. Da während der Minderjährigkeit des Kindes die Impfentscheidung hinsichtlich einer bestimmten Krankheit grundsätzlich nur einmal anfällt, stellt diese keine Angelegenheit des täglichen Lebens dar. Zudem ist die Impffrage auch wegen der möglichen Gesundheitsrisiken, welche sowohl in einer etwaigen Impfschädigung, als auch im Infektionsrisiko aufgrund einer unterlassenen Impfung liegen, als Angelegenheit mit erheblicher Bedeutung für das Kind zu werten.⁶²⁰

Aus dieser Beurteilung folgt nunmehr die Notwendigkeit, die Entscheidungsbefugnis für Schutzimpfungen jenem Elternteil zu übertragen, der sich zur Wahrung des Kindeswohls besser eignet. Das OLG Jena sah den Vater wegen seines affirmativen Standpunktes zur Impfvorsorge als geeigneter an, kindeswohlkonforme Entscheidungen iSd § 1697a BGB zu treffen. Die von der Mutter intendierte Herangehensweise, Impfungen lediglich aus konkreten Anlässen (wie etwa einer Reise in ein Gefährdungsgebiet) durchzuführen, eigne sich nicht

⁶¹⁵ *Peschel-Gutzeit in Staudinger*, Kommentar zum BGB IV¹⁵ (2015) § 1628 Rz 6, 24; *Veit in Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BeckOK BGB⁵¹ § 1628 Rz 1 (Stand: 1. 5. 2019).

⁶¹⁶ *Budzikiewicz in Jauernig*, Kommentar zum BGB¹⁶ (2015) § 1627, 1628 Rz 3; *Finke*, Sorgerecht und Umgang bei Erkrankung des Kindes, NZFam 2015, 1114 (1116).

⁶¹⁷ AG Erfurt 28. 10. 2015, 34 F 1498/14.

⁶¹⁸ OLG Jena 4 UF 686/15 FamRZ 2016, 1175.

⁶¹⁹ KG Berlin 13 UF 12/05 FamRZ 2006, 142; OLG Frankfurt 6 UF 150/15 FamRZ 2016, 834.

⁶²⁰ BGH 3. 5. 2017, XII ZB 157/16; *Mehrle in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann*, BeckOGK BGB § 1687 Rz 70 (Stand 1. 11. 2018).

zum Schutz des Kindes vor gesundheitlichen Gefahren. Auch das Vorbringen der Mutter, die Empfehlungen der STIKO seien „das interessengebundene Produkt unheilvoller Lobbyarbeit der Pharmaindustrie und der Ärzteschaft“, wurde als nicht ausreichend konkretisierbar angesehen, um es mittels einer Beweiserhebung über bestimmte Tatsachen widerlegen oder bestätigen zu können. Weiters führte das OLG aus, das Fehlen einer gesetzlichen Impfpflicht könne nicht als staatliche Neutralität hinsichtlich der betreffenden Thematik gedeutet werden, vielmehr vermögen auch Verhaltensempfehlungen unterhalb der Stufe des Normativen Leitwirkung zu entfalten, weshalb deren Berücksichtigung zum Wohl des Kindes angezeigt sein könne. Im konkreten Fall sprachen gegen die Heranziehung der in den STIKO-Empfehlungen enthaltenen abstrakten Nutzen-Risiko-Abwägung auch keine besonderen Umstände (wie zB Impfunverträglichkeiten), die eine von diesen Impfempfehlungen abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten. Sohin entspreche es dem Kindeswohl, die Entscheidungsbefugnis betreffend der aufgezählten Schutzimpfungen gem § 1628 Satz 1 BGB dem Vater zu übertragen.⁶²¹

Diese Ausführungen des OLG hielten der rechtlichen Nachprüfung des BGH stand. Das Höchstgericht betonte, dass der Infektionsschutz der Vorbeugung von übertragbaren Krankheiten sowie der Verhinderung von deren Weiterverbreitung diene, was sowohl dem Einzelnen, als auch dem Gemeinwohl zugutekommt. Die Empfehlungen der STIKO, wonach der Nutzen der jeweiligen Schutzimpfung die Impfrisiken überwiegt, sind in der Rechtsprechung des BGH als medizinischer Standard anerkannt. Im Übrigen können sich die Gerichte in ihren Feststellungen, sofern im Einzelfall keine besonderen Umstände wie zB erhöhte Impfrisiken beim Kind bestehen, auf die generelle Beurteilung in den STIKO-Empfehlungen berufen. Die Einholung eines gesonderten Sachverständigengutachtens ist folglich im Regelfall nicht erforderlich, weil bereits die Impfempfehlungen von einer sachverständigen Expertenkommission stammen. Folglich reicht auch der Verweis der Kindesmutter, dass Impfungen umstritten seien, (abgesehen von der fehlenden Konkretisierung) nicht aus. Das Vorbringen der Mutter, dass öffentliche Empfehlungen eine individuelle Beurteilung der Umstände des Einzelfalls nicht zu ersetzen vermögen, ist zwar grundsätzlich richtig, allerdings hier nicht stichhaltig, da das OLG in seiner Entscheidung die konkreten Umstände des Kindes durchaus gewürdigt hat. Im Ergebnis wird sohin der Kindesvater aufgrund seiner affirmativen Haltung

⁶²¹ OLG Jena 4 UF 686/15 FamRZ 2016, 1175.

zur Impfvorsorge als geeigneter angesehen, die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der angeführten Schutzimpfungen wahrzunehmen.⁶²²

Einer Einschränkung unterliegen diese Ausführungen lediglich insofern, als sich die Entscheidung des BGH nur auf die explizit angeführten Schutzimpfungen (Tetanus, Diphtherie, Pertussis, Pneumokokken, Rotaviren, Meningokokken C, Masern, Mumps, Röteln) bezieht. Damit ist von den empfohlenen Impfungen der Großteil umfasst, hinsichtlich der übrigen besteht noch keine derartige Judikatur.⁶²³

5.4.1.4. Schlussfolgerung

Vergleicht man nun die deutsche mit der österreichischen Rechtslage, fallen zunächst Unterschiede im Zusammenhang mit der Vertretungsbefugnis auf. So ist für die Vornahme von Schutzimpfungen in Deutschland die einvernehmliche Entscheidung beider Eltern vorgesehen (Kollektivvertretung), in Österreich reicht hingegen die Vertretungshandlung eines Elternteils aus (Einzelvertretung). Diese Einzelvertretungsbefugnis ist jedoch insofern limitiert, als bei einem Verstoß gegen das (im Innenverhältnis geltende) Einvernehmlichkeitsgebot das Gericht angerufen werden kann.⁶²⁴ Die Mechanismen der Konfliktlösung sind letztlich durchaus ähnlich ausgestaltet. In beiden Ländern kann im Fall der Uneinigkeit der Eltern bezüglich wichtiger Angelegenheiten des Kindes das Gericht mit der Frage befasst werden, wem die Entscheidungsbefugnis zukommen soll.⁶²⁵

Dass die Impfentscheidung nach deutschem Recht eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung darstellt, zeigt bereits die erläuterte Rechtsprechung des BGH.⁶²⁶ Aber auch in Österreich kann die Impfung des Kindes als wichtige Angelegenheit iSd § 181 Abs 2 ABGB gewertet werden. *Weißensteiner* argumentiert dies mit den vergleichbaren Rechtslagen sowie der Tatsache, dass in beiden Ländern (zumindest zum Beurteilungszeitpunkt) zwar keine Impfpflicht, aber staatliche Impfempfehlungen existieren.⁶²⁷ Hinzu kommt, dass die in den jeweiligen Impfkalendern⁶²⁸ empfohlenen Schutzimpfungen größtenteils übereinstimmen,

⁶²² BGH 3. 5. 2017, XII ZB 157/16.

⁶²³ *Schwedler*, NZFam 2017, 561 (565).

⁶²⁴ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 3, 4, 6 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Nademeleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 2; *Weißensteiner*, EF-Z 2017/136, 265.

⁶²⁵ *Weißensteiner*, EF-Z 2017/136, 265.

⁶²⁶ BGH 3. 5. 2017, XII ZB 157/16.

⁶²⁷ *Weißensteiner*, EF-Z 2017/136, 265.

⁶²⁸ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 10 f; *Robert Koch-Institut*, Epidemiologisches Bulletin 2019/34, 313.

sodass von einem vergleichbaren Risikopotential hinsichtlich der betreffenden Impfungen und Infektionskrankheiten auszugehen ist. Schließlich vermag auch die von *Fischer-Czermak* und *Gitschthaler* vertretene Ansicht zu überzeugen, wonach die Anrufung des Gericht hinsichtlich einer bestimmten Entscheidung dafür spricht, dass es sich hierbei um eine für diese Familie wichtige Angelegenheit handelt.⁶²⁹ Aus diesem Gründen kann der deutschen Rechtsprechung,⁶³⁰ wonach den – sowohl von den impfpräventablen Krankheiten als auch von potenziellen Impfrisiken ausgehenden – gesundheitlichen Gefahren nicht bloß unwesentliche Bedeutung für das Kind beigemessen werden kann, auch in Bezug auf Österreich gefolgt werden.

Im Ergebnis kann also durchaus davon ausgegangen werden, dass in gleichgelagerten Fällen auch in Österreich jenem Elternteil die Entscheidungsbefugnis zugesprochen würde, der die Vornahme von Schutzimpfungen des Kindes nach Maßgabe der staatlichen Empfehlungen billigt. Wie in Deutschland wird auch den österreichischen Impfempfehlungen eine gewisse Leitwirkung für die Beurteilung der elterlichen Pflege und des Kindeswohls zukommen. Wenn also ein Gericht mit der Entscheidung über einen elterlichen Meinungskonflikt zur Impffrage befasst wird, wird sich dieses mE richtigerweise vorwiegend an den öffentlichen Empfehlungen und damit auch am Stand der medizinischen Wissenschaft orientieren.

5.4.2. EINWILLIGUNGSKONFLIKTE ZWISCHEN DEM MINDERJÄHRIGEN PATIENTEN UND DEM OBSORGEBERECHTIGTEN

Auf der Ebene der Einwilligung besteht zunächst die Möglichkeit, dass die obsorgeberechtigte Person einer Impfung zustimmen würde, der mündige Minderjährige diese jedoch verweigert. Falls in der (unvernünftigen) Ablehnung des Minderjährigen das Fehlen der Entscheidungsfähigkeit klar zu erkennen ist, ist die Zustimmung des Obsorgeberechtigten maßgeblich. Bei Vorliegen der erforderlichen Entscheidungsfähigkeit des Minderjährigen hat die Schutzimpfung nach dem klaren Wortlaut des § 173 Abs 1 ABGB zu unterbleiben, was dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten entspricht.⁶³¹

⁶²⁹ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 137 Rz 18 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 137 Rz 21.

⁶³⁰ BGH 3. 5. 2017, XII ZB 157/16; OLG Frankfurt 6 UF 150/15 FamRZ 2016, 834; KG Berlin 13 UF 12/05 FamRZ 2006, 142.

⁶³¹ *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/140; *Neumayr* in *GmundKomm* §§ 173, 213 ABGB Rz 6; *Barth*, ÖJZ 2002, 598 f; *Noll* in *Kern/Mazal*, Die Grenzen der Selbstbestimmung 79 (93 f); *C. Rink/E. Rink*, Die Behandlung minderjähriger Patienten 117; *Bernat*, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung: Die medizinische Behandlung Minderjähriger nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, in *Kern/Mazal*, Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 45 (63 f).

Fehlt es dem minderjährigen Patienten an der Einwilligungsfähigkeit, bedarf es zur Impfung grundsätzlich der Einwilligung des Obsorgeberechtigten. Zwar ist grundsätzlich nach §§ 138 Z 5 und 160 Abs 3 ABGB auf den Kindeswillen – mit sich verdichtender Reife des Minderjährigen zunehmend – Bedacht zu nehmen, soweit nicht die Lebensverhältnisse der Eltern entgegenstehen oder dies dem Kindeswohl abträglich ist.⁶³² Das Gesetz spricht aber nicht von einer schlechthin bindenden Wirkung, sondern von einer Maßgeblichkeit des Kindeswillens. Die Gesetzesmaterialien geben hierüber keinen Aufschluss.⁶³³ Allerdings messen einige Stimmen der Lehre – bei entsprechend hoher Entscheidungsfähigkeit eines bereits mündigen Kindes – dem Kindeswillen eine weitgehend bindende Wirkung bei.⁶³⁴ Als Beispiele werden etwa die Wahl des Schulzweigs oder einer Sportart, aber auch der Besuch eines Ferienlagers bzw Rockkonzerts angeführt.⁶³⁵ Möglicherweise lässt sich aus diesen Ausführungen dennoch kein Schluss zu Impfungen ziehen, da für medizinische Behandlungen die speziellere Regelung des § 173 ABGB besteht. Ganz im Allgemeinen ist stets einzelfallbezogen zu untersuchen, ob die Entscheidungsfähigkeit hinsichtlich des konkreten Entscheidungsgegenstands vorliegt oder nicht. Allerdings kann der Minderjährige ab dem Zeitpunkt, an dem er hinsichtlich der konkreten medizinischen Behandlung tatsächlich entscheidungsfähig ist, aufgrund des § 173 ABGB ohnehin nur selbst einwilligen, sodass sich auf der Ebene der Einwilligung die Frage der „Verbindlichkeit für die Eltern“ erübrigt. Liegt hingegen noch keine ausreichende Entscheidungsfähigkeit vor, ist der Kindeswille zwar beachtlich, nicht aber bindend für die Eltern. Daraus ergibt sich für Minderjährige, denen die ausreichende Entscheidungsfähigkeit hinsichtlich einer Impfung noch fehlt, folgendes: Während mE die Ablehnung einer Impfung durch das Kind dessen Wohl abträglich ist, sodass ein solcher Standpunkt des Kindes in der elterlichen Impfentscheidung nicht zwingend zu berücksichtigen wäre, kann auf den Wunsch des Kindes, geimpft zu werden, Bedacht zu nehmen sein. Dennoch ist unterhalb der Grenze der Entscheidungsfähigkeit ein geäußelter Kindeswille für die Entscheidung der Eltern nicht verbindlich. Daher können Obsorgeberechtigte hier zunächst selbst über die Impfung entscheiden. Birgt die Entscheidung der obsorgeberechtigten Person jedoch eine Gefährdung des Kindeswohls in sich, hat das Gericht gem

⁶³² Fischer-Czermak in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 160 Rz 10 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 146 Rz 5 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at).

⁶³³ Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 530.

⁶³⁴ Hopf in KBB⁵ § 160 Rz 3; Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 146 Rz 12 f; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 13 ff.

⁶³⁵ Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 146 Rz 5 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); Fischer-Czermak in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 160 Rz 10 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 15.

§ 181 Abs 1 und 2 ABGB die notwendigen Verfügungen zu treffen, etwa die verweigerte Einwilligung zu ersetzen. In welchen Fällen in der Ablehnung von Schutzimpfungen durch die Eltern eine Kindeswohlgefährdung erblickt werden kann, soll an späterer Stelle untersucht werden (Kapitel 6.).

Ist der minderjährige Patient entscheidungsfähig, kann er gem § 173 Abs 1 ABGB alleine in Impfungen einwilligen, dies gegebenenfalls auch gegen den Willen der Obsorgeberechtigten. Hier reicht die Einwilligung des minderjährigen Patienten aus, weil Impfungen keine schwerwiegenden Behandlungen iSd § 173 Abs 2 ABGB darstellen, sodass die Zustimmung der obsorgeberechtigten Person nicht erforderlich ist.⁶³⁶

Ungeachtet dessen besteht die elterliche Pflicht zur Pflege und Erziehung – und damit zur Wahrung der Gesundheit und des körperlichen Wohles des Kindes (§ 160 ABGB) – auch nach Erreichen der Mündigkeit des Kindes fort. Daher kann uU die Information der Obsorgeberechtigten über beabsichtigte Impfungen geboten sein, weil derartige Informationen für die Wahrnehmung der Pflege und Erziehung notwendig sein können. Dies, zumal die Eltern regelmäßig besser über relevante gesundheitliche Umstände des Minderjährigen (Allergien, andere Kontraindikationen, bereits erfolgte Impfungen, etc) Bescheid wissen als dieser selbst. Außerdem wird dadurch ermöglicht, dass die Eltern, wenn der Minderjährige eine Schutzimpfung grundlos ablehnt, auf diesen entsprechend einwirken.⁶³⁷

5.4.3. DIE DISKREPANZ ZWISCHEN GESCHÄFTSFÄHIGKEIT UND EINWILLIGUNGSFÄHIGKEIT DES MINDERJÄHRIGEN

Da für die Vornahme von Impfungen bekanntlich neben der Einwilligung auch ein aufrechter Behandlungsvertrag von Bedeutung ist, sollen im Weiteren jene Konstellationen erörtert werden, die sich aus der Diskrepanz zwischen Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit des minderjährigen Impfkandidaten ergeben können.

⁶³⁶ Hopf in KBB⁵ § 173 Rz 2 ff; Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/140.

⁶³⁷ Aigner/Schwamberger, RdM 2003/39; Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht¹⁵ I/140.

5.4.3.1. Geschäftsfähiger, aber einwilligungsunfähiger Minderjähriger

So ist es möglich, dass ein Minderjähriger über die notwendige Geschäftsfähigkeit verfügt, nicht aber die entsprechende Entscheidungsfähigkeit für die konkrete Behandlung aufweist.⁶³⁸ Folglich ist der minderjährige Patient zwar in der Lage, den Behandlungsvertrag abzuschließen, er kann jedoch nicht selbst in die beabsichtigte Schutzimpfung einwilligen.

Zunächst sollen einige Konstellationen erörtert werden, in denen die Impfung von den Obsorgeberechtigten abgelehnt wird. Wenn Eltern die Einwilligung in die Impfung nicht erteilen und darin eine Kindeswohlgefährdung erblickt wird, kann das Gericht nach § 181 ABGB die Obsorge im Bereich der Zustimmung zu Impfungen einer anderen Person übertragen, die dann in die Impfung einwilligen, sowie alternativ zum geschäftsfähigen Minderjährigen den Behandlungsvertrag schließen kann (siehe eingehend in Kap 6.). Ferner kann das Gericht aber auch nach § 181 Abs 1 S 3 ABGB in Einzelfällen die erforderliche Einwilligung der obsorgebetrauten Personen ersetzen, wenn keine gerechtfertigten Gründe für die Weigerung vorliegen. Hierfür muss keine Kindeswohlgefährdung gegeben sein, sondern das Gericht lediglich eine Interessenabwägung vornehmen.⁶³⁹ Auf rechtsgeschäftlicher Ebene ist in dieser Konstellation das Tätigwerden eines gesetzlichen Vertreters nicht mehr erforderlich, da das Kind bereits über die nötige Geschäftsfähigkeit verfügt und den Behandlungsvertrag selbst abschließen kann. Die Einwilligung könnte das Gericht in Einzelfällen ersetzen, etwa wenn Eltern diese nur hinsichtlich einer einzelnen (möglicherweise besonders wichtigen) Impfung ohne vernünftigen Grund verweigern. Dies kann insbesondere eine postexpositionelle Impfung sein, die nach erfolgter Exposition dringend vorzunehmen ist, oder auch eine wichtige Impfung vor Beginn einer immunsuppressiven Therapie. Ein weiteres mögliches Beispiel könnte eine vom Kind gewünschte HPV-Schutzimpfung sein, die oft im hier betroffenen Zeitraum, also im Alter von etwa 13 bis 14 Jahren, durchgeführt wird (Empfehlung im Impfplan: ab dem 9. Geburtstag⁶⁴⁰), sowie die Schutzimpfung gegen Meningokokken ACWY, für die ein ähnliches Zeitschema gilt (Empfehlung ab dem 10. Geburtstag⁶⁴¹). Auch in diesen Fällen wird oft für die Ablehnung dieser medizinisch indizierten Impfungen kein gerechtfertigter Grund vorliegen und eine Interessenabwägung zugunsten der Impfung ausfallen.

⁶³⁸ Kerschner, RdM 2013/138, 215; P. Bydlinski, ÖJZ 2018/125, 943 f.

⁶³⁹ RIS-Justiz RS0123272; Deixler-Hübner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 17 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 42.

⁶⁴⁰ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 10 f.

⁶⁴¹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 10 f.

Überdies wird bei dieser Abwägung der Wille des Kindes (mit zunehmender Entscheidungsfähigkeit) von wesentlicher Bedeutung sein. Der Wunsch des Kindes, geimpft zu werden, äußert sich hier ua in der Bereitschaft zum Abschluss des Behandlungsvertrages. Wenn allerdings das Gericht die fehlende elterliche Einwilligung nicht nach § 181 ABGB ersetzt, hat die Behandlung zu unterbleiben.

Schließt ein partiell geschäftsfähiger (gem § 170 Abs 2 ABGB), aber nicht entscheidungsfähiger Impfkandidat einen Behandlungsvertrag und liegt keine elterliche Einwilligung vor, wird von einigen⁶⁴² die Meinung vertreten, der Vertrag sei gem § 879 Abs 1 ABGB wegen Gesetzesverstoßes nichtig, da aufgrund der fehlenden Einwilligungsfähigkeit des Patienten der Vertragsgegenstand eine eigenmächtige Heilbehandlung (§ 110 StGB) wäre. Der Arzt könne aus diesem nichtigen Vertrag kein Honorar fordern. Nach einer anderen Ansicht⁶⁴³ wird hingegen die Nichtigkeitsfolge verneint, vielmehr soll Leistungsstörungenrecht zur Anwendung kommen. Da die Ursache für das Unterbleiben der Leistung aus der Sphäre des Patienten stammt, behält der Arzt den Anspruch auf Honorar, muss sich Erspartes aber anrechnen lassen (§ 1168 Abs 1 ABGB). Dieser Auffassung kann mE gefolgt werden, da die grundsätzliche Abhängigkeit des Behandlungsvertrages vom Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit nicht immer zu einer billigen Lösung führt. Beispielsweise ist es denkbar, dass sich die (zB telefonisch kontaktierten bzw nachträglich hinzugezogenen) Obsorgeberechtigten nach Zustandekommen des Vertrages doch dazu entscheiden, in die vereinbarte Schutzimpfung einzuwilligen. Ferner könnte die fehlende Einwilligung der Eltern (bei Kindeswohlgefährdung) auch gerichtlich ersetzt werden. Die Nichtigkeit des Vertrages trotz Geschäftsfähigkeit beider Vertragsparteien kann hier zu weit gehen. Dieses Szenario wird iZm Impfungen eher eine Seltenheit darstellen, da idR der Abschluss des Behandlungsvertrags und die (hypothetische) Einwilligung zeitlich praktisch zusammenfallen. Erscheint ein Minderjähriger alleine beim Arzt, wird der Arzt zumeist rechtzeitig dessen allfällige Einwilligungsunfähigkeit feststellen und gar nicht erst einen Behandlungsvertrag mit diesem schließen.

An dieser Stelle sei im Übrigen erwähnt, dass ein anderer Fall des Vorliegens eines Behandlungsvertrages bei mangelnder Einwilligung – der zwar nicht die Fallgruppe der geschäftsfähigen, einwilligungsunfähigen Minderjährigen betrifft, aber hinsichtlich der Rechtsfolgen in den Zusammenhang passt – gegeben ist, wenn ein Elternteil mit dem Arzt den Behandlungs-

⁶⁴² Menardi, ÖA 1998, 3 (7); Haidenthaller, RdM 2001, 174; Pircher, Das Verhältnis der Einwilligung zum Behandlungsvertrag, RdM 1999, 171 (174).

⁶⁴³ Kerschner, RdM 2013/138, 215.

vertrag über eine Impfung seines Kindes schließt, aber in der Folge der bereits einwilligungsfähige Minderjährige die Impfung ablehnt. Auch hier lassen sich mE die eben erläuterten Rechtsfolgen (insb Leistungsstörungenrecht) applizieren.

Schließlich soll noch auf Sachverhalte eingegangen werden, in denen die Eltern eines geschäftsfähigen, aber einwilligungsunfähigen Minderjährigen mit der Impfung einverstanden sind. Fälle, in denen ein (partiell) geschäftsfähiges Kind den Behandlungsvertrag im eigenen Namen abschließt und die Einwilligung im nächsten Schritt von den Eltern erteilt wird, sind möglich, wenngleich in der Praxis wohl eher selten. Wenn ein (obsorgeberechtigter) Elternteil mit seinem Kind den Arzt aufsucht und der Impfung zustimmt, wird diese „Zustimmung“ regelmäßig sowohl die Einwilligung als auch den Behandlungsvertrag betreffen.⁶⁴⁴ Eltern, die mit ihrem Kind beim Arzt erscheinen, schließen den Behandlungsvertrag im Regelfall, wenn keine anderen ausdrücklichen Erklärungen getätigt werden, zugunsten des Kindes ab, wobei die Eltern dann auch die Pflicht zur Tragung allfälliger Kosten trifft. In der Regel wird hier ein Vertrag zu Gunsten Dritter (dem Kind) vorliegen, den die Eltern in eigenem Namen schließen. Im Zweifel ist nämlich von einem Eigengeschäft der Eltern auszugehen, eine rechtsgeschäftliche Handlung des Minderjährigen vertreten durch den Elternteil wird eher selten vorliegen.⁶⁴⁵ Mögliche Alternativen sind vereinbarte Solidarschuld (§§ 891 ff ABGB) oder die privative Schuldübernahme hinsichtlich des Kostenanspruchs durch den gesetzlichen Vertreter (§ 1405 ABGB).⁶⁴⁶ Überdies haben, wenn ein Leistungsanspruch gegen die Krankenversicherung besteht, Eltern die e-card ihres Kindes vorzuweisen, um sich beim Vertragsarzt zu legitimieren und die Verrechnung mit dem Träger der Krankenversicherung zu ermöglichen.⁶⁴⁷ Die Möglichkeit der Abrechnung mittels e-card betrifft allerdings nur die in Kap 3.6.2. beschriebenen Fälle der Grippeimpfung während einer Influenzapandemie, sowie die Kostenzuschüsse bei der FSME-Impfung.

⁶⁴⁴ Kerschner, RdM 2013/138, 214.

⁶⁴⁵ Steiner, JBl 1975, 406 (408); Engljähringer, ÖJZ 1993, 488 (493); Haidenthaller, RdM 2001, 163 (174); Windisch-Graetz, Minderjährige in der Psychotherapie, in Firlei/Kierein/Kletečka-Pulker, Jahrbuch für Psychotherapie und Recht II (2001) 89 (95); Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 41; C. Rink/E. Rink, Die Behandlung minderjähriger Patienten 144; Kerschner, RdM 2013/138, 216.

⁶⁴⁶ Kerschner, RdM 2013/138, 216.

⁶⁴⁷ Jesser-Huß in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 35; Engljähringer, ÖJZ 1993, 488 (498).

5.4.3.2. Einwilligungsfähiger, aber geschäftsunfähiger Minderjähriger

Aber auch (bzw vor allem) der umgekehrte Fall ist möglich: Wenn ein mündiger Minderjähriger selbständig den Arzt aufsucht, um sich impfen zu lassen, kann er idR bereits wirksam in die Maßnahme einwilligen. Möglicherweise mangelt es jedoch noch an der nötigen Geschäftsfähigkeit des Impfkandidaten, so va wenn die Impfung kostenpflichtig ist und der Minderjährige noch kein Einkommen hat. Fehlt die Geschäftsfähigkeit, kann, sofern keine nachträgliche Genehmigung durch die Eltern erfolgt, kein Behandlungsvertrag zustande kommen. Hierfür wäre prinzipiell die Mitwirkung (Zustimmung) des gesetzlichen Vertreters notwendig.⁶⁴⁸

Grundsätzlich gilt jedenfalls in derartigen Konstellationen, dass der mündige Minderjährige trotz vorliegender Einwilligungsfähigkeit selbst keinen entsprechenden Behandlungsvertrag hinsichtlich der Impfung schließen kann. Dieser Umstand kann durchaus kritisch gesehen werden, zumal das dem Minderjährigen gewährte Selbstbestimmungsrecht wiederum auf rechtsgeschäftlicher Seite durch die Notwendigkeit gesetzlicher Vertretung begrenzt wird.⁶⁴⁹ Um die Vornahme der ärztlichen Maßnahme zu erwirken, bedarf es eben grundsätzlich wiederum der Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters zum Behandlungsvertrag. Verwehrt im Fall der gemeinsamen Obsorge nur ein Elternteil die Zustimmung, genügt es, wenn der andere Elternteil den Behandlungsvertrag abschließt (Einzelvertretungsbefugnis im Außenverhältnis), da die Einwilligung ja bereits durch den minderjährigen Impfling erteilt werden kann. Verweigern allerdings beide Elternteile die Zustimmung zum Vertrag, könnte dieser – wenngleich erforderlich – nach wohl hM nicht direkt durch das Gericht abgeschlossen werden (siehe Kap 6.5.). Vielmehr müsste zu diesem Zweck bei Kindeswohlgefährdung die Obsorge im betroffenen Bereich (und damit auch die gesetzliche Vertretung in ebendiesem) zunächst entzogen und daraufhin einer anderen Person übertragen werden, welche dann letztendlich den entsprechenden Behandlungsvertrag abschließen kann.⁶⁵⁰ Denkbar wäre auf Grundlage des § 181 ABGB mE allerdings auch ein gerichtlicher Auftrag an die Eltern zum Abschluss des entsprechenden Behandlungsvertrages (ohne Übertragung der Obsorge). Ferner ist es

⁶⁴⁸ Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, *Medizinrecht*¹⁵ I/135; Kerschner, RdM 2013/138, 214 ff.

⁶⁴⁹ Resch in Kopetzki, *Einwilligung*, 40.

⁶⁵⁰ OGH 2 Ob 882/53 JBl 1954, 258; 6 Ob 215/05v FamZ 2006, 13; 6. 7. 2011, 3 Ob 3/11d; 18. 11. 2015, 3 Ob 211/15y; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, *ABGB Praxiskommentar I*⁵ § 181 Rz 42; Kerschner, RdM 2013/138, 215; Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, *ABGB-ON*^{1.05} § 182 Rz 17 f (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); Hopf in KBB⁵ § 181 Rz 4; ggt: OGH 3 Ob 562/84 JBl 1985, 548; Streinesberger, ÖA 1995, 16 (17).

einer Lehrmeinung zufolge möglich, dass ein vom Minderjährigen in Überschreitung seiner Geschäftsfähigkeit abgeschlossener Vertrag vom Gericht per Beschluss nachträglich saniert wird, da hier der Vertrag vom Minderjährigen selbst geschlossen worden sei.⁶⁵¹ Diese gerichtlichen Maßnahmen setzen allerdings voraus, dass die Verweigerung der Zustimmung der Eltern das Kindeswohl gefährdet. Wann dies bei der Unterlassung von Schutzimpfungen vorliegen kann, soll noch untersucht werden (siehe Kapitel 6.). Hingegen könnte mE – in Anlehnung an die Judikatur des OGH⁶⁵² – bei alleiniger Obsorge eines impfablehnenden Elternteils die Obsorge (allenfalls nur im Bereich der Einwilligung in Impfungen bzw medizinische Behandlungen) dem anderen, impfbefürwortenden Elternteil zu übertragen sein, wenn das entscheidungsfähige bzw mündige Kind den ernstlichen Willen äußert, Impfungen erhalten zu wollen bzw bei derartigen medizinischen Behandlungen vom impfbefürwortenden Elternteil gesetzlich vertreten zu werden. Der Wille des mündigen Minderjährigen kann hier im Hinblick auf § 138 Z 5 ABGB als besonders wichtiger Grund erachtet werden, der für eine Änderung der Obsorge spricht. Dabei ist es auch nicht erforderlich, dass bei Beibehalten der Obsorgeverhältnisse (was hier mit dem Unterbleiben der Impfung einherginge) eine Kindeswohlgefährdung drohen würde.⁶⁵³ Hinsichtlich der Obsorgezuteilung geht die Rsp idR schon ab dem 12. Lebensjahr von der Urteilsfähigkeit eines Minderjährigen aus.⁶⁵⁴

Aber auch unterhalb der Schwelle gerichtlicher Maßnahmen sind Konstellationen möglich, in denen Impfungen beim geschäftsunfähigen Minderjährigen ohne Beteiligung der Eltern vorgenommen werden, welche im Folgenden zu erörtern sind. Wird ein einwilligungsfähiger, aber geschäftsunfähiger Minderjähriger beim Arzt vorstellig und nimmt dieser auf Grundlage der Einwilligung eine Impfung vor, kann der Arzt ein allfälliges Entgelt in Ermangelung eines Vertrages mittels Aufwandersatz gem § 1042 ABGB von den Eltern fordern, so weit die Unterhaltspflicht besteht.⁶⁵⁵ Der Anspruch des Arztes besteht hier, da er durch die Impfung uU einen Aufwand erbringt, den nach dem Gesetz jemand anderer, konkret die Eltern aufgrund der gesetzlichen Unterhaltspflicht, tragen müsste (zur Reichweite der Unterhaltspflicht siehe Kap 4.4.).⁶⁵⁶ Solche Forderungen können sich insbesondere aus allfälligen Impfstoff-

⁶⁵¹ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 176, 176b Rz 53; *Kerschner*, RdM 2013/138, 215.

⁶⁵² OGH 21. 2. 2006, 5 Ob 36/06i.

⁶⁵³ RIS-Justiz RS0048820; OGH 21. 2. 2006, 5 Ob 36/06i.

⁶⁵⁴ RIS-Justiz RS0048820 (T9).

⁶⁵⁵ *Kerschner*, RdM 2013/138, 216; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1042 Rz 1 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Apathy* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1042 Rz 3; OGH 10 Ob 526/94 JBl 1995, 324.

⁶⁵⁶ *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1042 Rz 5 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Koziol/Spitzer* in *KBB*⁵ § 1042 Rz 2.

kosten ergeben, sowie aufgrund eines allfälligen Impfhonorars (wenn die Impfung außerhalb des kostenfreien Kinderimpfkonzpts erfolgt), dies sowohl bei Wahl- als auch bei Kassenvertragsärzten. Über den Anspruch nach § 1042 ABGB hinaus könnte der Arzt, wenn er einen geschäftsunfähigen Minderjährigen impft und dabei in Geschäftsführungsabsicht für die Obsorgeberechtigten handelt, möglicherweise einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA, §§ 1035 ff) stellen.⁶⁵⁷ Nach einem Teil der Lehre⁶⁵⁸ können §§ 1035 ff ABGB und § 1042 ABGB nebeneinander angewendet werden, eine aA⁶⁵⁹ will bei Fremdgeschäftsführungswillen nur GoA anwenden. GoA im Notfall wird bei Schutzimpfungen regelmäßig zu verneinen sein, da keine solche Dringlichkeit bestehen wird, dass eine vorherige Einholung der Zustimmung des Geschäftsherrn (Elternteil) nicht möglich bzw tunlich ist.⁶⁶⁰ Zu erwägen wäre eine derartige Dringlichkeit – und damit das Vorliegen eines unmittelbar drohenden Schadens⁶⁶¹ – allenfalls bei postexpositionellen Impfungen, wenn der zwischen Exposition und Arztbesuch liegende Zeitraum derart fortgeschritten ist, dass aus medizinischer Sicht kaum mehr Zeit für die Vornahme der Impfung (und damit auch keine Zeit für die Einholung der Zustimmung der Eltern) bleibt. Indessen wäre – auch bei vorbeugenden Impfungen – ein Anspruch aus nützlicher GoA denkbar. Zwar soll sich der Geschäftsführer nach § 1037 ABGB um die Einwilligung des Geschäftsherrn bemühen, der Ersatzanspruch bleibt aber ungeachtet dessen bestehen, wenn die Tätigkeit zu einem klaren, überwiegenden Vorteil geführt hat.⁶⁶² Dieser Vorteil könnte mE bejaht werden, da er vorwiegend anhand objektiver Kriterien und „nur“ unter möglichster Berücksichtigung der subjektiven Interessen des Geschäftsherrn zu ermitteln ist. Die Verhältnisse müssen durch die Geschäftsführung bei vernünftiger Beurteilung verbessert worden sein.⁶⁶³ In Anbetracht dessen lässt sich mAn argumentieren, dass die Impfung des Kindes aus objektiver, vernünftiger Sicht einen solchen klaren Vorteil darstellt und weiters die subjektiven Interessen des Elternteils hier ohnehin in

⁶⁵⁷ *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1042 Rz 1 ff (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Kerschner*, RdM 2013/138, 215.

⁶⁵⁸ *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 1042 Rz 1 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at); *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1042 Rz 3 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

⁶⁵⁹ *Ch. Huber*, Die Verjährung von gesetzlichen Rückersatzansprüchen (Teil III), JBl 1985, 531 (533); *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993) 51 f; *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1042 Rz 1; die bei Fremdgeschäftsführungswillen nur Geschäftsführung ohne Auftrag anwenden.

⁶⁶⁰ *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1036 Rz 1; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1036 Rz 3 (Stand 1. 4. 2018, rdb.at).

⁶⁶¹ *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1036 Rz 1 (Stand 1. 4. 2018, rdb.at); *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1036 Rz 1 ff.

⁶⁶² *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1037 Rz 1 f (Stand 1. 4. 2018, rdb.at); *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1037 Rz 1 f.

⁶⁶³ RIS-Justiz RS0019869; *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1037 Rz 2; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1037 Rz 2 (Stand 1. 4. 2018, rdb.at).

den Hintergrund treten werden, da es sich idR um eine marginale finanzielle Belastung handeln wird, die außerdem meist von der Unterhaltspflicht umfasst ist, und ferner die Einwilligung nicht mehr den Eltern zukommt, sodass auch ein solches Recht nicht beschnitten wird.

Geht der Arzt hingegen (fälschlicherweise) von der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen aus und nimmt er die Impfung in dem Glauben vor, in Erfüllung eines Vertrags mit dem Minderjährigen zu handeln, ist Geschäftsführung ohne Auftrag aufgrund mangelnden Fremdgeschäftsführungswillens wiederum auszuschließen.⁶⁶⁴

Diesfalls kann der Arzt einerseits, wie bereits oben beschrieben, gegen die Eltern einen Anspruch nach § 1042 ABGB stellen. Zudem kann der Arzt (da hier mit *Kerschner* korrekterweise von einem Wahlrecht auszugehen ist⁶⁶⁵) allerdings auch den Minderjährigen belangen. Zu erwägen wäre hier zunächst die Kondiktion des § 877 ABGB, die etwa *Kerschner* vorschlägt.⁶⁶⁶ Allerdings verstehen Teile der Lehre und die neuere Judikatur die Bestimmung des § 877 ABGB als schlichte Verweisung auf das allgemeine Bereicherungsrecht (§§ 1431 ff) und nicht als eigenen Kondiktionstypus.⁶⁶⁷ Sohin wird hier vorwiegend das allgemeine Bereicherungsrecht anzustrengen sein: Jedenfalls liegt nämlich die Leistung einer Nichtschuld vor, welche mittels Leistungskondiktion nach § 1431 ABGB gegen den Minderjährigen zurückgefordert werden kann.⁶⁶⁸ Der Anspruch nach § 1431 ABGB steht hier zu, weil der Arzt über die Geschäftsfähigkeit des minderjährigen Vertragspartners und folglich über die Gültigkeit des Vertrags geirrt hat, die Leistung in Wahrheit aber rechtsgrundlos erfolgte.⁶⁶⁹ Inhalt des Anspruches ist im Hinblick auf allfällige Kosten des Impstoffes, da die „Herausgabe“ der geleisteten Impfung nicht möglich ist, der Wertersatz in Geld, dessen Umfang von der (Un-)Redlichkeit des Empfängers abhängt.⁶⁷⁰ In aller Regel wird beim minderjährigen Bereicherungsschuldner Redlichkeit vorliegen, die auch gesetzlich vermutet

⁶⁶⁴ *Kerschner*, RdM 2013/138, 216.

⁶⁶⁵ *Kerschner*, RdM 2013/138, 216.

⁶⁶⁶ *Kerschner*, RdM 2013/138, 216.

⁶⁶⁷ *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁴ § 877 Rz 1, 3; *Gschnitzer* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1² § 877, 155; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 877 Rz 1 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at); OGH 1 Ob 825/82 RdW 1984, 9; 6 Ob 338/97t RdW 1998, 339; 1 Ob 43/02h ecolex 2002/252.

⁶⁶⁸ *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ (2017) Rz 15/5; *Kerschner*, RdM 2013/138, 216.

⁶⁶⁹ *Leupold* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1431 Rz 4; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1431 Rz 2 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Mader* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1431 Rz 5.

⁶⁷⁰ *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1431 Rz 6 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Leupold* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ Vor §§ 1431 ff Rz 5.

wird (§ 328 ABGB). Bei Redlichkeit ist nach hA grundsätzlich der Verkehrswert der Sache zu ersetzen.⁶⁷¹ Überdies ist die Rückforderung von Leistungen an minderjährige Empfänger insofern beschränkt, als diese nur möglich ist, wenn das Geleistete beim Empfänger vorhanden ist oder zu dessen Nutzen verwendet wurde (§ 1437 Satz 2 ABGB). Bei der Gabe einer Impfung ist von einem verschafften Nutzen des Impflings auszugehen, der darin liegt, dass der Impfstoff „verbraucht“ wurde. Überdies kann für die im ärztlichen Tätigwerden liegende Leistung ein angemessener Lohn gefordert werden, dessen Bemessung sich am dem Empfänger verschafften Nutzen orientiert.⁶⁷² Hierfür wird bei kostenpflichtigen Impfungen mE die Höhe des Impfhonorars heranzuziehen sein, da ebendieses dem angemessenen Lohn des Arztes und dem Ersparnis des Empfängers (bzw dem durch die Vornahme der Impfung verschafften Nutzen) entspricht.

Hat der Arzt im konkreten Fall Kenntnis von der Geschäftsunfähigkeit des Minderjährigen und nimmt er deshalb eine Impfung nicht ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Behandlungsvertrag vor, ist die vorliegende Entscheidungsfähigkeit des Minderjährigen auf rechtsgeschäftlicher Ebene beschränkt. Nun wurde aber bereits ausgeführt, dass für Eltern der Wille ihres Kindes – insbesondere bei Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit – zu beachten ist. Zudem wird die Impfung hier regelmäßig auch von der Unterhaltspflicht gedeckt sein (Kap 4.4.).⁶⁷³ Natürlich kann der Minderjährige stets versuchen, auf seine Eltern einzuwirken und sie möglicherweise zum Vertragsabschluss in seinem Interesse bewegen. Anderenfalls stellt sich die Frage, ob der Minderjährige den Vertragsabschluss durch den impfablehnenden gesetzlichen Vertreter – außerhalb gerichtlicher Maßnahmen iSd § 181 ABGB – dennoch erwirken kann. Obgleich das Gesetz in § 160 Abs 3 ABGB nicht von einer schlechthin bindenden Wirkung, sondern von einer Maßgeblichkeit des Kindeswillens spricht, erkennt eine Lehrmeinung – bei entsprechend hoher Einsichts- und Urteilsfähigkeit eines bereits mündigen Kindes – dem Kindeswillen eine weitgehend bindende Wirkung zu, wenn der Entscheidung weder das Kindeswohl noch die Lebensverhältnisse der Eltern entgegenstehen.⁶⁷⁴ ME dürfte aber eine durchsetzbare Verpflichtung der Eltern, Behandlungsverträge mit einem bestimmten Inhalt für ihr Kind abzuschließen, alleine aufgrund der §§ 138 Z 5 und

⁶⁷¹ *Leupold in Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1437 Rz 8; *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1437 Rz 2, 6 (Stand 1.3.2019, rdb.at).

⁶⁷² *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1431 Rz 16; *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1431 Rz 7 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

⁶⁷³ Hier wird angenommen, dass gesetzlicher Vertreter und Unterhaltspflichtiger dieselbe Person sind.

⁶⁷⁴ *Hopf in KBB*⁵ § 160 Rz 3; *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146 Rz 12 f; *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 13 ff.

160 Abs 3 ABGB noch keine Deckung finden. Vielmehr müsste hierfür insgesamt eine Kindeswohlgefährdung vorliegen, die gerichtliche Verfügungen iSd § 181 ABGB rechtfertigt, welche wiederum die Erzwingbarkeit der betreffenden Behandlung bewirken. Der Kindeswille stellt – mit heranreifender Entscheidungsfähigkeit zunehmend – ein wesentliches Kriterium bei der Beurteilung des Kindeswohls dar (§§ 138 Z 5 und 160 Abs 3 ABGB). Sogar kann der Umstand, dass Eltern eine (indizierte) Behandlung entgegen dem geäußerten Willen des entscheidungsfähigen Kindes ablehnen, dazu führen, dass Maßnahmen nach § 181 ABGB gerechtfertigt erscheinen.

5.4.3.3. Einwilligungsfähiger, beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger

Zusätzlich sind noch die folgenden Fallgruppen der beschränkten Geschäftsfähigkeit zu erörtern. Im Gegensatz zur eben dargestellten Konstellation (Kap 5.4.3.2.) können Minderjährige im Rahmen der beschränkten Geschäftsfähigkeit teils schon früher ihre eigene Impfscheidung verwirklichen.

Sonderfälle können sich an der „Grenze“ zur Einwilligungsfähigkeit ergeben: So kann die Entscheidungsfähigkeit nicht nur bei einem 14-jährigen Minderjährigen (aufgrund der gesetzlichen Vermutung), sondern auch bei einem knapp unter 14-Jährigen im Einzelfall hinsichtlich einer konkreten Impfung bereits vorliegen und dieser demzufolge selbst in den Eingriff einwilligen. Aber auch die ausreichende Geschäftsfähigkeit kann möglicherweise bereits bejaht werden, wenn die Impfung – wie derzeit die Hepatitis-B-Impfung (bis zum 15. Geburtstag kostenfrei⁶⁷⁵) – noch ins kostenfreie Kinderimpfprogramm fällt. Da hier sämtliche Kosten (inklusive Impfhonorar) von Bund, Land und Sozialversicherungsträger gedeckt werden, sodass für den Impfling keinerlei Kosten anfallen, könnte für den Minderjährigen ein „bloß zu seinem Vorteil gemachtes Versprechen“ (§ 865 Abs 2 ABGB) vorliegen. Als ausschließlich vorteilhaft werden Versprechen von der hL aber nur angesehen, wenn jegliche wirtschaftlichen und rechtlichen Pflichten oder Lasten fehlen und überdies keinerlei sonstige Pflichten, Lasten oder Nachteile – somit auch keine Gesundheitsgefährdungen – damit verbunden sind.⁶⁷⁶ Demzufolge wäre das Vorliegen der bloßen Vorteilhaftigkeit bei kostenfreien Impfungen zu verneinen, weil auch Nachteile, nämlich ein Eingriff in den Körper und

⁶⁷⁵ BMASGK, Impfplan 2019, 10 f.

⁶⁷⁶ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 865 Rz 10 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 865 Rz 7 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at); Dullinger, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, ÖJZ 1987, 33 ff.

allenfalls unerwünschte Wirkungen drohen. Hingegen ist *Windisch-Graetz*⁶⁷⁷ der Ansicht, dass bei der Beurteilung des „bloß vorteilhaften Versprechens“ bei Behandlungsangeboten lediglich das Fehlen von rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachteilen erforderlich ist. Nachteile gesundheitlicher oder psychischer Art müssten nicht bei der Frage der Geschäftsfähigkeit berücksichtigt werden. Es handle sich dabei um Nachteile aus Eingriffen in das Recht auf körperliche Integrität, hinsichtlich deren Vermeidung die Obsorgeberechtigten im Zuge ihres Rechtes auf Pflege und Erziehung berufen seien (gemeint dürfte hier die Ebene der Einwilligung sein, für die in unserer Konstellation aber nicht mehr die Eltern, sondern ja schon der Minderjährige selbst verantwortlich ist). Der Schutz Minderjähriger vor Eingriffen in ihre Persönlichkeitsrechte sei „im Rahmen von Gesundheitsleistungen dadurch auf andere Art gewährleistet, wodurch es bei Abschluss unentgeltlicher Behandlungsverträge nur darauf abzustellen ist, ob dem Minderjährigen Nachteile wirtschaftlicher oder rechtlicher Art entstehen.“ Sohin könne in unentgeltlichen Behandlungsangeboten für Minderjährige ein ausschließlich vorteilhaftes Geschäft erblickt werden, das sie selbständig annehmen können. Diese Argumentation vermag mE potenziell zu überzeugen. Auch *Kerschner* erblickt in diesen Ausführungen „gute Gründe“, verneint aber ein ausschließlich vorteilhaftes Versprechen auch bei Behandlungen, die grundsätzlich durch den Sozialversicherungsträger gedeckt sind, da aufgrund der Möglichkeit mangelnder Leistungspflicht Honoraransprüche entstehen könnten.⁶⁷⁸ *Kerschners* Argument hat aber mE im Hinblick auf Impfungen aus dem kostenfreien Impfkonzept keine Bedeutung, da es sich nicht um Pflichtleistungen des Sozialversicherungsträgers handelt, sondern eine andere, separate Finanzierungsweise Anwendung findet. Außerdem ist weder die Vorlage einer e-card zu Verrechnungszwecken notwendig, noch ist der Bezug des Impfangebots in diesem Stadium vom Willen der Eltern abhängig, sodass auch der (entscheidungsfähige) Minderjährige alleine zur Inanspruchnahme der kostenfreien Impfung „anspruchsberechtigt“ ist. Sohin halte ich es im Ergebnis für durchaus möglich, dass kostenfreie Kinderimpfungen ein ausschließlich vorteilhaftes Geschäft sind, das Minderjährige – in Kombination mit der eigenen Einwilligungsfähigkeit – selbst realisieren können. Folgt man dieser Ansicht, müsste dies konsequenterweise auch für die 4-fach-(Nachhol-)Impfung gegen Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Poliomyelitis und die Impfung gegen Meningokokken ACWY (beide kostenfrei bis zum 13. Geburtstag⁶⁷⁹) erwogen werden, wenn ein fast 13-jähriger Minderjähriger bereits so entwickelt ist, dass ihm im Einzelfall

⁶⁷⁷ *Windisch-Graetz* in *Firlei/Kierein/Kletečka-Pulker*, Jahrbuch für Psychotherapie und Recht II, 89 (96), am Beispiel von unentgeltlichen Beratungsverträgen mit Psychotherapeuten.

⁶⁷⁸ *Kerschner*, RdM 2013/138, 216.

⁶⁷⁹ *BMASGK*, Impfplan 2019, 10 f.

hinsichtlich dieser Impfungen Entscheidungsfähigkeit zuerkannt werden kann, was freilich die Ausnahme darstellen wird. Aber auch bei altersunabhängigen Impfaktionen, die außerhalb des Kinderimpfkonzpts kostenfrei angeboten werden, wie etwa die Masern-Impfung, ist ein ausschließlich vorteilhaftes Versprechen anzunehmen, sodass die obigen Ausführungen mE zutreffen, etwa, wenn ein 15-jähriges Schulkind die kostenfreie Masern-Impfung in Anspruch nehmen möchte.

Ferner können in Bezug auf kostenpflichtige Impfungen mündige Minderjährige nach § 170 Abs 2 ABGB insofern beschränkt geschäftsfähig sein, als sie über zur freien Verfügung überlassene Sachen (zB Taschengeld) oder über Einkommen aus eigenem Erwerb verfügen, sofern dadurch die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse nicht gefährdet wird. Ob die Minderjährigen hierbei bereits Leistungen aus ihrer selbständigen Sozialversicherung beanspruchen können (Lehrlinge), oder bei einem Elternteil mitversichert sind und allenfalls ein anderweitiges eigenes Einkommens beziehen,⁶⁸⁰ ist mE nicht von Bedeutung. Denn bei Impfungen besteht typischerweise ohnehin keine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht (nach ASVG), sodass auch keine e-card erforderlich ist und es nur darauf ankommt, ob die (selbst zu tragenden) Kosten der Impfung aus dem eigenem Einkommen des Minderjährigen ohne Gefährdung der Befriedigung der Lebensbedürfnisse finanziert werden können. *Windisch-Graetz* geht etwa – in Orientierung an einschlägiger Rechtsprechung – davon aus, dass eine (wiederkehrende) Verpflichtung auf Dauer, die 10% des Einkommens überschreitet, den Lebensunterhalt gefährden würde.⁶⁸¹ Im Hinblick auf Impfungen, die oft weniger als 10% des Monatseinkommens (etwa der Lehrlingsentschädigung) kosten werden und zumeist auch nicht derart häufig wiederkehren, ist sohin durchaus möglich, dass diese im eigenen Einkommen des Minderjährigen Deckung finden. Auch die Finanzierung von Impfungen mittels zur freien Verfügung überlassener Sachen – etwa, sofern hinlänglich, mit dem Taschengeld des Minderjährigen – ist denkbar.

Die ältere Rechtsprechung⁶⁸² wollte auch in solchen Fällen, in denen ein wirksames Vertragsverhältnis zum Minderjährigen besteht, auf Grundlage des § 1042 ABGB einen direkten Anspruch des Arztes gegen die unterhaltspflichtigen Eltern erblicken, weil diese zur Wahrung der Gesundheit des Kindes und zum Unterhalt verpflichtet seien und der Arzt eine gesetzliche

⁶⁸⁰ *Engljähringer*, ÖJZ 1993, 493; *Menardi*, ÖA 1998, 3 (6 f); *Haidenthaller*, RdM 2001, 174; *Haberl*, Kinderrechte – eine zivilrechtliche Analyse (2007) 118.

⁶⁸¹ *Windisch-Graetz* in *Firlei/Kierein/Kletečka-Pulker*, Jahrbuch für Psychotherapie und Recht II, 89 (97 f).

⁶⁸² OGH 26. 11. 1907, GIUNF 3990; siehe auch die Judikaturanalyse von *Steiner*, JBl 1975, 406.

Pflicht erfülle. Dem schloss sich etwa *Haberl*⁶⁸³ an, während andere Teile der Lehre⁶⁸⁴ dies kritisierten. Nunmehr ist nach hL und Rsp gefestigt, dass ein aufrechter Anspruch aus dem Vertrag mit dem Minderjährigen einen Aufwendersatzanspruch nach § 1042 ABGB gegen einen Dritten (den Unterhaltspflichtigen) ausschließt.⁶⁸⁵ Der Arzt kann das Honorar bzw allfällige Impfstoffkosten sohin nur vom Minderjährigen als Vertragspartner fordern.

Nun stellt sich aber die Frage, ob die Kosten der Impfung auch endgültig vom Minderjährigen zu tragen sind, da diese als Arzneimittel- bzw Behandlungskosten ja der Gesundheit des Kindes dienlich sind und damit grundsätzlich Unterhaltscharakter haben. Vorneweg wird es hinsichtlich der Tragung der durch die Impfung des Kindes anfallenden Kosten dann zumeist kein „Kostentragsproblem“ geben, wenn einer der Elternteile die Impfung befürwortet. Dieser Elternteil wird nämlich idR ohnehin „freiwillig“ anfallende Kosten tragen (wenn er nicht überhaupt schon den Behandlungsvertrag zu Gunsten des Kindes abschließt), entweder direkt in Form des Naturalunterhalts (wobei sich der Elternteil des Arztes bedient), oder bei Geldunterhaltspflicht als Naturalleistung, die uU beim Geldunterhalt anrechenbar ist. Zu daraus erwachsenden Konflikten zwischen den Elternteilen siehe Kap 5.4.1.. Hinsichtlich der Frage, ob das entscheidungsfähige Kind die Kosten einer Impfung von den Unterhaltspflichtigen fordern kann, ist sohin va die Konstellation interessant, in der *beide* Elternteile die Impfung (samt Kostentragung) ablehnen.

Zunächst ließe sich erwägen, ob der Minderjährige hier nicht einen Aufwand tätigt, den nach dem Gesetz „ein anderer“, nämlich der Unterhaltspflichtige, hätte tätigen müssen. Ein Anspruch nach § 1042 ABGB wird in diesem Fall mE aber nicht bestehen: Der Aufwand des Minderjährigen erfolgt in Erfüllung seiner vertraglichen Pflicht gegenüber dem Empfänger (Arzt), sodass hier keine *ungerechtfertigte* Vermögensverschiebung⁶⁸⁶ vorliegt. Das Kind erfüllt hier keine entsprechende „fremde Schuld“,⁶⁸⁷ da diese gegen den Leistungsempfänger (Arzt) bestehen müsste und eben keine Schuld des Elternteils gegenüber dem Arzt vorliegt. Die Unterhaltspflicht des Elternteils besteht freilich gegenüber dem Kind, nicht dem Arzt. Daher ist auch nicht zu prüfen, ob die Verpflichtung des Verkürzten (Kind) gegenüber dem

⁶⁸³ *Haberl*, Kinderrechte 118.

⁶⁸⁴ *Steiner*, JBl 1975, 406 (409 ff); *Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung (1977) 78; *Kerschner*, RdM 2013/138, 215.

⁶⁸⁵ OGH 15. 12. 2015, 10 Ob 8/15x; *Meissel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1042 Rz 3 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); *Koziol/Spitzer* in *KBB*⁵ § 1042 Rz 3; *Kerschner*, RdM 2013/138, 216; *Steiner*, JBl 1975, 406 (411).

⁶⁸⁶ *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1042 Rz 8 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Koziol/Spitzer* in *KBB*⁵ § 1042 Rz 3; *Beclin*, Verjährung des Regressanspruchs des Drittzahlers gem § 1042 ABGB, EF-Z 2006/9.

⁶⁸⁷ *Meissel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1042 Rz 3 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1042 Rz 8 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Koziol/Spitzer* in *KBB*⁵ § 1042 Rz 1.

Leistungsempfänger (Arzt) zur vermeintlichen Verpflichtung des Elternteils subsidiär ist (bejahendenfalls ein Regressanspruch des Kindes erwogen werden könnte).⁶⁸⁸

Sohin wäre eine Lösung möglicherweise im gesetzlichen Unterhaltsverhältnis zu suchen, schließlich haben Impfstoffkosten und Arzthonorar grundsätzlich Unterhaltscharakter. Allerdings liegen hier bereits eigene Einkünfte des Kindes (iSd § 231 Abs 3 ABGB) vor, mit denen die Impfung finanziert wird. Als solche Einkünfte gelten ua Arbeitseinkommen, Lehrlingsentschädigung, Trinkgeld, Nebeneinkünfte⁶⁸⁹ und auch Geld- und Sachleistungen wie Taschengeld.⁶⁹⁰ Eigeneinkommen des Minderjährigen führt unterhaltsrechtlich zu einer Bedarfsminderung, welche beiden unterhaltspflichtigen Eltern zugutekommen muss. Eigenes Einkommen ist daher auf die Unterhaltslast der Eltern anzurechnen.⁶⁹¹ Daraus folgt mE, dass ein Minderjähriger, der mittels Eigeneinkommens eine Impfung finanziert, und damit in diesem Bereich seinen eigenen Unterhaltsbedarf befriedigt, diese Kosten endgültig selbst tragen muss und sie nicht wiederum von den Unterhaltspflichtigen fordern kann.

⁶⁸⁸ *Apathy* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1042 Rz 3; *Meissel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1042 Rz 3 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1042 Rz 8 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Beclin*, EF-Z 2006/9; OGH 1 Ob 672/54 EvBl 1954/441.

⁶⁸⁹ LGZ Wien EFSIlg 58.797; OGH 1 Ob 177/02i ZRInfo 2003/050; ausgenommen sind geringfügige Einkünfte aus kurzer (etwa einmonatiger) Ferialarbeit.

⁶⁹⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 175; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 720 ff.

⁶⁹¹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 709 f; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 180.

6. DIE UNTERLASSUNG VON IMPFUNGEN ALS KINDESWOHLGEFÄHRDUNG

Zur Wahrung der Gesundheit Minderjähriger sieht die Rechtsordnung für Fälle, in denen Eltern durch ihr Verhalten das Wohl ihres Kindes gefährden, was etwa bei der „unvernünftigen“ Verweigerung notwendiger medizinischer Behandlungen zutreffen kann, die Möglichkeit staatlichen Schutzes durch gerichtliche Maßnahmen zur Wahrung des Kindeswohls vor.⁶⁹² So kann nach § 181 ABGB das zuständige Gericht als *ultima ratio*⁶⁹³ insbesondere Einwilligungs- und Zustimmungrechte bzw die Obsorge (teilweise) entziehen, sowie in bestimmten Fällen die erforderliche Einwilligung ersetzen. Eine tatsächliche Gesundheitsschädigung muss hier nicht eingetreten sein, die Gefährdung des Kindeswohls ist ausreichend.

Erleidet ein Kind hingegen infolge verweigerter Impfungen eine Gesundheitsschädigung aufgrund einer impfpräventablen Krankheit, kann in einem späteren Schritt die schadenersatzrechtliche Haftung der Eltern geprüft werden, da die Veranlassung der Schutzimpfung in aller Regel die Erkrankung bzw allfällige Dauerschäden verhindert hätte (hierzu Kap 8.1.).

6.1. DAS KINDESWOHL ALS ENTSCHEIDUNGSKRITERIUM

Eingangs sind hier jene Bestimmungen in Erinnerung zu rufen, die die Obsorgeberechtigten zur Wahrung des Wohles und der Gesundheit des Kindes verpflichten (siehe Kapitel 4.2.): Nach § 137 Abs 2 ABGB trifft Eltern die Pflicht, das Wohl ihrer minderjährigen Kinder zu fördern. Gem § 138 Z 1 ABGB ist eine adäquate medizinische Betreuung sicherzustellen und gem Z 2 leg cit die körperliche Integrität des Kindes zu schützen. Ferner besagt § 160 Abs 1 ABGB, dass zur Pflege eines Minderjährigen unter anderem die Wahrnehmung des körperlichen Wohles und der Gesundheit gehört. Aus all diesen Bestimmungen lässt sich ein Auftrag der Obsorgeberechtigten zur Wahrung und Förderung der Gesundheit ihrer Kinder ableiten,⁶⁹⁴ der auch die Veranlassung notwendiger medizinischer Behandlungen beinhaltet.⁶⁹⁵ Ganz im Allgemeinen haben Obsorgeberechtigte sohin beim Eintritt einer Erkrankung oder Verletzung ihres minderjährigen Kindes für entsprechende medizinische Behandlungen zu sorgen,

⁶⁹² Kern, Recht auf Gesundheit – zivilrechtliche Reflexionen, in Barta/Kern, Recht auf Gesundheit (2002) 107 (140 f); Noll in Kern/Mazal, Die Grenzen der Selbstbestimmung 79 (91 f).

⁶⁹³ OGH 26. 4. 2006, 7 Ob 74/06t; 23. 10. 2012, 5 Ob 152/12g; Beck, Kindschaftsrecht² Rz 565.

⁶⁹⁴ Pierer, EF-Z 2015/57, 101.

⁶⁹⁵ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 160 Rz 2 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Hopf in KBB⁵ § 160 Rz 1.

widrigenfalls sie gegen das Kindeswohl handeln.⁶⁹⁶ Aber nicht nur kurative, sondern auch prophylaktische Maßnahmen wie Schutzimpfungen sind den oben genannten Zielsetzungen – Sicherstellung einer angemessenen medizinischen Versorgung, Förderung der Gesundheit und Schutz der körperlichen Integrität – zuordenbar. Obsorgeberechtigte sind bei der Entscheidung über die medizinische Behandlung ihrer (selbst nicht entscheidungsfähigen) Kinder an das Wohl der Minderjährigen gebunden, sodass die Behandlung grundsätzlich dann nicht abgelehnt werden darf, wenn dies das Kindeswohl gefährden würde (siehe schon in Kapitel 5.3.4.).⁶⁹⁷

Hinzutreten kann als wichtiges Kriterium bei der Beurteilung des Kindeswohls – mit heranreifender Entscheidungsfähigkeit zunehmend – der ernstliche Wille des Kindes (§§ 138 Z 5 und 160 Abs 3 ABGB).

Das Kindeswohl ist zentrales Leitziel und vorrangiges Entscheidungskriterium im Kindschaftsrecht.⁶⁹⁸ Es umfasst als mehrdimensionaler Begriff das körperliche, geistige und seelische Wohlergehen des Kindes und ist stets nach den gesamten Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu prüfen.⁶⁹⁹ Jedoch ist das Kindeswohl als Generalklausel und damit als unbestimmter Rechtsbegriff zu verstehen. Es hat auch kein konstantes Maß, sodass verschiedene Entwicklungsvarianten für das Kind sachlich abgeklärt und gegenübergestellt werden müssen. Die primäre Entscheidungsbefugnis kommt hierbei den Obsorgeberechtigten zu, im gerichtlichen Verfahren hat der Richter die Entwicklungsinteressen des Kindes zu bestimmen.⁷⁰⁰

Die Obsorgeberechtigten haben in jedem Fall das zu leisten, was unter Betrachtung der medizinischen Erkenntnisse dem österreichischen Mindestniveau entspricht. Dieses Mindestmaß darf weder aufgrund der eigenen niederen Herkunft bzw Ausbildung der Eltern, noch durch die Befürwortung (ausschließlich) exotischer Heilmethoden unterschritten werden.⁷⁰¹

⁶⁹⁶ Weitzenböck in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 18.

⁶⁹⁷ Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 146c Rz 37; Hopf in *KBB*⁵ § 173 Rz 5; Noll in *Kern/Mazal*, Die Grenzen der Selbstbestimmung 79 (91 f).

⁶⁹⁸ OGH 23. 11. 2010, 8 Ob 14/10g; 10. 8. 2006, 2 Ob 129/06v; Beck, *Kindschaftsrecht*² Rz 294.

⁶⁹⁹ OGH 15. 2. 2000, 10 Ob 25/00z; 26. 7. 1996, 1 Ob 2078/96m; Beck, *Kindschaftsrecht*² Rz 295.

⁷⁰⁰ Beck, *Kindschaftsrecht*² Rz 295.

⁷⁰¹ Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 146 Rz 4; Gitschthaler in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 2.

6.2. DIE KINDESWOHLGEFÄHRDUNG ALS EINGRIFFSVORAUSSETZUNG

Von einer Gefährdung des Kindeswohls spricht man, wenn Eltern Obsorgepflichten objektiv nicht erfüllen oder subjektiv gröblich vernachlässigen, oder wenn ihr Verhalten eine ernstliche und konkrete Gefährdung schutzwürdiger Interessen des Kindes darstellt.⁷⁰² Dies ist nach der Rechtsprechung etwa der Fall, wenn die physische oder psychische Gesundheit des Kindes gefährdet ist,⁷⁰³ bei Unterlassung der notwendigen medizinischen Behandlung⁷⁰⁴ oder ungenügender medizinischer Betreuung des Kindes.⁷⁰⁵ Für eine Kindeswohlgefährdung ist ein Verschulden des Obsorgeberechtigten keine notwendige Voraussetzung.⁷⁰⁶ Da für eine Kindeswohlgefährdung die *objektive* Nichterfüllung der Obsorgepflichten genügt, vermag – etwa im Falle einer „unvernünftigen“ Entscheidung betreffend eine medizinische Behandlung – die Meinung der Eltern, nur das Beste für ihr Kind zu wollen, nichts an der Beurteilung ihres Verhaltens als kindeswohlgefährdend zu ändern.⁷⁰⁷

Nach § 181 Abs 1 ABGB kann das Gericht im Fall einer Kindeswohlgefährdung insbesondere Einwilligungs- und Zustimmungsrechte bzw die Obsorge (teilweise) entziehen. Derartige Maßnahmen können nach Abs 2 *leg cit* von einem Elternteil (dies insbesondere wenn die Eltern in einer wichtigen Angelegenheit kein Einvernehmen erzielen), sonstigen Verwandten in gerader aufsteigender Linie, den Pflegeeltern bzw einem Pflegeelternteil, dem Kinder- und Jugendhilfeträger und dem mündigen Minderjährigen selbst (in Angelegenheiten seiner Pflege und Erziehung) beantragt werden. Andere Personen können das Einschreiten des Gerichts anregen, so etwa ein Arzt, wenn Eltern eine notwendige Behandlung des Kindes ablehnen. Das Gericht wird dann von Amts wegen tätig.⁷⁰⁸

Gefährdet bei gemeinsamer Obsorge nur ein Elternteil das Kindeswohl und wird diesem deshalb die Obsorge entzogen, ist der andere Elternteil *ex lege* alleine mit der Obsorge

⁷⁰² RIS-Justiz RS0048633; OGH 7 Ob 200/08z EFSlg 119.674; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 306; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 9.

⁷⁰³ LG Wels 21 R 22/03i EFSlg 104.345; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 3 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

⁷⁰⁴ OGH 2 Ob 593/92 EFSlg 68.799; 1 Ob 57/97g EFSlg 84.087; LGZ Wien 42 R 102/05v EFSlg 110.864.

⁷⁰⁵ LGZ Wien 44 R 3224/87 EFSlg 54.019.

⁷⁰⁶ OGH 5. 12. 1989, 4 Ob 611/89; 22. 2. 2011, 8 Ob 144/10z; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 306.

⁷⁰⁷ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146c Rz 39; *Barth*, ÖJZ 2002, 596 (605).

⁷⁰⁸ *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 9 f (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146c Rz 38.

betraut, ohne dass hierfür ein gesonderter Gerichtsbeschluss notwendig ist.⁷⁰⁹ Gefährdet das Verhalten beider Eltern das Kindeswohl, kann die Obsorge – sofern keine anderen geeigneten Personen (insbesondere Groß- oder Pflegeeltern) in Frage kommen – nach § 209 ABGB dem KJHT übertragen werden. Da in den meisten – und hier vorwiegend interessierenden – Fällen die Kindeseltern selbst mit der Obsorge betraut sind, beziehen sich auch die in diesem Kapitel angestellten Ausführungen, sofern nicht ausdrücklich anders angeführt, auf ebendiese Fälle. Allerdings ist an dieser Stelle auch auf den Umstand hinzuweisen, dass das Gesetz bei der Obsorge durch Pflegeeltern (§ 184 ABGB) und „andere“ mit der Obsorge betrauten Personen (dh andere als Eltern, Großeltern und Pflegeeltern⁷¹⁰; § 204 ff ABGB) für die Aufhebung einer erfolgten Übertragung (welche *in effectu* einer Entziehung ihnen gegenüber gleichkommt) eine Kindeswohlgefährdung nicht verlangt: Die Aufhebung der Obsorge der bisher Betrauten und deren Übertragung auf andere Personen ist schon dann möglich, wenn dies für das Wohl des Kindes bloß „förderlich“ ist.⁷¹¹ In derartigen Konstellationen ist somit von herabgesetzten Eingriffsvoraussetzungen auszugehen. Zu beachten bleibt aber auch hier, dass vor einer Änderung der Obsorgeverhältnisse damit einhergehende Belastungen für das Kind abzuwägen sind.⁷¹²

Ganz im Allgemeinen darf eine Änderung der Obsorgeverhältnisse nur als äußerste Notmaßnahme verfügt werden.⁷¹³ Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Wechsel der Obsorge geboten ist, ist ein strenger Maßstab anzulegen.⁷¹⁴ Es kann dabei nicht nur von der aktuellen Situation ausgegangen werden, sondern es hat zusätzlich immer auch eine Zukunftsprognose zu erfolgen.⁷¹⁵ Maßnahmen nach § 181 sind nur gerechtfertigt, wenn diese eine beachtliche Verbesserung der Interessenlage und Zukunftsaussichten des Kindes bewirken. Eine bloß geringfügige Besserung ist nicht ausreichend. Im Zweifel muss der *status quo* beibehalten werden, da die

⁷⁰⁹ OGH 3 Ob 111/06d iFamZ 2007/34; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 2 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

⁷¹⁰ *Hopf* in KBB⁵ § 204 Rz 1; *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht (2015) § 181 ABGB Anm 28.

⁷¹¹ *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht § 181 ABGB Anm 28; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 6.

⁷¹² *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht § 181 ABGB Anm 28.

⁷¹³ OGH 26. 4. 2006, 7 Ob 74/06t; 23. 10. 2012, 5 Ob 152/12g; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 565; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 19 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

⁷¹⁴ OGH 1 Ob 580/92 EFSlg 68.789; 29. 9. 2010, 7 Ob 182/10f; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 565; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 19 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

⁷¹⁵ RIS-Justiz RS0048632; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 3 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

Rechtsprechung der Erziehungskontinuität große Bedeutung beimisst.⁷¹⁶ Gelangt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Unterlassung der Behandlung das Kindeswohl nicht gefährdet und keine Maßnahmen gem § 181 ABGB gerechtfertigt sind, darf der Arzt die Behandlung mangels Einwilligung nicht vornehmen, da er sonst dem Risiko der Haftung ausgesetzt ist.

Ob nun die bloße Unterlassung von Schutzimpfungen – unabhängig vom Eintreten einer Erkrankung – gerichtliche Verfügungen nach § 181 ABGB rechtfertigen kann, soll im Folgenden eingehend untersucht werden.

6.3. AUSGANGSLAGE

Zunächst ist festzuhalten, dass in Österreich seit der Aufhebung des Bundesgesetzes über Schutzimpfungen gegen Pocken⁷¹⁷ im Jahr 1980 keine Impfpflicht besteht.⁷¹⁸ Schutzimpfungen haben daher auf Grundlage der vorherigen Einwilligung zu erfolgen, welche bei entscheidungsunfähigen Minderjährigen durch deren Obsorgeberechtigte zu erteilen ist.

Das Bundesministerium für Gesundheit veröffentlicht in Kooperation mit dem Impfausschuss des Obersten Sanitätsrates auf Grundlage von Empfehlungen der WHO regelmäßig den österreichischen Impfplan, in dem zahlreiche Schutzimpfungen für Kinder, insbesondere das kostenlose Kinderimpfprogramm, empfohlen werden.⁷¹⁹ Der Impfplan bleibt mangels Normativität an sich unverbindlich, er verfügt lediglich über Empfehlungscharakter.⁷²⁰ Dennoch kann er als Standard der evidenzbasierten Medizin verstanden werden und bietet mithin einen fundierten Leitfaden für Eltern, schwerwiegenden Erkrankungen ihrer Kinder vorzubeugen.

Auch in der von Österreich ratifizierten KRK ist, wenngleich diese nicht unmittelbar anwendbar ist und keine subjektiven Rechte verleiht, an sich ein Recht des Kindes auf Impfungen gegen verhütbare Krankheiten postuliert (siehe Kapitel 3.5.2.).

⁷¹⁶ OGH 30. 8. 2011, 10 Ob 68/11i; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 5 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

⁷¹⁷ Bundesgesetz vom 30. 6. 1948 über Schutzimpfungen gegen Pocken (Blattern), BGBl 1948/156, aufgehoben durch BGBl 1980/583.

⁷¹⁸ *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap XXXIII Rz 147; *Halmich*, Erwachsenenschutzrecht für Gesundheitsberufe 163.

⁷¹⁹ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 6.

⁷²⁰ *Langbauer*, Impfwesen 41 f; *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap XXXIII Rz 145.

Im Wesentlichen lässt sich sohin festhalten, dass in der KRK, im österreichischen Impfplan und den Impfeempfehlungen anderer Staaten,⁷²¹ in zahlreichen wissenschaftlichen Publikationen,⁷²² sowie in etlichen Stellungnahmen der WHO⁷²³ Schutzimpfungen klar befürwortet werden. Dies lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Durchführung empfohlener Schutzimpfungen dem Stand der medizinischen Wissenschaft entspricht. Auch die Nutzen-Risiko-Analyse spricht für die Veranlassung der Impfungen.⁷²⁴

Hinzu kommt, dass sich die epidemiologische Situation in Österreich und Europa in den letzten Jahren teils wieder verschärft hat. Während in Europa die Zahl der jährlich registrierten Masernfälle zwischen 2010 und 2017 bei durchschnittlich rund 25.000 lag, waren im Jahr 2018 rund 82.000 Personen betroffen.⁷²⁵

Angesichts dieser Umstände ließe sich möglicherweise argumentieren, dass Obsorgeberechtigte – trotz Nichtvorliegen einer Impfpflicht – aufgrund ihrer familienrechtlichen Verpflichtung zur Wahrung des Kindeswohls zur Veranlassung von Schutzimpfungen bei ihren (entscheidungsunfähigen) Kindern angehalten sind.

6.4. MEINUNGSSTAND

Zum Meinungsstand ist zu bemerken, dass diese Frage in der Lehre bisher weitgehend zurückhaltend behandelt wurde und nur vereinzelte Äußerungen zu diesem Thema vorliegen.

Nach *Finke* (aus dem deutschen Schrifttum) ist, soweit eine allgemeine Impfpflicht nicht besteht, in der Nichtimpfung des Kindes keine Kindeswohlgefährdung zu erblicken und damit

⁷²¹ Bundesamt für Gesundheit, Schweizerischer Impfplan 2019, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/gesundheitsfoerderung-und-praevention/impfungen-prophylaxe/schweizerischer-impfplan.html> (abgefragt am 1. 9. 2019); Robert Koch-Institut, Epidemiologisches Bulletin 2019/34, 313.

⁷²² Meyer/Reiter/Siedler/Hellenbrand/Rasch, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2002/45, 323; Dittmann, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2002/45, 316; Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 2; Murphy/Travers/Walport, Janeway Immunologie⁷ 48 f; uvm.

⁷²³ WHO, 2018 assessment report of the global vaccine action plan, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/276967/WHO-IVB-18.11-eng.pdf?ua=1> (abgefragt am 1. 9. 2019); WHO, Questions and answers on immunization and vaccine safety, <https://www.who.int/features/qa/84/en/> (abgefragt am 1. 9. 2019).

⁷²⁴ Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 2; Zwiauer, Impfreaktionen, Impfebenwirkungen, Impfschäden, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen 22 f; Kunze, Das österreichische Impfsystem und seine Finanzierung 5; Wiedermann-Schmidt, Impfen 24; Makoski, GuP 2017/6, 220 (224).

⁷²⁵ WHO Regional Office for Europe, Measles in Europe: record number of both sick and immunized, www.euro.who.int/en/media-centre/sections/press-releases/2019/measles-in-europe-record-number-of-both-sick-and-immunized (Stand 7. 2. 2019).

eine teilweise Obsorgeentziehung nicht hierauf zu stützen. Eine nähere Begründung dieser Ansicht erfolgt allerdings nicht.⁷²⁶

Gitschthaler nimmt Bezug auf die Pflicht der Obsorgeberechtigten, für das Kind jedenfalls zu leisten, was unter Betrachtung der medizinischen Erkenntnisse dem österreichischen Mindestniveau entspricht,⁷²⁷ und ist der Ansicht, dass auch gewisse „Modeströmungen (etwa die grundsätzliche Ablehnung von Impfungen)“ dem gebotenen Mindestniveau entgegenstehen können.⁷²⁸

Langbauer führt ins Treffen, dass der Arzt im Fall der Impfverweigerung das Pflegschaftsgericht anrufen könne, wenn er der Ansicht sei, dass die Impfung aus medizinischer Perspektive jedenfalls durchzuführen sei.⁷²⁹

Edelmann führt hierzu in groben Zügen aus, dass kein vernünftiger Grund für einen verständigen Obsorgeberechtigten vorliege, die Einwilligung in die Impfung des Minderjährigen zu verweigern. Vielmehr könne im Fall der Ablehnung einer Routineimpfung bei sehr strenger Auslegung eine Einschränkung der Obsorge aufgrund einer Kindeswohlgefährdung erwogen werden.⁷³⁰

Pierer bejaht dies in gewissen Fällen und unterscheidet hierbei prinzipiell zwischen zwei Gründen für das Unterbleiben der Impfungen: Wenn Schutzimpfungen wegen Nachlässigkeit oder Unkenntnis nicht veranlasst werden, sei die (auch nur teilweise) Entziehung von Einwilligungsrechten bzw der Obsorge überschießend, da die Obsorgeberechtigten auch mittels Beratung und Information durch die Kinder- und Jugendhilfe unterstützt werden können. Die generelle Ablehnung von Schutzimpfungen jeder Art stehe demgegenüber in Widerspruch mit dem Auftrag der Eltern, Pflege und Gesundheit des Kindes bestmöglich wahrzunehmen. Wenn sich aus der grundsätzlichen Impfb ablehnung (welche dem österreichischen Mindestniveau medizinischer Versorgung widerspreche⁷³¹) eine für die Gesundheit des Kindes grob nachteilige Lage ergebe, seien angemessene Anordnungen nach § 181 ABGB gerechtfertigt.

⁷²⁶ *Finke*, NZFam 2015, 1114 (1116).

⁷²⁷ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 2; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 146 Rz 4.

⁷²⁸ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 2.

⁷²⁹ *Langbauer*, Impfwesen 116.

⁷³⁰ *Edelmann*, Zak 2012/475, 250.

⁷³¹ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 160 Rz 2; *Pierer*, EF-Z 2015/57, 104.

tigt.⁷³² Diesen Ausführungen schließt sich auch *Jud* an und gelangt zu einem vergleichbaren Ergebnis.⁷³³

Auch *Jesser-Huß* zählt Impfungen zu dem in Österreich etablierten Mindeststandard der medizinischen Versorgung und sieht deren Unterlassung bei Kindern daher grundsätzlich als problematisch an, sodass einzelfallbezogen gerichtliche Verfügungen zu erwägen seien. Allerdings würden aufgrund gerichtlicher Verfügung erfolgende Impfungen aus Sicht der Eltern „Zwangsimpfungen“ darstellen, die in einem Spannungsverhältnis mit dem Umstand stehen, dass in Österreich keine Impfpflicht besteht. *Jesser-Huß* führt weiter aus, dass die Erkrankungswahrscheinlichkeit bei impfpräventablen Krankheiten (als Beispiel werden die Masern genannt) als „eher gering“ zu erachten sei. Zudem seien im Fall eines Krankheitsausbruches postexpositionelle Maßnahmen für ungeimpfte Kinder möglich. Weiters werde es aufgrund der Tatsache, dass (etwa bei den Masern schon im Verdachtsfall) Anzeigepflichten bestehen, ermöglicht, Maßnahmen zur Unterbindung der weiteren Ausbreitung – wie insbesondere Abriegelungsimpfungen und die Absonderung Erkrankter – zu setzen. Schließlich resümiert *Jesser-Huß*, dass gerichtliche Maßnahmen iSd § 181 ABGB nur als *ultima ratio* und bei akut Kindeswohlgefährdenden Umständen gerechtfertigt sind, welche aber nicht in allen Fällen mangelnden Impfschutzes vorliegen würden.⁷³⁴

6.5. DENKBARE MAßNAHMEN

§ 181 ABGB stellt dem Gericht ein umfassendes Instrumentarium zur Verfügung. Die angeführten Verfügungen sind lediglich als demonstrative Aufzählung zu verstehen, sodass die Bestimmung grundsätzlich alle zur Sicherung des Kindeswohls notwendigen Maßnahmen – im Rahmen der rechtlichen Grenzen und unter Berücksichtigung der Rechte der Eltern und Dritter – ermöglicht.⁷³⁵ Zugleich sind bei Maßnahmen nach § 181 ABGB aber auch allfällige das Kindeswohl beeinträchtigende Folgen mit zu berücksichtigen.⁷³⁶ Jedenfalls gilt für die

⁷³² *Pierer*, EF-Z 2015/57, 104.

⁷³³ *Jud*, Die Ablehnung von Schutzimpfungen aus rechtlicher Sicht (2017) 89 ff.

⁷³⁴ *Jesser-Huß*, Impfen und Kindeswohl, in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 127 (137 ff).

⁷³⁵ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 29; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 1 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); OGH 1 Ob 595/85 EFSlg 48.404; 2 Ob 299/97b EFSlg 84.090.

⁷³⁶ OGH 8 Ob 7/14h iFamZ 2014/84 (*Thoma-Twaroch*) = EF-Z 2014/157 (*Beck*).

Wahl der jeweiligen gerichtlichen Maßnahme das Verhältnismäßigkeitsprinzip, sodass der Eingriff nicht stärker sein darf, als zur Sicherung des Kindeswohls nötig.⁷³⁷

Dass Eltern, die die Schulmedizin in ihrer Gesamtheit (damit *auch* Impfungen) ablehnen, nicht für ausreichende medizinische Versorgung sorgen und damit das Kindeswohl gefährden, liegt auf der Hand.⁷³⁸ Dies ergibt sich auch aus der Rsp, wonach Eltern die Obsorge im Bereich medizinische (Heil-)Behandlung samt gesetzlicher Vertretung entzogen wurde, da sie notwendige schulmedizinische Maßnahmen (darunter auch Impfungen) für ihr minderjähriges Kind, das sich im ersten Lebensjahr zweimal aufgrund einer schweren Lungenentzündung auf der Intensivstation befand, ablehnten.⁷³⁹ Auch in Deutschland existiert ähnliche Rsp zum Entzug des Sorgerechts, wobei auch hier neben der Unterlassung von Impfungen noch weitere Bereiche vernachlässigt wurden.⁷⁴⁰

Aber auch in Fällen, in denen „nur“ Impfungen abgelehnt werden, können gerichtliche Maßnahmen erwogen werden. Kommen die Eltern ihren sonstigen Pflichten nach, wäre die gänzliche Entziehung der Obsorge hier freilich nicht erforderlich bzw verhältnismäßig. Durchaus denkbar ist aber das Entziehen des Einwilligungsrechts bezüglich Schutzimpfungen für künftige Anlassfälle, wenn die Ablehnung der Eltern, die notwendige Einwilligung in Schutzimpfungen zu erteilen, feststeht, bzw ein solcher Standpunkt aufgrund vormaliger Weigerungen auch in Zukunft zu erwarten ist. Die Entziehung von Einwilligungs- bzw Zustimmungsrechten iSd § 173 Abs 1 und 2 ABGB ist ein in § 181 Abs 1 ABGB ausdrücklich vorgesehener Unterfall der Teilentziehung der Obsorge.⁷⁴¹

Die Möglichkeit des Gerichts nach § 181 Abs 1 S 3 ABGB im Einzelfall eine gesetzlich erforderliche Einwilligung oder Zustimmung der obsorgebetrauten Personen zu ersetzen, wenn die Weigerung ohne gerechtfertigten Grund erfolgt, ermöglicht den Ersatz der Einwilligung der Obsorgeberechtigten in eine ärztliche Maßnahme, wenn das Ausbleiben der Behandlung die Gesundheit des Kindes gefährden würde.⁷⁴² Hierfür hat das Gericht eine Interessen-

⁷³⁷ Hopf in KBB⁵ §§ 181-182 Rz 5; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 30.

⁷³⁸ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 18; Beck, Kindeschaftsrecht² Rz 565; Pierer, EF-Z 2015/57, 104.

⁷³⁹ OGH 5. 5. 2010, 1 Ob 63/10m.

⁷⁴⁰ OLG Brandenburg 16. 2. 2015, 9 UF 3/13.

⁷⁴¹ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 41; Hopf in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵ § 181 Rz 4.

⁷⁴² Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 176, 176b Rz 52.

abwägung vorzunehmen, eine Kindeswohlgefährdung ist nicht erforderlich.⁷⁴³ Der Gesetzeswortlaut („Im Einzelfall kann das Gericht auch eine gesetzlich erforderliche Einwilligung oder Zustimmung ersetzen“) lässt es mE zunächst naheliegend erscheinen, dass auch das Ersetzen der elterlichen Zustimmung zu einem Behandlungsvertrag (wenn die Weigerung ohne gerechtfertigten Grund erfolgt) in der Regelung Deckung finden könnte. Allerdings ist diese gerichtliche Maßnahme auf rechtsgeschäftlicher Ebene nach hM nur intendiert, wenn bei gesetzlicher Kollektivvertretung (zB § 167 Abs 2 und 3 ABGB) die Zustimmung *einer* der obsorgeberechtigten Personen zu ersetzen ist. Im Falle der (einvernehmlichen) Ablehnung durch beide Eltern ist es dem Gericht nach wohl hA mittels § 181 Abs 1 S 3 ABGB hingegen nicht möglich, anstelle der gesetzlichen Vertreter den entsprechenden Behandlungsvertrag zu schließen, vielmehr müsste eine andere Person in diesem Bereich mit der Obsorge betraut werden.⁷⁴⁴ Eine gerichtliche Zustimmung zu einer Impfung im Einzelfall wird daher idR am Erfordernis eines gesetzlichen Vertreters zum Abschluss des Behandlungsvertrags scheitern. In Anbetracht dessen wird wohl oft statt der gerichtlichen Zustimmung zu einzelnen Impfungen die Übertragung des Einwilligungsrechtes bezüglich Impfungen im Allgemeinen zu bevorzugen sein, was auch insofern zielführender ist, als die Zustimmung bei allfälligen künftigen Auffrischungsimpfungen wieder notwendig ist. Lediglich in Konstellationen, in denen das Kind über die ausreichende Geschäftsfähigkeit für den Behandlungsvertrag verfügt, aber noch nicht selbst einwilligungsfähig ist, könnte das Gericht die fehlende Einwilligung der Obsorgeberechtigten nach § 181 Abs 1 S 3 ABGB im Einzelfall ersetzen, etwa wenn Eltern diese nur hinsichtlich einer einzelnen (möglicherweise als besonders wichtig geltenden) Impfung ohne vernünftigen Grund verweigern (Kap 5.4.3.).

Des Weiteren können Maßnahmen des Gerichts derart gestaltet sein, dass obsorgeberechtigten Personen Verbote oder Aufträge erteilt werden. Auch damit wird in die Obsorge eingegriffen. Gerichtliche Aufträge an Obsorgeberechtigte sind nach §§ 110, 79 Abs 2 AußStrG selbständig durchsetzbar, etwa mit Zwangsmitteln wie Geldstrafen oder Beugehaft.⁷⁴⁵ In Anbetracht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werden anstelle von Obsorgebeschränkungen bzw

⁷⁴³ RIS-Justiz RS0123272; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 17 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); *Hopf* in KBB⁵ §§ 181-182 Rz 4; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 42.

⁷⁴⁴ OGH 2 Ob 882/53 JBl 1954, 258; 6 Ob 215/05v FamZ 2006, 13; 6. 7. 2011, 3 Ob 3/11d; 18. 11. 2015, 3 Ob 211/15y; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 42; *Kerschner*, RdM 2013/138, 215; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 17 f (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); *Hopf* in KBB⁵ § 181 Rz 4; ggt: OGH 3 Ob 562/84 JBl 1985, 548; *Streinesberger*, ÖA 1995, 16 (17).

⁷⁴⁵ *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 15 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 44.

-übertragungen, sofern ausreichend, zunächst Zwangsmittel⁷⁴⁶ (bzw diesen vorangestellt ein bloßer Auftrag) vorzuziehen sein.⁷⁴⁷ Ein Beispiel aus der Rsp für ein schonendes Mittel bei Besorgnis der Gefährdung des Gesundheitszustandes des Minderjährigen ist der Auftrag, beim Kind regelmäßig ärztliche Untersuchungen durchführen zu lassen.⁷⁴⁸ Von derartigen gerichtlichen Aufträgen an die Eltern ist – wohl im Gegensatz zu Maßnahmen nach § 181 Abs 1 S 3 ABGB – auch die rechtsgeschäftliche Komponente, also der Abschluss des entsprechenden Behandlungsvertrages durch den gesetzlichen Vertreter, umfasst, was sich auch aus der Rsp⁷⁴⁹ ergibt. Denkbar wäre in Einzelfällen auch der Auftrag zur Veranlassung einer bestimmten (möglicherweise besonders wichtigen) Impfung. Freilich bedürfen solche Aufträge stets der Eignung zur Verhinderung einer drohenden Kindeswohlgefährdung und der Verhältnismäßigkeit. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, können vom Gericht nur unverbindliche Vorschläge unterbreitet, nicht aber verpflichtende Behandlungsaufträge erteilt werden.⁷⁵⁰

Thunhart bejaht (bei Kindeswohlgefährdung) grundsätzlich die Zulässigkeit eines gerichtlichen Auftrages zur Durchführung einer medizinischen Behandlung (ohne gleichzeitige Teilentziehung der Obsorge) und seine Durchsetzbarkeit mit Zwangsmitteln (nach § 79 AußStrG; insb Geldstrafe, Beugehaft).⁷⁵¹ Der OGH wies allerdings in einer Entscheidung auf den Nachteil derartiger Aufträge hin, dass „bei einer unmittelbar erforderlichen medizinischen Behandlung ein ‚Abwarten‘, ob sich der Obsorgeberechtigte dem Auftrag fügt, problematisch ist, weil eine Durchsetzung des Auftrags jedenfalls nicht in der Form möglich ist, dass das Gericht selbst den Behandlungsvertrag schließt“.⁷⁵² Dementsprechend scheint die Rsp derartige Aufträge nur zurückhaltend einzusetzen.⁷⁵³ *Weitzenböck* führt aber durchaus überzeugend aus, dass der Auftrag an die Obsorgeberechtigten, für das Kind eine bestimmte Behandlung zu organisieren – wobei nicht das Gericht, sondern ein Elternteil für das Kind die erforderlichen Erklärungen abgibt – ein gelinderes Mittel iSd § 182 ABGB darstellen könne,

⁷⁴⁶ OGH 26. 6. 1991, 1 Ob 571/91 EvBl 1991/178.

⁷⁴⁷ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 30.

⁷⁴⁸ EFSlg 62.901; EFSlg 84.087; EFSlg 110.860; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 14 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at) *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 44.

⁷⁴⁹ OGH 6. 7. 2011, 3 Ob 3/11d; EFSlg 62.901; EFSlg 84.087; EFSlg 110.860.

⁷⁵⁰ OGH 3 Ob 3/11d = EF-Z 2011/131; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 16 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

⁷⁵¹ *Thunhart*, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden?, iFamZ 2011, 139 (141); OGH 7 Ob 792/79 EFSlg 35.985; LGZ Wien 42 R 383/05t EFSlg 110.860.

⁷⁵² OGH 6. 7. 2011, 3 Ob 3/11d.

⁷⁵³ OGH 12. 10. 2011, 7 Ob 159/11z; 14. 9. 2011, 5 Ob 41/11g; 15. 5. 2012, 3 Ob 41/12v.

durch dessen Einsatz die Familien- und Erziehungsautonomie weitestmöglich erhalten bleibe. Zwar sei es nicht wünschenswert, wenn die zur Sicherung des Kindeswohls angemessenen Verfügungen durch die exzessive Erteilung gerichtlicher Aufträge „ausufern und das Gericht zum ‚Obererzieher‘ machen“ würden, das Gericht sei jedoch schon nach dem Wortlaut des § 181 ABGB gerade nicht bloß auf die (Teil-)Entziehung der Obsorge beschränkt.⁷⁵⁴

Diese Ansicht ist mE durchaus überzeugend, da in solchen Fällen die Obsorgeverhältnisse kaum einem Eingriff unterliegen und ein gelinderes Mittel eingesetzt wird, um den erforderlichen Schutz des Kindes zu erreichen. Allerdings werden derartige „punktuellen“ Aufträge des Gerichts wohl vorwiegend in jenen Fällen Abhilfe schaffen, in denen lediglich die Vornahme einzelner (besonders indizierter) Impfungen gegenständlich ist bzw verfügt werden soll. Zu denken ist hier etwa an eine notwendige Reiseimpfung oder eine Masern-Abriegelungsimpfung im Bedarfsfall. Aber auch wenn ein zwar geschäftsunfähiger, aber entscheidungsfähiger Minderjähriger seinen Willen, eine bestimmte Schutzimpfung zu erhalten, äußert und zum Abschluss des Behandlungsvertrages einen gesetzlichen Vertreter benötigt, kann das Gericht bei Kindeswohlgefährdung einen entsprechenden Auftrag erteilen. Die rechtsgeschäftliche Komponente wäre vom Auftrag umfasst, während die Einwilligung hier bereits vom Minderjährigen selbst erteilt werden könnte. Ist hingegen die Durchführung *mehrerer* Schutzimpfungen notwendig (was den Regelfall darstellen wird), erscheint die Entziehung (und Übertragung) der Einwilligungsrechte in den entsprechenden Bereichen sinnvoller. Dies auch, da oftmals Teil- und Auffrischungsimpfungen erforderlich sind, welche dann von der gerichtlichen Verfügung schon gedeckt sind.

In die Obsorgeverhältnisse eingreifende Maßnahmen wären klarerweise überschießend, wenn auch die gerichtliche Anordnung von (Impf-)Beratung ausreichen würde. Mit dem Kind-NamRÄG 2013 hat der Gesetzgeber in § 107 Abs 3 AußStrG eine weitere Rechtsgrundlage für gerichtliche Aufträge geschaffen, die ein konkretes Verhalten der Obsorgeberechtigten fordern.⁷⁵⁵ Anordnungen nach § 107 Abs 3 AußStrG dienen der „Sicherung“ des Kindeswohls, dessen Gefährdung ist sohin – im Unterschied zu Maßnahmen nach § 181 ABGB – nicht erforderlich. Genannt ist hier beispielsweise der Besuch einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung. Zwar ist der Aufzählung der Maßnahmen in § 107 Abs 3 AußStrG eine verpflichtende (ärztliche) Impfberatung definitionsgemäß nicht direkt zuzuordnen, da diese

⁷⁵⁴ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 44.

⁷⁵⁵ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 107 Rz 13 ff; Deixler-Hübner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 14 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); Staffe-Hanacek/Weitzenböck, Kinder- und Jugendhilferecht § 181 ABGB Anm 11; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 44.

Aufzählung aber nur demonstrativ ist, kann eine solche durchaus ihre Grundlage in dieser Bestimmung finden. ME ist der Auftrag an die Eltern, sich zu Schutzimpfungen ihres Kindes ärztlich beraten zu lassen, jedenfalls im „beweglichen Instrumentarium“ des Gerichts (gem §§ 181 ABGB und 107 AußStrG) enthalten. Fraglich ist mE allerdings, ob die gerichtlich angeordnete Beratung in der Praxis ein taugliches Mittel sein kann, um Eltern dazu zu bewegen, in Impfungen einzuwilligen. Dies, da in Fällen, in denen in Bezug auf die Impffrage schon das Gericht befasst wird, mit der bloßen Beratung der verweigernden Obsorgeberechtigten wohl nicht das Auslangen gefunden werden kann. Der praktische Anwendungsbereich der gerichtlich angeordneten Impfberatung wird daher eher schmal sein. Denkbare Fälle wären etwa, wenn die Eltern besonders unentschlossen oder auffallend uninformiert bzw ignorant hinsichtlich der im Säuglings- und Kindesalter vorzunehmenden ärztlichen Behandlungen und Untersuchungen sind.

Im Übrigen sind nach § 37 B-KJHG⁷⁵⁶ bestimmte Einrichtungen bzw Berufsgruppen verpflichtet, unverzüglich Mitteilung an den Kinder- und Jugendhilfeträger zu erstatten, wenn sich im Zuge der beruflichen Tätigkeit der begründete Verdacht einer Kindeswohlgefährdung ergibt. Diese Pflicht trifft etwa Gerichte und Behörden, Kinderbetreuungseinrichtungen, Kranken- und Kuranstalten, sowie Angehörige von (gesetzlich geregelten) Gesundheitsberufen. Berufsrechtliche Verschwiegenheitspflichten oder die Amtsverschwiegenheit stehen dem nicht entgegen.⁷⁵⁷ Ein denkbarer Anwendungsfall dieser Bestimmung wäre, wenn beispielsweise in einer Kinderbetreuungseinrichtung, einer Krankenanstalt oder von einem Arzt das vermehrte Auftreten impfpräventabler Krankheiten bei einem Kind beobachtet wird und zu befürchten ist, dass die Eltern nicht für die ausreichende medizinische Versorgung ihres Kindes Sorge tragen.

Wird der KJHT über die elterliche Ablehnung einer notwendigen Behandlung informiert, kann dieser nach § 211 Abs 1 Satz 1 ABGB beim Pflegschaftsgericht die zur Wahrung des Kindeswohls erforderlichen gerichtlichen Verfügungen beantragen. Liegt Gefahr im Verzug vor, kann der KJHT auch aufgrund seiner Interimskompetenz gem § 211 Abs 1 Satz 2 ABGB vorläufig die notwendigen Anordnungen bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst treffen.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ Bundesgesetz über die Grundsätze für Hilfen für Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche (Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz) BGBl I 2013/69 idF BGBl I 2019/105.

⁷⁵⁷ *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht § 37 B-KJHG Anm 1 ff.

⁷⁵⁸ *M. Huber*, Die Interimskompetenz des Kinder- und Jugendhilfeträgers, iFamZ 2016, 205; *Weitzenböck* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 211 Rz 1 f; *Hopf* in KBB⁵ § 211 Rz 1 f; *Birklbauer* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap X Rz 80; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 681 (683); *Deixler*-

Im Umfang der getroffenen Maßnahmen ist der KJHT dann vorläufig mit der Obsorge betraut (§ 211 Abs 1 Satz 3 ABGB). Freilich ist im Hinblick auf medizinische Behandlungen zu differenzieren: Wie *Huber*⁷⁵⁹ ausführt, wird bei einer gegen den Elternwillen erfolgten Einlieferung des Minderjährigen in ein Krankenhaus zur Klärung des physischen und psychischen Zustands auch die Befugnis an den KJHT übergehen, das Kind diesbezüglich im Krankenhaus behandeln zu lassen. Darüber hinausgehende Maßnahmen, die mit dem Krankenhausaufenthalt nicht in Verbindung stehen, wie etwa Impfungen, seien hingegen nicht umfasst – diesbezüglich bleiben die elterlichen Rechte iSd §§ 160 und 173 ABGB aufrecht. Nach *Huber* sind hier die Eltern zu kontaktieren und ist deren Zustimmung zu Impfungen einzuholen. Diese Ausführungen können mE nicht uneingeschränkt für Impfungen aller Art, sondern nur für Schutzimpfungen (gemäß Impfplan bei normaler epidemiologischer Lage) gelten. Ansonsten ist nicht auszuschließen, dass der KJHT, wenn er angesichts der ärztlichen Informationen zu dem Schluss gelangt, dass aufgrund einer konkret erhöhten Risikosituation eine akute Gefährdung der Gesundheit des Kindes vorliegt, die eine sofortige Impfung erfordert (zB postexpositionelle Tetanus-Impfung bei offener Wunde; siehe Kap 6.6.2.), deren Vornahme anordnen kann.

Unabhängig von der Verpflichtung der oben genannten Einrichtungen und Berufsgruppen zur Mitteilung an den KJHT nach § 37 B-KJHG besteht in entsprechenden Verdachtsfällen stets auch die Möglichkeit einer Anregung beim Pflegschaftsgericht, das daraufhin von Amts wegen tätig wird.

6.6. SCHLUSSFOLGERUNGEN UND ERGEBNIS

Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, stellt die Ablehnung von Schutzimpfungen – nicht zuletzt aufgrund des „bloß“ vorbeugenden Charakters der Maßnahme – einen überaus diffizilen Fall dar. Jedenfalls wird eine einheitliche, allgemeingültige Beurteilung nicht möglich sein. Diese ist selbstverständlich stets von sämtlichen Umständen des Einzelfalles abhängig.

Eingangs ist der Grundgedanke des Kindschaftsrechts, dass bei sämtlichen Entscheidungen der Eltern für ihre Kinder deren Gesundheit und Wohl oberste Priorität haben sollte, nochmals festzuhalten. Hervorzuheben ist hier eine Formulierung von *Sternberg-Lieben*, wonach das

Hübner/Mayrhofer, Überblick über die Neuerungen im Verfahrensrecht, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 225 (237).

⁷⁵⁹ *M. Huber*, iFamZ 2016, 206.

Obsorgerecht der Eltern nicht als „Freiheitsrecht zur autonom-beliebigen Ausübung“, sondern als „pflichtgebundenes Recht“ zu verstehen ist.⁷⁶⁰ Dem zustimmend führt *Bernat* aus, dass der Obsorgeberechtigte im Kindschaftsrecht „bloßer Treuhänder der Interessen seines Kindes ist“. Dies sei auch in § 137 ABGB gemeint, wonach die Eltern verpflichtet sind, das Wohl ihres Kindes zu fördern. Im Hinblick auf medizinische Behandlungen einwilligungsunfähiger Minderjähriger werde man aufgrund dieses Auftrages des Gesetzgebers an die Obsorgeberechtigten von ebendiesen verlangen müssen, „dass sie – entsprechend ihren Lebensverhältnissen – all das tun, was objektiv vernünftig erscheint, also einem Common Sense entspricht“.⁷⁶¹ Zudem ist das Recht des Kindes auf Gesundheit und körperliche Integrität ein absolut geschütztes Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB.⁷⁶²

Eltern haben aufgrund ihrer Obsorgepflichten ihr Kind in den ersten Lebensjahren etlichen ärztlichen Untersuchungen zu unterziehen, im Zuge derer diese regelmäßig (auch) auf die Möglichkeit von Schutzimpfungen hingewiesen und über diese informiert werden. So empfiehlt die WHO, dass jeder Arztkontakt dazu genutzt werden sollte, den Impfstatus zu überprüfen und allenfalls fehlende Impfungen nachzuholen.⁷⁶³ Daher werden Eltern in aller Regel (zumindest) ein ärztliches Beratungsgespräch über Impfungen führen, wobei sich der Arzt üblicherweise weitestgehend an die Empfehlungen des Impfplanes halten wird (siehe schon Kapitel 4.3.3.). Der nationale Impfplan entspricht dem Stand der medizinischen Wissenschaft und beinhaltet öffentliche Empfehlungen eines Expertengremiums. Es lässt sich sohin argumentieren, dass die Nichtbeachtung dieser Empfehlungen durch Obsorgeberechtigte objektiv unvernünftig ist und dem medizinischen *Common Sense* zuwiderläuft.

Andererseits ist auch die grundrechtlich geschützte Familienautonomie zu berücksichtigen: Nach Art 8 EMRK haben Eltern grundsätzlich das Recht, das Kindeswohl – solange dieses nicht gefährdet wird – eigenständig zu konkretisieren und auszugestalten.⁷⁶⁴ Im Hinblick darauf wird man nicht zwingend verlangen können, dass sämtliche Obsorgeberechtigte für ihre Kinder stets die „ideale Gesundheitsversorgung“ wählen bzw finden müssen. Eine gewisse Toleranz wird daher, auch in Bezug auf Impfungen, einzuräumen sein.

⁷⁶⁰ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht 255.

⁷⁶¹ *Bernat*, VersR 2002, 1467 (1472), *ders* in *Kern/Mazal*, Die Grenzen der Selbstbestimmung 45 (61).

⁷⁶² *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 16 Rz 67; *Hopf* in *KBB*⁵ § 16 Rz 3, 7.

⁷⁶³ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 7.

⁷⁶⁴ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 18.

Nun bleibt die entscheidende Frage nach wie vor, wie weit die Familienautonomie reicht und wo die Grenzen der Kindeswohlgefährdung beginnen. Dass die Ablehnung der gesamten Schulmedizin, damit auch Impfungen, Kindeswohlgefährdend ist und Maßnahmen nach § 181 ABGB rechtfertigt, wurde bereits festgehalten.⁷⁶⁵ In den hier interessanten (und wesentlich gängigeren) Fällen, in denen Eltern nicht die Schulmedizin in ihrer Gesamtheit, sondern „nur“ Schutzimpfungen ablehnen, muss die Beurteilung differenzierter erfolgen. Dass die Nichtvornahme empfohlener Schutzimpfungen dem Kindeswohl in aller Regel abträglich ist, lässt sich mE eindeutig aus dem Stand der evidenzbasierten Medizin schließen. Zweifelhaft bleibt dennoch, ob darin ein derartig gravierender Nachteil für das Kind erblickt werden kann, dass dieser als Kindeswohlgefährdung Änderungen der Einwilligungs- oder Obsorgerechte zu rechtfertigen vermag.

Eine erste Unterscheidung kann zunächst anhand des Beweggrundes für die Unterlassung von Impfungen erfolgen: Unterbleiben Impfungen aus Nachlässigkeit oder Unkenntnis der Kindeseltern, wird ein gerichtlicher Eingriff in die Obsorgerechte unverhältnismäßig sein, da anderweitige Mittel (insbesondere Beratung und Information durch die Kinder- und Jugendhilfe) ausreichen werden.⁷⁶⁶ Anders ist hingegen die bewusste Ablehnung von Schutzimpfungen zu beurteilen, wo die bloße Aufklärung der Eltern weitgehend erfolglos bleiben wird, sodass eingriffsintensivere Maßnahmen zu erwägen sind.

Im Hinblick auf den erläuterten Auftrag der Obsorgeberechtigten zur Wahrung und Förderung der Gesundheit ihrer Kinder könnte man verlangen, dass die Nichtbeachtung der Impfpfehlungen eines nachvollziehbaren Grundes bedarf, der das Unterbleiben der Impfung im konkreten Fall rechtfertigt.⁷⁶⁷ In erster Linie ist hier an potenzielle Kontraindikationen zu denken, die wiederum typischerweise von fachkundigen Personen erkannt werden können. Abgesehen von solchen Fällen könnte man an die Begründung der Impfverweigerung seitens der Eltern (und somit an das Abgehen vom medizinischen Standard) durchaus hohe Anforderungen stellen. Obsorgeberechtigte haben nämlich stets die Möglichkeit, sich im Rahmen ärztlicher Beratung über empfohlene Schutzimpfungen zu informieren.⁷⁶⁸ Angesichts des klaren medizinischen Kenntnisstandes wird es einem Laien idR wohl schwerfallen, fundierte Gründe gegen die Vornahme empfohlener Impfungen vorzubringen. Als wenig stichhaltig gilt etwa

⁷⁶⁵ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 18; Beck, Kindeschaftsrecht² Rz 565; Pierer, EF-Z 2015/57, 104.

⁷⁶⁶ Pierer, EF-Z 2015/57, 104.

⁷⁶⁷ Pierer, EF-Z 2015/57, 102.

⁷⁶⁸ Pierer, EF-Z 2015/57, 102.

der häufige Einwand, dass auch durch die Vornahme der Impfung gesundheitliche Beeinträchtigungen (Impfschäden etc) auftreten können, da die Gegenüberstellung der Risiken und Nebenwirkungen zeigt, dass die Folgen von impfpräventablen Krankheiten weitaus bedrohlicher sind als die möglichen negativen Auswirkungen der jeweiligen Impfung.⁷⁶⁹ Weiters wollen viele Impfgegner im Durchleben von Kinderkrankheiten auf lange Sicht Vorteile sehen (wie zB die Festigung des Immunsystems, Persönlichkeitsentwicklung), jedoch ist auch diese Annahme verfehlt.⁷⁷⁰ Eine grobe Abkehr der Eltern vom medizinischen Standard ohne nachvollziehbaren Grund kann in Anbetracht dessen durchaus kritisch betrachtet werden.

Von wesentlicher Bedeutung ist auch die einzelfallbezogene Betrachtung der aktuellen epidemiologischen Situation der jeweiligen impfpräventablen Krankheit, sowie der konkreten Risikosituation des einzelnen Impfkandidaten. Selbstverständlich sind nicht alle Impfungen gleich dringlich oder notwendig. In Anbetracht dessen lässt sich die folgende Untergliederung in Fallgruppen vornehmen.

6.6.1. EMPFOHLENE SCHUTZIMPFUNGEN BEI AKTUELLER EPIDEMIOLOGISCHER SITUATION

Zunächst sind die öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen im Hinblick auf die derzeit in Österreich herrschenden Umstände – sozusagen die „Routineimpfungen im Normalfall“ – zu untersuchen. Dieser Darstellung ist vorzuschicken, dass diese das grundsätzliche Gefahrenpotential der betroffenen Infektionskrankheiten keinesfalls verharmlosen soll und die Beurteilung lediglich unter dem Aspekt erfolgt, ob die Ablehnung der Schutzimpfungen für das Kind derartig nachteilig ist, dass gerichtliche Eingriffe in Obsorgerechte gerechtfertigt sind.

In wieweit Schutzimpfungen über den Individualschutz hinaus – teilweise oder überwiegend – dem Schutz der Allgemeinheit bzw Dritter dienen, ist für diese Betrachtung nicht von Bedeutung, da die Bestimmung des § 181 ABGB nur das konkrete Kind schützt, nicht hingegen Dritte.⁷⁷¹ Somit haben solidarische Gedanken bzw der Schutz anderer Kinder nicht zwingend in die Impfentscheidung der Eltern einzufließen, sondern ist diese vorwiegend am individuellen Nutzen des eigenen Kindes zu messen. Beispielsweise wurde die Impfung

⁷⁶⁹ *Mentzer/Meyer/Keller-Stanislawski*, Sicherheit und Verträglichkeit von monovalenten Masern- und kombinierten Masern-, Mumps-, Röteln- und Varizellenimpfstoffen, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2013/9, 1253 (1256 ff); *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 7.

⁷⁷⁰ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 7.

⁷⁷¹ *Jesser-Huß* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 138.

gegen Humane Papillomaviren (HPV) einstmals vorwiegend zum Schutz von Mädchen empfohlen, sodass die Impfung von Buben als weitgehend solidarischer Akt angesehen wurde. Die gerichtliche Durchsetzung einer Impfung beim entscheidungsunfähigen Minderjährigen nach § 181 ABGB wäre unter dem Gesichtspunkt des Schutzes Dritter – hier etwa die Impfung von Buben primär zum Schutz der Sexualpartnerin – nicht intendiert. Derartige Konstellationen sind mittlerweile allerdings aus medizinischer Sicht als überholt zu betrachten, da die HPV-Impfung durchaus auch dem Individualschutz von Buben dient und sie daher nunmehr sowohl für Mädchen, als auch für Buben ab dem vollendeten neunten Lebensjahr empfohlen ist (zum Schutz vor Karzinomen der Zervix, der Vulva, des Penis und des Oropharynx, sowie vor Genitalwarzen, allesamt HPV-assoziiert).⁷⁷² Diese Ausführungen sollten lediglich veranschaulichen, dass Solidargedanken gegenüber Dritten – wenngleich aus Sicht der öffentlichen Gesundheit überaus positiv zu werten – in der hier isoliert zu betrachtenden Eltern-Kind-Beziehung nicht relevant sind. Die obsorgeberechtigte Person ist ausschließlich dem Wohl ihres – nicht auch eines anderen – Kindes verpflichtet und hat mit ihrer Entscheidung primär die Interessen ihres Kindes zu wahren. Der Schutz der öffentlichen Gesundheit ist gesundheitspolitische Aufgabe des Staates (Steigerung von Durchimpfungsraten und Herdenimmunität durch adäquate Maßnahmen), nicht der einzelnen Kindeseltern.

Nun könnte man in diesem Zusammenhang geneigt sein, etliche impfpräventable Krankheiten nach deren individueller Gefährlichkeit zu reihen. Unter dieser Betrachtungsweise wäre etwa eine Impfung gegen Poliomyelitis nicht unbedingt erforderlich, da die Polioviren in Europa seit 2002 ausgerottet sind und in Österreich zuletzt 1980 ein Fall registriert wurde.⁷⁷³ Auch eine Impfung gegen *Haemophilus influenzae* Typ B (HiB) wäre von untergeordneter Bedeutung, da die Krankheit – zu Beginn der 1990er Jahre noch häufigster Erreger der eitrigen Meningitis bei Kindern bis fünf Jahre – in Österreich weitestgehend verschwunden ist (2006 bis 2017 insgesamt nur 12 Fälle invasiver HiB-Infektionen) und die Impfung für Kinder nach Vollendung des fünften Lebensjahres (außer bei Risikopersonen) nicht mehr als erforderlich gilt.⁷⁷⁴ Demgegenüber könnte man angesichts der hohen Infektiosität und des Gefahrenpotenzials den Schutz vor Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Masern, Mumps, Röteln

⁷⁷² BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 33 ff; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 70 ff; *Robert Koch-Institut*, Wissenschaftliche Begründung für die Empfehlung der HPV-Impfung für Jungen im Alter von 9 bis 14 Jahren, Epidemiologisches Bulletin 2018/26, 233 ff.

⁷⁷³ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 73; *Nassauer/Meyer*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1230 (1236 f).

⁷⁷⁴ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 22 f.

als besonders wesentlich ansehen. Die medizinischen Spezifika sollen im Folgenden umrissen werden:

Die Masern sind eine hochinfektiöse Viruserkrankung (Kontagionsindex nahezu 100%) mit hoher Komplikationsrate (20% in den Industrienationen) und weisen bei ungeschützten Infizierten in mehr als 95% der Fälle eine klinische Symptomatik auf. Nach ersten Prodromalsymptomen folgt ein Fieberanstieg mit makulopapulösem Exanthem. Die Komplikationsrate von 20% (in Industrienationen) ist als hoch einzuordnen. Am öftesten treten Diarrhoe, Mittelohr- oder Lungenentzündung, mit anschließenden Krampfanfällen auf. Eine bis zwei von 1.000 Masernerkrankungen führen zu einer Masernenzephalitis (diese verläuft zu 25% tödlich, ein Drittel der Überlebenden trägt dauerhafte schwere Folgeschäden davon). Kinder im ersten Lebensjahr trifft ein besonderes Risiko für schwere Verläufe der Masernerkrankung. Als mögliche Spätfolge kann die tödlich verlaufende subakut sklerosierende Panenzephalitis (SSPE) hervortreten. Im ersten Lebensjahr an Masern Erkrankte tragen mit 1:600 das höchste SSPE-Risiko. Masern sind weltweit die häufigste Todesursache unter den impfpräventablen Krankheiten bei Kindern.⁷⁷⁵ Masernausbrüche sind im europäischen Raum keine Seltenheit (schwerwiegendste Ausbrüche 2017: >7.500 Fälle in Rumänien, >4.600 in Italien, >890 in Deutschland). Da keine spezielle antivirale Therapie verfügbar ist, bietet ausschließlich die Impfung Schutz vor einer Infektion.⁷⁷⁶ Die durchschnittliche Masern-Inzidenz der Jahre 2011 bis 2017 ist in Österreich mit rund 13 Fällen pro 1 Mio Einwohner jährlich zu beziffern, 2015 wies Österreich mit 35,8 pro 1 Mio gar EU-weit die zweithöchste Inzidenz auf.⁷⁷⁷

Auch Mumps ist eine hochansteckende Krankheit und geht mit etlichen Gefahren einher. In etwa 70% der Fälle tritt die typische Ohrspeicheldrüsenentzündung (90% beidseitig) ein, bei 5-10% der Erkrankungen entstehen Symptome beim Zentralnervensystem (davon 10% Enzephalitis und 90% Meningitis). Bei rund 4% der Erkrankten kommt es zu einer Akustikusneuritis mit möglicher Taubheit als Spätfolge. Männliche

⁷⁷⁵ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 48; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 65 f; *Robert Koch-Institut*, RKI-Ratgeber Masern, www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html (Stand 19. 5. 2014).

⁷⁷⁶ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 47 f.

⁷⁷⁷ BMASGK, Jahresstatistiken meldepflichtiger Infektionskrankheiten seit dem Jahr 2000, www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheiten/Statistiken_und_Fallzahlen/Jahresstatistiken_meldepflichtiger_Infektionskrankheiten_seit_dem_Jahr_2000 (abgefragt am 24. 1. 2019); BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 49.

Patienten ab der Pubertät trifft ein Risiko von 5% für eine Bauchspeicheldrüsenentzündung und 10-30% für eine Hodenentzündung mit teils bleibender Unfruchtbarkeit.⁷⁷⁸ Mumpsausbrüche sind in Österreich durchaus möglich, der letzte erhebliche Ausbruch trat etwa im Jahr 2006 mit 214 Fällen (größtenteils betreffend die Altersgruppe 15-30 Jahre) ein.⁷⁷⁹

Röteln sind eine hochinfektiöse Viruserkrankung, die bei Kindern in rund 50%, bei Jugendlichen und Erwachsenen in knapp 70% der Fälle symptomatisch verläuft. Die klinischen Erscheinungen sind das typische Rötelnexanthem, aber auch Lymphknotenschwellungen und oftmals Gelenksbeschwerden. Ein besonderes Komplikationsrisiko besteht bei Rötelerkrankungen bis zur 17. Schwangerschaftswoche, wo schwere Embryopathien (darunter Organdefekte oder Taubheit) auftreten können. Wenngleich die Röteln-Inzidenz in Österreich in den vergangenen Jahren äußerst niedrig war (von 2011 bis 2016 durchschnittlich rund 1 Fall pro 1 Mio Einwohner jährlich), kam es beispielsweise im Jahr 2017 zu zwei Ausbrüchen (39 gemeldete Rötelerkrankungen, somit rund 4,5 Fälle pro 1 Mio Einwohner) – wie auch regelmäßig in anderen europäischen Ländern.⁷⁸⁰

Auch Pertussis ist hoch ansteckend, die Hustenanfälle können oft über mehrere Monate nicht überwunden werden. Apnoe (Atemstillstand), ARDS (acute respiratory distress syndrome) oder Sekundärinfektionen (bakterielle Lungenentzündungen) sind potenzielle Komplikationen, bei etwa 1% der erkrankten Säuglinge verläuft der Keuchhusten letal. In Österreich belief sich die durchschnittliche Pertussis-Inzidenz von 2012 bis 2016 auf 7,9 pro 100.000 Einwohner jährlich.⁷⁸¹ Allerdings ist hier eine negative Entwicklung zu beobachten: 1995 wurden in Österreich noch 91 Keuchhustenfälle verzeichnet, seither stieg diese Zahl aber kontinuierlich an. Im Jahr 2000 wurden 117 Fälle gemeldet, 2010 waren es 236 Fälle, 2015 schon 532 laborbestätigte Erkrankungen und zuletzt 2017 gar 1411 Fälle (wobei vorwiegend Personen im Alter von

⁷⁷⁸ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 53; Wiedermann-Schmidt, Impfen 67.

⁷⁷⁹ Schmid/Holzmann/Alfrey/Wallenko/Popow-Kraupp/Allerberger, Mumps outbreak in young adults following a festival in Austria 2006, www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.13.07.08042-en (Stand 14. 2. 2008).

⁷⁸⁰ BMASGK, Jahresstatistiken meldepflichtiger Infektionskrankheiten seit dem Jahr 2000, www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheit/en/Statistiken_und_Fallzahlen/Jahresstatistiken_meldepflichtiger_Infektionskrankheiten_seit_dem_Jahr_2000 (abgefragt am 24. 1. 2019); BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 54 f; Wiedermann-Schmidt, Impfen 68.

⁷⁸¹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 64.

über 30 Jahren betroffen waren).⁷⁸² Vergleichbare epidemiologische Entwicklungen sind global zu verzeichnen, was insbesondere darauf zurückgeführt wird, dass wenige Jahre nach der Schutzimpfung oder dem Durchmachen der Krankheit ein Verlust der Seroprotektion eintritt.⁷⁸³ Gegen Keuchhusten existiert keine wirksame antibiotische Therapie zur Verkürzung der Erkrankung.⁷⁸⁴

Diphtherie wird typischerweise durch Toxin produzierende Bakterien hervorgerufen und geht mit unterschiedlich schweren Symptomen einher – darunter lokale Infektionen (Kehlkopf, Rachen, Nase), Atemwegsinfektionen, bis hin zu Herzmuskel-, Nieren-, bzw Leberschäden bei schwerer toxischer Form. Bei 5-20% der Erkrankten verläuft die Krankheit tödlich. Diphtherie kommt auf manchen anderen Kontinenten endemisch vor, in Europa jedoch nur überaus selten.⁷⁸⁵ In Staaten der EU und des EWR wurden von 2010 bis 2016 durchschnittlich 34,3 Fälle jährlich verzeichnet.⁷⁸⁶ Österreich hatte allerdings mehr als 20 Diphtherie-freie Jahre, bis 2014 ein Fall von Wunddiphtherie und ein Fall von Hautdiphtherie auftraten, sowie neuerlich 2016 zwei Fälle von Hautdiphtherie gemeldet wurden.⁷⁸⁷

Die Gefahren einer Tetanus-Erkrankung sollen im nächsten Abschnitt (Punkt b.) erläutert werden.

Aus praktischer Sicht wäre eine solche Aufgliederung allerdings insofern müßig, als in vielen Fällen die Prophylaxe gegen mehrere Krankheiten gemeinsam in Form einer Kombinationsimpfung stattfindet. So wird im Rahmen einer 6-fach-Impfung der Schutz vor den

⁷⁸² *BMASGK, Jahresstatistiken meldepflichtiger Infektionskrankheiten seit dem Jahr 2000*, www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheiten/Statistiken_und_Fallzahlen/Jahresstatistiken_meldepflichtiger_Infektionskrankheiten_seit_dem_Jahr_2000 (abgefragt am 24. 1. 2019); *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 29; *BMASGK, Impfplan Österreich 2019*, 63 f.

⁷⁸³ *BMASGK, Impfplan Österreich 2019*, 64; *Klein/Bartlett/Rowhani-Rahbar/Fireman/Baxter*, Waning protection after fifth dose of acellular pertussis vaccine in children, *NEJM* 2012/367/11, 1012; *Misegades/Winter/Harriman/Talarico/Messonnier/Clark/Martin*, Association of childhood pertussis with receipt of 5 doses of pertussis vaccine by time since last vaccine dose, *JAMA* 2012/308/20, 2126.

⁷⁸⁴ *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 63.

⁷⁸⁵ *BMASGK, Impfplan Österreich 2019*, 16.

⁷⁸⁶ *ECDC, Diphtheria - Annual Epidemiological Report for 2016*, www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/diphtheria-annual-epidemiological-report-2016 (abgefragt am 24. 1. 2019); *ECDC, Diphtheria - Annual Epidemiological Report for 2015*, www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/diphtheria-annual-epidemiological-report-2015 (abgefragt am 24. 1. 2019); *ECDC, Diphtheria - Annual Epidemiological Report for 2014*, www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/diphtheria-annual-epidemiological-report-2014 (abgefragt am 24. 1. 2019).

⁷⁸⁷ *BMASGK, Jahresstatistiken meldepflichtiger Infektionskrankheiten seit dem Jahr 2000*, www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheiten/Statistiken_und_Fallzahlen/Jahresstatistiken_meldepflichtiger_Infektionskrankheiten_seit_dem_Jahr_2000 (abgefragt am 24. 1. 2019); *BMASGK, Impfplan Österreich 2019*, 16 f.

weniger bedrohlichen Krankheiten Poliomyelitis und HiB zusammen mit gefährlicheren, nämlich Diphtherie, Tetanus, Pertussis und Hepatitis B, geimpft. Für Masern, Mumps und Röteln ist die MMR-Kombinationsimpfung vorgesehen. Auch für die postexpositionelle Prophylaxe gegen Masern wird der MMR-Impfstoff empfohlen,⁷⁸⁸ obwohl die Exposition nur mit dem Masernvirus stattfand und die Kombinationsimpfung auch gegen zwei andere Krankheiten wirkt. Sohin wäre eine isolierte Betrachtung sämtlicher einzelner Krankheiten – samt Überlegungen über die Notwendigkeit bzw allfällige „Entbehrlichkeit“ der Impfung gegen einzelne Krankheiten – zumeist rein theoretischer Natur. Für die Praxis wird vielmehr gelten, dass die 6-fach-Impfung gegen Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Poliomyelitis, Hepatitis B und HiB, sowie die MMR-Impfung aus medizinischer Sicht notwendig und vordringlich geboten sind.

Innerhalb dieser Fallgruppe soll nun untersucht werden, ob bei den aktuellen epidemiologischen Umständen gewisse Schutzimpfungen gerichtlich erwirkt werden können. Angesichts der aussichtsreichsten Chancen auf ein bejahendes Ergebnis sollen vorneweg die „gefährlichsten“ Krankheiten einer dahingehenden Untersuchung unterzogen werden. Würde diese Prüfung ergeben, dass selbst die vordringlichsten Schutzimpfungen idR nicht gerichtlich erzwungen werden können, würde dieses Ergebnis klarerweise infolge eines Größenschlusses auch für die weniger gefährlichen Infektionskrankheiten gelten. Angesichts der hohen Infektiosität und des Gefahrenpotenzials (wie oben dargelegt) kann hierfür insbesondere der Masernvirus, aber auch Diphtherie, herangezogen werden.

Für die Frage der Kindeswohlgefährdung kann es mE kein überzeugendes Argument sein, dass die eingetretenen Erkrankungen in den überwiegenden Fällen keine über den normalen Verlauf hinausgehenden Folgen (Dauerfolgen, Tod, oä) haben. Bei etlichen impfpräventablen Krankheiten ist schon das „Überstehenmüssen“, also die bloße Gesundheitsschädigung für die Dauer der Erkrankung, Schaden genug. Überdies ist beispielsweise nach einer Masernerkrankung das Immunsystem jahrelang geschwächt, was mit einer erhöhten Gefahr anderer Infektionskrankheiten samt deren Folgen einhergeht,⁷⁸⁹ sodass auch diese nachteilige Auswirkung zu berücksichtigen sein wird. Weiters ist der Verlauf der Erkrankung typischerweise nicht steuerbar, sodass es schlussendlich vom Zufall abhängt, ob sich das (oft nicht unwesentliche) Risiko schwerer Folgen verwirklicht.

⁷⁸⁸ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 50 f.

⁷⁸⁹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 48; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 50.

Ohne die Gefahren der Krankheiten zu bagatellisieren, muss bei sachlicher Betrachtungsweise die tatsächliche statistische Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung für das einzelne Kind einbezogen werden (Inzidenzzahlen wurden bereits weiter oben angeführt). So sieht *Jesser-Huß* etwa das Erkrankungsrisiko der Masern als eher gering an, was auch auf den bisherigen Erfolg der Schutzimpfungen zurückzuführen sei und umso mehr gelte, je höher die Durchimpfungsrate sei.⁷⁹⁰ Wie bereits erläutert, betrug die durchschnittliche Masern-Inzidenz hierzulande von 2011 bis 2017 rund 13 Fälle pro 1 Mio Einwohner.⁷⁹¹ Eine Analyse der Masern-Durchimpfungsraten in Österreich aus dem Jahr 2016 zeigt, dass bei Kindern im Alter von zwei bis fünf Jahren die Durchimpfungsrate 92% beträgt, wobei etwa 10% davon nur die erste Teilimpfung erhalten haben.⁷⁹² Zur Ausrottung der Masern wäre aufgrund der hohen Kontagiosität eine Durchimpfungsrate von 95% der Bevölkerung mit zwei Teilimpfungen erforderlich.⁷⁹³

In Anbetracht dieser epidemiologischen Umstände könnte bei diesen impfpräventablen Krankheiten die statistische Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Erkrankung als eher gering erachtet werden. Auch in Bezug auf Deutschland wird die epidemiologische Situation in diesem Zusammenhang von *Nassauer/Meyer* (freilich dennoch unter gleichzeitiger Bekräftigung der grundsätzlichen Notwendigkeit von Impfungen und Gefahren etlicher Krankheiten) im Allgemeinen als objektiv gesehen „nicht dramatisch“ beurteilt.⁷⁹⁴ Ebenso *Heininger*, selbst Mitglied der STIKO, der in einer Publikation einräumt, dass das tatsächliche Erkrankungs- bzw Komplikationsrisiko impfpräventabler Krankheiten für ungeimpfte Kinder „relativ gering“ sei.⁷⁹⁵ Indessen ist festzuhalten, dass schlichtweg keine Rechtsprechung des OGH existiert, wonach in diesem Wahrscheinlichkeits- bzw Risikobereich ein gerichtlicher Eingriff in die Obsorgeverhältnisse erfolgt ist.

Desweiteren ist auch die Möglichkeit unerwünschter Wirkungen von Schutzimpfungen in die Abwägung aufzunehmen. Zwar ist deren Wahrscheinlichkeit verschwindend gering (diesbezüglich kann auf Kapitel 2.5. verwiesen werden) und fällt die Nutzen-Risiko-Analyse bei

⁷⁹⁰ *Jesser-Huß* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 139.

⁷⁹¹ *BMASGK*, Jahresstatistiken meldepflichtiger Infektionskrankheiten seit dem Jahr 2000, www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheiten/Statistiken_und_Fallzahlen/Jahresstatistiken_meldepflichtiger_Infektionskrankheiten_seit_dem_Jahr_2000 (abgefragt am 24. 1. 2019); *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 49 f.

⁷⁹² *BMGF*, Kurzbericht: Evaluierung der Masern-Durchimpfungsraten (2016) 1 f.

⁷⁹³ *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 26; *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 48.

⁷⁹⁴ *Nassauer/Meyer*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1230 (1237).

⁷⁹⁵ *Heininger*, Handbuch Kinderimpfung 193 f.

allen empfohlenen Schutzimpfungen klar für die Vornahme der Impfung aus.⁷⁹⁶ Nichtsdestotrotz kann nicht in Abrede gestellt werden, dass Impfungen potenziell auch Gesundheitsschäden bewirken können. Dies ist insofern problematisch, als Schutzimpfungen ja typischerweise bei eingangs gesunden Menschen zur Anwendung kommen und daher negative Effekte der Behandlung umso weniger toleriert werden bzw. schwerer zu rechtfertigen sind. So wäre es – überspitzt formuliert – theoretisch möglich, dass ein Kind einen Impfschaden davonträgt, obwohl es später tatsächlich nie einem entsprechenden Krankheitserreger exponiert gewesen sein wird. Wenngleich das Risiko von Nebenwirkungen aufgrund der äußerst geringen Wahrscheinlichkeit freilich kein entscheidendes Argument sein wird, stellt es dennoch einen (marginalen) Nachteil dar und kann ihm in der gegenständlichen Analyse nicht jegliche Bedeutung abgesprochen werden.

Eine gewisse Schmälerung des Gefahrenpotenzials impfpräventabler Krankheiten – und damit paradoxerweise der Dringlichkeit der entsprechenden Schutzimpfungen – erfolgt aus der Sicht des Einzelnen auch durch das vorhandene Maß an Herdenschutz. Dies ist insofern grotesk, als hier durch den Erfolg der Impfungen selbst (Herdennimmunität) deren Notwendigkeit für den Einzelnen sinkt („Impfdilemma“, Kap 1.1.). Ähnliches gilt für die stetige Verbesserung der (kurativen) Medizin, welche die individuelle Dringlichkeit der Schutzimpfung bzw. die subjektiv empfundene Gefährlichkeit des „Nicht-geimpft-Seins“ reduziert. Dies kann allerdings nur für jene impfpräventable Krankheiten gelten, die überhaupt behandelbar sind. Wenngleich diese Umstände dem Interesse des öffentlichen Gesundheitsschutzes durch Steigerung der Durchimpfungsraten zuwiderlaufen mögen, können sie in der gegenständlichen Betrachtung, für die individuelle Impfscheidung, von Bedeutung sein.

Weiters kann argumentiert werden, dass bei etlichen impfpräventablen Krankheiten auch die Möglichkeit postexpositioneller Immunprophylaxe besteht und im Fall von Krankheitsausbrüchen noch mit Abriegelungsimpfungen reagiert werden könnte.⁷⁹⁷ Jesser-Huß führt hierzu weiters aus, dass beim Auftreten von Krankheiten, die der Meldepflicht nach EpG unterliegen (§ 1 EpG), die Ausbreitung mit Maßnahmen des EpG, wie insbesondere dem Ausschluss aus Gemeinschaftseinrichtungen (§ 9 EpG), oder im Extremfall der Anordnung von Impfungen

⁷⁹⁶ *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF*, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 2; *Zwiauier*, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 22 f; *Kunze*, Das österreichische Impfsystem und seine Finanzierung 5; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 24.

⁷⁹⁷ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 52, 54, 72; *Robert Koch-Institut*, Epidemiologisches Bulletin 2018/34, 336 (362 ff).

(§ 17 Abs 4 EpG) verhindert werden kann.⁷⁹⁸ Verglichen mit vorbeugenden Schutzimpfungen sind solche Reaktionsmaßnahmen aus ärztlicher Sicht freilich suboptimal und eine Notlösung, die zugleich schwerer zu bewerkstelligen ist. Überdies werden diese Maßnahmen dem Individualschutz der einzelnen Kinder nur bedingt gerecht. Dies, da sie die Schwachpunkte aufweisen, dass einerseits idR bereits eine gewisse Zahl an Erkrankungen erfolgt sein wird, und andererseits die Exposition zunächst rechtzeitig erkannt und in weiterer Folge unverzüglich mit den erforderlichen Schritten (insbesondere Abriegelungsimpfungen) reagiert werden muss. Dennoch wird der Möglichkeit postexpositioneller Impfungen letztlich eine entsprechende Bedeutung beizumessen sein.

Indessen ist das Argument, dass Impfungen ohnehin jederzeit nachgeholt werden können und insbesondere Minderjährige ab Erreichen der Entscheidungsfähigkeit selbst über die Vornahme entscheiden können (wie es *Jesser-Huß* unterstützend anführt),⁷⁹⁹ mE wenig überzeugend, da ein aufrechter Impfschutz bereits ab dem Säuglings- bzw frühen Kindesalter von wesentlicher Bedeutung ist und ein „Zuwarten“ auf die Erlangung der Entscheidungsfähigkeit (somit idR bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres), durchaus mit erheblichen Gesundheitsrisiken verbunden ist.

Freilich würde die gerichtliche Teilentziehung der Obsorge der impfverweigernden Eltern im Ergebnis quasi zu Zwangsimpfungen führen, was in einem gewissen Konflikt mit dem Umstand steht, dass in Österreich keine Impfpflicht existiert.⁸⁰⁰ Alleine wegen des Fehlens einer konkreten Pflicht lässt es sich möglicherweise aber noch nicht schlechthin ausschließen, dass ein gewisser medizinischer Eingriff durch gerichtliche Maßnahmen erwirkt werden kann. Gerichtliche Anordnungen nach § 181 ABGB setzen nämlich nicht voraus, dass eine spezielle gesetzliche Pflicht zur Vornahme der jeweiligen Behandlung besteht. So basieren auch gerichtliche Obsorgeentziehungen von Eltern, die lebensnotwendige Bluttransfusionen bei ihren Kindern (aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Glaubensgemeinschaft, den Zeugen Jehovas) ablehnen,⁸⁰¹ freilich nicht auf einer gesonderten gesetzlichen Verpflichtung zur Durchführung von Bluttransfusionen, sondern resultieren diese aus der Kindeswohlgefährdung nach allgemeinen kindschaftsrechtlichen Grundsätzen. Entscheidend muss sohin

⁷⁹⁸ *Jesser-Huß* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 139.

⁷⁹⁹ *Jesser-Huß* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 139.

⁸⁰⁰ *Jesser-Huß* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 138.

⁸⁰¹ Gemeint sind Obsorgeentziehungen bei konkreten Gefährdungssituationen, insbesondere wenn Operationen bevorstehen im Zuge derer Bluttransfusionen notwendig werden könnten; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 181 Rz 41.

primär sein, ob das Unterbleiben einer indizierten Maßnahme eine Gefährdung des Kindeswohls darstellen würde. Dennoch wird der Tatsache, dass seitens der Legislative trotz anhaltendem Diskurs zu dem Thema nach wie vor keine Impfpflicht eingeführt wurde, nicht jegliche Bedeutung abgesprochen werden können. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber hat sich kürzlich trotz etlicher Forderungen (zB Volksanwaltschaft,⁸⁰² Österreichische Ärztekammer⁸⁰³) und Befürwortungen (Bioethikkommission⁸⁰⁴) im Grunde gegen die Einführung einer Impfpflicht entschieden. Aktuell ist zwar eine Impfpflicht für das Gesundheitspersonal angedacht, eine Impfpflicht für Kinder allerdings nicht.⁸⁰⁵ Daraus lässt sich möglicherweise doch ein gewisser „Wille des Gesetzgebers“ ableiten, wonach Schutzimpfungen gegen den Elternwillen – bei der vorherrschenden epidemiologischen Situation – nicht intendiert sind. Dennoch die Möglichkeit der Durchsetzbarkeit solcher Impfungen auf der Grundlage des geltenden Zivilrechts herzuleiten, wäre eine Widersprüchlichkeit, die auch in Anlehnung an die Argumentationsfigur der Einheit der Rechtsordnung⁸⁰⁶ wohl nicht angenommen werden kann.

Vom BMASGK wird zwar aktuell die Einführung eines „verpflichtenden Impfgespräches“ erwogen, wonach vor Eintritt des Kindes in eine Gemeinschaftseinrichtung Impfnachweise erbracht werden müssen, widrigenfalls für die Eltern ein neuerliches Arztgespräch vorgesehen ist, wobei keine Sanktionen intendiert sind.⁸⁰⁷ Dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Freiwilligkeit der Impfungen, sodass auch die Einführung einer solchen Regelung nicht zu einem anderen Ergebnis führen würde.

⁸⁰² *Volksanwaltschaft*, Volksanwalt Kräuter fordert Impfpflicht gegen Masern, <https://volksanwaltschaft.gv.at/artikel/volksanwalt-kraeuter-fordert-impfpflicht-gegen-masern> (Stand 4. 2. 2017).

⁸⁰³ *APA-OTS*, Ärztekammer fordert generelle Impfpflicht in Österreich, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20190410_OTS0146/aerztekammer-fordert-generelle-impfpflicht-in-oesterreich (Stand 10. 4. 2019).

⁸⁰⁴ *Bioethikkommission beim BKA*, Stellungnahme der Bioethikkommission zum Impfen, <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/themen/bioethikkommission/pressemitteilungen-bioethik/stellungnahme-der-bioethikkommission-zum-impfen.html> (Stand 6. 5. 2019).

⁸⁰⁵ *Der Standard*, Brigitte Zarfl: „Impfen ist gesellschaftliche Pflicht.“, www.derstandard.at/story/2000112261867/brigitte-zarfl-impfen-ist-gesellschaftliche-pflicht (Stand: 14. 12. 2019).

⁸⁰⁶ Das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung ist ein Auslegungsargument. Die Einheit der Rechtsordnung ist ein Ideal, ein gedachter bzw gesuchter Orientierungspunkt der Interpretation. In der Realität werden zu regelnde Lebensbereiche vom Gesetzgeber teils widersprüchlich oder lückenhaft erfasst. Der Systemgedanke erlaubt keine offensichtlichen Wertungswidersprüche. Das System entsteht aus der möglichst widerspruchsfreien Deutung sämtlicher den Entscheidungsgegenstand betreffenden Normen der Rechtsordnung. *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*⁹ (2016) Rz 145, 276 ff; *Felix*, *Einheit der Rechtsordnung* (1998) 142 ff; *Engisch*, *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935) 46, 54, 69.

⁸⁰⁷ *Der Standard*, Masernzahlen steigen, Bundesländer überlegen Impfpflicht, www.derstandard.at/story/2000111927223/die-masernzahlen-steigen-die-anzahl-der-toten-auch (Stand 6. 12. 2019); *ORF*, Österreich setzt auf Anreize statt Strafen, <https://orf.at/stories/3146646/> (Stand 7. 12. 2019).

Weiters ist zu berücksichtigen, dass gerichtliche Verfügungen iSd § 181 ABGB in das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK eingreifen und deren Anordnung daher wohl eher „sparsam“ erfolgen sollte. Es ist zu beachten, dass bei der Beurteilung der Frage, ob ein Wechsel der Obsorge geboten ist, ein strenger Maßstab anzulegen ist⁸⁰⁸ und die Änderung der Obsorgeverhältnisse nur als *ultima ratio* verfügt werden darf.⁸⁰⁹ Dass gerichtliche Maßnahmen, die in das Eltern-Kind-Verhältnis eingreifen, stets das letzte verfügbare Mittel darstellen müssen, wird somit einschränkend wirken.

Schlussendlich ist festzuhalten, dass der OGH mit der Frage, ob in der Impfablehnung eine Kindeswohlgefährdung erblickt werden kann, im Prinzip noch nicht befasst war. Lediglich in einer Entscheidung⁸¹⁰ wurde die Thematik berührt: Hier wurde den Eltern im Vorfeld aufgrund ihrer grundsätzlichen Ablehnung schulmedizinischer Maßnahmen (darunter auch Impfungen) für ihre unmündige Tochter, die schon in ihrem ersten Lebensjahr zweimal wegen einer schweren Lungenentzündung auf einer Intensivstation behandelt wurde, die Obsorge im Bereich medizinischer Behandlungen entzogen und dem Kinder- und Jugendhilfeträger übertragen. Grund dafür war sohin nicht alleine die Verweigerung von Schutzimpfungen, sondern insgesamt die unzureichende medizinische Versorgung des Kindes. In weiterer Folge wurde aufgrund eines Antrags der Eltern vom Erstgericht eine vorläufige Maßnahme erlassen, mit der im Teilbereich „Zustimmung zu Impfungen“ die Obsorge wieder an die Eltern zurück übertragen wurde. Dieser Beschluss wurde wiederum vom Rekursgericht unter gleichzeitiger Abweisung des Antrags behoben. Der OGH bestätigte dies mit der Begründung, dass derartige einstweilige Verfügungen nur bei einer akuten und konkreten Gefährdung des Kindeswohls bei Beibehalten der bisherigen Verhältnisse zulässig seien. Die Kindeseltern lehnten die Einhaltung des Impfplanes ab, während der Kinder- und Jugendhilfeträger sich an den ärztlichen Empfehlungen orientierte. Die Entziehung der Obsorge des Kinder- und Jugendhilfeträgers im Bereich Impfungen würde voraussetzen, dass dieser durch sein Gesamtverhalten schutzwürdige Interessen der Minderjährigen ernstlich und konkret gefährdet, was hier nicht der Fall sei. Im Ergebnis kann dieser Entscheidung zugestimmt werden.

⁸⁰⁸ OGH 1 Ob 580/92 EFSlg 68.789; 29. 9. 2010, 7 Ob 182/10f; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 565; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 19 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

⁸⁰⁹ OGH 26. 4. 2006, 7 Ob 74/06t; 23. 10. 2012, 5 Ob 152/12g; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 565; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 19 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

⁸¹⁰ OGH 5. 5. 2010, 1 Ob 63/10m.

Interessant ist allerdings die Formulierung des Höchstgerichts in der Begründung, bei den beiden gegenüberstehenden Positionen handle es sich lediglich um „unterschiedliche Auffassungen, soweit es die medizinische Behandlung der Minderjährigen betrifft“. Daraus ließe sich möglicherweise sogar schließen, dass der OGH die impfablehnende Haltung der Kindes- eltern als vertretbare, alternative Ansicht hinnimmt, und im Umkehrschluss kein Anzeichen dafür vorliegt, dass in ebendieser Haltung eine Kindeswohlgefährdung gesehen wird. Dass das Höchstgericht mit dieser Formulierung eine derartige Aussage treffen wollte, kann allerdings bezweifelt werden. Abgesehen von dieser Entscheidung war der OGH noch nie mit der gegenständlichen Thematik befasst.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Ablehnung von Schutzimpfungen nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft regelmäßig dem Kindeswohl *abträglich* sein wird. Mangels klarer gesetzlicher Grundlage und entsprechender Judikatur lässt sich mE nicht behaupten, dass die Ablehnung von Schutzimpfungen – bei gleichbleibender epidemiologi- scher Lage – grundsätzlich als *kindeswohlgefährdendes* Verhalten zu qualifizieren ist, wel- ches Maßnahmen nach § 181 ABGB zu rechtfertigen vermag. Auch wenn sich die hierzulan- de vorherrschenden Durchimpfungsraten derzeit nicht auf dem zur Ausrottung der Krankhei- ten erforderlichen Niveau befinden, bewirken sie doch einen gewissen Herdenschutz. Im Hinblick darauf mag die epidemiologische Lage impfpräventabler Krankheiten grundsätzlich nicht derartig gefährlich sein, dass gerichtliche Eingriffe in die Obsorgerechte zur Herbeifüh- rung von Schutzimpfungen bei Kindern gegen den Elternwillen gerechtfertigt wären. Sohin wird sich unter Berücksichtigung und Abwägung aller Argumente aus dem geltenden Zivil- recht in aller Regel keine durchsetzbare Verpflichtung der Eltern zum Impfen ihrer (entschei- dungsunfähigen) Kinder ableiten lassen. Angesichts dessen ist im Hinblick auf die Ziele des öffentlichen Gesundheitsschutzes und ferner der Ausrottung impfpräventabler Krankheiten zu sagen, dass das Erreichen der hierfür erforderlichen Durchimpfungsraten weniger über das Familienrecht möglich sein wird, sondern dies als gesundheitspolitische Zielsetzung vielmehr staatliches bzw gesetzgeberisches Tätigwerden – insbesondere durch Setzung der notwendi- gen Steuerungsmaßnahmen – erfordern wird.

Schließlich würde bei Vorliegen einer gesetzlichen Impfpflicht die Beurteilung der Kindes- wohlgefährdung bei Unterlassen der jeweiligen Impfung wohl anders ausfallen, da sich daraus eine klare gesetzgeberische Konkretisierung bzw Ausgestaltung der elterlichen Pflichten zur medizinischen Versorgung des Kindes ergibt, die die Veranlassung der entsprechenden Schutzimpfungen erforderlich macht.

Aber auch unter Zugrundelegung der geltenden Rechtslage und der derzeitigen epidemiologischen Situation gibt es eine Fallkonstellation, in der die elterliche Impfablehnung möglicherweise eine Kindeswohlgefährdung darstellt: Hat der Minderjährige die Grenze zur Entscheidungsfähigkeit erreicht bzw überschritten, und möchte dieser eine (indizierte) Impfung – etwa die HPV-Schutzimpfung – unbedingt erhalten, ist dieser Kindeswille maßgeblich. Hier tritt durch den ernstlich geäußerten Willen des Kindes ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung des Kindeswohls (§§ 138 Z 5 und 160 Abs 3 ABGB) hinzu. Lehnen Eltern eine solche Schutzimpfung dennoch ab, lässt sich durchaus argumentieren, dass der klar manifestierte, gegenläufige Wille des zunehmend entscheidungsfähigen Kindes (in Zusammenschau mit den oben ausgeführten Argumenten) den Ausschlag geben kann, dass die Grenze der Kindeswohlgefährdung überschritten ist. Dies auch, zumal die elterliche Ablehnung eines ernstlichen Wunsches des Minderjährigen, mit welcher auch noch das (vermeidbare) Fortbestehen einer gesundheitlichen Gefahr für das Kind einhergeht, zusätzlich die seelische Konstitution des Kindes beeinträchtigen kann. In derartigen Konstellationen ließe sich sohin vertreten, dass gerichtliche Maßnahmen gem § 181 ABGB, mit denen die betreffende Impfung durchgesetzt wird, möglich sind. Zu denken ist hier insbesondere an einen gerichtlichen „Auftrag“ an die Eltern zur Veranlassung der konkreten Impfung (siehe dazu Kap 6.5.).

Von den oben vorangegangenen, generellen Ausführungen unterscheidet sich diese Fallkonstellation insofern, als ersteren die Annahme zugrunde liegt, dass die Minderjährigen keinen expliziten Wunsch äußern, (entgegen der Intention der Eltern) geimpft zu werden. Dies kann seinen Grund va darin haben, dass die Minderjährigen die impfskeptische Ansicht der Eltern teilen, oder sie ihre Meinung aufgrund ihres geringen Alters noch nicht äußern können. Derartige Sachlagen werden wohl die weit überwiegende Zahl der Fälle ausmachen.

6.6.2. IMPFUNGEN BEI KONKRET ERHÖHTEN RISIKOLAGEN

Neben den eben behandelten Regelfällen von vorbeugenden Impfungen bei gewöhnlicher epidemiologischer Situation gibt es aber auch Situationen, in denen die Risikolage verschärft ist, sei es aufgrund von Ausbruchsfällen, erfolgter Exposition oder Immundefizienz der konkreten Person. Wie solche Fälle zu beurteilen sind, soll im Folgenden dargelegt werden.

Zunächst ist der Sonderfall zu erörtern, dass ein ungeimpftes Kind mit einer verschmutzten Wunde den Arzt zur Behandlung aufsucht, die Eltern die postexpositionelle Tetanus-Impfung jedoch verweigern. Wenngleich Tetanus nicht von Mensch zu Mensch übertragen wird, ist der Erreger in der Umwelt omnipräsent, sodass aus Gründen des Individualschutzes nicht nur die

postexpositionelle Impfung indiziert ist, sondern auch die prophylaktische Schutzimpfung im Impfplan empfohlen wird. Bei der typischerweise durch Wundverschmutzung verursachten Infektion treten nach der Inkubationszeit von durchschnittlich vier bis 14 Tagen Spasmen der Muskulatur auf, wobei potenzielle Lähmungen der Atemmuskulatur lebensbedrohlich sind.⁸¹¹ Die Letalitätsrate unter den an Tetanus Erkrankten beträgt ca 20-30%.⁸¹² In Österreich tritt Tetanus relativ selten auf – in den vergangenen fünf Jahren gab es jährlich zwischen zwei und zehn Fälle, wovon jedoch ca die Hälfte tödlich verlief.⁸¹³ Nach Verletzungen mit Wundverschmutzung ist die postexpositionelle Impfung (uU in Kombination mit Tetanus-Immunglobulin) bei ungeimpften bzw nur teilgeimpften Personen medizinisch klar indiziert und unverzüglich vorzunehmen.⁸¹⁴ Für *Nassauer/Meyer* ist das Unterlassen der Tetanus-Impfung bei Kindern mit erd-verschmutzten Wunden „durch kein rationales Argument zu begründen“.⁸¹⁵

Im Vergleich zu „bloß vorbeugenden“ Schutzimpfungen ist hier von einer deutlich höheren Dringlichkeit und Risikogeneignetheit auszugehen, sodass derartige Fälle der Konstellation nahekommen, dass Eltern ihre Einwilligung in eine notwendige Heilbehandlung verweigern. *Jesser-Huß* zieht daraus – mE richtigerweise – den Schluss, dass bei Ablehnung der gebotenen postexpositionellen Impfung durch die Obsorgeberechtigten das Kindeswohl konkret gefährdet sein kann. Sie führt hierzu weiter aus, dass bei dieser Beurteilung nicht nur eine in einem gewissen Prozentsatz darzustellende Erhöhung des Erkrankungs- bzw Gesundheitsrisikos, sondern vor allem der aufgrund der medizinischen Wissenschaft unbedingt gebotene Behandlungsschritt, dessen Unterbleiben einen Behandlungsfehler des Arztes darstellen könnte, ausschlaggebend sei. Diese Überlegung treffe speziell bei besonders schwerwiegenden Krankheiten mit eingeschränkter Behandelbarkeit wie Tetanus oder Tollwut zu.⁸¹⁶ Ich erachte diese Ansicht als zutreffend, da eine konkrete, verschärfte Gefahrensituation für die Gesundheit des Kindes vorliegt, die eine dringend indizierte Reaktion (in Form der postexpositionellen Impfung) erfordert, deren Ablehnung objektiv höchst unvernünftig wäre: Das

⁸¹¹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 77.

⁸¹² ECDC, Annual Epidemiological Report for 2016 – Tetanus, <https://ecdc.europa.eu/en/publications-data/tetanus-annual-epidemiological-report-2016> (abgefragt am 19. 12. 2018); *Stück*, Tetanus, in *Suttrop/Mielke/Kiehl/Stück*, Infektionskrankheiten (2004) 380.

⁸¹³ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 77 f.

⁸¹⁴ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 77; *Robert Koch-Institut*, Epidemiologisches Bulletin 2018/34, 336 (367); *Nassauer/Meyer*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1230 (1237).

⁸¹⁵ *Nassauer/Meyer*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1230 (1237).

⁸¹⁶ *Jesser-Huß* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 140 f.

Unterbleiben der Impfung stünde mE sowohl mit dem Wohl des Minderjährigen als auch den anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft klar in Widerspruch. So würde möglicherweise auch einem Arzt, der hier die Impfung unterlässt, insofern die Haftung für daraus resultierende Gesundheitsschädigungen drohen, als die Unterlassung der Impfung mit größter Wahrscheinlichkeit ausschlaggebend für die eingetretenen Folgen war und das Gesundheitsrisiko des Patienten wesentlich erhöht hat.⁸¹⁷

Wenn die Impfung aus ärztlicher Sicht derartig dringend notwendig ist, dass der mit der Anrufung und der Entscheidung des Gerichts einhergehende Zeitverlust die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung des Kindes mit sich bringen würde, kann der Arzt die Maßnahme nach § 173 Abs 3 ABGB trotz fehlender Einwilligung der Obsorgeberechtigten vornehmen.⁸¹⁸ Andernfalls ist die Einwilligung über das Pflegschaftsgericht zu erwirken (§ 181 Abs 1 ABGB). Die Entscheidung, ob die Zeit hierfür ausreicht oder Gefahr im Verzug vorliegt, hat der Arzt im Einzelfall selbst zu treffen. Aus Sicht des Arztes wird es wünschenswert sein, sofern die Zeit dafür ausreicht, die Verantwortung durch Meldung beim KJHT nach § 37 B-KJHG bzw mittels Anregung bei Gericht gem § 181 ABGB abzutreten. Das Pflegschaftsgericht kann nämlich auch die Obsorge im Teilbereich der betreffenden Angelegenheit dem KJHT übertragen, der dann die Einwilligung in die Impfung erteilt. Bei Gefahr im Verzug kann der KJHT aufgrund seiner Interimskompetenz gem § 211 Abs 1 ABGB auch vorläufig die notwendigen Anordnungen bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst treffen.⁸¹⁹ Sohin kann der KJHT, wenn er angesichts der ärztlichen Informationen zu dem Schluss gelangt, dass eine akute Gefährdung der Gesundheit des Kindes vorliegt, die eine sofortige Impfung erfordert, deren Vornahme anordnen.

Auch die strafrechtliche Haftung eines Arztes aufgrund der Vornahme der postexpositionellen Impfung ohne elterliche Einwilligung wird regelmäßig auszuschließen sein, da bei Gefahr im Verzug eine Bestrafung wegen eigenmächtiger Heilbehandlung nicht möglich ist (§ 110 Abs 2 StGB). Vielmehr werden Ärzte bei Gefahr im Verzug den Eingriff idR – trotz Ablehnung der Obsorgeberechtigten – durchführen, um sich nicht selbst einer Unterlassungshaftung wegen Körperverletzung auszusetzen.⁸²⁰ Zum Ergebnis der Straffreiheit des Arztes

⁸¹⁷ OGH 10. 10. 1991, 6 Ob 604/91.

⁸¹⁸ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 56; *Fischer-Czermak* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 173 Rz 9 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at); *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 173 Rz 11.

⁸¹⁹ *M. Huber*, iFamZ 2016, 205; *Birklbauer* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap Rz 80; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 681 (683); *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts 237.

⁸²⁰ *Maleczky*, ÖJZ 1994, 681 (683).

bei Durchführung einer postexpositionellen Impfung gelangte auch ein deutsches Amtsgericht:⁸²¹ Ein Kind hatte sich an einem Dachbalken eine tiefe Wunde an der Hand zugezogen, die allein sorgeberechtigte Mutter sprach sich jedoch ausdrücklich gegen die gebotene Tetanus-Impfung aus. Die Ärzte standen insofern unter Entscheidungsdruck, als ein Richter erst am nächsten Tag erreichbar gewesen wäre. Nach dem Leitsatz der Entscheidung ist die (einwilligungslose) Impfung gerechtfertigt, „wenn angesichts der Art der Verletzung und deren Zustandekommens die nahe liegende Möglichkeit besteht, dass Tetanuserreger in die Wunde des Kindes gekommen sind und es dadurch zu einer Infektion kommen kann, die zum Tode des Kindes oder schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen führen kann, auch wenn nicht feststeht, ob sich solche Erreger tatsächlich in der Wunde befinden oder befunden haben“. Es sei nicht ausreichend erforscht, wie rasch das Tetanustoxin in die Nervenbahn gelange, sodass die unverzügliche Impfung (mit überaus geringer Wahrscheinlichkeit des Auftretens unerwünschter Wirkungen) die sicherste Entscheidung für das Kind gewesen sei. Zudem hätte auch ein Vormundschaftsrichter die Einwilligung erteilt. Steht fest, dass das Gericht die Zustimmung der sorgeberechtigten Mutter ersetzt hätte, ist es für die behandelnden Ärzte unschädlich, wenn sie eine Beteiligung des Bereitschaftsdienstes des Vormundschaftsgerichts unterlassen haben.⁸²² Diese Argumentation ließe sich mE auch in Österreich heranziehen.

Ähnliches würde prinzipiell für die postexpositionelle Tollwut-Immunprophylaxe gelten. Die klassische Tollwut (Rabies) ist eine äußerst gefährliche Krankheit und endet bei Angehen einer Infektion beim Menschen fast immer tödlich.⁸²³ Bei wesentlicher Exposition eines Kindes durch ein tollwutverdächtiges bzw tollwütiges Tier – insbesondere bei Biss- und Kratzwunden, sowie Kontakt von Schleimhäuten oder Wunden mit Speichel – ist die Tollwut-Impfung (allenfalls samt Verabreichung von Tollwut-Immunglobulin) unverzüglich durchzuführen, ohne auf die Klärung des Infektionsverdachtes beim Tier abzuwarten.⁸²⁴ Da es bei begründetem Verdacht auf eine Exposition – in Anbetracht der enormen Letalität der Krankheit und der hervorragenden Verträglichkeit der vorgesehenen Impfstoffe – keine Kontraindikation für eine postexpositionelle Prophylaxe gibt (auch nicht bei Säuglingen oder Schwange-

⁸²¹ AG Nordenham 8. 6. 2007, 5 Cs 135 Js 59229/04; wegen der unterschiedlichen strafrechtlichen Beurteilung in Deutschland allerdings mit einem Freispruch vom Vorwurf der vorsätzlichen Körperverletzung aufgrund rechtfertigenden Notstands.

⁸²² AG Nordenham 5 Cs 135 Js 59229/04 FamRZ 2008, 552 = MedR 2008, 225 = GesR 2007, 546.

⁸²³ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 90 f; *Robert Koch-Institut*, Tollwut in Deutschland: Gelöstes Problem oder versteckte Gefahr?, Epidemiologisches Bulletin 2011/08, 57.

⁸²⁴ *Robert Koch-Institut*, Epidemiologisches Bulletin 2018/34, 336 (367 f).

ren),⁸²⁵ würde die Ablehnung der gebotenen Impfung durch die Obsorgeberechtigten mE das Kindeswohl klar gefährden (auf die diesbezüglichen Ausführungen betreffend Tetanus kann verwiesen werden). Allerdings ist die postexpositionelle Tollwut-Impfung nur äußerst selten indiziert, da die Krankheit in Westeuropa kaum auftritt und Österreich im Jahr 2008 von der WHO für tollwutfrei erklärt wurde. Da in Europa jedoch die Fledermaus-Tollwut noch existiert, kann allenfalls ein Fledermausbiss als Indikation gesehen werden. Indessen ist die präexpositionelle Tollwut-Impfung lediglich für Reisende in Epidemiegebiete und beruflich potenziell Exponierte empfohlen,⁸²⁶ ansonsten von untergeordneter Bedeutung.⁸²⁷

Neben postexpositionellen Impfungen gegen die zuvor genannten Krankheiten, die nicht von Mensch zu Mensch übertragbar sind und wo eine Impfung im Fall einer konkreten Exposition durch Wundverschmutzung oder Tierbiss angezeigt ist, gibt es auch hinsichtlich von Mensch zu Mensch übertragbaren Krankheiten Szenarien, in denen von einer erhöhten Dringlichkeit der Impfungen auszugehen ist. So ist zum einen im Fall der Exposition mit einem Erkrankten (insb enger Kontakt, etwa bei „Spielgefährten“ eines Kindes bzw im gleichen Haushalt lebenden Personen) die rasche Vornahme von postexpositionellen Impfungen vorgesehen.⁸²⁸ Eine Gesamtübersicht der postexpositionellen Impfungen samt Indikation findet sich im österreichischen Impfplan 2018⁸²⁹ (im Wesentlichen entsprechend den Empfehlungen der deutschen STIKO⁸³⁰). Auch (regionale) Ausbrüche von impfpräventablen Krankheiten, etwa in Gemeinschaftseinrichtungen, sind Situationen, in denen ein deutlich erhöhtes Gefahrenpotenzial vorliegt, da die Krankheitsübertragung in Kinderbetreuungseinrichtungen begünstigt ist und die entsprechenden Abriegelungsimpfungen bei ungeimpften Personen (bzw solchen mit unklarem Impfstatus) dringend vorzunehmen sind.

Zur Veranschaulichung sollen hier einige Beispiele angeführt werden: So wurden hinsichtlich der Meningokokken-Infektion in der Vergangenheit – konkret 2008 in Kärnten – von der Gesundheitsministerin und dem Impfausschuss des OSR angesichts gehäufte Erkrankungsfälle zusätzlich zur Antibiotikaphylaxe auch Abriegelungsimpfungen in der mittelbaren

⁸²⁵ Robert Koch-Institut, Epidemiologisches Bulletin 2011/08, 57 (60).

⁸²⁶ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 90.

⁸²⁷ Nassauer/Meyer, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1230 (1237).

⁸²⁸ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 91.

⁸²⁹ BMASGK, Impfplan Österreich 2018¹, 81 ff.

⁸³⁰ Robert Koch-Institut, Epidemiologisches Bulletin 2018/34, 336 (362 ff).

Umgebung des Erkrankungsfalles dringend empfohlen.⁸³¹ Hinsichtlich der Poliomyelitis sollen einerseits alle Kontaktpersonen eines Erkrankten unabhängig von Impfstatus unverzüglich Postexpositionsprophylaxe in Form der inaktivierten Polio-Vakzine (IPV) erhalten und können andererseits bei Auftreten von Sekundärfällen (dh „Fälle, die im Rahmen eines Ausbruches nach direktem Kontakt zum Primärfall als nächste Generation auftreten“⁸³²) Abriegelungsimpfungen mit ebendiesem Impfstoff geboten sein.⁸³³ Auch bezüglich Hepatitis B ist im Expositionsfall die postexpositionelle Impfung neben Immunglobulingabe sofort durchzuführen.⁸³⁴ Aber insbesondere bei Ausbrüchen der hochinfektösen Masern sind Abriegelungsimpfungen dringend notwendig. Hierfür wird – wie auch für die Postexpositionsprophylaxe gegen Masern oder Mumps⁸³⁵, sowie für Abriegelungsimpfungen bei Ausbrüchen der Röteln⁸³⁶ – der MMR-Impfstoff empfohlen. Aufgrund der hohen Kontagiosität der Masern sind insbesondere bei Ausbrüchen in Gemeinschaftseinrichtungen (Kindergärten, Schulen, etc) sämtliche Anwesenden als Kontaktpersonen zu behandeln und die erforderlichen Maßnahmen unverzüglich und lückenlos zu veranlassen.⁸³⁷ Das Epidemiegesetz ermöglicht erforderlichenfalls die Absonderung Kranker und Krankheitsverdächtiger (§ 7 EpG, AbsonderungsVO), sowie Verkehrsbeschränkungen (§ 9 EpG). Der Impfausschuss des OSR hat anlässlich einer Masern-Epidemie in Salzburg im Jahr 2008 Empfehlungen zur praktischen Vorgangsweise in Ausbruchsfällen veröffentlicht. Demnach sind die Impfausweise sämtlicher Kontaktpersonen sofort zu kontrollieren, sowie alle Personen ohne nachweisliche Masern-Impfung bzw ohne bereits durchgemachte Masernerkrankung auf Grundlage des EpG vom Besuch der Kinderbetreuungseinrichtungen auszuschließen (Verkehrsbeschränkung nach § 9 EpG). Alle unzureichend geimpften Personen sind zur unverzüglichen Impfung aufzufordern und erst bei deren Nachweis wieder zum Unterricht zuzulassen. Wenn möglich, ist die Umsetzung durch ein eigenes Impfangebot vor Ort zu optimieren. Die Abriegelungsimpfung ist auch vorzunehmen, wenn beim konkreten Impfling der exakte Zeitpunkt der Exposition unbekannt ist oder länger als drei Tage zurück liegt. Falls die Impfung trotz Notwendigkeit abgelehnt wird, wird eine serologische Untersuchung zur Klärung des Immunstatus empfoh-

⁸³¹ APA-OTS, BMGFJ zur Meningokokken-Infektion: Sofortmaßnahme von Gesundheitsministerin Kdolsky, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20080321_OTS0124/bmgfj-zur-meningokokken-infektion-sofortmassnahme-von-gesundheitsministerin-kdolsky (Stand 21. 3. 2008).

⁸³² Robert Koch-Institut, Fachwörterbuch Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie. Fachwörter – Definitionen – Interpretationen (2015) 117.

⁸³³ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 72.

⁸³⁴ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 31.

⁸³⁵ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 50, 53.

⁸³⁶ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 54.

⁸³⁷ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 52.

len, bis zu deren Ergebnis die Gemeinschaftseinrichtung nicht besucht werden darf.⁸³⁸ Findet eine solche Untersuchung nicht statt bzw ist das Kind nicht immun, wird es idR von der Gemeinschaftseinrichtung ausgeschlossen bleiben, bis die Inkubationszeit (bei Masern 21 Tage) vergangen ist, damit eine Infektion und auch die Weiterverbreitung der Krankheit ausgeschlossen werden können. Auch bei Personen mit unsicherem Impfstatus ist entweder die Impfung oder eine Titerbestimmung durchzuführen, wobei die betroffene Person bis zu deren Ergebnis aus der Gemeinschaftseinrichtung ausgeschlossen bleiben wird.

Lehnen Obsorgeberechtigte in solchen Fällen die Impfung ihrer (entscheidungsunfähigen) Kinder ab, könnte mE aber noch ein Schritt weiter gegangen werden. Der bloße Ausschluss aus der Gemeinschaftseinrichtung kann insbesondere für den Individualschutz des betroffenen Kindes nämlich dann zu kurz greifen, wenn eine Exposition bereits stattgefunden hat. Hier wird dem gebotenen Schutz des betroffenen Minderjährigen einzig mit der Durchführung der Impfung genüge getan. Minderjährige, die erkrankten Personen hochgradig exponiert waren, sind einem – im Vergleich zum „Normalfall“ – stark erhöhten Gefahrenpotenzial ausgesetzt, sodass die Vornahme der Impfung medizinisch klar indiziert und überaus dringlich ist (vgl hierzu die Ausführungen zur postexpositionellen Tetanus-Impfung).⁸³⁹ Die von den eben genannten Infektionskrankheiten ausgehenden Gefahren lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die invasive Meningokokkeninfektion hat eine Inkubationszeit zwischen einem und zehn Tagen, meistens jedoch unter vier Tagen, und kann binnen Stunden von völliger Gesundheit zum Tod führen. In Österreich treten jährlich ca 20 bis 100 Fälle auf, am häufigsten durch Meningokokken der Gruppe B (50-74%) und der Gruppe C (10-30%), zumeist im ersten Lebensjahr oder bei Jugendlichen. Invasive Meningokokkenerkrankungen können in Form einer Sepsis (Letalität 30%), Meningitis, oder deren Kombination in Erscheinung treten, die Letalität sämtlicher Meningokokkenerkrankungen betrug hierzulande von 2003 bis 2016 zwischen 5% und 15%, im Jahr 2017 gar 25% bei einer Inzidenz von 20 Fällen.⁸⁴⁰ Von den überlebenden Personen

⁸³⁸ OSR, Empfehlungen zum Masernausbruch 2008, www.aerztezeitung.at/archiv/oeaez-2008/oeaez-8-25042008/masernausbruch-2008.html (Stand 25. 4. 2008).

⁸³⁹ Jesser-Huß in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 140 f.

⁸⁴⁰ AGES, Nationale Referenzzentrale für Meningokokken, Jahresbericht 2017, <https://www.ages.at/service/service-oeffentliche-gesundheit/referenzzentralen/rz-meningokokken/#downloads> (abgefragt am 2. 1. 2019); AGES, Nationale Referenzzentrale für Meningokokken, Jahresbericht 2015, <https://www.ages.at/service/service-oeffentliche-gesundheit/referenzzentralen/rz-meningokokken/#downloads> (abgefragt am 2. 1. 2019); BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 56; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 68.

weisen 7% neurologische bzw Entwicklungsstörungen und 4% Hörverlust auf. Von den Überlebenden mit Sepsis beklagen 20% chronische Schmerzen, 13% großflächige Narbenbildungen und 3% entwickeln Autoamputationen. Bei Kontakt mit einer erkrankten Person ist die postexpositionelle Impfung zusätzlich zur Chemoprophylaxe für (ungeimpfte) Kontaktpersonen klar angezeigt.⁸⁴¹

Poliomyelitis ist eine äußerst ansteckende Viruserkrankung, wobei über 95% der Infektionen einen asymptomatischen Verlauf haben. Bei klinischer Symptomatik sind unterschiedliche Erscheinungsbilder möglich. Bei abortiv (unvollständig) verlaufender Poliomyelitis treten kurzfristige unspezifische Symptome ohne Beteiligung des Zentralnervensystems (etwa Übelkeit, Fieber, Gastroenteritis, Kopf-, Hals- bzw Muskelschmerzen) auf. Im Fall einer Infektion des Zentralnervensystems kommt es hingegen entweder zur nichtparalytischen Poliomyelitis (aseptische Meningitis) oder zur paralytischen Poliomyelitis mit motorischen Lähmungserscheinungen. Das Postpoliosyndrom, welches sich in der Zunahme der Paralysen mit Muskelschwund äußert, kann noch viele Jahre nach einer Infektion eintreten. Das Poliovirus konnte durch die Entwicklung effizienter Impfstoffe im europäischen Raum verdrängt werden. In Österreich wurde zuletzt 1980 ein Fall von Poliomyelitis verzeichnet, die Krankheit gilt in Europa seit 2002 als ausgerottet.⁸⁴²

Eine Infektion mit Hepatitis B kann subklinisch verlaufen, aber auch akute Hepatitis oder fortschreitende chronische Leberentzündung bis zur Leberzirrhose (die eine stark eingeschränkte Lebenserwartung bedeutet) bewirken.⁸⁴³

Die gesundheitlichen Gefahren von Mumps und Masern wurden bereits in Kap 6.6.1. dargelegt, sodass darauf verwiesen werden kann.

Werden postexpositionelle Impfungen unverzüglich durchgeführt, wird deren Wirkung, dh das Unterbleiben der Erkrankung trotz vorheriger Exposition, grundsätzlich als sehr gut beurteilt. Dies trifft insbesondere auch auf die Postexpositionsprophylaxe gegen Masern zu, welche in den ersten 72 (bzw. gar bis zu 96) Stunden nach Exposition verabreicht werden sollte. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Impfling dann vor der Krankheit geschützt ist, gilt als sehr hoch. Aber auch in Fällen, in denen die Erkrankung nicht mehr verhindert werden kann,

⁸⁴¹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 60 f.

⁸⁴² BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 73 f.

⁸⁴³ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 30.

lohnt sich die postexpositionelle Impfung, da diese bewirkt, dass die Krankheit weniger schwerwiegend verläuft. Die Schutzwirkung kann oft auch zusätzlich durch die Gabe von Immunglobulinen erhöht werden. Aus medizinischer Sicht gilt die postexpositionelle Impfung daher jedenfalls als geboten.⁸⁴⁴

Angeichts dieser Umstände lässt sich argumentieren, dass auch hier eine unverzügliche Reaktion (in Form der postexpositionellen Impfung) erforderlich ist, deren Ablehnung objektiv unvernünftig wäre und dem Wohl des Minderjährigen und der medizinischen Wissenschaft klar widerspräche. Da die Obsorgeberechtigten im Fall der Ablehnung der entsprechenden Impfung zu erkennen geben, dass sie in dieser für das Kind gefährlichen Situation nicht für dessen Schutz und medizinische Behandlung sorgen, kann die erforderliche Einwilligung über das Gericht erwirkt werden.

Überdies ist es in solchen Szenarien möglich, dass die Bezirksverwaltungsbehörde nach § 17 Abs 4 EpG im Einzelfall Schutzimpfungen bei bestimmten gefährdeten Personen anordnet, wenn dies im Hinblick auf Art und Umfang des Auftretens einer meldepflichtigen Krankheit zum Schutz vor deren Weiterverbreitung unbedingt notwendig ist. Mögliche Anwendungsfälle dieser Bestimmung sind die eben geschilderten Ausbruchssituationen in Gemeinschaftseinrichtungen. Derartige Anordnungen nach EpG sind zwar nicht zwangsweise durchsetzbar, da es sich hierbei um die Anordnung einer Behandlungspflicht, nicht um eine Zwangsbehandlung handelt. Wird eine angeordnete Impfung von bestimmten Eltern dennoch abgelehnt, sind daher nach EpG „nur“ Verwaltungsstrafen oder Quarantänemaßnahmen möglich.⁸⁴⁵ Allerdings kann mE gerade in solchen Situationen – in denen die Gefahrenlage offensichtlich dermaßen verschärft ist, dass die Bezirksverwaltungsbehörde Impfungen nach EpG anordnen muss – davon ausgegangen werden, dass aus zivilrechtlicher Sicht die Verweigerung der Eltern das Kindeswohl gefährdet und gerichtliche Maßnahmen nach § 181 ABGB möglich sind.

Ferner sind Personen mit Immundefizienz von einem erhöhten Infektionsrisiko betroffen. Wie bereits in Kap 2.3. ausgeführt, kommt der Infektionsprophylaxe durch Impfungen bei den Betroffenen eine besonders hohe Bedeutung zu und ergibt sich hier, verglichen mit dem Normalfall, eine verschärfte Indikationslage. Lehnen Obsorgeberechtigte die bestimmten, für

⁸⁴⁴ Gespräch mit Univ. Prof. Dr. med. Heinrich Stemberger (Leiter des Instituts für Reise- und Tropenmedizin, Wien) vom 16. 12. 2019.

⁸⁴⁵ IA 822/A BlgNR 22. GP 3; *Hummelbrunner* in GmundKomm § 17 EpG Rz 3; *Grimm*, Verpflichtende Impfung von Mitarbeitern im Gesundheitsbereich?, in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 85 (88).

ihr Kind im konkreten Fall dringend gebotenen Impfungen ab, kann mE auch darin ein Kindeswohlgefährdendes Verhalten erblickt werden. Im Gegensatz zu den zuvor angeführten Szenarien bedarf es hier mE nicht notwendigerweise etwa einer erfolgten Exposition des Kindes, vielmehr stellt hier das insuffiziente Immunsystem des betroffenen Minderjährigen an sich bereits eine solche Risikoerhöhung dar, die als ausreichend erachtet werden kann.

Im Übrigen ist klarzustellen, dass in den erläuterten Fällen von konkret erhöhten Risikolagen – anders als bei der Unterlassung von Schutzimpfungen „im Normalfall“ iSd Kap 6.6.1. – für die Bejahung einer Kindeswohlgefährdung nicht notwendigerweise auch ein (iSd §§ 138 Z 5 und 160 Abs 3 ABGB beachtlicher) Wille des Kindes, die Impfung zu erhalten, hinzutreten muss. Vielmehr kann hier bereits aufgrund der erhöhten Risikolage eine Kindeswohlgefährdung erblickt werden.

6.6.3. „OFF-LABEL-USE“

Auch eine zulassungsüberschreitende Anwendung von Impfungen (Kapitel 3.4.3.) kann in bestimmten Fällen aus medizinischer Sicht großen Nutzen haben bzw dringend notwendig sein. Die medizinische Indikation einer Impfung kann im Einzelfall über die von der behördlichen Zulassung umfassten Zielgruppen, Indikationsgebieten oder Dosierungsschemata hinausgehen.⁸⁴⁶ Dies hat der behandelnde Arzt nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft bzw allfälligen Empfehlungen zu beurteilen und den Patienten bzw dessen Obsorgeberechtigte dementsprechend aufzuklären (siehe Kap 5.2.4.4.).

Es sind durchaus Situationen möglich, in denen der „off-label-use“ einer Impfung den nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft gebotenen Behandlungsschritt bzw die einzig verfügbare Behandlungsmöglichkeit darstellen, was insbesondere allfälligen Co-Medikationen, Co-Morbiditäten, oder Nachholimpfungen, aber auch der zeitweisen Knappheit von Impfstoffen geschuldet sein kann.⁸⁴⁷ Im Folgenden sollen einige Fälle des „off-label-use“ angeführt werden, die sich im Impfplan finden:

Ein Anwendungsfall des „off-label-use“ betrifft etwa Impfkandidaten mit Blutgerinnungsstörungen (Hämophilie) oder medikamentös gehemmter Blutgerinnung (Antikoagulation). Obgleich die Zulassung bzw Fachinformation eines Impfstoffes die in-

⁸⁴⁶ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 99.

⁸⁴⁷ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 99.

tramuskuläre Verabreichung vorsieht, kann aus medizinischer Sicht die subkutane Gabe indiziert sein.⁸⁴⁸

Die Nachhol-Empfehlungen zur Grundimmunisierung gegen Diphtherie, Tetanus, Pertussis und Poliomyelitis für Impfkandidaten zwischen dem vollendetem 6. und 18. Lebensjahr beinhalten die zulassungsüberschreitende Anwendung der Impfstoffe Boostrix Polio bzw Repevax. Diese Impfstoffe sind eigentlich für Auffrischungsimpfungen vorgesehen, bei Fehlen einer Alternative (insb bei Lieferengpässen) werden sie, trotz fehlender Zulassung hierfür, aber auch für das Nachholen der Grundimmunisierung empfohlen.⁸⁴⁹

Auch die Nachhol-Empfehlungen zur Grundimmunisierung gegen Diphtherie, Tetanus, Pertussis, Poliomyelitis, Hepatitis B und HiB für Impfkandidaten zwischen dem vollendeten 1. und 6. Lebensjahr beinhalten einen „off-label-use“. Hier werden als 6-fach-Impfstoff Infanrix hexa oder Hexyon empfohlen, dies mangels Alternativen trotz teils fehlender Zulassung für diese Altersgruppe.⁸⁵⁰

Bei Personen mit schwerer Immundefizienz sind Lebendimpfstoffe regelmäßig kontraindiziert. In Einzelfällen kann jedoch bei gewissen Erkrankungen auf Grundlage einer sorgfältigen Nutzen-Risiko-Abwägung des Arztes die Gabe einer Lebendimpfung „off-label“ möglich sein.⁸⁵¹

Schließlich kann laut Impfplan zum Zweck der Masern-Postexpositionsprophylaxe (statt der Immunglobulingabe) der MMR-Impfstoff – abweichend von der Fachinformation – bereits ab Vollendung des 6. Lebensmonats angewendet werden, wenn die Impfung innerhalb von 72 Stunden nach dem infektiösen Masern-Erstkontakt möglich ist.⁸⁵² Dies entspricht der Empfehlung des RKI, wonach in Expositions- oder Ausbruchsfällen der „off-label-use“ im Alter von sechs bis acht Monaten „ausnahmsweise nach individueller Risiko-Nutzen-Abwägung“ möglich ist.⁸⁵³

⁸⁴⁸ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 101.

⁸⁴⁹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 13, 119 f.

⁸⁵⁰ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 12, 119 f.

⁸⁵¹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 127.

⁸⁵² BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 51.

⁸⁵³ Robert Koch-Institut, Fachliche Anwendungshinweise zur Masern-Postexpositionsprophylaxe bei Risikopersonen, Epidemiologisches Bulletin 2017/2, 17 (21); Robert Koch-Institut, Epidemiologisches Bulletin 2018/34, 336 (343, 362).

Zwar haben im Bereich der „off-label“-Impfungen gerichtliche Maßnahmen nach § 181 ABGB naturgemäß einen eingeschränkten Anwendungsbereich, sie sind aber keinesfalls gänzlich ausgeschlossen. Zu denken ist hier etwa an das obige Beispiel der Masern-Postexpositionsprophylaxe, aber auch an andere dringende (postexpositionelle) Impfungen, die möglicherweise wegen Blutgerinnungsstörungen des Impflings hinsichtlich der Verabreichungsart zulassungsüberschreitend angewendet werden (subkutan statt intramuskulär). Kann im konkreten Fall eine ähnliche Dringlichkeit und ein vergleichbar erhöhtes Gefahrenpotenzial wie in den in Kap 6.6.2. dargelegten Konstellationen angenommen werden, sodass ein Unterlassen der Impfung aus ärztlicher Sicht nicht vertretbar wäre, kann mE auch hier eine Kindeswohlgefährdung samt gerichtlichen Maßnahmen zu prüfen sein.

Zwar ist die zulassungsüberschreitende Anwendung ein aufklärungspflichtiger Umstand und kann die behördliche Zulassung als eine Art „Gütesiegel“ betrachtet werden, dessen Fehlen – unabhängig von der tatsächlichen Qualität des Impfstoffs bzw der wissenschaftlichen Anerkennung der Anwendung – für die Impfentscheidung mitunter von Bedeutung sein kann.⁸⁵⁴ Allerdings wird der behördlichen Zulassung in der gegenständlichen Betrachtung auch keine übermäßig hohe Bedeutung beizumessen sein, da mE vorwiegend die objektiv anhand des anerkannten Standards der medizinischen Wissenschaft zu beurteilende Indikation des Impfstoffes und dessen Dringlichkeit im konkreten Fall ausschlaggebend sein wird.

Darüber hinaus fällt bei zahlreichen Anwendungsfällen des „off-label-use“ von Impfungen das Vorhandensein einer entsprechenden Empfehlung im Impfplan nicht weg: Bei etlichen Impfungen sind auch bestimmte „off-label“-Anwendungen im Impfplan öffentlich empfohlen, was einerseits für den Arzt (bei der Beurteilung der Übereinstimmung mit den *leges artis*) und andererseits für die Entscheidung der obsorgeberechtigten Person von Bedeutung sein wird.

Zentral für die Beurteilung, ob eine Entscheidung dem Kindeswohl entspricht, wird somit wohl deren Vereinbarkeit mit dem Standard der medizinischen Wissenschaft (oder gegebenenfalls gar den öffentlichen Impfempfehlungen) und der fachlichen Einschätzung des behandelnden Arztes (etwa bei konkret erhöhtem Gefährdungspotenzial) sein. Weder die behördliche Zulassung, noch die herstellerspezifische Fachinformation eines Impfstoffes kann jeden Individualfall bzw alle möglichen Gegebenheiten abdecken, in welchen die Anwendung des Impfstoffes aus medizinischer Sicht geboten ist. Dem bloßen Umstand, dass eine behördliche Zulassung überschritten wird, kann bei klarer medizinischer Indikation bzw Notwendig-

⁸⁵⁴ BGH 4 StR 760/94 MedR 1996, 23; Kopetzki in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely*, FS Raschauer 96.

keit mE in der gegenständlichen Betrachtung kein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen werden, sodass auch in der Ablehnung einer „off-label“-Impfung bei entsprechender Dringlichkeit und erhöhtem Gefahrenpotenzial (vgl Kap 6.6.2.) eine Kindeswohlgefährdung erblickt werden kann. Außerdem ist auch hier ganz grundsätzlich der Kindeswille maßgeblich (§§ 138 Z 5 und 160 Abs 3 ABGB), sodass der geäußerte Wunsch des zunehmend entscheidungsfähigen Minderjährigen, die Impfung zu erhalten, dafür sprechen kann, dass gerichtliche Maßnahmen iSd § 181 ABGB gerechtfertigt sind.

6.6.4. NICHT EMPFOHLENE IMPFUNGEN

Die bisherigen Ausführungen betreffen grundsätzlich Impfungen, die öffentlich empfohlen sind. Der Impfplan enthält nämlich, wie erwähnt, auch Empfehlungen zum „off-label-use“ und zum postexpositionellen Einsatz von Impfungen. Bei Vorliegen einer öffentlichen Impfempfehlung hat durch das Gesundheitsministerium und das Nationale Impfgremium eine Abwägung zwischen den Risiken der Impfung für den Einzelnen und seine Umgebung einerseits und den der Allgemeinheit und dem Einzelnen drohenden Gefahren im Falle der Nichtimpfung andererseits bereits stattgefunden.⁸⁵⁵ Die Empfehlungen bringen die Bedeutung der jeweiligen Impfungen zum Schutz vor bestimmten Krankheiten zum Ausdruck, die sich sowohl daraus ergeben kann, dass die Krankheit sehr häufig vorkommt, als auch daraus, dass sie zwar seltener ist aber schwerwiegende Verläufe hat. Derartige Referenzen fehlen naturgemäß bei nicht empfohlenen Impfungen.

Demgemäß kann bei nicht empfohlenen Impfungen davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um eine im Allgemeinen nicht als dringlich empfundene Behandlung handelt.⁸⁵⁶ Es wird daher grundsätzlich kein Kindeswohlgefährdendes Verhalten darstellen, wenn Eltern nicht empfohlene Impfungen bei ihrem Kind nicht veranlassen. Anders könnte dies nur ausnahmsweise zu beurteilen sein, wenn im Einzelfall aufgrund einer besonderen Indikation die Dringlichkeit der Impfung stark erhöht ist. Der Umstand des Vorliegens oder Fehlens einer Empfehlung hat keine allgemeingültige Aussagekraft über die Dringlichkeit, die in jedem konkreten Einzelfall gelten muss. Die Beurteilung der konkreten Indikation kann nur der Arzt patientenspezifisch unter Beachtung der medizinischen Erkenntnisse vornehmen. Für den Normalfall gilt aber, dass das Unterbleiben nicht empfohlener Impfungen keine Kindeswohlgefährdung darstellt.

⁸⁵⁵ BGH 15. 2. 2000, VI ZR 48/99.

⁸⁵⁶ *Deutsch*, VersR 1998, 1053 (1057).

7. GESUNDHEITSSCHÄDEN DES KINDES DURCH IMPFUNGEN

Kernpunkt der gegenständlichen Thematik ist der Umstand, dass die Impfentscheidung, wie sie auch ausfallen mag, in jedem Fall mit dem Risiko von Gesundheitsschäden für den Impfkandidaten einhergeht: Einerseits sind ungeimpfte Personen stets der Gefahr von schwerwiegenden Infektionskrankheiten samt allfälliger Spät- und Dauerfolgen ausgesetzt. Andererseits birgt auch die Schutzimpfung gewisse Risiken und unerwünschte Wirkungen in sich. Wenngleich diese sehr unwahrscheinlich sind, ist ihre Bedeutung für die Impfentscheidung (insbesondere, da die Schutzimpfung idR bei einem *gesunden* Kind zur Anwendung kommt) beachtlich.

Die möglichen Auswirkungen dieser Gesundheitsrisiken bzw deren Verwirklichung auf die beteiligten Akteure sollen im Folgenden untersucht werden. An dieser Stelle ist in Erinnerung zu rufen, dass trotz der hohen Sicherheit und Erfolgchancen völlig nebenwirkungslose Impfungen (bis dato) nicht existieren.⁸⁵⁷ Aus diesem Grund liegt die Frage der Haftung für zwar seltene, aber dennoch mögliche Schäden durch Impfungen nahe.

7.1. HAFTUNG DER OBSORGEBERECHTIGTEN?

Obsorgeberechtigte, die bei ihren Kindern Schutzimpfungen durchführen lassen, haften für allfällige daraus resultierende Gesundheitsschäden grundsätzlich nicht. Sind Impfungen staatlich empfohlen und beim konkreten Impfkandidaten nicht kontraindiziert, kann in der Veranlassung solcher Impfungen kein vorwerfbares Verhalten erblickt werden, welches eine Haftung begründen würde. Da die seltenen Impfrisiken verglichen mit den Gefahren der zu verhütenden Krankheit relativ gering sind, ist die Veranlassung von Schutzimpfungen eine „vernünftige“ Entscheidung der Obsorgeberechtigten und wäre deren Unterlassung für die Gesundheit der Kinder viel gefährlicher. Das Eintreten von Impfschäden kann als schicksalhafter Verlauf einer medizinischen Behandlung nie zur Gänze ausgeschlossen werden und auch keinesfalls den Obsorgeberechtigten zur Last gelegt werden.⁸⁵⁸

Die Einwilligung des Obsorgeberechtigten in eine Schutzimpfung beruht stets auf individueller ärztlicher, somit fachkundiger Information und Aufklärung. Überdies sind die veranlassten Kinderimpfungen typischerweise im nationalen Impfplan enthalten, welcher bekanntlich eine

⁸⁵⁷ Langbauer, Impfwesen 124; Zwiauer, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in Kollaritsch/Wiedermann, Leitfaden für Schutzimpfungen 22 f; Wiedermann-Schmidt, Impfen 185.

⁸⁵⁸ Jesser-Huß in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 135.

wissenschaftlich fundierte Empfehlung medizinischer Experten darstellt. Stützen Obsorgeberechtigte ihre Impfentscheidung auf diese Informationsquellen, kann in der Veranlassung von Schutzimpfungen kein vorwerfbares Verhalten und auch keine Kindeswohlgefährdung oder Verletzung sonstiger familienrechtlicher Pflichten verwirklicht sein.⁸⁵⁹

7.2. HAFTUNG DES IMPFENDEN ARZTES?

Bereits den bisherigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass ein Arzt für gesundheitliche Schäden, die aus einer Impfung resultieren, nur bei Behandlungsfehlern oder Aufklärungspflichtverletzungen schadenersatzrechtlich haftet – so etwa infolge mangelnder Aufklärung über Nebenwirkungen und Risiken, oder bei Unterlassen einer Impfverträglichkeitsuntersuchung.⁸⁶⁰ Wurde korrekt aufgeklärt und der Impfstoff *lege artis* verabreicht, hat der Arzt seine wesentlichen Pflichten erfüllt. Die Wirkung des Impfstoffes auf den konkreten Patienten ist vom Arzt in der Folge nicht weiter steuerbar, sodass dieser für reine Impfschäden keine Haftung trägt. Dies ergibt sich auch daraus, dass der Arzt aus dem Behandlungsvertrag nicht die erfolgreiche Immunisierung des Impflings, somit keinen bestimmten Erfolg, sondern bloßes Bemühen schuldet.⁸⁶¹ Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen bei Impfungen durch Amtsärzte hinsichtlich der Haftungsfrage der Länder als Rechtsträger, sowie bei Impfungen in Krankenanstalten. In den letzteren Fällen käme eine Haftung des Arztes mangels Vertragsverhältnisses zwischen Arzt und Impfkandidaten nur *ex delicto* in Betracht, welche bei Schäden aufgrund sachgerecht durchgeführter Impfungen aus den obigen Gründen ebenfalls zu verneinen sein wird.

Auch beim „off-label-use“ von Impfungen handelt der Arzt fachgerecht, wenn die Indikation des „off-label-use“ in Fachkreisen anerkannt ist und die Risiken ausreichend bekannt sind. In diesen Fällen kann dem Arzt für die Zulassungsüberschreitung keine Sorgfaltswidrigkeit angelastet werden.⁸⁶² Die Bestimmung des § 7 AMG, wonach das Inverkehrbringen von Arzneimitteln ohne behördliche Zulassung verboten ist, um vor den davon ausgehenden

⁸⁵⁹ Jesser-Huß in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 135.

⁸⁶⁰ Danzl, Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2007, ZVR 2008/54 (128 f) zu OGH 27. 3. 2007, 1 Ob 271/06v.

⁸⁶¹ RIS-Justiz RS0021335; Ofner in Bernat/Grabenwarter/Kneihs/Pöschl/Stöger/Wiederin/Zahl, FS Kopetzki 451 (452); Engljähringer, ÖJZ 1993, 492; Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht²² I/4; Neumayr in GmundKomm, Einleitung ABGB Rz 3.

⁸⁶² Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 93.

abstrakten Gefahren zu schützen, richtet sich an den Abgeber, nicht an Ärzte als Anwender.⁸⁶³ Der Vorwurf eines sorgfaltswidrigen Verhaltens kann einen Arzt erst treffen, wenn die Risikobeurteilung aufgrund besonderer Umstände gegen den „off-label-use“ ausfallen hätte müssen, so zB wenn eine erteilte Zulassung wegen einer bestimmten Gefährdungseigenschaft aufgehoben oder die Zulassung deshalb abgelehnt wurde.⁸⁶⁴ Festzuhalten ist allerdings, dass in Österreich bis dato keine (publizierte) Rechtsprechung zur Arzthaftung wegen der zulassungsüberschreitenden Anwendung eines Arzneimittels existiert. Demgegenüber gibt es eine Entscheidung des OGH, wonach der Arzt für die Unterlassung eines medizinisch indizierten „off-label-use“ bzw für die unterlassene Aufklärung über die Behandlungsmöglichkeit haften musste.⁸⁶⁵

7.3. HAFTUNG DES IMPFSTOFFHERSTELLERS?

Der deutsche Gesetzgeber hat angesichts der möglichen Gesundheitsgefährdungen durch Arzneimittel als „typische Antwort [...] auf schwer kontrollierbare Risiken der modernen Industriegesellschaft“⁸⁶⁶ eine Gefährdungshaftung für pharmazeutische Unternehmer statuiert.⁸⁶⁷ Bei der Gefährdungshaftung⁸⁶⁸ wird dem Arzneimittelhersteller aufgrund des Setzens dieses speziellen Risikos ein dadurch verwirklichter Schaden zugerechnet. Es muss weder ein rechtswidriges Verhalten noch Verschulden vorliegen, alleine die Verursachung⁸⁶⁹ des Schadens durch das Arzneimittel ist erforderlich. Nach § 84 dAMG haftet der pharmazeutische Unternehmer⁸⁷⁰ – innerhalb hoher Haftungsgrenzen⁸⁷¹ – gegenüber dem Patienten, dem das Arzneimittel zugeführt wurde, im Fall von Gesundheitsschäden und des Todes. Die Ersatzpflicht besteht im Wesentlichen, wenn das Arzneimittel beim bestimmungsgemäßen Gebrauch schädliche Wirkungen hat, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen

⁸⁶³ Stadler, Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“ 15, 102; Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 77.

⁸⁶⁴ Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 93.

⁸⁶⁵ OGH 7 Ob 113/08f RdM 2009/34; in diesem Fall: bei einer Patientin mit Kleinwuchs eine Therapie mit Wachstumshormonen, die erfolversprechend und „state of the art“ war.

⁸⁶⁶ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht⁷ Rz 1168.

⁸⁶⁷ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht⁷ Rz 1168; Posch in Holzer/Posch/Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung 130 f.

⁸⁶⁸ Zum Begriff der Gefährdungshaftung: Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht² (1996) Rz 654 ff.

⁸⁶⁹ Hinsichtlich der Verursachung ist in § 84 Abs 2 dAMG eine Reihe von Vermutungen vorgesehen.

⁸⁷⁰ Begriffsdefinition in § 4 Abs 18 dAMG.

⁸⁷¹ Höchstbeträge gem § 88 dAMG: im Falle der Tötung oder Verletzung eines Menschen bis zu einem Betrag von € 600.000 oder bis zu einem Rentenbetrag von jährlich € 36.000, bzw unbeschadet dieser Grenzen im Falle der Tötung oder Verletzung mehrerer Menschen durch das gleiche Arzneimittel bis zu einem Betrag von € 120 Mio. oder bis zu einem Rentenbetrag von jährlich € 7,2 Mio.

Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen (Gefährdungshaftung wegen Arzneimittelherstellung, § 84 Abs 1, 3 dAMG), oder wenn der Schaden infolge einer nicht den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft entsprechenden Kennzeichnung, Fachinformation oder Gebrauchsinformation eingetreten ist (Haftung wegen Arzneimittelinformation, § 84 Abs 1 Nr 2 dAMG).⁸⁷² Bei der Gefährdungshaftung wegen Arzneimittelherstellung reicht Mitverursachung durch die Arzneimittelaufnahme aus. So ist die Verbindung zur Herstellung nach der deutschen Lehre auch noch gegeben, wenn das Arzneimittel die schädigende Wirkung nur in Zusammenhang mit der besonderen Konstitution des Patienten entfaltet.⁸⁷³ Als Beispiel wird passenderweise das folgende angeführt: „Man denke an einen Patienten, der nach einer Schutzimpfung infolge eines Immundefekts gerade wegen der Krankheit stirbt, die durch die Impfung verhindert werden sollte.“⁸⁷⁴

Zwar hatte das dAMG für den österreichischen Gesetzgeber bei der Konzeption des AMG in vielerlei Hinsicht Vorbildfunktion, die Regelungen zu einer Gefährdungshaftung (bzw einer Versicherungspflicht) des Arzneimittelherstellers wurden aber nicht übernommen.⁸⁷⁵ Die Haftung des Impfstoffherstellers findet daher in der österreichischen Rechtsordnung ihre Grundlage in der Verschuldenshaftung nach dem ABGB sowie im PHG.⁸⁷⁶

7.3.1. PRODUKTHAFTUNG BEI IMPFUNGEN

Nach dem PHG haftet der Hersteller (bzw Importeur) eines Arzneimittels für Gesundheitsschäden von Menschen, die durch die Fehlerhaftigkeit des Produkts verursacht wurden (§ 1 PHG).⁸⁷⁷ Nach hL und Rsp umfasst die Haftung des Unternehmens grundsätzlich den bestimmungsgemäßen Gebrauch im Rahmen der Zweckwidmung des Arzneimittels. Bei

⁸⁷² *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 1173 ff; *Liebenwein/Bittermann*, Arzneimittelhaftung und Versicherungspflicht für pharmazeutische Unternehmer(?), RdM-ÖG 2018, 25 (25 f).

⁸⁷³ *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung (2019) 3810, 34 f; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ 1176 f.

⁸⁷⁴ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 1176 f.

⁸⁷⁵ *Posch in Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 131; *Liebenwein/Bittermann*, RdM-ÖG 2018, 25 (27).

⁸⁷⁶ *Liebenwein/Bittermann*, RdM-ÖG 2018, 25 (27); *Posch in Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 134.

⁸⁷⁷ Zur Qualifikation von Arzneimitteln als Produkt iSd § 4 PHG und damit zur Anwendbarkeit des PHG auf Arzneimittel: *Sack*, Probleme des Produkthaftungsgesetzes unter Berücksichtigung der Produkthaftungs-Richtlinie der EG (Teil I), JBl 1989, 615 (620); *Iro*, Schädliche Nebenwirkungen von Medikamenten und Produkthaftung, RdW 1997, 642; *Stadler*, Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“ 41 f; *Bachinger/Plank*, RdM-ÖG 2008, 22. Dass das PHG auch auf Impfungen anzuwenden ist, zeigt OGH 10. 7. 1997, 2 Ob 197/97b.

Arzneimitteln ist grundsätzlich für alle Anwender – auch die Patienten – augenfällig, dass der zweckwidrige Gebrauch gefährlich ist.⁸⁷⁸

Unerwünschte Wirkungen von Schutzimpfungen stellen typischerweise keine Fehler in der Produktion dar, sondern sogenannte „Entwicklungslücken“, die dem Umstand geschuldet sind, dass mit der Impfung verbundene Risiken nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft schlicht nicht gänzlich auszuschließen sind.⁸⁷⁹ Diesbezüglich besteht allerdings eine Hinweispflicht.⁸⁸⁰ Mögliche Risiken der Impfung werden von Patientenseite in Kauf genommen, in der Aussicht auf das (viel wahrscheinlichere) Eintreten der Hauptwirkung, also der Immunisierung. Der Impfstoff ist daher zwar gefährlich, aber nicht fehlerhaft iSd § 5 PHG.⁸⁸¹

Die Fehlerhaftigkeit eines Impfstoffes kann jedoch insbesondere aus seiner Darbietung entspringen (§ 5 Abs 1 Z 1 PHG). Darunter versteht man alle Vorgänge der Präsentation des Produkts durch den Hersteller, wie Aufmachung, Werbung oder Informationen in der Packungsbeilage.⁸⁸² Weist der Hersteller im Zuge der Darbietung des Impfstoffes auf die Risiken nicht ausreichend hin, sodass kein (bzw ein falsches) Gefahrenbewusstsein gebildet wird, ist das Produkt fehlerhaft.⁸⁸³

Allerdings stellt der alleinige Umstand, dass die Gebrauchsinformation⁸⁸⁴ eines Arzneimittels nicht vollständig oder für medizinische Laien nicht vollends verständlich formuliert ist, noch keinen Produktfehler dar, wenn das Arzneimittel typischerweise nur auf Verschreibung eines Arztes erhältlich ist und die dem Arzt gegebenen Fachinformation⁸⁸⁵ die Gefahren und Eigenschaften des Produkts hinreichend aufzeigen. Dies, da der Hersteller in der Gebrauchsanweisung aufgrund der Menge der möglichen Gegebenheiten bzw Konstellationen die Risiken des Arzneimittels nur generell anführen kann, während der Arzt ua mittels der Fachinformation (vergleichsweise mühelos) individuell beurteilen kann, welche Gefahren beim konkreten Patienten bestehen. Da der Hersteller auf das Stattfinden der ärztlichen Aufklärung vertrauen können muss, wird im Fall ihres Unterbleibens die Haftung des Herstel-

⁸⁷⁸ *Bachinger/Plank*, RdM-ÖG 2008, 22; *Fitz/Grau* in *Fitz/Grau/Reindl*, Produkthaftung² (2004) § 5 Rz 77 f.

⁸⁷⁹ *Iro*, RdW 1997, 642; *Fitz/Grau* in *Fitz/Grau/Reindl*, Produkthaftung² § 5 Rz 98.

⁸⁸⁰ *Welser/Rabl*, PHG² (2004) § 5 Rz 7, 37 ff.

⁸⁸¹ *Iro*, RdW 1997, 642; *Fitz/Grau* in *Fitz/Grau/Reindl*, Produkthaftung² § 5 Rz 98.

⁸⁸² *Iro*, RdW 1997, 642; *Stadler*, Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“ 57; *Welser/Rabl*, PHG² § 5 Rz 15 ff; *Rabl*, PHG (2017) § 5 Rz 56 ff.

⁸⁸³ *Preslmayr*, Handbuch des Produkthaftungsgesetzes (1993) 70; OGH 10. 7. 1997, 2 Ob 197/97b; *Welser/Rabl*, PHG² § 5 Rz 17, 39; *Iro*, RdW 1997, 642.

⁸⁸⁴ Die Gebrauchsinformation gem § 15 AMG ist der der Handelspackung beizulegende Text.

⁸⁸⁵ Die Fachinformation gem § 16 AMG ist den Anwendern (insb Ärzten) zugänglich zu machen.

lers nach PHG für eingetretene Nebenwirkungen ausscheiden und den Arzt die allgemeine Verschuldenshaftung treffen.⁸⁸⁶ Diese Ausführungen treffen auch auf Impfungen zu: Impfstoffe sind aufgrund der Rezeptpflichtverordnung⁸⁸⁷ grundsätzlich verschreibungspflichtig, wobei in aller Regel Eltern, die ihre Kinder impfen lassen wollen, der Weg zur Apotheke ohnehin erspart bleibt, weil beim Kinderarzt die empfohlenen Kinderimpfungen typischerweise vorhanden sind. Jedenfalls werden die Impfstoffe letztendlich vom Arzt verabreicht (Arztvorbehalt, siehe Kap 3.3.), sodass vor der Anwendung stets ein individuelles Aufklärungsgespräch stattfindet.

Zur Produkthaftung bei Impfungen ist eine einschlägige Entscheidung des OGH hervorzuheben, in der ein Kind infolge einer Tuberkuloseschutzimpfung bleibende Gesundheitsschäden davontrug. Die (einwilligende) Mutter wurde nicht darüber aufgeklärt, dass hier ein neuer Impfstoff zur Anwendung kam, der verglichen mit dem gewöhnlichen eine erhöhte Reaktogenität⁸⁸⁸ aufwies und nach einer veröffentlichten WHO-Empfehlung nicht in einem Land verwendet werden sollte, welches erfolgreich einen anderen Impfstoff einsetzt. Der OGH billigte die Ausführungen des OLG Innsbruck, wonach der verwendete Impfstoff hinsichtlich seiner Darbietung fehlerhaft gewesen sei und sohin die Produkthaftung bejaht wurde. Bei richtiger Darbietung hätte auf die stärkere Reaktogenität und die bestehende WHO-Empfehlung hingewiesen werden müssen, um der vergleichsweise höheren Gefährlichkeit des Produkts gerecht zu werden. Die Produkthaftung tritt nur ein, wenn die mangelhafte Darbietung auch kausal für den eingetretenen Schaden war, was zu verneinen gewesen wäre, wenn der Arzt die Impfung auch bei Vorliegen der Warnhinweise durchgeführt hätte bzw die Obsorgeberechtigte bei entsprechender Aufklärung ihre Einwilligung dennoch erteilt hätte. Der (unzutreffenden) Argumentation der klagenden Partei, wonach der Impfstoff unabhängig von der Darbietung aufgrund seiner Gefährlichkeit nicht verabreicht werden hätte dürfen und schon deshalb die Produkthaftung ausgelöst werde, entgegnete das Höchstgericht, dass § 5 PHG eben nicht auf die Gefährlichkeit, sondern auf die Fehlerhaftigkeit eines Produkts abstelle. Durch die Natur des Produktes bedingte schädliche Nebenwirkungen seien keine Fehler, sie können von der Allgemeinheit als Nachteil akzeptiert werden. Sind derartige Risiken dem allgemeinen Nutzerkreis unbekannt, könne der Hersteller die Fehlerfreiheit des

⁸⁸⁶ Iro, RdW 1997, 642; Fitz/Grau in Fitz/Grau/Reindl, Produkthaftung² § 5 Rz 89; Oblin, Die Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte nach dem PHG (2000) 97 ff.

⁸⁸⁷ Verordnung des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz vom 30. August 1973 über rezeptpflichtige Arzneimittel, BGBl 1973/475 idF BGBl II 2018/20; erlassen aufgrund § 1 Abs 1 Rezeptpflichtgesetz (Bundesgesetz vom 25. Oktober 1972 über die Abgabe von Arzneimitteln auf Grund ärztlicher Verschreibung, BGBl 1972/413 idF BGBl I 2018/100).

⁸⁸⁸ Dh häufigere Impfreaktionen bzw -nebenwirkungen.

Impfstoffs nur durch eine angemessene Darbietung mit zur Bildung eines allgemeinen Gefahrenbewusstseins tauglichen Warnhinweisen herbeiführen.⁸⁸⁹

Im Übrigen zeigt diese Entscheidung auch, dass Arzthaftung und Produkthaftung nebeneinander geltend gemacht werden können. Im gegenständlichen Fall wurde die Produkthaftung des Unternehmens wegen mangelhafter Darbietung und die Haftung des Anstaltsträgers wegen unzureichender Risikoauflärung des Arztes bejaht (sowie überdies Amtshaftung aufgrund der rechtswidrigen Erteilung der behördlichen Zulassung des Impfstoffs).⁸⁹⁰

7.3.2. VERHÄLTNIS VON PRODUKTHAFTUNG UND ARZTHAFTUNG BEI „OFF-LABEL-USE“

Werden Impfungen zulassungsüberschreitend angewendet („off-label-use“), kann dies Auswirkungen auf die Relation zwischen Produkthaftung und Arzthaftung haben. Die verschuldensunabhängige Produkthaftung des Herstellers und die verschuldensabhängige Haftung des Arztes gelten prinzipiell nebeneinander.⁸⁹¹ Festzuhalten ist, dass weder beim zulassungskonformen Gebrauch nur der Hersteller nach dem PHG für eingetretene Schäden haftet, noch beim „off-label-use“ das Risiko der Produkthaftung auf den anwendenden Arzt übergeht.⁸⁹² Jedoch verringert sich beim zulassungsüberschreitenden Gebrauch der Umfang der Produkthaftung des Herstellers. Dies bedeutet nicht, dass sich die Produkthaftung auf den Arzt verlagert. Diesen trifft allerdings eine erhöhte Verantwortung bei der Indikationsstellung und Risikoabwägung, da er mangels standardisierter Fachinformationen die Beurteilung des Risikoprofils mittels sonstiger Informationsquellen selbst durchzuführen hat.⁸⁹³

Der „off-label-use“ einer Impfung hat sohin nicht automatisch den Wegfall der Produkthaftung des Herstellers zur Folge: Nach § 5 Abs 1 Z 2 PHG ist ein Produkt nämlich auch dann fehlerhaft, wenn es nicht jene Sicherheit aufweist, die unter Berücksichtigung aller Umstände erwartet werden kann, ua angesichts der Verwendung des Produkts, mit der billigerweise gerechnet werden kann. Daher ist eine Einschränkung des Haftungsrisikos des Herstellers bzw die Einschränkung der Verwendungsweisen des Produkts durch Zweckbestimmungen in der Fachinformation oder die (durch den arzneimittelrechtlichen Zulassungsantrag bestimmte)

⁸⁸⁹ OGH 2 Ob 197/97b RdM 1998/18; Iro, RdW 1997, 642 f.

⁸⁹⁰ OGH 2 Ob 197/97b RdM 1998/18.

⁸⁹¹ Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 97; OGH 2 Ob 197/97b RdM 1998/18.

⁸⁹² Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 97 f.

⁸⁹³ Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 98.

Begrenzung des Zulassungsumfanges nicht vorbehaltlos möglich. Der Hersteller kann dennoch für einen zulassungsüberschreitenden Gebrauch haften, sofern mit diesem billigerweise zu rechnen war.⁸⁹⁴ Bei der Beurteilung der billigerweise zu erwartenden Anwendung wird wesentlich sein, ob der konkrete Gebrauch vorhersehbar und die Produktinformation tauglich verfasst war.⁸⁹⁵ Der Erzeuger eines Impfstoffes kann insofern auch aufgrund eines sozialüblichen, geduldeten „off-label-use“ von der Produkthaftung betroffen sein (sofern der konkrete Gebrauch nicht explizit für kontraindiziert erklärt wird), wenn die Wirksamkeit und klinische Anwendung eines Impfstoffes „off-label“ in Expertenkreisen anerkannt ist oder diese dem Hersteller aus der notwendigen Beobachtung des Impfstoffes bekannt sein müsste, sowie erst recht, wenn der Erzeuger die Anwendung außerhalb der Zulassung selbst fördert oder bewirbt.⁸⁹⁶

7.3.3. VERSCHULDENSHAFTUNG NACH ABGB

Eine – im Gegensatz zum PHG verschuldensabhängige – Haftung des Impfstoffherstellers nach den allgemeinen Haftungsregeln des ABGB ist insbesondere möglich, wenn gewisse Normen des AMG als Schutzgesetze zu werten sind und iVm § 1311 ABGB eine alternative, mit dem PHG konkurrierende, Haftungsgrundlage begründen.⁸⁹⁷ Da typischerweise kein Vertragsverhältnis zwischen dem Impfstoffhersteller und der durch den Impfstoff geschädigten Person besteht, kommt nur eine Haftung *ex delicto* in Betracht.

Aufgrund der Vielzahl arzneimittelrechtlicher Vorschriften können hier nur einige Beispiele für als Schutzgesetze zu qualifizierende Normen angeführt werden: § 3 Abs 1 AMG verbietet das Inverkehrbringen von Arzneimitteln, bei denen es nach dem Stand der Wissenschaft und den praktischen Erfahrungen nicht als gesichert erscheint, dass sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch keine schädliche Wirkung haben, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgeht. Diese Regelung berücksichtigt den Umstand, dass eine bestimmte Gefährlichkeit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, diese aber hingenommen wird, wenn eine positive Nutzen-Risiko-Relation vorliegt.⁸⁹⁸ § 4 AMG verbietet die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln, die in ihrer

⁸⁹⁴ Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 99.

⁸⁹⁵ Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 99; Fitz/Grau/Reindl, PHG² § 5 Rz 6 ff; Oblin, Die Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte nach dem PHG 106 ff.

⁸⁹⁶ Fitz/Grau/Reindl, PHG² § 5 Rz 74, 85; Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely, FS Raschauer 99; Iro, RdW 1997, 642.

⁸⁹⁷ Posch in Holzer/Posch/Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung 134.

⁸⁹⁸ Posch in Holzer/Posch/Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung 138.

Qualität nicht dem Stand der Wissenschaft entsprechen, weiters das Inverkehrbringen von Arzneimitteln, deren Haltbarkeit nicht gegeben bzw deren Verfalldatum überschritten ist und deren Handelspackung nachteilige Auswirkungen auf die Qualität des Arzneimittels haben könnte. Weiters ist es nach § 6 AMG im Wesentlichen untersagt, Wirkstoffe bzw Arzneimittel in Verkehr zu bringen, die irreführende Angaben oder Aufmachungen aufweisen. Im Übrigen ergeben sich aus den Pflichten des Zulassungsinhabers iZm der Beobachtung des Impstoffes (Pharmakovigilanz-System, Meldepflichten) bestimmte Schutznormen, die am Beispiel des „off-label-use“ beschrieben werden sollen.⁸⁹⁹

Auch beim „off-label-use“ von Impfungen ist eine Verschuldenshaftung des Herstellers möglich. Die Rechtswidrigkeit kann hier insbesondere durch die Verletzung der Produktbeobachtungspflicht und in weiterer Folge der Warnpflicht des Impfstoffherstellers begründet werden.⁹⁰⁰ Im Rahmen der Produktbeobachtungspflicht hat der Hersteller seinen Impfstoff am Markt zu beobachten, um potenzielle davon ausgehende Gefahren festzustellen und gefährdete Personen warnen zu können, bzw den Anwendungsbereich zu ändern oder einzuschränken.⁹⁰¹ Die Produktbeobachtungspflicht des Impfstoffherstellers ergibt sich mE aus folgenden Bestimmungen: Nach § 75i AMG hat der Zulassungsinhaber ein Pharmakovigilanz-System für seine Arzneyspezialitäten zu betreiben und ua diese Daten zu überwachen, um zu ermitteln, ob es neue Risiken gibt bzw sich bestehende Risiken verändert haben (Abs 2 Z 6 leg cit). Zudem hat der Zulassungsinhaber gem § 75j AMG vermutete Nebenwirkungen zu erfassen und zu melden. Diese Bestimmungen werden im Hinblick auf eine allfällige Verschuldenshaftung als Schutzgesetze qualifiziert werden können.⁹⁰² Werden im Zuge der Produktbeobachtung Fehler erkannt, treffen den Hersteller weiters Warnpflichten, die auch den Instruktionbereich umfassen, sodass der Hersteller bei neu auftretenden Risiken zur Anpassung der Gebrauchs- und Warnhinweise angehalten sein kann.⁹⁰³ Beim „off-label-use“ von Impfungen kann sich eine Verschuldenshaftung des Impfstoffherstellers insbesondere daraus ergeben, dass sich bestimmte Gefahren eines Impfstoffs im Zuge des zulassungsüberschreitenden Einsatzes in der medizinischen Praxis äußern, der Hersteller es dann jedoch unterlässt, entsprechende Warnhinweise zu geben.⁹⁰⁴ Die Haftung ist aber durch die Zumutbarkeit der

⁸⁹⁹ Posch in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 138 ff.

⁹⁰⁰ Stadler, *Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“* 169.

⁹⁰¹ Welser/Rabl, PHG² § 5 Rz 7, 58; Stadler, *Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“* 169.

⁹⁰² Stadler, *Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“* 171 f; Posch in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 140; unter Bezugnahme auf ältere Fassungen des AMG.

⁹⁰³ OGH 7. 4. 1999, 2 Ob 309/99a; Stadler, *Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“* 170.

⁹⁰⁴ Stadler, *Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“ von Arzneimitteln* 170.

Produktbeobachtungs- bzw Warnpflicht begrenzt, sie kann sohin etwa bei unzumutbaren Kosten für den Impfstoffhersteller verneint werden.⁹⁰⁵

Führt ein schuldhafter Verstoß des Impfstoffherstellers gegen ein arzneimittelrechtliches Schutzgesetz zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung eines Impflings, können (unabhängig von möglichen Ansprüchen nach dem PHG) nach § 1311 ABGB Schadenersatzansprüche erhoben werden.⁹⁰⁶ Der Geschädigte ist hier insofern in einer privilegierten Lage, als die Gerichte bei Schutzgesetzverletzungen die Kausalität von Handlung und Pflichtwidrigkeit prima facie annehmen, die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens umgekehrt ist und sich das Verschulden lediglich auf die Verletzung des Schutzgesetzes, nicht auch auf die Zufügung des Schadens erstrecken muss.⁹⁰⁷ Zudem ist das Verschulden des Impfstoffherstellers nach dem strengeren Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB zu beurteilen.⁹⁰⁸

Letztlich ist es aber auch bei Befolgung sämtlicher arzneimittelrechtlicher Vorschriften durch den Hersteller möglich, dass die Impfung beim Geimpften dennoch Schäden verursacht. Mangels Verletzung eines Schutzgesetzes wird hier eine Verschuldenshaftung des Impfstoffherstellers nach dem ABGB ausscheiden. Die hierbei entstehenden Lücken sollen durch das PHG geschlossen werden.⁹⁰⁹

7.3.4. EXKURS: HAFTUNG FÜR DIE WIRKUNGSLOSIGKEIT VON IMPFUNGEN

In diesem Zusammenhang soll schließlich noch der Frage nachgegangen werden, ob auch Gesundheitsschäden, die aus der Wirkungslosigkeit eines verabreichten Impfstoffes resultieren, für den Hersteller Haftungsfolgen nach sich ziehen können. In solchen Fällen wirkt nicht das Produkt direkt auf andere Rechtsgüter schädigend, sondern werden aufgrund dessen Untauglichkeit von dritter Seite drohende Schäden nicht verhindert.⁹¹⁰

Zunächst ist auch hier ein Blick nach Deutschland aufschlussreich. Die Regelung der Gefährdungshaftung des pharmazeutischen Unternehmens in § 84 dAMG lässt grundsätzlich nur für Schäden durch das Arzneimittel haften, nicht aber für dessen Wirkungslosigkeit. Ist eine

⁹⁰⁵ *Fitz/Grau/Reindl*, PHG² § 5 Rz 155; *Stadler*, Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“ 170.

⁹⁰⁶ *Posch in Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 141 f.

⁹⁰⁷ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1311 Rz 8 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ (2018) 283; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1311 Rz 50 ff (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *Posch in Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 141 f.

⁹⁰⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 594; *Posch in Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 141 f.

⁹⁰⁹ *Posch in Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung 142.

⁹¹⁰ *Rabl*, PHG 158.

Impfung wirkungslos, etwa weil durch einen Fabrikationsfehler eine zu geringe Menge eines Wirkstoffes in den Impfstoff kam, löst dies keine Ersatzpflicht nach § 84 dAMG aus.⁹¹¹ Nach *Deutsch/Spickhoff* wird die von § 84 dAMG betroffene Gefährdung im „Übermaß der Neben- und Wechselwirkungen“ gesehen, nicht jedoch im Nichtaufhalten der Krankheit, wenngleich dies für manche Arten von Arzneimitteln, wie zB Impfstoffe, unberechtigt erscheinen möge.⁹¹² Allerdings ist die Wirkungslosigkeit eines Arzneimittels vom Begriff des „Fehlers“ iSd dPHG umfasst. Konkret ist die Wirkungslosigkeit eines Arzneimittels dann als fehlerhaft zu qualifizieren, wenn die Wirkung erwartet werden konnte – was ua bei Diagnosesets, Sera und Impfstoffen angenommen wird – und ein anderes Arzneimittel bzw eine andere Behandlung unterlassen worden war, welche die Krankheit beeinflusst (also „gewirkt“) hätte.⁹¹³ Dies wird mE im Ergebnis bedeuten, dass der Hersteller eines Impfstoffes für Schäden infolge unwirksamer Impfungen nach PHG zur Haftung herangezogen werden kann, wenn auch ein anderer, wirksamer Impfstoff gegen dieselbe Krankheit vorhanden gewesen wäre, der aber in Erwartung der Wirksamkeit des verabreichten Impfstoffs unterlassen wurde.

In Österreich herrschen geteilte Lehrmeinungen, ob bzw unter welchen Bedingungen sich die Produkthaftung des Herstellers auch auf die Unwirksamkeit des Produktes erstreckt. Nach einem Teil der Lehre stellt die Wirkungslosigkeit keinen Fehler iSd PHG dar. Dies insbesondere, da eine Gewährung des Ersatzanspruchs dem Zweck der Produkthaftung widerspräche, der im Eingriff in die rechtlich geschützte Sphäre des Verwenders durch eine schädliche Eigenschaft des verwendeten Produkts zu erblicken sei, was bei einer Schädigung durch ein unwirksames Produkt nicht vorliege. Zudem werde sonst das Erfüllungsinteresse ersetzt, was prinzipiell von der Produkthaftung nicht umfasst sei. Das Einbeziehen der Unwirksamkeit von Produkten führe zu einer verschuldensunabhängigen Haftung für die Beschaffenheit der Leistung, dh einer Art Garantie, die der österreichischen Rechtsordnung jedoch fremd sei.⁹¹⁴

Demgegenüber bejaht die mittlerweile herrschende Lehre die Möglichkeit, dass die Wirkungslosigkeit von Produkten einen Fehler iSd PHG darstellt.⁹¹⁵ Würde man die Haftung bei

⁹¹¹ *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung 3800, 24; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 1177.

⁹¹² *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 1177.

⁹¹³ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ Rz 1186; BGH LM BGB § 823 (Dc) Nr. 130 m. Anm. *Weber*; *Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung 3604, 25 f.

⁹¹⁴ *Welser*, Das neue Produkthaftungsgesetz, WBl 1988, 165 (173); *ders*, PHG¹ (1988) § 5 Rz 20 ff; *Preslmayr*, Handbuch der Produkthaftung² (2002) 74, *Reindl* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung (1988) Vorbem Rz 4.

⁹¹⁵ *Sack*, JBl 1989, 615 (622 f); *P. Bydlinski*, Bemerkungen zu aktueller Produkthaftungsliteratur, ZVR 1989, 33; *Musger*, Zur Anwendung des PHG auf wirkungslose Produkte, WBl 1990, 289 (290 f); *Grau*, Produkt-

Produkten verneinen, die gerade aufgrund ihrer gefahren- und schadensvermeidenden Wirkung erworben werden, diesen Zweck aber nicht erfüllen, wäre ein beachtlicher Teil der Fälle von der Produkthaftung ausgenommen, für die das Gesetz aber intendiert sei. Auch spricht der Umstand, dass die Produkthaftung nicht auf die Gebrauchstauglichkeit, sondern den Eingriff in die rechtlich geschützte Sphäre des Verwenders abzielt, nicht gegen die herrschende Auffassung, da sich vertragliches Erfüllungsinteresse und das nach dem PHG relevante Integritätsinteresse überschneiden können, sodass auch das PHG anwendbar ist.⁹¹⁶

Auch innerhalb der herrschenden Lehre werden wiederum von einzelnen Autoren abweichende Meinungen zu den genaueren Haftungsvoraussetzungen vertreten. So wird teils angenommen, dass die Wirkungslosigkeit nur bei solchen Produkten als Fehler zu werten ist, deren Zweck darin besteht, gerade die durch die Unwirksamkeit beeinträchtigten Rechtsgüter vor Schäden oder Gefahren zu schützen.⁹¹⁷ Nach anderer, überzeugender Ansicht findet sich für eine solche Zweckprüfung keine Grundlage im PHG und verkennt diese Annahme weiters den Fehlerbegriff, da es irrelevant sei, was Hersteller oder Abnehmer ex ante mit dem Produkt bezweckt hatten. Vielmehr ist in der Unwirksamkeit des Produkts schlicht dann ein Fehler zu erblicken, wenn die konkret unterbliebene Wirkung innerhalb der berechtigten Erwartungen an das Produkt unter Berücksichtigung aller Umstände liegt.⁹¹⁸

Der OGH bestätigte die Ansicht der herrschenden Lehre in der Entscheidung 6 Ob 162/05z. Das Höchstgericht erachtete es für die Frage der Fehlerhaftigkeit schlicht für ausschlaggebend, „ob das Produkt ein nicht zu erwartendes Sicherheitsdefizit aufweist und dadurch gesetzlich geschützte Rechtsgüter schädigt“, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob der Fehler auf zu viel, zu wenig oder gar keiner Wirkung gründet.⁹¹⁹

Im Ergebnis können sohin Gesundheitsschäden, die aus der Wirkungslosigkeit von Impfungen resultieren, sofern auch die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen (insb Kausalität, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Adäquanz) vorliegen, zur Produkthaftung des Herstellers führen, da bei Impfstoffen die Immunisierung des Geimpften mE klar im Bereich der legitimen Erwartungen an das Produkt liegt.

fehler (2002) 88 ff; *Fitz/Grau* in *Fitz/Grau/Reindl*, Produkthaftung² § 5 Rz 126 ff; *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ (2014) 481 f; *Rabl*, PHG 160 f.

⁹¹⁶ *Fitz/Grau* in *Fitz/Grau/Reindl*, Produkthaftung² § 5 Rz 128; *Sack*, JBl 1989, 615 (622).

⁹¹⁷ *Grau*, Produktfehler 91; *Fitz/Grau* in *Fitz/Grau/Reindl*, Produkthaftung² § 5 Rz 128.

⁹¹⁸ *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ 482; *Rabl*, PHG 160 f.

⁹¹⁹ OGH 21. 6. 2007, 6 Ob 162/05z.

7.4. IMPFSCHADENGESETZ

Nach Maßgabe des im Jahr 1973 eingeführten Impfschadengesetzes hat der Bund für Schäden, die durch die nachstehenden Schutzimpfungen verursacht worden sind, Entschädigung zu leisten:

- a. Schutzimpfungen auf Grund des bis 31. 12. 1980 in Geltung stehenden Bundesgesetzes über Schutzimpfungen gegen Pocken, welche obligatorischen Charakter hatten (§ 1 Z 1 ImpfSchG).
- b. Impfungen auf Grund einer behördlichen Anordnung nach § 17 Abs 3 EpG: Nach dieser Bestimmung können für Personen, die sich berufsmäßig mit der Krankenbehandlung, der Krankenpflege oder der Leichenbesorgung beschäftigen, sowie für Hebammen Schutzimpfungen angeordnet werden. Seit einer mit BGBl I 2006/114 eingeführten Regelung kann die Bezirksverwaltungsbehörde darüber hinaus auch in Einzelfällen die Impfung anderer Personen anordnen, wenn diese besonders gefährdet sind und die Impfung im Hinblick auf Art und Umfang des Auftretens einer meldepflichtigen Krankheit zum Schutz vor deren Weiterverbreitung unbedingt erforderlich ist (§ 17 Abs 4 EpG). Schutzimpfungen, die auf diese Weise angeordnet wurden, sind aber bislang noch nicht von der Ersatzpflicht nach § 1 Z 2 ImpfSchG umfasst. Nach *Langbauer* ist eine Ersatzpflicht aber aufgrund der Gleichartigkeit dieser Anordnungen auch für Fälle des § 17 Abs 4 EpG anzunehmen, da eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Unvollständigkeit des positiven Rechts vorliege und das ImpfSchG analog anzuwenden sei.
- c. Schutzimpfungen gegen Pocken gemäß § 3 des Bundesgesetzes über Ausnahmen von der Impfpflicht gegen Pocken in den Kalenderjahren 1977 bis 1978⁹²⁰ und gemäß § 3 des Bundesgesetzes über Ausnahmen von der Impfpflicht gegen Pocken in den Kalenderjahren 1979 bis 1980⁹²¹: Obwohl mittels dieser Gesetze die generelle Impfpflicht gegen Pocken zwischen 1977 und 1980 sukzessive gelockert wurde, konnten Kinder, die von der Impfpflicht eigentlich bereits ausgenommen waren, auf Verlangen des gesetzlichen Vertreters dennoch entsprechend dem ursprünglichen gesetzlichen

⁹²⁰ Bundesgesetz über Ausnahmen von der Impfpflicht gegen Pocken in den Kalenderjahren 1977 bis 1978, BGBl 1977/167.

⁹²¹ Bundesgesetz über Ausnahmen von der Impfpflicht gegen Pocken in den Kalenderjahren 1979 bis 1980, BGBl 1978/563.

Schema geimpft werden. § 1 Z 3 ImpfSchG gewährt auch solchen Personen einen Entschädigungsanspruch.

- d. Schutzimpfungen gegen Pocken, die nach § 5 des Bundesgesetzes über die sanitätspolizeiliche Grenzkontrolle⁹²² den Grenzkontrollorganen auf deren Verlangen und auf Bundeskosten verabreicht wurden (§ 1 Z 4 ImpfSchG).
- e. Schutzimpfungen auf Grund des Impfgesetzes vom 8. 4. 1874, deutsches RGBl, S 31, in der Fassung der Kundmachung GBlÖ 1939/936 ab 27. 4. 1945 im Bundesgebiet verursacht worden sind (§ 1a ImpfSchG).

Impfschäden aufgrund von Schutzimpfungen im Sinne der obigen Punkte a., c., d. und e. verlieren zunehmend an Bedeutung, einerseits aufgrund des wachsenden Zeitabstands und andererseits, da die Pocken seit über 30 Jahren als ausgerottet gelten.

- f. Schutzimpfungen, die in einer gemäß § 1b Abs 2 ImpfSchG erlassenen Verordnung zur Abwehr einer Gefahr für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung im Interesse der Volksgesundheit empfohlen werden. Diese von dem für das Gesundheitsressort zuständigen Bundesminister erlassene Verordnung⁹²³ berücksichtigt medizinische Entwicklungen und wird sohin regelmäßig angepasst.⁹²⁴ Die Verordnung ist allerdings nicht deckungsgleich mit den Empfehlungen des Obersten Sanitätsrates (Impfplan), obgleich sie diesen weitgehend entspricht. Nach § 1 der Verordnung in der geltenden Fassung sind zunächst Impfungen gegen Diphtherie, FSME, Haemophilus influenzae B, Hepatitis B, HPV, Masern, Meningokokken, Mumps, Pertussis, Pneumokokken, Poliomyelitis, Rotavirus, Röteln und Tetanus umfasst. Nach § 2 besteht bei Tollwut-Impfungen dann eine Ersatzpflicht nach dem ImpfSchG, wenn diese präexpositionelle Schutzimpfungen von Angehörigen gefährdeter Berufe darstellen. Weiters nennt die Verordnung Impfungen zur Vorbeugung von Gefahren durch aktuelle bioterroristische Bedrohungen bzw. im Zusammenhang mit bioterroristischen Angriffen oder kriegerischen Auseinandersetzungen (§ 3). Schließlich unterwirft die Verordnung in § 3a auch Impfungen gegen Influenza dem ImpfSchG, sofern ein in Österreich zugelassener Impfstoff verwendet wurde und wenn bzw solange die WHO eine Influenzapandemie ausgerufen hat. Für den Anspruch auf Entschädigung ist we-

⁹²² Bundesgesetz über die sanitätspolizeiliche Grenzkontrolle, BGBl 1975/15.

⁹²³ Verordnung über empfohlene Impfungen 2006, BGBl II 2006/526, idF BGBl II 2014/33.

⁹²⁴ Langbauer, Impfwesen 129.

sentlich, dass die Impfung zum Zeitpunkt ihrer *Vornahme* von der Verordnung erfasst ist.⁹²⁵

- g. Schutzimpfungen, die im Mutter-Kind-Pass genannt sind (§ 1b Abs 3 ImpfSchG): Diese sind in der Verordnung über empfohlene Impfungen enthalten und entsprechen auch den Empfehlungen des Obersten Sanitätsrates.⁹²⁶

Festzuhalten ist sohin, dass der Begriff des Impfschadens iSd ImpfSchG unabhängig von der in Kap. 2.5. erläuterten Einteilung der unerwünschten Ereignisse nach Impfungen zu verstehen ist.

Hinsichtlich der Kausalitätsfrage, dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Impfung und der gesundheitlichen Schädigung, bestehen bei der Gewährung von Ansprüchen aus dem ImpfSchG Besonderheiten:

Vor der Novelle des ImpfSchG im Jahr 2005 (BGBl I 2005/48) hat der VwGH einen Entschädigungsanspruch nach Maßgabe dieses Gesetzes nur dann zuerkannt, wenn ein Ursachenzusammenhang festgestellt werden konnte.⁹²⁷ Indes hat den Kausalitätsnachweis der Impfung für den eingetretenen Schaden als anspruchsbegründende Tatsache nach allgemeinen Regeln des Schadenersatzes der Geschädigte zu führen.⁹²⁸ Da jedoch gerade bei der Geltendmachung von Impfschäden (ähnlich wie bei ärztlichen Behandlungsfehlern) das Problem der besonderen Schwierigkeit exakter Kausalitätsfeststellungen in Bezug auf Vorgänge im individuellen lebenden Organismus besteht, sind nach dem VwGH zur Beurteilung der Kausalität von Impfschäden (erleichternd) die folgenden drei Kriterien zu prüfen: Zunächst muss ein klarer zeitlicher Zusammenhang zwischen Impfung und Symptomatik bestehen, die Inkubationszeit muss zutreffen; weiters muss die aufgetretene Symptomatik als Impfnebenwirkung bekannt sein; schließlich darf keine andere, wahrscheinlichere Erklärungsmöglichkeit für die Gesundheitsschädigung existieren (Ausschlussdiagnose). Von einem Impfschaden ist nur auszugehen, wenn alle diese Kriterien bejaht werden können.⁹²⁹

⁹²⁵ Ernst/Jez/Kräftner/Lechner/Leischner-Lenzhofer/Noe/Steinböck, Ermittlungsverfahren bei behauptetem Impfschaden, RdM-LS 2018/136 zu BVwG 27. 3. 2018, W209 2011034-1.

⁹²⁶ Langbauer, Impfwesen 130.

⁹²⁷ VwGH 23. 1. 2001, 2000/11/2063; 18. 12. 2007, 2004/11/0153.

⁹²⁸ VwGH 18. 12. 2007, 2004/11/0153.

⁹²⁹ VwGH 25. 4. 2006, 2003/11/0043; 18. 12. 2007, 2004/11/0153; Ernst/Jez/Kräftner/Lechner/Leischner-Lenzhofer/Noe/Steinböck, RdM-LS 2018/136 zu BVwG 27. 3. 2018, W209 2011034-1; Langbauer, Impfwesen 134.

Gemäß nunmehriger Rechtslage – nach der genannten ImpfSchG-Novelle 2005 – gewährt der VwGH in neuerer Judikatur einen Entschädigungsanspruch nicht nur beim Kausalitätsnachweis, sondern bereits im Falle der Kausalitätswahrscheinlichkeit.⁹³⁰ In § 3 Abs 3 ImpfSchG wird nunmehr für diese Beurteilung auf § 2 HVG⁹³¹ verwiesen, nach dessen Abs 2 die Glaubhaftmachung eines ursächlichen Zusammenhangs genügt, wenn die bestehenden Verhältnisse den Nachweis der Kausalität ausschließen. Nach den Erläuterungen zur ImpfSchG-Novelle 2005 wird dadurch ein Entschädigungsanspruch bereits dann eingeräumt, wenn „die Gesundheitsschädigung zumindest mit Wahrscheinlichkeit auf die verabreichte Impfung zurückzuführen ist.“⁹³² In Bezug auf die Merkmale, bei deren Bestehen jedenfalls von einer Wahrscheinlichkeit der Kausalität auszugehen ist, stützt sich der VwGH auf seine Judikatur zur alten Rechtslage.⁹³³ Die Kausalitätswahrscheinlichkeit ist demnach jedenfalls zu bejahen, wenn „auf Grund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens anzunehmen ist, dass die drei genannten Kriterien (entsprechende Inkubationszeit, entsprechende Symptomatik, keine andere wahrscheinlichere Ursache) erfüllt sind.“⁹³⁴ Aus der Verwendung des Wortes „jedemfalls“, welches sich in der Judikatur zur alten Rechtslage noch nicht findet, ließe sich möglicherweise schließen, dass eine Glaubhaftmachung des ursächlichen Zusammenhangs auch unterhalb der „Schwelle“ dieser Kriterien denkbar ist.

Für die Auslegung des Begriffs der „Wahrscheinlichkeit“ gilt folgendes: „Wahrscheinlichkeit ist gegeben, wenn nach der gelten ärztlichen-wissenschaftlichen Lehrmeinung erheblich mehr für als gegen einen ursächlichen Zusammenhang spricht. Die bloße Möglichkeit einer Verursachung reicht für die Begründung eines Anspruchs nicht aus. Lagen erste Anzeichen einer Gesundheitsschädigung [...] bereits vor der Impfung [vor], ist die Gesundheitsschädigung nicht mit Wahrscheinlichkeit ursächlich auf die Impfung zurückzuführen.“⁹³⁵ „Wenn ein direkter Nachweis eines ätiologischen Zusammenhangs mit einer Impfung [...] im Nachhinein nicht möglich ist, wird zumindest das Fehlen einer anderen, wahrscheinlicheren Erklärungsmöglichkeit gefordert. Hat ein im Verfahren beigezogener fachärztlicher Sachverständiger in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise ausgeführt, dass aufgrund des schädi-

⁹³⁰ VwGH 17. 11. 2009, 2007/11/0005; 31. 1. 2011, 2007/11/0034.

⁹³¹ Bundesgesetz vom 5. 2. 1964 über die Versorgung der den Präsenzdienst leistenden Wehrpflichtigen und ihrer Hinterbliebenen, BGBl 1964/27 idF BGBl I 2015/162.

⁹³² RV 671 BlgNR 22. GP 6.

⁹³³ *Zeinhofer*, Anforderungen an den Kausalitätsbeweis nach Impfschadengesetz, RdM-LS 2010/20 zu VwGH 17. 11. 2009, 2007/11/0005.

⁹³⁴ VwGH 17. 11. 2009, 2007/11/0005.

⁹³⁵ *Ernst/Jez/Kräftner/Lechner/Leischner-Lenzhofer/Noe/Steinböck*, Wahrscheinlichkeit Impfschaden, RdM-LS 2017/137 zu BVwG 27. 3. 2018, W209 2001117-1.

genden Ereignisses kausale Gesundheitsschädigungen [...] vorliegen, sind diese in rechtlicher Hinsicht zumindest mit Wahrscheinlichkeit auf das Ereignis zurückzuführen.“⁹³⁶

Von Bedeutung für eine etwaige Ersatzpflicht nach dem ImpfSchG ist hier sohin nur der Nachweis der Kausalitätswahrscheinlichkeit zwischen Impfung und Schaden, eine allfällige unzureichende Untersuchung oder mangelhafte Aufklärung kann hingegen keinen Anspruch nach dem ImpfSchG begründen.⁹³⁷

Die Beurteilung der Kausalität stellt eine Rechtsfrage dar, welche somit von der Behörde selbst zu entscheiden ist und nicht einem Sachverständigen, der ja nur für die medizinisch-fachliche Beurteilung zuständig ist, überlassen werden kann.⁹³⁸

Eine Ersatzpflicht nach dem ImpfSchG besteht, wenn die Impfung vorübergehende Gesundheitsstörungen hervorruft, die das Ausmaß einer schweren Körperverletzung iSd § 84 StGB erreichen, weiters wenn der Geschädigte Dauerfolgen oder gar einen tödlichen Impfschaden davonträgt.

In diesen Fällen sind folgende Leistungen durch den Bund vorgesehen: Zunächst sind die Behandlungskosten zur Besserung oder Heilung des Impfschadens, sowie die Rehabilitationskosten zu übernehmen (§ 2 Abs 1 lit a und b ImpfSchG). Eine diesbezügliche Einschränkung besteht insofern, als in Fällen, in denen die Schädigung keine Dauerfolgen herbeiführt, eine derartige Entschädigung nur gebührt, wenn durch die Impfung eine schwere Körperverletzung iSd § 84 Abs 1 StGB bewirkt worden ist (§ 2a Abs 1 ImpfSchG). Weiters sind allenfalls wiederkehrende Geldleistungen im gleichen Ausmaß wie die entsprechenden Leistungen nach dem HVG (Beschädigtenrente, Pflegezulage) zu leisten (§ 2 Abs 1 lit c ImpfSchG). Im Fall des Todes des Geschädigten infolge des Impfschadens ist Hinterbliebenenversorgung im gleichen Ausmaß wie die entsprechenden Leistungen nach dem HVG (Sterbegeld, Witwenrente, Waisenrente) zu leisten (§ 2 Abs 1 lit d ImpfSchG).

Beim Leistungskatalog des ImpfSchG handelt es sich um eine abschließende Aufzählung, sodass sich aus diesem Gesetz keine weiteren Ersatzansprüche – insbesondere kein Schmerzensgeldanspruch – ableiten lassen.⁹³⁹ Entschädigungsansprüche nach dem ImpfSchG sind klar

⁹³⁶ *Ernst/Jez/Kräftner/Lechner/Leischner-Lenzhofer/Noe/Steinböck*, Wahrscheinlichkeit Impfschaden, RdM-LS 2017/138 zu BVwG 16. 4. 2018, W166 2107433-1.

⁹³⁷ VwGH 25. 4. 2006, 2003/11/0043.

⁹³⁸ *Langbauer*, Impfwesen 131.

⁹³⁹ VwGH 8. 9. 1987, 87/09/0144; *Langbauer*, Impfwesen 126.

vom zivilrechtlichen Schadenersatzrecht abzugrenzen.⁹⁴⁰ Nach *Walter/Mayer* stellen sie auch keinen Amtshaftungsanspruch, sondern vielmehr eine spezifische Haftung des Staates dar.⁹⁴¹

Allerdings bleiben von der Gewährung eines Entschädigungsanspruches nach dem ImpfSchG andere, darüber hinaus gehende Ansprüche aufgrund anderer Rechtsvorschriften unberührt (§ 5 ImpfSchG). Dabei kann es sich um Schadenersatzansprüche aus einem Behandlungsvertrag über die Vornahme einer Impfung handeln, aber auch um Amtshaftungsansprüche, wenn die Impfung von einem Amtsarzt in Vollziehung der Gesetze durchgeführt wurde.⁹⁴²

Vor dem Versorgungsrechts-Änderungsgesetz 2005⁹⁴³ waren Ansprüche nach dem ImpfSchG bei sonstiger Verjährung innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis des Schadens geltend zu machen, zudem bestand eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren ab Durchführung der Impfung (ehemalige §§ 4, 4a ImpfSchG). Zu diesem Zeitpunkt war das ImpfSchG aber das einzige Sozialentschädigungsgesetz, welches Verjährungsbestimmungen enthielt. Diese Ungleichbehandlung wurde mit der genannten Novellierung insofern beendet, als die Verjährungsregelungen des ImpfSchG entfielen und auch Impfschadensfälle, die aus Gründen der Verjährung bereits abgelehnt wurden, von Amts wegen wieder aufzunehmen und einer Sachentscheidung zuzuführen waren (§ 8e ImpfSchG).⁹⁴⁴

Über Ansprüche auf Entschädigung nach dem ImpfSchG entscheidet in erster Instanz das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (§ 3 Abs 2 ImpfSchG). Gegen Bescheide dieser Behörde kann Beschwerde beim BVwG erhoben werden (§ 3 iVm § 88 Abs 1 HVG), gegen deren Erkenntnisse allenfalls Revision an den VwGH (Art 133 B-VG).

Die Anspruchsberechtigung für Leistungen nach dem ImpfSchG kommt stets der geschädigten Person selbst zu. Eltern geschädigter Kinder verfügen über keine selbständige Antragslegitimation,⁹⁴⁵ können allerdings im Wege der gesetzlichen Vertretung Ansprüche ihrer Kinder geltend machen.

⁹⁴⁰ VwGH 23. 2. 1994, 93/09/0063.

⁹⁴¹ *Walter/Mayer*, Grundriß des besonderen Verwaltungsrechts² (1987) 572.

⁹⁴² OGH 27. 3. 2007, 1 Ob 271/06v.

⁹⁴³ BGBl I 2005/48.

⁹⁴⁴ ErläutRV 671 BlgNR 22. GP 3.

⁹⁴⁵ *Langbauer*, Impfwesen 131.

8. GESUNDHEITSSCHÄDEN AUFGRUND DER UNTERLASSUNG GEBOTENER IMPFUNGEN

Die Zahl der auftretenden Impfschäden ist in Relation zu den erfolgreich durchgeführten Schutzimpfungen verschwindend gering. Eine weitaus größere Gefahr für die Gesundheit geht mit der Unterlassung von Impfungen und dem Fehlen der Immunität einher (siehe Kap 1. und 2.). Obwohl, wie hinreichend dargelegt, eine Nutzen-Risiko-Abwägung klar für die Durchführung der empfohlenen Impfungen spricht,⁹⁴⁶ lehnen zahlreiche Eltern die Durchführung von Schutzimpfungen bei ihren Kindern ab. Wie die daraus resultierenden Gesundheitsrisiken bzw -schäden der Minderjährigen rechtlich zu beurteilen sind, soll im folgenden Abschnitt dargelegt werden.

8.1. SCHADENERSATZANSPRÜCHE DES MINDERJÄHRIGEN GEGEN DIE OBSORGEBERECHTIGTEN

Denkt man in den weiter oben (Kap 6.6.) geschilderten Fällen der elterlichen Impfb ablehnung einen Schritt weiter, muss man sich auch mit folgendem Szenario befassen: Die Obsorgeberechtigten haben die Impfung ihres (nicht selbst entscheidungsfähigen) Kindes abgelehnt, die Impfung wurde auch nicht gerichtlich erwirkt. In der Folge wird das Kind tatsächlich mit der impfpräventablen Krankheit infiziert und muss die teils schmerzhaften Symptome der Erkrankung tage- oder wochenlang ertragen. Später stellt sich möglicherweise noch heraus, dass das Kind bleibende Schäden aus der Krankheit davonträgt. Die Veranlassung der Schutzimpfung durch die Eltern hätte die Infektion wohl verhindert. Im Hinblick darauf kann untersucht werden, ob bzw unter welchen Voraussetzungen Kindern gegen ihre Obsorgeberechtigten Schadenersatzansprüche aufgrund unterlassener Impfungen erwachsen können.

8.1.1. SCHADENERSATZ FÜR DIE BLOBE ERKRANKUNG

8.1.1.1. Schaden

§ 1293 ABGB umschreibt den Schaden als jeden Nachteil, der jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Unter Schäden an der Person wird insbeson-

⁹⁴⁶ *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF*, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 2; *Zwiauer*, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen 22 f; *Kunze*, Das österreichische Impfsystem und seine Finanzierung 5; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 24.

dere die Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten verstanden, die die immaterielle Seite betrifft. Beeinträchtigungen von Persönlichkeitsrechten stellen immer einen immateriellen Schaden dar, Folgeschäden können aber auch Vermögensbeeinträchtigungen sein. Jede Gefühlsbeeinträchtigung – etwa aufgrund der Verletzung des absoluten Rechts der körperlichen Unversehrtheit – ist ein Nachteil an der Person, was allerdings noch nicht dessen Ersatzfähigkeit bedeutet.⁹⁴⁷ Der Ersatz immaterieller Schäden ist im ABGB nur in speziellen Fällen explizit vorgesehen, außerhalb derer die Judikatur sehr restriktiv ist.⁹⁴⁸ Einer dieser Fälle der Ersatzpflicht ist für Gesundheitsbeeinträchtigungen in § 1325 ABGB normiert, wonach als Rechtsfolgen Heilungskosten, Verdienstentgang und Schmerzensgeld zu leisten sind.⁹⁴⁹ Der Begriff der Körperverletzung gem § 1325 ABGB ist weit zu verstehen und umfasst im Grunde jede Beeinträchtigung der geistigen oder körperlichen Gesundheit und Integrität. Die Beeinträchtigung muss nicht äußerlich erkennbar sein.⁹⁵⁰

Sohin stellt auch eine (schwere) Krankheit, insbesondere durch diese ausgelöste Dauerfolgen, eine Beeinträchtigung der körperlichen Gesundheit bzw Unversehrtheit dar. Für das Vorliegen eines Schadenersatzanspruchs muss es mE nicht erforderlich sein, dass eine Erkrankung auch Dauerfolgen herbeiführt. Bei Krankheiten, die üblicherweise schwer verlaufen bzw schmerzhaft sind, kann die bloße Gesundheitsbeeinträchtigung für die Erkrankungsdauer, also auch bei „durchschnittlichem“ Krankheitsverlauf, als Schaden qualifiziert werden. Überdies ist beispielsweise nach einer Masernerkrankung das Immunsystem jahrelang geschwächt,⁹⁵¹ sodass auch diese nachteilige Folge einen Schaden darstellen kann.

Entsprechendes gilt auch nach *Birklbauer*,⁹⁵² für den aus strafrechtlicher Sicht eine Masernerkrankung selbst bei einem gewöhnlichen Krankheitsverlauf (dh ohne Dauer- bzw Folgeschäden) das Tatbild der Körperverletzung gem §§ 83 ff StGB erfüllt, da mit dem Ausbruch der Krankheit eine aktuelle Gesundheitsschädigung vorliegt.

⁹⁴⁷ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ Vor § 1293 Rz 1; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 3 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁹⁴⁸ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 3 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁹⁴⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 330; *Harrer*, Schadenersatzrecht (1999) 84.

⁹⁵⁰ *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 2 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Harrer*, Schadenersatzrecht 85; *Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990, 1; *Wolff* in *Klang* VI² § 1325, 128; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 334 f.

⁹⁵¹ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 48; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 50.

⁹⁵² *Birklbauer*, Die Bedeutung von (medizinischen) Leitlinien im Strafrecht, JMG 2019/1, 16 (22).

8.1.1.2. Handlung

Ein Schadenersatzanspruch setzt eine Handlung voraus, dh jedes menschliche Tun oder Unterlassen, das vom Willen beherrschbar ist und zugerechnet werden kann.⁹⁵³ Unterlassen bedeutet zunächst schlicht, etwas Bestimmtes nicht zu tun.⁹⁵⁴ Eine Unterlassung im Sinne einer willkürlichen Handlung ist nur anzunehmen, wenn positives Tun möglich ist.⁹⁵⁵ Ein Unterlassen ist schadenersatzrechtlich nur von Bedeutung, wenn die Vornahme der Handlung in der konkreten Situation auch geboten war.⁹⁵⁶ Ein solches Gebot zum Tun kann sich auch erst durch Analogie oder aus den natürlichen Rechtsgrundsätzen ergeben.⁹⁵⁷

Im konkreten Fall kann sich ein Gebot zum Tun einerseits aus der Pflicht der Eltern zur Wahrung des absolut geschützten Rechtsguts der Gesundheit des Kindes ergeben, sie könnte sich andererseits aber auch aus den familienrechtlichen Fürsorgepflichten der Eltern zur Wahrung der Gesundheit ihres Kindes (§ 137 Abs 2, § 138 Z 1 und 2, § 160 Abs 1 und § 173 ABGB)⁹⁵⁸ ableiten lassen. Teils wird bereits dann von einer Pflicht zum Tun ausgegangen, wenn aus einer Interessenabwägung hervorgeht, dass am Tun ein höheres rechtliches Interesse besteht als an der Unterlassung.⁹⁵⁹ Zu einer solchen Interessenabwägung und der möglichen Qualifikation der Unterlassung von Impfungen als sorgfaltswidrig darf auf die Ausführungen zur Rechtswidrigkeit (Kap 8.1.1.4.) verwiesen werden.

8.1.1.3. Kausalität / Verursachung

Nach Maßgabe der *conditio sine qua non*-Formel ist jeder Umstand kausal, ohne diesen der Schaden nicht eingetreten wäre.⁹⁶⁰ Die Beurteilung des Zusammenhangs von schädigender Handlung und Erfolg ist bei Unterlassungen typischerweise weniger eindeutig als bei einem

⁹⁵³ Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2¹³ (1994) 361; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Harrer, Schadenersatzrecht 14.

⁹⁵⁴ Wolff in Klang VI² § 1294, 14.

⁹⁵⁵ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1294 Rz 2; Mayer-Maly, Schädigung durch Unterlassung insbesondere durch unterlassene Hilfeleistung bei Verkehrsunfällen, ZVR 1977, 97 (98).

⁹⁵⁶ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1294 Rz 3; Harrer, Schadenersatzrecht 14; Deutsch, Haftungsrecht (1976) 66 f.

⁹⁵⁷ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

⁹⁵⁸ Pierer, EF-Z 2015/57, 104.

⁹⁵⁹ Wolff in Klang VI² § 1294, 18; OGH 6 Ob 201/64 = EvBl 1965/87; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

⁹⁶⁰ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 2 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1295 Rz 4 ff; Rabl in Rabl/Riedler, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/10.

positiven Tun.⁹⁶¹ Unterlassungen sind kausal für den Schaden, wenn die Vornahme der pflichtgemäßen Handlung das Eintreten des Erfolgs – mit überwiegender Wahrscheinlichkeit⁹⁶² – verhindert hätte und diese Handlung möglich gewesen wäre. Ob eine Unterlassung auch pflichtwidrig war, ist jedoch erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu untersuchen.⁹⁶³

Sohin ist die Unterlassung einer Schutzimpfung kausal für die Erkrankung (samt möglichen Komplikationen), da die Veranlassung der Impfung typischerweise Immunität bewirkt und damit den Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigungen verhindert hätte.⁹⁶⁴ Die Veranlassung der Schutzimpfung wäre (in aller Regel) auch problemlos möglich gewesen: Es gibt in Österreich eine flächendeckende ärztliche Versorgung, zahlreiche Arztkontakte speziell im frühen Kindesalter und ein kostenfreies Kinderimpfprogramm. „Nicht möglich“ wird die Schutzimpfung äußerst selten sein, so etwa, wenn der Arzt die Impfuntauglichkeit des Kindes feststellt (insb Kontraindikationen vorliegen), sowie im überaus unwahrscheinlichen Fall der Nichtverfügbarkeit von Impfstoffen über einen längeren Zeitraum.

Die soeben thematisierte Lehre der Äquivalenz hat insofern jedenfalls Geltung, als für nicht verursachte Schäden keinesfalls gehaftet wird.⁹⁶⁵ Dem Zweck, darüber hinaus die Schadenszurechnung zum Haftenden sinnvoll einzuschränken, dient die Adäquanztheorie (Adäquität), die einen adäquaten Kausalzusammenhang fordert. Wesentliche Kriterien für die Zurechnung sind die Wahrscheinlichkeit und Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs und des Eintritts des Schadens (ex ante Betrachtung). Demzufolge soll im Wesentlichen die Haftung für atypische Schäden, die nur durch eine objektiv unvorhersehbare, ganz außergewöhnliche Verkettung von Umständen eintreten konnten, ausgeschlossen werden.⁹⁶⁶ Hierbei ist nach objektiven Kriterien zu untersuchen, ob die Folgen gänzlich außergewöhnlich sind, wobei auf die allgemeine Lebenserfahrung⁹⁶⁷ bzw die Erkennbarkeit für vernünftige Personen⁹⁶⁸ abzustellen ist und die subjektiven Fähigkeiten des Schädigers (die beim Verschulden geprüft werden) nicht

⁹⁶¹ Mayer-Maly, ZVR 1977, 98.

⁹⁶² OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 145/11v; 13. 2. 2014, 2 Ob 17/13h.

⁹⁶³ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/14 f; ders, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12; Wolff in Klang VI² § 1294, 14; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1295 Rz 2; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 5 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Mayer-Maly, ZVR 1977, 98.

⁹⁶⁴ Pierer, EF-Z 2015/57, 104.

⁹⁶⁵ Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1295 Rz 4 ff; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/2.

⁹⁶⁶ Harrer, Schadenersatzrecht 18; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/2 f; Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹² (2001) 290 ff; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 24 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); OGH 20. 2. 2003, 6 Ob 124/02g.

⁹⁶⁷ OGH 1 Ob 65/01t JBl 2001, 656.

⁹⁶⁸ OGH 1 Ob 269/00s ZVR 2003/31, 112.

von Bedeutung sind.⁹⁶⁹ Der Adäquanzzusammenhang muss sich nicht nur auf den unmittelbaren Schaden, sondern auch auf allfällige Folgeschäden erstrecken (siehe Kap 8.1.2.).⁹⁷⁰

Beispielsweise ist laut OGH eine psychische Beeinträchtigung des Kindesvaters (mit Krankheitswert), die durch den Kontaktabbruch zum Kind hervorgerufen wurde, der Kindesmutter zurechenbar, wenn sie den Kontaktabbruch durch Manipulation des Kindes herbeigeführt hat. Ein solcher Abbruch der Beziehung zum Kind sei typischerweise geeignet, beim betroffenen Elternteil zu psychischen Problemen zu führen, sodass diese Schadensgeneigtheit des Verhaltens für die Haftung der Kindesmutter spreche.⁹⁷¹ Auch die Adäquanz von Verstößen gegen die eheliche Treuepflicht⁹⁷² durch einen Ehepartner für eine psychische Beeinträchtigung des anderen Ehepartners (mit Krankheitswert) erachtet der OGH grundsätzlich für möglich, da ehewidrige Beziehungen typischerweise in hohem Maße dazu tauglich sind, psychische Schäden beim anderen Ehepartner zu bewirken.⁹⁷³

ME liegt es auch unzweifelhaft innerhalb des adäquaten Kausalzusammenhangs, wenn ein Kind nicht geimpft wird und in der Folge an der entsprechenden impfpräventablen Krankheit erkrankt. Es handelt sich bei der Erkrankung nicht um einen atypischen Erfolg, sondern um eine realistische Konsequenz der unterlassenen Immunisierung. Nichts anderes gilt im Fall von schweren Verläufen der Krankheit. Die Unterlassung von Impfungen ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem medizinischen Wissensstand typischerweise geeignet, in entsprechenden Gesundheitsbeeinträchtigungen des Kindes zu resultieren. Demgemäß ist die Möglichkeit des Auftretens der impfpräventablen Krankheit samt deren Gefahren auch ein Umstand, über den der Arzt die obsorgeberechtigte Person aufklären wird, wenn diese die Impfung ihres Kindes ablehnt. Der Eintritt eines solchen Umstandes wird der obsorgeberechtigten Person folglich auch zugerechnet werden können.

Überdies wird eine Beschränkung der Zurechnung des Schadens in Fällen erfolgen, in denen das Kind erst in einem Alter erkrankt, in dem es zwischenzeitig schon ausreichend Zeit hatte,

⁹⁶⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/3; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 14 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); OGH 3 Ob 57/74 JBl 1974, 372.

⁹⁷⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/7; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 13 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

⁹⁷¹ OGH 4 Ob 8/11x EFSlg 131.038-131.040 = SZ 2011/48 = RZ 2011/15 = EF-Z 2011/85 = iFamZ 2011/36 (*Thoma-Twaroch*).

⁹⁷² Konkret: Führen einer ehebrecherischen Beziehung mit einer anderen Frau und Auszug aus der gemeinsamen Wohnung.

⁹⁷³ OGH 6 Ob 124/02g ZVR 2004/5 = SZ 2003/16; laut OGH konnte ein solcher Adäquanzzusammenhang aus den genannten Gründen „hier nicht ohne weiteres verneint werden“, der Schadenersatzanspruch des betroffenen Ehepartners scheiterte jedoch im Ergebnis an der mangelnden Rechtswidrigkeit.

die von den Eltern unterlassene Impfung selbst nachzuholen. Hier könnte die Lösung im Ausschluss der objektiven Zurechnung gesehen werden. Der Ausschluss ergibt sich demnach daraus, dass der Schaden dem Geschädigten selbst zuzurechnen ist, da dieser dazwischentritt und durch seinen selbständigen, nicht durch das vorangehende Verhalten der Eltern herausgeforderten Entschluss ein neues Schadensrisiko geschaffen hat.⁹⁷⁴

8.1.1.4. Rechtswidrigkeit

Die Unterlassung alleine vermag noch keine Haftung zu begründen, sie muss hierfür vielmehr auch rechtswidrig sein. Ganz allgemein ist zu bemerken, dass die Rechtsordnung eine gewisse Tendenz aufweist, schädigende Unterlassungen milder zu behandeln als schädigendes Tun.⁹⁷⁵ Grundsätzlich gibt es keine generelle Pflicht, Schädigungen anderer durch eigenes Tätigwerden zu verhindern.⁹⁷⁶ Eine Unterlassung ist erst schadenersatzrechtlich relevant, wenn eine entsprechende Handlungspflicht besteht.⁹⁷⁷

Zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit wird nicht auf den negativen Erfolg abgestellt (Erfolgsunrechtslehre), sondern nach der in Österreich herrschenden Verhaltensunrechtslehre auf das Verhalten des Schädigers. Demnach ist die Rechtswidrigkeit bereits im Zeitpunkt der Handlung zu beurteilen.⁹⁷⁸ Ein Verhalten ist rechtswidrig, wenn der Handelnde vorsätzlich oder objektiv sorgfaltswidrig agierte. Objektive Sorgfaltswidrigkeit liegt vor, wenn die betreffende Person anders hätte handeln sollen, was sich wiederum aus konkreten Verpflichtungen oder allgemeinen Verhaltensnormen ergeben kann.⁹⁷⁹

Unterlassungen im Speziellen sind als rechtswidrig zu qualifizieren, wenn vertragliche Pflichten bestehen, ein Schutzgesetz ein bestimmtes Verhalten vorsieht oder jemandem per Gesetz besondere Fürsorgepflichten auferlegt wurden (zB Eltern).⁹⁸⁰ Zudem wird die Rechtswidrigkeit der Gefährdung fremder Güter durch Unterlassen auch angenommen, wenn aus

⁹⁷⁴ Larenz, Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, in Barth E., Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag (1970) 79; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/77 ff.

⁹⁷⁵ Mayer-Maly, ZVR 1977, 97; Deutsch, Haftungsrecht 125 ff.

⁹⁷⁶ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/60; Deutsch, Haftungsrecht I Rz 102; Mayer-Maly, ZVR 1977, 99.

⁹⁷⁷ Rabl in Rabl/Riedler, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/17.

⁹⁷⁸ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 22 ff (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Rabl in Rabl/Riedler, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/15.

⁹⁷⁹ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 24 f (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Rabl in Rabl/Riedler, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/15 f.

⁹⁸⁰ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/60; Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1295 Rz 2.

einer Interessenabwägung hervorgeht, dass ein aktives Tun aufgrund seiner Höherbewertung geboten ist.⁹⁸¹

Keine rechtswidrige Unterlassung liegt vor, wenn das Kind an einer impfpräventablen Krankheit erkrankt, bevor es in das hierfür vorgesehene bzw im Impfplan empfohlene „impftaugliche“ Alter gekommen ist. Hier war die Impfung freilich kontraindiziert, sodass zum einen keine Pflichtwidrigkeit der Eltern vorliegt und zum anderen auch der Arzt die Impfung nicht anraten bzw durchführen wird. Auch wenn Eltern im Hinblick auf die empfohlenen Zeitpunkte zur Vornahme der Impfungen geringfügig in Verzug geraten und sich genau in diesem Zeitraum eine Erkrankung des Kindes ereignet, wird eine Sorgfaltswidrigkeit zweifelhaft sein. Die Einhaltung des Impfplanes „auf den Tag genau“ wäre im Hinblick auf die faktische Machbarkeit problematisch und würde die Elternpflichten bzw Haftungsgrenzen überspannen.

In der Folge soll sohin geprüft werden, ob in der Unterlassung von Schutzimpfungen von Kindern im „impftauglichen“ Alter ein rechtswidriges Verhalten erblickt werden kann.

8.1.1.4.1. Rechtswidrigkeit aufgrund familienrechtlicher Pflichtenverletzung?

Im vorliegenden Fall kann zunächst geprüft werden, ob sich aus der Verletzung der familienrechtlichen Pflichten der Eltern zur Wahrung der Gesundheit ihres Kindes (§ 137 Abs 2, § 138 Z 1 und 2, § 160 Abs 1 und § 173 ABGB)⁹⁸² Schadenersatzansprüche ableiten lassen.

Vorauszuschicken ist dieser Untersuchung, dass Schadenersatzansprüche, die sich ausschließlich auf familienrechtliche Pflichtenverletzungen stützen, relativ selten gewährt werden.⁹⁸³ Das dritte Hauptstück des ABGB legt in aller Regel lediglich Pflichten der Eltern, nicht aber die Rechte der Kinder fest. Für *Koziol* hat diese Regelungsmethode ihren Grund darin, dass zwar die Verpflichtungen der obsorgeberechtigten Personen generell beschrieben werden können und bei deren Verletzung auch familienrechtliche Konsequenzen (wie insb Obsorgeinschränkungen nach § 181 ABGB) vorgesehen sind, hingegen den Minderjährigen im Bereich der persönlichen Rechtswirkungen zumeist keine konkretisierbaren und durchsetzbaren Rechte (beispielsweise auf eine angemessene Erziehung) gegenüber ihren Obsorgeberech-

⁹⁸¹ *Wolff* in Klang VI² § 1294, 18; OGH 6 Ob 201/64 = EvBl 1965/87; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/60; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

⁹⁸² *Pierer*, EF-Z 2015/57, 104.

⁹⁸³ *Danzl*, Schmerzen(s)geldansprüche aufgrund familienrechtlicher Pflichtenverletzungen nach österreichischem Recht in *Huber/Jaeger/Luckey*, Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag (2014) 229 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 60 f.

tigten gewährt werden können. Wenn die Erfüllung von Verpflichtungen nicht durchsetzbar ist, ist anzunehmen, dass die Nichterfüllung mit keinen schadenersatzrechtlichen Konsequenzen verbunden ist. Gegenteilig ist die Beurteilung, wenn es um gewisse Maßnahmen geht, die konkretisiert und auch durchsetzbar sind.⁹⁸⁴ Ein wesentlicher Anwendungsfall ist das (in Umsetzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens nach Art 8 EMRK) mittels §§ 138 Z 9, 187 Abs 1 ABGB eingeräumte Recht des Kindes auf persönliche Kontakte mit den Eltern, welches auch als Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB gilt.⁹⁸⁵ So wie bei allen Persönlichkeitsrechten kann auch in diesem Fall dessen Verletzung zu Schadenersatzpflichten führen. Beeinträchtigungen anderer Rechte des Kindes, die unabhängig vom Eltern-Kind-Verhältnis schadenersatzrechtlichen Schutz bieten (darunter vor allem die Gesundheit), sind wiederum nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen zu prüfen (hierzu weiter unten, Punkt c.).⁹⁸⁶

Zur grundsätzlichen Möglichkeit von Schadenersatzansprüchen wegen familienrechtlicher Pflichtverletzungen ist zunächst die Entscheidung des OGH zu 4 Ob 8/11x darzulegen: Der Kindesvater begehrte Schadenersatz für psychische Beeinträchtigungen mit Krankheitswert, die er infolge des Kontaktabbruchs zu seinem Sohn erlitt, welcher auf beharrliche Beeinflussung durch die Mutter zurückzuführen sei. Nach dem OGH schützt die familienrechtliche Wohlverhaltensklausel des § 159 ABGB – also die Verpflichtung eines Elternteils, zur Wahrung des Kindeswohls alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt – nicht nur das Kind, sondern auch das Interesse des anderen Elternteils an der Aufrechterhaltung der Eltern-Kind-Beziehung. Handelt ein Elternteil dem Kindeswohl (das idR für den weiteren Kontakt des Kindes zu beiden Eltern spricht) zuwider, „greift er in eine grundrechtlich verbürgte Rechtsposition des anderen Elternteils ein und handelt damit nicht nur gegenüber dem Kind, sondern auch gegenüber dem anderen Elternteil rechtswidrig.“ Die schuldhaft Verletzung könne daher zu Schadenersatzansprüchen führen. Der geltend gemachte Schadenersatzanspruch stützt sich allerdings nicht auf das Konstrukt des Schockschadens bei Angehörigenverletzung (iS der Zufügung eines „Erstschadens“ beim Kind, welche bei einem „Dritten“, dem Vater, eine weitere Beeinträchtigung herbeiführt), sondern auf eine eigene Gesundheitsbeeinträchtigung des Vaters nach § 1325 ABGB (da eben auch dieser selbst vom Schutzbereich des § 159 ABGB umfasst ist). Der OGH bejahte den Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der (angeblichen) Pflichtverletzung. Der durch Manipu-

⁹⁸⁴ Koziol, Haftpflichtrecht II³ 60.

⁹⁸⁵ OGH 4 Ob 186/09w SZ 2009/166 = JBl 2010, 292; Koziol, Haftpflichtrecht II³ 60.

⁹⁸⁶ Koziol, Haftpflichtrecht II³ 60 f.

lation herbeigeführte Kontaktabbruch zum Kind sei typischerweise geeignet, beim betroffenen Elternteil zu psychischen Problemen zu führen, die uU Krankheitswert erlangen können. Diese Schadensgeneigtheit dieses Verhaltens spreche für die Haftung.⁹⁸⁷ Diese Entscheidung fand auch in der Lehre weitestgehend Zustimmung.⁹⁸⁸

Zwar unterscheidet sich die dargelegte Konstellation klarerweise von dem in dieser Arbeit gegenständlichen Eltern-Kind-Verhältnis, allerdings lassen sich einige durchaus beachtliche Parallelen ziehen, die im Folgenden zu erörtern sind.

Aus der obigen Entscheidung ergibt sich zunächst, dass aufgrund des Umstandes, dass das Gesetz besondere Sanktionen für die Verletzung der familienrechtlichen Pflichten nach § 137 Abs 2, § 138 Z 1 und 2, § 160 Abs 1 und § 173 ABGB vorsieht (nämlich pflegschaftsgerichtliche Maßnahmen nach § 181 ABGB bei Kindeswohlgefährdung), Schadenersatzansprüche nicht von vornherein auszuschließen sind. Die besonderen kindschaftsrechtlichen Bestimmungen dienen der bestmöglichen Wahrung des Kindeswohls und fallen in die Zuständigkeit des Pflegschaftsgerichts. Diese Bestimmungen sind allerdings nicht abschließend. Da im Pflegschaftsverfahren der Ausgleich bereits entstandener Schäden nicht direkt gegenständlich ist, können solche Schadenersatzansprüche (Ausgleichsfunktion) im streitigen Verfahren durchgesetzt werden. Eine schuldhafte Verletzung von gesetzlichen Verhaltenspflichten, die das Kind schützen sollen, kann daher grundsätzlich auch zu Schadenersatzansprüchen führen.⁹⁸⁹

Weiters ist es gleichgültig, ob die Verletzung der familienrechtlichen Verpflichtung durch ein Tun oder Unterlassen verwirklicht wird. In der obigen Entscheidung⁹⁹⁰ manipuliert die Mutter das Kind aktiv, was ein Tun darstellt. Nach *Fucik* und *Danzl* stellen aber zB auch spiegelbildliche Fälle, in denen ein Elternteil vereinbarte Besuchstermine nicht wahrnimmt, ein familienrechtswidriges Verhalten dar, das zu Ersatzansprüchen (via Unterhaltssonderbedarf oder als

⁹⁸⁷ OGH 4 Ob 8/11x EFSlg 131.038-131.040 = SZ 2011/48 = RZ 2011/15 = EF-Z 2011/85 = iFamZ 2011/36 (*Thoma-Twaroch*).

⁹⁸⁸ *Hinterhofer/Müller/Payrhuber/Pletzer*, Das Eltern-Entfremdungssyndrom (PAS) aus medizinischer und rechtlicher Sicht, JBl 2013, 420; *Karner*, Besuchsrechtsvereitelung und Schadenersatz – ein Paradigmenwechsel, ÖJZ 2011, 572; *Fucik*, Schadenersatz für Missachtung des § 145b ABGB, ÖJZ 2011/51, 481; *Gitschthaler*, Editorial, EF-Z 2011/80, 121; *Danzl* in *Huber/Jaeger/Luckey*, FS Jaeger 250; aA *Reischauer*, Schmerzensgeld wegen Beeinträchtigung der Eltern-Kind-Beziehung, ehewidrigen Verhaltens und Sachbeschädigung – Zugleich eine Besprechung der E 4 Ob 8/11x, EF-Z 2011/83.

⁹⁸⁹ OGH 12. 4. 2011, 4 Ob 8/11x.

⁹⁹⁰ OGH 12. 4. 2011, 4 Ob 8/11x.

Gesundheitsschädigung) führen könne.⁹⁹¹ Das Nicht-Wahrnehmen von Besuchsterminen stellt freilich eine Unterlassung dar, so wie auch die Ablehnung von Impfungen.

Wenngleich es in der obigen Entscheidung um einen Schadenersatzanspruch des Vaters geht, wird darin wiederholt betont, dass vom Schutzbereich des § 159 ABGB neben dem Vater auch (bzw *umso mehr*) das Kind betroffen ist und Verstöße auch gegenüber dem Kind rechtswidrig sind. Dass der primäre Schutz- und Regelungszweck des § 159 ABGB das Kind betrifft, ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung („zum Schutz des Kindeswohls“).⁹⁹² Der für die gegenständliche Impftematik wesentliche Schluss aus diesen Ausführungen ist der Umstand, dass Gesundheitsbeeinträchtigungen des Kindes aufgrund familienrechtlicher Pflichtverletzungen grundsätzlich durchaus Schadenersatzansprüche bewirken können.

Bejaht man Schadenersatzansprüche bei der Verletzung des Wohlverhaltensgebots des § 159 ABGB, kann man dies auch bei einem Verhalten prüfen, das gegen die Elternpflichten der §§ 137 Abs 2, 138 Z 1 und 2, und 160 Abs 1 ABGB verstößt und damit die Gesundheit des Kindes gefährdet. Der Inhalt dieser Bestimmungen lässt sich im Hinblick auf die gegenständliche Problematik wie folgt zusammenfassen: Eltern haben das Wohl ihrer Kinder zu fördern (§ 137 Abs 2 ABGB) und in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten, insbesondere der Obsorge (zu welcher auch die Pflege iSd § 160 ABGB zählt), das Kindeswohl als leitender Gesichtspunkt zu berücksichtigen und bestmöglich zu gewährleisten. Wesentliche Kriterien bei der Beurteilung des Kindeswohls sind etwa der Schutz der körperlichen Integrität und eine angemessene Versorgung mit medizinischer Betreuung (§ 138 ABGB). Die Pflege des Minderjährigen – als Teilbereich der Obsorge – beinhaltet insbesondere die „Wahrnehmung“ (bzw Wahrung⁹⁹³) des körperlichen Wohles und der Gesundheit durch die Obsorgeberechtigten (§ 160 Abs 1 ABGB). Angesichts dieses Gesetzeswortlautes liegt auf der Hand, dass der Regelungszweck dieser Normen dem Kindeswohl dient. Die Bestimmungen beinhalten den Auftrag der Eltern, ihren Kindern eine adäquate medizinische Versorgung zu gewährleisten, wovon auch präventive Maßnahmen umfasst sind (Kap 4.).⁹⁹⁴

⁹⁹¹ *Fucik*, ÖJZ 2011, 481; *Danzl in Huber/Jaeger/Luckey*, FS Jaeger 250; mit dieser Konstellation war der OGH aber bisher noch nicht befasst.

⁹⁹² OGH 12. 4. 2011, 4 Ob 8/11x.

⁹⁹³ Die gesetzliche Formulierung in § 160 Abs 1 ABGB („Wahrnehmung“) wird von *Fischer-Czermak* und *Pierer* mit „Wahrung“ interpretiert; *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 160 Rz 2, 4 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Pierer*, EF-Z 2015/57, 101.

⁹⁹⁴ *Pierer*, EF-Z 2015/57, 101.

Sohin ließe sich aus einem Vergleich zwischen § 159 ABGB einerseits mit den Regelungen der §§ 137 Abs 2, 138 Z 1 und 2, und 160 Abs 1 ABGB andererseits möglicherweise folgendes schließen: Gemein ist diesen Normen, dass sie den Zweck haben, das Kind zu schützen. Wenn man nun bei der Verletzung der Wohlverhaltensklausel des § 159 ABGB Schadenersatzansprüche bejaht, ließe sich argumentieren, dass dies auch auf elterliche Verhaltensweisen zuzutreffen hat, die direkt die Gesundheit des Minderjährigen (welche auch ein absolut geschütztes Persönlichkeitsrecht gem § 16 ABGB ist⁹⁹⁵) betreffen und der Verpflichtung zu deren Wahrung zuwiderlaufen. Die Gesundheit des Minderjährigen ist ein zentraler Gesichtspunkt des Kindeswohls, sodass deren Wahrung als eine der wesentlichsten Pflichten der Eltern gewertet werden könnte.

Allerdings besteht der wesentliche Unterschied zwischen § 159 ABGB und den Regelungen der §§ 137 Abs 2, 138 Z 1 und 2, und 160 Abs 1 ABGB darin, dass ersterer die grundrechtlich verbürgte Eltern-Kind-Beziehung (Recht auf persönlichen Kontakt) betrifft und gerichtlich durchsetzbar ist.⁹⁹⁶ Dies trifft nach einer anderen höchstgerichtlichen Entscheidung⁹⁹⁷ auch auf das Recht des Kindes auf persönliche Kontakte mit den Eltern nach § 187 Abs 1 ABGB zu. Laut OGH begründet das Eltern-Kind-Verhältnis „ein von der Rechtsordnung anerkanntes lebenslanges Rechtsverhältnis [...], in dessen Schutzbereich auch das durch § 16 ABGB, Art 8 EMRK geschützte Streben nach gegenseitigem persönlichen Kontakt und Zugang fällt.“⁹⁹⁸ Demgegenüber lässt sich hinsichtlich der Regelungen der §§ 137 Abs 2, 138 Z 1 und 2, und 160 Abs 1 ABGB ein mit dem Eltern-Kind-Verhältnis (§§ 159, 187 ABGB) vergleichbares Recht, das auch entsprechend konkretisiert und durchsetzbar ist, in der Rechtsordnung nicht finden. Somit lässt sich aus dieser Rechtsgrundlage wohl keine familienrechtlich durchsetzbare Verpflichtung ableiten, aufgrund welcher das Kind die Vornahme von Impfungen gegen die Eltern durchsetzen könnte, und zieht deren Verletzung *alleine* keine schadenersatzrechtlichen Konsequenzen nach sich.

⁹⁹⁵ Koch in KBB⁵ § 16 Rz 7; Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 16 Rz 67.

⁹⁹⁶ OGH 12. 4. 2011, 4 Ob 8/11x.

⁹⁹⁷ OGH 4 Ob 186/09w SZ 2009/166 = JBl 2010, 292; In diesem Fall hat die beklagte Schwester ihrer klagenden Schwester Besuche bei ihrer gemeinsamen Mutter, die pflegebedürftig war und im Haus der Beklagten lebte, verhindert. Gegen diese Störungen des Eltern-Kind-Verhältnisses sei die Klägerin zu schützen.

⁹⁹⁸ OGH 16. 12. 2009, 4 Ob 186/09w.

8.1.1.4.2. *Rechtswidrigkeit aufgrund der Verletzung eines Schutzgesetzes?*

Im nächsten Schritt kann geprüft werden, ob die Regelungen der §§ 137 Abs 2, 138 Z 1 und 2, und 160 Abs 1 ABGB als Schutzgesetze zu qualifizieren sind, deren Verletzung zur Rechtswidrigkeit des Verhaltens führen würde. Unter Schutzgesetzen versteht man abstrakte Gefährdungsgebote, die bestimmte Personen vor der Verletzung ihrer Rechtsgüter schützen sollen.⁹⁹⁹ Abstrakte Gefährdungsverbote sind solche Schutzgesetze, die nicht an die Schädigung eines Rechtsgutes anknüpfen, sondern an einen der Schädigung vorgelagerten Bezugspunkt.¹⁰⁰⁰ Eine Ersatzpflicht wird schon durch die sorgfaltswidrige bzw vorsätzliche Übertretung bewirkt.¹⁰⁰¹

Der Begriff „Gesetz“ iSd § 1311 Satz 2, 2. Fall ist nicht im formellen, sondern im materiellen Sinn zu verstehen. Es kommen alle generellen und individuellen hoheitlichen Anordnungen in Frage,¹⁰⁰² etwa Verordnungen und (nach überwiegender Ansicht) Bescheide.¹⁰⁰³ Die Empfehlungen des Obersten Sanitätsrates laut Impfplan können mangels Normwirkung keine Schutzgesetze sein.

Ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB ist beispielsweise die Pflicht des Lenkers eines Kraftfahrzeuges, bei der Beförderung eines Kindes für die Verwendung von Kinderrückhalteeinrichtungen bzw Anlegung von Sicherheitsgurten Sorge zu tragen (§ 106 KFG). Die Unterlassung dieses gebotenen Verhaltens durch einen Elternteil kann zu dessen schadenersatzrechtlicher (Mit-)Haftung führen, wenn das ungesicherte Kind – etwa infolge eines Unfalls – einen Gesundheitsschaden erleidet.¹⁰⁰⁴

Ein solches Schutzgesetz würde auch vorliegen, wenn eine generelle Pflicht zur Vornahme bestimmter Schutzimpfungen bei sonstiger Sanktion eingeführt werden würde. Hier wäre das

⁹⁹⁹ RIS-Justiz RS0027710; OGH 8 Ob 131/73 ZVR 1974/265; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1311 Rz 4a; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1311 Rz 9 (Stand 1.1.2018, rdb.at); *Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1311 Rz 9.

¹⁰⁰⁰ *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 92 f; *Karner in KBB*⁵ § 1311 Rz 3; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 277.

¹⁰⁰¹ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1311 Rz 4a; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1311 Rz 9 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹⁰⁰² *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1311 Rz 7 (Stand 1.1.2018, rdb.at); *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 271; *Karner in KBB*⁵ § 1311 Rz 4; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1311 Rz 4; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht² Rz 62.

¹⁰⁰³ *Karner in KBB*⁵ § 1311 Rz 4; *Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1311 Rz 9; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 271.

¹⁰⁰⁴ OGH 7 Ob 41/99a ZVR 1999/69.

gebotene Verhalten – Durchführung der Impfung zum Schutz der Gesundheit des Kindes (und zugleich zum Schutz der Allgemeinheit) – klar umschrieben und würden den Eltern zudem im Weigerungsfall Sanktionen, insb Geldstrafen, drohen.

Teile der Lehre differenzieren zwischen Schutzgesetzen im engeren und weiteren Sinn. Ein Schutzgesetz im engeren Sinn umschreibt demnach das jeweils verbotene oder gebotene Verhalten genau und zielt damit auf den Schutz bestimmter Güter ab. Hingegen sind Schutzgesetze im weiteren Sinn Normen, die auch dem Schutz einzelner Personen dienen, aber nicht über die sonstigen Merkmale von Schutznormen i.e.S. verfügen, wobei es nicht erforderlich ist, dass die Norm bestimmte Verhaltensvorschriften beinhaltet. Der Anwendungsbereich des § 1311 ABGB beschränkt sich aber auf Schutzgesetze im engeren Sinn. Schutzgesetze im weiteren Sinn sehen keine abstrakte Gefahrensteuerung vor, sondern erklären entsprechend den allgemeinen Zurechnungsregeln erst die konkrete Gefährdung bzw Schädigung eines Gutes für rechtswidrig, sodass ihre Verletzung nach § 1295 Abs 1 ABGB zu beurteilen ist.¹⁰⁰⁵ Zusammenfassend wird somit im Wesentlichen für die Haftung wegen Schutzgesetzverletzung gefordert, dass gegen eine konkrete Verhaltensvorschrift, die eine abstrakte Gefährdung verbietet, verstoßen wird.¹⁰⁰⁶

Im Hinblick auf die Unterlassung von Impfungen können die Bestimmungen der §§ 137 Abs 2, 138 Z 1 und 2, und 160 Abs 1 ABGB mangels einer entsprechenden Beschreibung des konkret verbotenen bzw gebotenen Verhaltens der Eltern wohl nicht als Schutzgesetz qualifiziert werden. Selbst wenn man von einem Schutzgesetz ausginge, wäre mE in weiterer Folge der Schutzzweck der Norm zu verneinen, insbesondere da die Ablehnung von Schutzimpfungen nicht als eine in den modalen Schutzbereich der Bestimmung fallende Tatbegehungsform erachtet werden kann (Kap 8.1.1.5.). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Ablehnung von Schutzimpfungen alleine kein abstraktes Gefährdungsverbot verletzen und keine Ersatzansprüche wegen einer Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB auslösen wird. Es muss vielmehr auch eine Beeinträchtigung des absoluten Rechts auf Gesundheit hinzutreten, um eine schadenersatzrechtliche Haftung nach den Grundsätzen des § 1295 ABGB prüfen zu können.

¹⁰⁰⁵ Koziol, Haftpflichtrecht II² 103; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1311 Rz 4a.

¹⁰⁰⁶ Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung 92 f; Karner in KBB⁵ § 1311 Rz 3.

8.1.1.4.3. *Rechtswidrigkeit aufgrund der Verletzung eines absoluten Rechts?*

Allerdings ist im Erkrankungsfall zu beachten, dass über eine mögliche familienrechtliche Pflichtverletzung bzw Schutzgesetzverletzung hinaus auch das absolut geschützte Recht auf Gesundheit berührt ist, welches wie gegenüber Dritten auch Schutz gegenüber den Eltern genießt. Sofern nämlich eine Gesundheitsbeeinträchtigung eintritt und folglich eine Körperverletzung vorliegt, kann bei impfablehnenden Eltern neben der Verletzung von familienrechtlichen Pflichten oder Schutzgesetzen auch die Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten bezüglich der körperlichen Unversehrtheit des Minderjährigen geprüft werden.¹⁰⁰⁷ Dies kann zu einer schadenersatzrechtlichen Haftung nach allgemeinen Grundsätzen führen. Die körperliche Unversehrtheit ist ein absolut geschütztes Rechtsgut, § 1235 ABGB und Strafrechtsnormen wie §§ 83 und 88 StGB beziehen sich darauf.¹⁰⁰⁸ Weiters ist sie ein Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB, einer Bestimmung, die von Lehre und Judikatur als Zentralnorm der Rechtsordnung anerkannt ist, die in ihrem Kern die Menschenwürde schützt und die Basis für die Anerkennung etlicher subjektiver Rechte ist, welche dem Menschen als Person zustehen und von Dritten zu respektieren sind – darunter eben auch die körperliche Integrität.¹⁰⁰⁹ Die Verhaltenspflichten der Eltern, die sich aus dem absoluten Recht des Kindes auf Gesundheit ableiten, könnten es Obsorgeberechtigten möglicherweise ua gebieten, bestehende Gefahren für die Gesundheit des Kindes (hier ausgehend von schweren Infektionskrankheiten) durch ein positives Tun zu beenden. Dies auch aufgrund ihrer besonderen Verantwortung dem Minderjährigen gegenüber: Kindeseltern ist gem § 137 Abs 1 ABGB auch eine gewisse Garantenstellung auferlegt, die eine Verpflichtung zum Schutz von Leib und Leben – und damit der Gesundheit – ihrer Kinder beinhaltet.¹⁰¹⁰

Charakteristisch für absolute Rechte ist, dass sie relativ klare Konturen aufweisen. Eine für ihren Schutz wesentliche Eigenschaft ist, dass sie offenkundig, also für Dritte in ihrer Existenz erkennbar sind.¹⁰¹¹ Für die Anerkennung eines Schutzbereiches bzw dessen Umfang ist aber nicht allein die Offenkundigkeit der Position entscheidend. Da jede Anerkennung eines

¹⁰⁰⁷ Koziol, Haftpflichtrecht II³ 53 f.

¹⁰⁰⁸ OGH 20. 2. 2003, 6 Ob 124/02g; Danzl in Huber/Jaeger/Luckey, FS Jaeger 237.

¹⁰⁰⁹ RIS-Justiz RS0008993; Aicher in Rummel, ABGB³ § 16 Rz 3; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB Praxis-kommentar I⁵ § 16 Rz 3.

¹⁰¹⁰ OGH 15. 4. 1997, 14 Os 11/97; Barth in Klang³ § 137 Rz 14; Verschraegen in Schwimann, ABGB Praxis-kommentar I³ § 137 Rz 10; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I³ § 137 Rz 22.

¹⁰¹¹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/24 ff; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 8 ff (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Schutzbereiches gleichzeitig eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit anderer bedeutet, wird verlangt, dass die Einräumung des Schutzes auf einer Abwägung der Interessen des zu Schützenden und jener der Dritten gründet.¹⁰¹²

Sohin kann selbst aus der Verletzung eines absoluten Rechts nicht in jedem Fall auf die Rechtswidrigkeit des ursächlichen Verhaltens geschlossen werden, der nachteilige Erfolg indiziert die Rechtswidrigkeit lediglich. Vielmehr ist eine Interessenabwägung durchzuführen, bei der das allgemeine Interesse an der Bewegungsfreiheit, die Zumutbarkeit der Verhaltenspflichten, die Gefährlichkeit des Verhaltens und der Wert der bedrohten Güter zu berücksichtigen sind.¹⁰¹³ Hierbei ist nach *Koziol* den fundamentalen Persönlichkeitsrechten – Leben, körperliche Integrität und Freiheit – mE richtigerweise der höchste Rang beizumessen.¹⁰¹⁴

Die Rechtswidrigkeit der Gefährdung fremder Güter durch Unterlassen kann angenommen werden, „wenn besondere Momente vorliegen, die es bei einer Interessenabwägung gerechtfertigt erscheinen lassen, Pflichten zu einem aktiven Tun vorzusehen“.¹⁰¹⁵ Nach *Koziol* ist im Zivilrecht „die Pflicht zur Hilfeleistung oder Verhinderung einer Schädigung nicht bloß auf die in §§ 94, 95, 286 StGB angeführten Fälle zu beschränken, sondern auch dann anzunehmen, wenn jemand die Gefahr einer sehr wesentlichen Beeinträchtigung fremder Güter leicht und ohne eigene Gefährdung hätte abwenden können.“¹⁰¹⁶ Allerdings müssen bei der Abwägung die Interessen des Gefährdeten wesentlich höher zu bewerten sein als die der Person, die zum Tun verpflichtet sein soll.¹⁰¹⁷ Diese Höherbewertung der Interessen wird sich zudem eindeutig aus der Rechtsordnung ergeben und das Handeln objektiv zumutbar sein müssen.¹⁰¹⁸

Eine solche Interessenabwägung soll zunächst hinsichtlich der zentralen Thematik der Ablehnung von empfohlenen Schutzimpfungen bei aktueller epidemiologischer Situation durchgeführt werden.

¹⁰¹² OGH 22. 9. 1987 SZ 60/176; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/27; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 10 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹⁰¹³ OGH 5 Ob 578/87 SZ 60/176; 20. 2. 2003, 6 Ob 124/02g; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹² 293; *Danzl* in *Huber/Jaeger/Luckey*, FS Jaeger 237.

¹⁰¹⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/27.

¹⁰¹⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/60.

¹⁰¹⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/61.

¹⁰¹⁷ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/61.

¹⁰¹⁸ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1294 Rz 3; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

Hierbei ist das absolut geschützte Recht des Kindes auf körperliche Integrität und damit sein Recht, keine verhinderbaren Gesundheitsschäden zu erleiden, gegen das Selbstbestimmungsrecht der Eltern bzw deren Interesse an der freien Ausgestaltung des Familienlebens (Recht auf Familienautonomie) abzuwägen und zu prüfen, ob ein Verzicht auf dieses Recht deshalb zumutbar ist, um die Gefährdung des Kindes durch die betreffenden Infektionskrankheiten und damit mögliche Gesundheitsschäden zu vermeiden. Der Wert des bedrohten Rechtsgutes Gesundheit ist mE – mit *Koziol*¹⁰¹⁹ – als fundamentales Persönlichkeitsrecht zunächst über jenem der Familienautonomie anzusiedeln.

Weiters ist die Zumutbarkeit des Gebotes zum Tun zu prüfen: Sämtliche empfohlene Schutzimpfungen sind routinemäßige, geringfügige Eingriffe mit minimalen Risiken, sodass Entbehren der Eltern hinsichtlich ihres Selbstbestimmungsrechts zumutbar sein können. Man könnte durchaus geneigt sein, zu argumentieren, die Erkrankung eines Kindes an einer Infektionskrankheit gelte als allgemeines Lebensrisiko, dessen Verhinderung durch die Eltern (bei sonstigen Haftungsfolgen) deren Verantwortung überspannen würde. Dies ist allerdings im Hinblick auf impfpräventable Krankheiten zu hinterfragen, da diese ja verhältnismäßig einfach zu vermeiden sind. Möglicherweise kann der Umstand, dass die Gesundheitsschädigung durch eine Infektionskrankheit ausgelöst wird, dennoch eine gewisse Abschwächung des Zurechnungsmoments zu den Eltern zur Folge haben.

Schließlich ist auch die Gefährlichkeit des Unterlassens, dh der Grad der Eignung, den nachteiligen Erfolg herbeizuführen, zu beurteilen. Zu schützende Rechtsgüter sind umso schutzbedürftiger, je schwerer sie durch das Verhalten eines Dritten gefährdet werden. Die Gefährlichkeit ist aus der Sicht eines sachkundigen Beobachters im Zeitpunkt des Setzens des Verhaltens zu prüfen.¹⁰²⁰ Wenngleich die betreffenden Krankheiten *im Fall einer Infektion* zumeist als durchaus gefährlich einzuordnen sind, wird hier vornehmlich zu hinterfragen sein, wie wahrscheinlich ihr *tatsächlicher Eintritt* ist – also, wie gefährlich die Unterlassung der Schutzimpfung ist. In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass die epidemiologische Situation impfpräventabler Krankheiten hierzulande, sachlich betrachtet, nicht als dramatisch einzustufen sein wird und die tatsächliche Erkrankungs- bzw Komplikationswahrscheinlichkeit – insb aufgrund des Herdenschutzes – für ungeimpfte Kinder wohl als gering erachtet werden kann (Kap 6.6.1.).¹⁰²¹ Demzufolge kann auch die Schadensgeneigtheit der

¹⁰¹⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/27.

¹⁰²⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/30.

¹⁰²¹ *Heininger*, Handbuch Kinderimpfung 193 f; *Nassauer/Meyer*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1230 (1237).

Impfablehnung im Hinblick auf das einzelne Kind aus statistischer Sicht nicht als gravierend eingeordnet werden.

Daher ist fraglich, ob hier in Summe von einer *wesentlichen* Höherbewertung¹⁰²² der Interessen des Kindes ausgegangen werden kann, welche tatsächlich in einer Verpflichtung der Eltern zu einem aktiven Tun resultieren kann.

Unterhalb der Schwelle eines konkret erhöhten Risikopotenzials – das betrifft insbesondere die routinemäßigen Schutzimpfungen des Impfplans unter Zugrundelegung der vorherrschenden (wenig dramatischen) epidemiologischen Situation – wird ein Schadenersatzanspruch bei Unterlassung von Schutzimpfungen im Ergebnis wohl oft nur schwer zu bejahen sein. Die elterliche Entscheidung, das Kind nicht impfen zu lassen, wird möglicherweise „sozialadäquat“ sein, also ein Verhalten, das sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegt und von ihr offensichtlich gestattet wird.¹⁰²³ Es gibt im öffentlichen Diskurs zu Schutzimpfungen unterschiedliche Meinungen aus den verschiedensten Informationsquellen (deren wissenschaftliche Qualität selbstverständlich oft zu hinterfragen ist). Die elterliche Entscheidung, nicht zu impfen, scheint von der Gesellschaft derzeit in ausreichendem Maße geduldet zu werden. Ein für die Zuerkennung von Schadenersatzansprüchen ausreichender Grad der Sorgfaltswidrigkeit wird dann wohl zumeist nicht vorliegen.

Zwar wird im Haftpflichtrecht die Lehre der Sozialadäquanz von weiten Teilen der Lehre abgelehnt:¹⁰²⁴ etwa für *Kodek* ist diese „bei lebensnahe Verständnis der Sorgfaltspflichten [...] nicht erforderlich“.¹⁰²⁵ Auch *Koziol* verneint die eigenständige Bedeutung der Lehre der Sozialadäquanz: Diese erübrigt sich, weil die Feststellung der Rechtswidrigkeit auf der Abwägung verschiedener Interessen beruht.¹⁰²⁶ Daher ist der Umstand, dass die elterliche Entscheidung, das Kind nicht zu impfen, von der Gesellschaft in ausreichendem Maße geduldet wird, auch in der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Aber auch wenn man die praktische Verwendbarkeit der Sozialadäquanz in diesem Zusammenhang in Zweifel zieht, gelangt man zu keinem anderen Ergebnis. Denn auch nach der vollständigen Interessenabwä-

¹⁰²² *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/61.

¹⁰²³ *Nipperdey*, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ § 1294 Rz 8.

¹⁰²⁴ *Harrer* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ § 1294 Rz 8; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/37.

¹⁰²⁵ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 28 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹⁰²⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/37.

gung bzw unter dem Gesichtspunkt der anerkannten allgemeinen Sorgfaltspflichten wird die Ablehnung von freiwilligen Schutzimpfungen möglicherweise nicht das Ausmaß einer schadenersatzrechtlich relevanten Sorgfaltswidrigkeit erreichen.

Umso mehr hat dies im Übrigen naturgemäß für Impfungen zu gelten, die nicht öffentlich empfohlen sind, da hier im Allgemeinen von einer geringeren Dringlichkeit als bei empfohlenen Impfungen auszugehen ist (die entsprechenden Erwägungen in Kap 6.6.4. lassen sich hier gleichermaßen heranziehen).

Zu einem anderen Ergebnis kann man allerdings in Fällen erhöhten Risikopotenzials gelangen, dh wenn die epidemiologische Situation wesentlich „gefährlicher“ wird. Mögliche Szenarien sind die deutliche Erhöhung der generellen Ansteckungsgefahr, etwa weil die Durchimpfungsraten sinken bzw die Erkrankungszahlen steigen, oder regionale Ausbrüche einer bestimmten impfpräventablen Krankheit, die mit der Notwendigkeit von Abriegelungsimpfungen einhergehen. Auch bei Kindern mit Immundefizienz, bei denen sich aufgrund des erhöhten Infektionsrisikos eine verschärfte Indikationslage ergibt, kommt der Infektionsprophylaxe durch die konkret gebotenen Impfungen eine besonders hohe Notwendigkeit zu (Kap 2.3.). In all diesen Situationen liegt ein erhöhtes Risiko bzw möglicherweise sogar eine konkrete Gefährdungslage für die Gesundheit des Kindes vor, sodass in drastischen Fällen die Interessen der Eltern jenen des Kindes zur Wahrung ihrer körperlichen Unversehrtheit weichen müssen. Hier ließe sich aufgrund der erhöhten Schadensgeneigtheit der Unterlassung der Impfungen argumentieren, dass ein „Gebot zum Tun“ besteht, womit die weitere Ablehnung von Impfungen rechtswidrig wäre. Zu diesem Ergebnis könnte eine Interessenabwägung außerdem führen, wenn es sich nicht um „bloß vorbeugende“ Impfungen, sondern um die Ablehnung postexpositioneller Impfungen handelt. Hier liegt eine stark erhöhte Dringlichkeit und Risikogeneigtheit vor, sodass solche Fälle dem Szenario nahekomen, dass Eltern die Einwilligung in eine notwendige Heilbehandlung des Kindes verweigern.¹⁰²⁷ Die Schadensgeneigtheit der Unterlassung der Impfung ist hier stark erhöht, da bereits eine Exposition des Minderjährigen erfolgt ist. In Anbetracht dessen haben hier die Interessen der Eltern in den Hintergrund zu treten und ist der Wahrung der Gesundheit des Kindes, die ein Rechtsgut von höchstem Rang darstellt und hier konkret gefährdet ist, klar der Vorzug einzuräumen. Werden postexpositionelle Impfungen unverzüglich durchgeführt, wird deren Wirkung – also das Unterbleiben der Erkrankung trotz vorheriger Exposition – grundsätzlich als sehr gut beurteilt, sodass davon ausgegangen werden kann, dass bei pflichtgemäßem Tun (Durchführung

¹⁰²⁷ Jesser-Huß in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 140.

der Impfung) der Nachteil (Krankheit) nicht entsteht.¹⁰²⁸ Typischerweise ist die postexpositionelle Impfung sohin aus medizinischer Sicht unbedingt geboten, insbesondere bei der Exposition mit besonders schwerwiegenden Krankheiten mit eingeschränkter Behandelbarkeit.¹⁰²⁹ Folglich kann hier mE die Abwägung der Interessen ergeben, dass ein Tun – die Veranlassung der Impfung – geboten und die Unterlassung demgegenüber sorgfaltswidrig ist.

8.1.1.5. Rechtswidrigkeitszusammenhang, Rechtmäßiges Alternativverhalten

Grundsätzlich entfällt die schadenersatzrechtliche Haftung, wenn bei rechtmäßigem Verhalten der Erfolg gleichermaßen eingetreten wäre. Die Thematik des rechtmäßigen Alternativverhaltens betrifft allerdings nur die Verursachung von Schäden durch aktives Tun. Wenn sich demgegenüber im Fall einer schädigenden Unterlassung derselbe Nachteil auch bei pflichtgemäßem Tun verwirklicht hätte, mangelt es schon an der Kausalität der Unterlassung.¹⁰³⁰

Weiters erfolgt eine Beschränkung der Zurechnung bei der generell-abstrakten Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs. Infolge eines rechtswidrigen Verhaltens wird nur für jene Schäden haftet, deren Vermeidung die übertretene Verhaltensnorm gerade bezweckt.¹⁰³¹ Der Schutzzweck der Norm ist teleologisch zu ermitteln und auf unterschiedlichen Ebenen zu untersuchen: Die Norm muss auf den Schutz des Geschädigten abzielen (persönlicher Schutzbereich). Weiters muss die Art des Schadens vom Normzweck umfasst sein (sachlicher Schutzbereich). Letztlich wird auf die Entstehungsart abgestellt, wobei sich eine Gefahr verwirklicht haben muss, deren Verhinderung die Norm intendiert (modaler Schutzbereich).¹⁰³²

Klar ist die Notwendigkeit des Abstellens auf den Normzweck bei Schutzgesetzen, die typischerweise den Schutz gewisser Interessen intendieren. Dies würde speziell im Fall einer gesetzlichen Impfpflicht zu prüfen und wohl zu bejahen sein. Würden Eltern trotz Bestehen einer Impfpflicht – wobei ein Schutzgesetz vorliegen wird – Impfungen ablehnen und das

¹⁰²⁸ Gespräch mit Univ. Prof. Dr. med. Heinrich Stemberger (Leiter des Instituts für Reise- und Tropenmedizin, Wien) vom 16. 12. 2019.

¹⁰²⁹ Jesser-Huß in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 140 f.

¹⁰³⁰ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 9 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Karner in KBB⁵ § 1295 Rz 14; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/63.

¹⁰³¹ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 21, 24 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹² 293 ff; Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung 337 ff.

¹⁰³² Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1294 Rz 23; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/21; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 22 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

Kind aufgrund dessen einen Schaden erleiden, wäre die Rechtswidrigkeit des Verhaltens zu bejahen und würde die Prüfung des Normzwecks dieses Schutzgesetzes folgendermaßen ausfallen: Eine gesetzliche Impfpflicht zielt auf den Schutz des Kindes ab, sodass der persönliche Schutzbereich bejaht werden kann. Gesundheitsschäden stellen die vom Normzweck primär erfasste Schadensart dar (sachlicher Schutzbereich). Schließlich sind Gesundheitsbeeinträchtigungen wie die entsprechenden Erkrankungen oder daraus resultierende Dauerfolgen verwirklichte Gefahren, auf deren Verhinderung die Norm abzielt (modaler Schutzbereich). Die betreffenden Schäden wären sohin vom Schutzzweck der Norm umfasst.

Mangels solcher Schutzgesetze kann die Rechtswidrigkeit des Verhaltens aber auch darin erblickt werden, dass „gegen die aus der Zuweisung eines Rechtsguts ableitbaren Verhaltenspflichten verstoßen wurde“.¹⁰³³ Vor allem aus absoluten Rechten lassen sich zahlreiche Verhaltenspflichten für Dritte ableiten. Der Unterschied zu Schutzgesetzen liegt nach *Koziol* lediglich darin, dass „kein konkretes Verhalten geboten oder verboten wird, sondern geschützte Bereiche umschrieben werden und die daraus erst abzuleitenden Verhaltenspflichten erfolgsbezogen sind“. Da kein wesentlicher Unterschied zwischen den aus der Anerkennung von Schutzbereichen abgeleiteten Verhaltenspflichten und Schutzgesetzen existiert, ist nach *Koziol* die Lehre vom Schutzzweck der Norm bei Verletzung rechtsgutbezogener Verhaltenspflichten gleichermaßen anwendbar, wenngleich sich hier Einschränkungen aus dem Normzweck seltener ergeben. In beiden Fällen ist aber der Schutzzweck der Norm zu ermitteln.¹⁰³⁴ Da aus dem Bestehen absoluter Rechtsgüter die Pflicht zum sorgfältigen Verhalten gegenüber ebendiesen entspringt, ist bei Vorliegen einer Sorgfaltsverletzung gegenüber diesem Rechtsgut gleichzeitig auch der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens wurde ja in Bezug auf das beeinträchtigte Rechtsgut ermittelt.¹⁰³⁵

In Hinblick auf das absolute Recht auf körperliche Integrität bzw Gesundheit, das ua durch die Norm des § 1325 ABGB geschützt wird, gilt folgendes: Da die Rechtsordnung hier eben die geschützte Position anerkennt, indem sie dem Einzelnen das entsprechende Rechtsgut zuweist und Dritten generell die Wahrung dieses Schutzbereichs gebietet, ist der Schutz hier sehr weitreichend und die Gefährdung des Rechts in recht allgemeiner Weise verboten.¹⁰³⁶ Das weiter oben erörterte und als rechtswidrig qualifizierte Verhalten, in Situationen von

¹⁰³³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/34.

¹⁰³⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/34.

¹⁰³⁵ *Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1294 Rz 24; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1295 Rz 8.

¹⁰³⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/22; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1295 Rz 8.

erhöhtem Gefahrenpotential (Ausbruchsfälle, erfolgte Exposition, etc) die gebotene Impfung abzulehnen, kann daher mE durchaus im Rechtswidrigkeitszusammenhang liegen. Angesichts des weiten Verständnisses des Schutzbereichs des absoluten Rechts auf körperliche Unversehrtheit ist davon auszugehen, dass auch Personenschäden des Kindes, die auf diesem Wege von Eltern verursacht werden, von den aus der Zuweisung dieses Rechtsguts ableitbaren Verhaltenspflichten verhindert werden sollten.

8.1.1.6. Verschulden

Das Verschulden betrifft das subjektive Element und bedeutet die persönliche Vorwerfbarkeit der Unterlassung, welche zunächst nur gegeben ist, wenn das Verhalten vom Willen beherrschbar war.¹⁰³⁷ Die Beherrschbarkeit ist bei der Ablehnung von Impfungen zu bejahen. Da die Vorwerfbarkeit des Verhaltens entscheidend ist, muss sich das Verschulden nach hA nicht auf sämtliche Schäden erstrecken, sondern es genügt, wenn es den „ersten“ Schaden (also die Erkrankung), nicht aber Folgeschäden betrifft.¹⁰³⁸ Die Intensität des den Handelnden betreffenden Vorwurfs kann verschieden sein, was sich im Verschuldensgrad niederschlägt. Nach dem ABGB wird unter Verschulden Vorsatz – wobei zumindest verlangt wird, dass der Schaden für möglich erachtet und in Kauf genommen wird – und Fahrlässigkeit – das dem konkreten Schädiger vorwerfbare Außerachtlassen der objektiv gebotenen Sorgfalt – verstanden.¹⁰³⁹ Für die Haftung kann dem Grad der Vorwerfbarkeit auch insofern Bedeutung zukommen, als möglicherweise umso geringere Anforderungen an andere Haftungsvoraussetzungen zu stellen sind, je schwerwiegender der Schuldvorwurf ist.¹⁰⁴⁰

Zunächst sind jene Fälle zu beurteilen, in denen Impfungen von Kindern aus Nachlässigkeit oder Teilnahmslosigkeit der Eltern unterbleiben. Ein solches Verhalten gegenüber dem essenziellen Bereich der Gesundheitsversorgung des eigenen Kindes an den Tag zu legen, kann mE als vorwerfbares Außerachtlassen der objektiv gebotenen Sorgfalt eingestuft werden.

¹⁰³⁷ *Harrer in Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ § 1294 Rz 11; *Harrer*, Schadenersatzrecht 26; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/1.

¹⁰³⁸ *Karner in KBB*⁵ § 1294 Rz 8; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/6; *Rabl in Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/31.

¹⁰³⁹ *Karner in KBB*⁵ § 1294 Rz 7 ff; *Harrer in Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ § 1294 Rz 11; *Rabl in Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/33 f.

¹⁰⁴⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/5.

Weiters ist die zentrale Fallgruppe jener Eltern, die Impfungen bewusst ablehnen, zu erörtern. Hierbei lassen sich weitere Untergliederungen vornehmen. Lehnen Eltern die Impfung ihres Kindes in der Annahme ab, das Durchmachen der Krankheit sei zuträglich für die Entwicklung des Kindes, und nehmen sie sohin die Erkrankung bewusst in Kauf, scheint Eventualvorsatz vorzuliegen. Geht man aber davon aus, dass dem Schädiger im Schadenersatzrecht die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst sein muss,¹⁰⁴¹ wird oft ein vorsätzliches Verhalten ausscheiden. Es ist anzunehmen, dass Eltern, die Impfungen ihrer Kinder (in der Annahme, im Kindeswohl zu handeln) ablehnen, in der Regel nicht davon ausgehen, dass ihr Verhalten auch rechtswidrig ist.

Während Vorsatz Wissen und Wollen erfordert, liegt „bewusste Fahrlässigkeit“ vor, wenn der Schädiger zwar das nötige Wissen hatte, den schädlichen Erfolg aber nicht billigte.¹⁰⁴² Sind sich Eltern der von impfpräventablen Krankheiten bzw der Unterlassung der Impfung ausgehenden Gefahren bewusst und entscheiden sie sich trotz dieses Wissens gegen die Impfung, weil sie etwa davon ausgehen, dass eine Erkrankung nicht erfolgen werde und sie deren Eintreten auch nicht billigen würden, liegt diese Form der Fahrlässigkeit vor.

Ferner sind Konstellationen vorstellbar, in denen Eltern Impfungen aufgrund von Fehlannahmen bzw Fehlinformationen hierzu ablehnen. Sie verfügten in diesem Fall somit nicht über das nötige Wissen über die Sinnhaftigkeit der Impfung bzw die Krankheitsrisiken, werden zumeist auch davon ausgegangen sein, dass eine Erkrankung nicht erfolgen werde und würden deren Eintreten auch nicht billigen. Auch hier kann möglicherweise fahrlässiges Verhalten erblickt werden, welches nach den untenstehenden Grundsätzen zu prüfen ist.

Der Vorwurf der Fahrlässigkeit kann dem konkreten Schädiger nur gemacht werden, wenn er bei gehöriger Willensanspannung hätte erkennen können, dass er sich rechtswidrig und gefährlich verhält und anders handeln könnte. Es ist dabei ein subjektiver Bewertungsmaßstab anzulegen. Von einem Verschulden des Schädigers kann nur gesprochen werden, wenn seine individuellen Fähigkeiten ausgereicht hätten, den Schaden zu vermeiden. Dies muss klarerweise einzelfallbezogen beurteilt werden. Hinsichtlich des Grades der gebotenen Sorgfalt wird der Beurteilungsmaßstab aber objektiviert. Nach § 1294 ABGB ist der gehörige Fleiß und die gehörige Aufmerksamkeit aufzubringen, zudem macht sich nach § 1297 ABGB

¹⁰⁴¹ *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/33; *Karner* in *KBB*⁵ § 1294 Rz 10; *Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1294 Rz 29.

¹⁰⁴² *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/34.

jemand eines Versehens schuldig, der jenes Ausmaß an Fleiß und Aufmerksamkeit nicht aufbringt, das bei gewöhnlichen Fähigkeiten aufgebracht werden kann.¹⁰⁴³

Freilich werden Eltern im Allgemeinen aus Überzeugung sowie bestem Wissen und Gewissen für ihre Kinder handeln, sodass ein Verschuldensvorwurf oft nicht ohne weiteres erhoben werden kann.¹⁰⁴⁴

Wenngleich über die Sinnhaftigkeit von Schutzimpfungen aus medizinischer Sicht weitestgehend Konsens herrscht, wird ebendieser Umstand in Teilen der Gesellschaft in Zweifel gezogen bzw – meist durch eigentümlich anmutende Ansichten oder wissenschaftlich nicht belegte Veröffentlichungen – untergraben. Dadurch kann aus der Sicht so mancher (impfskeptischer) Obsorgeberechtigten ein Szenario entstehen, in dem sich die entscheidungserheblichen Tatsachen für medizinische Laien nicht so eindeutig präsentieren, wie sie aus wissenschaftlicher Perspektive sind. Dies führt zu dem Umstand, dass viele impfverweigernde Eltern tatsächlich der verfehlten Überzeugung sind, dass Impfungen „gefährlich“ sind und deren Unterlassung die bessere Wahl für ihr Kind ist. Aus ihrer subjektiven Sicht handeln sie in guter Absicht für ihr Kind. ME ist auch dieser Faktor ins Treffen zu führen und kann diesem auf Verschuldensebene wohl nicht jegliche Bedeutung abgesprochen werden.

Andererseits ist nicht zu vergessen, dass die obsorgeberechtigte Person regelmäßig entgegen eines vom Arzt erteilten fachkundigen Rates handeln wird: Im Rahmen der vielen ärztlichen Untersuchungen des Kindes (insb Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen bzw -Behandlungen) wird in aller Regel auch ein Informations- bzw Aufklärungsgespräch über Schutzimpfungen stattfinden, in welchem der ärztliche Rat – entsprechend dem Stand der medizinischen Wissenschaft – für die Vornahme der empfohlenen Impfungen ausfallen wird. Noch unvernünftiger ist die Ablehnung postexpositioneller Impfungen. Auch hier werden die Eltern idR von fachkundigen Personen aufgeklärt und auf die Notwendigkeit der sofortigen Impfung hingewiesen. Die Missachtung solcher ärztlicher Ratschläge kann mE im Ergebnis als vorwerfbar qualifiziert werden und damit ein Verschulden begründen.

¹⁰⁴³ *Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1297 Rz 3; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/35.

¹⁰⁴⁴ OGH 4 Ob 8/11x EvBl 2011/97 = ÖJZ 2011/60.

8.1.2. SCHADENERSATZ FÜR SPÄTFOLGEN

Kommt es in jenen Fällen, in denen für die (primäre) Erkrankung ein Anspruch auf Schadenersatz besteht, überdies zu Spätfolgen, sind auch diesbezüglich Ersatzansprüche zu prüfen.

Spätfolgen können sich auf (Folge-)Erkrankungen samt allfälligen Komplikationen beschränken, aber auch Behinderungen oder den Tod nach sich ziehen. Als (oftmals schwerwiegende) Gesundheitsbeeinträchtigungen stellen sie entsprechend den obigen Ausführungen klarerweise einen Schaden dar (Kap 8.1.1.1.).

Hinsichtlich des Kriteriums der „Handlung“, hier die schädigende Unterlassung, ergeben sich bei Folgeschäden keine Abweichungen, sodass auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden kann (Kap 8.1.1.2.).

Die Unterlassung der Impfung ist auch für Folgeschäden der Krankheit kausal: Die Vornahme der pflichtgemäßen Handlung hätte das Eintreten des Erfolgs – mit überwiegender Wahrscheinlichkeit¹⁰⁴⁵ – verhindert und wäre auch möglich gewesen.¹⁰⁴⁶ Da die Impfung typischerweise Immunität bewirkt, hätte deren Veranlassung den Eintritt der primären Erkrankung und damit auch deren Spätfolgen verhindert, sodass Kausalität vorliegt.

Der Adäquanzzusammenhang muss sich, wie bereits erwähnt, nicht nur auf den unmittelbaren Schaden, sondern auch auf den Folgeschaden erstrecken.¹⁰⁴⁷ Bekanntlich soll damit die Haftung für atypische Schäden, die nur durch eine objektiv unvorhersehbare, ganz außergewöhnliche Verkettung von Umständen eintreten konnten, ausgeschlossen werden.¹⁰⁴⁸ Das Verhalten darf seiner allgemeinen Natur nach nicht vollkommen untauglich erscheinen, einen derartigen Erfolg herbeizuführen.¹⁰⁴⁹ Folglich wird in der gerichtlichen Praxis die Haftung aus dem Grund der fehlenden Adäquanz nur selten verneint.¹⁰⁵⁰ In Anbetracht dessen werden mE auch Spätfolgen von impfpräventablen Krankheiten idR im Adäquanzzusammenhang liegen. Ganz im Allgemeinen ist das Unterlassen dringend gebotener Impfungen keineswegs völlig

¹⁰⁴⁵ OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 145/11v; 13. 2. 2014, 2 Ob 17/13h.

¹⁰⁴⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/14 f; *Koziol*, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12; *Wolff* in Klang VI² § 1294, 14; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1295 Rz 2; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 5 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *Mayer-Maly*, ZVR 1977, 98.

¹⁰⁴⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/7; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 13 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

¹⁰⁴⁸ *Harrer*, Schadenersatzrecht 18; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/2 f; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹² 290 ff; OGH 20. 2. 2003, 6 Ob 124/02g.

¹⁰⁴⁹ *Karner* in KBB⁵ § 1294 Rz 7; *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/11.

¹⁰⁵⁰ *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/11; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/12.

ungeeignet, die entsprechende Infektionskrankheit mitsamt ihren Folgeschäden herbeizuführen. Die Gefährlichkeit der betreffenden Infektionskrankheiten ist wohl allgemein bekannt. Spätfolgen sind sohin nicht unvorhersehbar und treten nicht durch eine „außergewöhnliche Verkettung von Umständen“ auf. Freilich wird stets der konkrete Einzelfall zu beurteilen sein, jedenfalls sind mE aber typische bzw bekanntere Folgeschäden vom Adäquanzzusammenhang erfasst. So beispielsweise die postinfektiöse Gehirnentzündung (SSPE) als besonders schwerwiegende, tödlich verlaufende Spätkomplikation der Masern, deren Risiko bei Kindern, die im ersten Lebensjahr an Masern erkrankt sind, bei ca 1:600 liegt. Bei Kindern, die bis zum fünften Lebensjahr an Masern erkranken, wird das Risiko auf 20-60 Fälle pro 100.000 Masernerkrankungen geschätzt.¹⁰⁵¹ Bei Mumps können zurechenbare Folgeschäden die Akustikusneuritis, die bei 4% der Erkrankten auftritt und als Spätfolge zu Taubheit führen kann, sowie bei männlichen Patienten ab der Pubertät eine Hodenentzündung mit dem Risiko von 10-30% sein.¹⁰⁵² Bei Überlebenden der Meningokokkenerkrankung werden neurologische bzw Entwicklungsstörungen (7%), Hörverlust (4%) oder chronische Schmerzen (über 20%) beschrieben.¹⁰⁵³ Die Infektion mit Hepatitis B kann zur Leberzirrhose führen, die eine stark eingeschränkte Lebenserwartung und eine erhöhte Gefahr für Leberzellkarzinome bewirkt. Zwischen 20% und 30% der Erwachsenen mit chronischer Hepatitis-B-Virus-Infektion entwickeln hepatozelluläre Karzinome oder Leberzirrhosen.¹⁰⁵⁴

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit wird nach der Verhaltensunrechtslehre bekanntlich nicht auf den negativen Erfolg, sondern auf das Verhalten des Schädigers abgestellt. Daher ist die Rechtswidrigkeit bereits im Zeitpunkt der Handlung zu beurteilen,¹⁰⁵⁵ sodass sich hier keine Neuerungen ergeben (siehe Kap 8.1.1.4.).

Durch den Rechtswidrigkeitszusammenhang wird auch die Ersatzfähigkeit von Folgeschäden begrenzt.¹⁰⁵⁶ Verhaltensnormen, die die Schädigung fremder absoluter Rechtsgüter verhindern, haben typischerweise auch den Schutz vor weiteren Schäden des Rechteinhabers im Auge, sodass prinzipiell auch Folgeschäden einbezogen sein können. Dabei ist der Schutzbe-

¹⁰⁵¹ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 48; Robert Koch-Institut, RKI-Ratgeber Masern, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html (Stand 6. 2. 2019).

¹⁰⁵² BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 53; Wiedermann-Schmidt, Impfen 67.

¹⁰⁵³ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 56.

¹⁰⁵⁴ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 30 f.

¹⁰⁵⁵ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 22 ff (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Rabl in Rabl/Riedler, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/15.

¹⁰⁵⁶ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1295 Rz 9a; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 32 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); Rabl in Rabl/Riedler, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/27.

reich umso weitreichender, je hochrangiger die primär geschützten Rechtsgüter sind.¹⁰⁵⁷ Der körperlichen Unversehrtheit ist freilich der höchste Rang und damit ein ausgedehnter Schutzbereich beizumessen. Dass bei allfälligen Spätfolgen von Infektionskrankheiten auch die Folgeschäden die körperliche Integrität des Geschädigten betreffen, spricht ebenso für deren Einbeziehung in den Schutzbereich. Indessen geht *Reischauer* hinsichtlich Folgeschäden bei absoluten Rechtsgütern allgemein davon aus, dass sämtliche adäquate Schäden vom Schutzzweck mitumfasst sind.¹⁰⁵⁸ Sohin wird der Rechtswidrigkeitszusammenhang auch allfällige Spätfolgen von Infektionskrankheiten umfassen. Möglich sind auch Folgeschäden, die darin bestehen, dass die primäre Gesundheitsschädigung eine allgemeine Schwächung des Immunsystems nach sich zieht (die sich zB bei Masern über Jahre erstreckt¹⁰⁵⁹) und daraus wiederum eine Infektion mit einer anderen Krankheit resultiert (zB eine Grippeinfektion, die zum Tod führt). Hier kann mit *Koziol*¹⁰⁶⁰ (diesem zustimmend auch *Rabl*¹⁰⁶¹) der Rechtswidrigkeitszusammenhang bejaht werden. Umso mehr wird dieser vorliegen, wenn bereits die unmittelbare Schädigung (primäre Krankheit) alleine später weitere Gesundheitsbeeinträchtigungen hervorruft, ohne dass äußere Einflüsse (wie eine zusätzliche Infektion) hinzutreten.

Da hinsichtlich des Verschuldens die Vorwerfbarkeit des Verhaltens maßgeblich ist, muss sich das Verschulden nach hA nicht auf sämtliche Schäden erstrecken, sondern ist es ausreichend, wenn es den primären Schaden betrifft.¹⁰⁶² Gegebenenfalls ist dann auch für eingetretene Folgeschäden zu haften. Auf die Vorhersehbarkeit von Folgeschäden für den Schädiger kommt es daher nicht an.¹⁰⁶³

8.1.3. VERJÄHRUNGSFRAGEN

Da die Schädigung durch Unterlassung herbeigeführt wird, ist zunächst klarzustellen, zu welchem Zeitpunkt die Verjährung eines allfälligen Schadenersatzanspruchs genau zu laufen beginnt. Ein Schadenersatzanspruch besteht noch nicht, wenn der künftig Ersatzberechtigte lediglich weiß, dass aufgrund der stattfindenden Unterlassung ein Schaden eintreten werde,

¹⁰⁵⁷ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 32 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/35; *Kleewein*, Zurechnungszusammenhang und Normadäquanz in der Arzthaftung, ÖJZ 1993, 161 (163).

¹⁰⁵⁸ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1295 Rz 8.

¹⁰⁵⁹ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 48; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 50.

¹⁰⁶⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/46.

¹⁰⁶¹ *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/27.

¹⁰⁶² *Karner* in *KBB*⁵ § 1294 Rz 8; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/6; *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/31 f.

¹⁰⁶³ *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/31 f.

dieser sich aber noch nicht ereignet hat. Der Ersatzanspruch steht dem Geschädigten erst ab Eintritt des Schadens zu. Weiters muss der Geschädigte auch Kenntnis vom eingetretenen Schaden (und Schädiger) haben. Davor kann die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen.¹⁰⁶⁴

Überdies ist auszuführen, dass die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger zu keinem billigen Ergebnis führen würde, wenn die Gesundheitsbeeinträchtigung im frühen Kindesalter erfolgt, da die betroffenen Minderjährigen ja von ihrem gesetzlichen Vertreter selbst geschädigt wurden und der Ersatzanspruch verjährt wäre, bevor das Kind selbständig klagen kann. Deshalb sieht § 1495 ABGB eine Hemmung der Verjährung für Ansprüche zwischen Minderjährigen und ihren gesetzlichen Vertretern vor, solange das Vertretungsverhältnis andauert. Damit wird insbesondere der Abhängigkeit der Minderjährigen von anderen Personen, welche die Rechtsdurchsetzung erschwert, Rechnung getragen.¹⁰⁶⁵ Die Hemmung betrifft alle Forderungen, also auch Schadenersatzforderungen.¹⁰⁶⁶ Wer gesetzlicher Vertreter im Sinne dieser Vorschrift sein kann, ist in § 1034 ABGB geregelt. Bei Minderjährigen können dies die obsorgeberechtigten Eltern, die (gerichtlich) mit der Obsorge betrauten Groß- oder Pflegeeltern oder der Kinder- und Jugendhilfeträger sein.¹⁰⁶⁷ Die Hemmung der Verjährungsfrist endet, sobald die jeweilige Vertretungsbefugnis des Schädigers wegfällt. § 1495 Satz 1 ABGB legt eine Fortlaufshemmung fest, sodass schon der Beginn der Frist gehemmt wird und nach Wegfall des Hemmungsgrundes die gesamte Frist abzulaufen hat.¹⁰⁶⁸

Die zentrale Verjährungsproblematik betrifft aber die Verjährung von Folgeschäden. Hierzu gab bzw gibt es unterschiedliche Judikaturlinien sowie Kritik¹⁰⁶⁹ und Kontroversen im

¹⁰⁶⁴ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 15/14; Mayer-Maly, ZVR 1977, 98; Mader/Janisch in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1489 Rz 10.

¹⁰⁶⁵ R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1495 Rz 2 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1494 Rz 4.

¹⁰⁶⁶ OGH 10 Ob 59/11s iFamZ 2011/246 (Deixler-Hübner); 5 Ob 265/02k ecolex 2003, 331; RIS-Justiz RS0016307; R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1495 Rz 6 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1494 Rz 13.

¹⁰⁶⁷ Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1495 Rz 3 f; Barth, Das neue Erwachsenenenschutzrecht 177 ff.

¹⁰⁶⁸ RIS-Justiz RS0117534; R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1495 Rz 7 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1495 Rz 1.

¹⁰⁶⁹ Riedler, Verstärkter Senat zum Verjährungsbeginn im Schadenersatz – res iudicata est?, ecolex 1996, 87; Wilhelm, Zur Verjährung von Folgeschäden, ecolex 1996, 899; Mader/Janisch in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1489 Rz 10.

Schrifttum.¹⁰⁷⁰ Nach der nunmehr vorherrschenden „gemäßigten Einheitstheorie“, die der OGH im Anschluss an *F. Bydlinski*¹⁰⁷¹ vertritt, beginnt grundsätzlich die Verjährungsfrist für künftige, vorhersehbare Folgeschäden zugleich mit der dreijährigen Frist des Primärschadens zu laufen, sodass der Geschädigte zur Verhinderung der Verjährung des Folgeschadens eine Feststellungsklage (die Feststellung der Haftung für allfällige künftige Folgeschäden) erheben muss.¹⁰⁷² Dies gilt auch dann, wenn der Geschädigte hinsichtlich des Primärschadens (bloße Erkrankung) nie eine Leistungsklage erhebt.¹⁰⁷³ Das würde bedeuten, dass Minderjährige, die im frühen Kindesalter (in schadenersatzrechtlich relevanter Weise) an einer impfpräventablen Krankheit erkrankt sind und nicht innerhalb von drei Jahren ab Wegfall der Vertretungsbefugnis der schädigenden gesetzlichen Vertreter eine Feststellungsklage einbringen, keinen Schadenersatz für später eintretende Folgen (wie etwa schwere Behinderungen) mehr fordern könnten. Beispielsweise können Masernviren bis zu zehn Jahre nach der Erkrankung die schwerwiegende SSPE hervorrufen.¹⁰⁷⁴ Ist ein Kind etwa im Alter von 12 Jahren (in dem das Kind die Impfung noch nicht selbst veranlassen konnte) an Masern erkrankt, bedeutet dies, dass im Fall einer im Alter von 22 Jahren auftretenden SSPE die dreijährige Verjährungsfrist des Primärschadens (Erkrankung) trotz Fortlaufshemmung iSd § 1495 ABGB idR bereits abgelaufen ist.

Es ist allerdings höchst unwahrscheinlich, dass Kinder, die früher – wenn auch in rechtswidriger Weise verursacht – an einer impfpräventablen Krankheit erkrankt sind, sich Jahre später veranlasst fühlen, aufgrund der bloßen Erkrankung (mittels Leistungsklage), schon gar nicht ausschließlich zur Feststellung künftiger Folgeschäden (mittels Feststellungsklage), ein Gerichtsverfahren gegen ihre Eltern anzustrengen. Wesentlich wahrscheinlicher wäre ein Anstoß zur Klage hingegen wohl in Fällen, wo tatsächlich schwerwiegende Spätfolgen

¹⁰⁷⁰ Diese können im Rahmen dieser Arbeit nicht im Detail erörtert werden. Siehe dazu etwa *Wilhelm*, *ecolx* 1996, 899; *Brandstätter*, Die Verjährung nicht vorhersehbarer Folgeschäden, RdW 2016/125; *ders.*, Die verjährungsrechtliche Relevanz der Unterscheidung zwischen Primär- und Folgeschäden, *ecolx* 2015, 448.

¹⁰⁷¹ *F. Bydlinski*, Schadensentstehung und Verjährungsbeginn im österreichischen Recht, in *Deutsch/Klingmüller/Kullmann*, Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag (1995) 65 ff.

¹⁰⁷² RIS-Justiz RS0087613; *S. Kietzbl*, Das Zusammenspiel von Richter und Sachverständigem bei der Beurteilung von Folgeerkrankungen, DAG 2019, 82 (83); *Dehn* in KBB⁵ § 1489 Rz 4; *Mader/Janisch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1489 Rz 10; *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1489 Rz 9 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

¹⁰⁷³ *Dehn* in KBB⁵ § 1489 Rz 4; *Mader/Janisch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1489 Rz 10.

¹⁰⁷⁴ *Robert Koch-Institut*, RKI-Ratgeber Masern, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html (Stand: 6. 2. 2019); *Deutsches Ärzteblatt*, SSPE: Risiko von tödlicher Masernkomplikation häufig, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/55190/SSPE-Risiko-von-toedlicher-Masernkomplikation-haeufig> (abgefragt am 1. 9. 2019).

eintreten. Es wäre mE unbillig, würde man hier zum Ergebnis der Verjährung solcher Folgeschäden gelangen.

Die verjährungsrechtliche Einheit von Primär- und Folgeschaden gilt aber nur bei *vorhersehbaren* Folgeschäden. Bei nicht vorhersehbaren Folgen eines Schadensfalles beginnt nach stRsp die Verjährungsfrist erst ab deren Kenntnisnahme, bzw sobald mit künftigen Schäden mit Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist, zu laufen.¹⁰⁷⁵ Vorhersehbarkeit liegt nach dem OGH nicht schon vor, wenn der Eintritt dieses Folgeschadens bloß möglich ist.¹⁰⁷⁶ Folgeschäden sind grundsätzlich dann vorhersehbar, wenn sie sich vom früheren durch ihre Beschaffenheit unterscheiden, oder auf eine bis dahin nicht wahrgenommene Zwischenursache zurückzuführen sind.¹⁰⁷⁷ Das Hinzutreten einer Zwischenursache ist für das Eintreten von Spätfolgen nach impfpräventablen Krankheiten typischerweise nicht einschlägig, da die Folgeschäden hier ohne jegliches Einwirken bzw Zutun auftreten. Argumentieren ließe sich hingegen, dass sich die Spätfolge in ihrer Beschaffenheit von der (primären) Erkrankung unterscheidet: Demgemäß nennt *M. Bydlinski* hier als Beispiel eines unvorhersehbaren Folgeschadens den „Eintritt einer neuen Krankheit.“¹⁰⁷⁸ In der Tat unterscheiden sich Spätfolgen regelmäßig in ihrer „Beschaffenheit“ – worunter mE insb medizinische Charakteristika wie Typ, Verlauf, Dauer, Schwere, daraus resultierende Dauerfolgen bzw Behinderungen, fallen – von der ursprünglichen Erkrankung.

Wesentlich ist jedenfalls die objektive Vorhersehbarkeit aus der Sicht des Geschädigten (nicht eines Sachverständigen),¹⁰⁷⁹ zudem sind stets die Umstände des Einzelfalls zu beachten.¹⁰⁸⁰ An die Erkennbarkeit von Dauerfolgen durch medizinische Laien können keine besonderen Anforderungen gestellt werden.¹⁰⁸¹ So bejahte der OGH bereits die Unvorhersehbarkeit des Folgeschadens bei einer Erkrankung, die scheinbar folgenlos abheilte, aber später Schädigungen verursachte, die zunächst nicht erkennbar waren. Primärschaden war hier eine Hepatitis-

¹⁰⁷⁵ RIS-Justiz RS0034559; RIS-Justiz RS0034527; OGH 1 Ob 64/00v JBl 2001, 384; 2 Ob 6/06f Zak 2006, 215; *Dehn* in KBB⁵ § 1489 Rz 4; *Mader/Janisch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1489 Rz 11.

¹⁰⁷⁶ OGH 26. 7. 1990, 8 Ob 584/89; *Brandstätter*, *ecolex* 2015, 448 (451).

¹⁰⁷⁷ *Brandstätter*, *ecolex* 2015, 448 (451); *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1489 ABGB Rz 3 (Stand 1.1.2002, rdb.at); *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1489 Rz 15 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

¹⁰⁷⁸ *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1489 ABGB Rz 3 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

¹⁰⁷⁹ RIS-Justiz RS0034547; *Brandstätter*, *ecolex* 2015, 448 (451); *Dehn* in KBB⁵ § 1489 Rz 4.

¹⁰⁸⁰ RIS-Justiz RS0111272; *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1489 Rz 15 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

¹⁰⁸¹ OGH 2. 3. 2006, 2 Ob 6/06f; OLG Innsbruck 4 R 207/87 ZVR 1988/155; *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1489 ABGB Rz 3 (Stand 1.1.2002, rdb.at); *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1489 Rz 15 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

C-Infektion (nach einer Plasmaspende), die rund 16 Jahre später schwerwiegende Leberschäden hervorrief.¹⁰⁸² In Anlehnung an diese Entscheidung wird man mE auch bei Spätfolgen von impfpräventablen Krankheiten zu diesem Ergebnis gelangen können. Hier liegt eine ähnliche Situation vor, da bei normalem Verlauf das schlichte „Durchmachen“ der Krankheit im Vergleich zu schwerwiegenden Spätfolgen wie Behinderungen wohl noch als relativ geringfügig und somit nachsehbar angesehen werden kann. Es wäre mE zu streng, würde man in solchen Fällen dem Geschädigten vor Eintritt der Spätfolgen die Verpflichtung zur Erhebung einer diesbezüglichen Feststellungsklage (allenfalls verbunden mit einer Leistungsklage hinsichtlich der primären Erkrankung) auferlegen. Ferner spricht hier gegen die Vorhersehbarkeit der Folgeschäden, dass die Geschädigten bereits vor vielen Jahren, im frühen Kindesalter, den Primärschaden der Erkrankung erlitten haben und im Zeitpunkt der möglichen (selbständigen) Geltendmachung oft kaum Erinnerung an die Erkrankung verblieben ist. Hier dennoch die Vorhersehbarkeit und damit die einheitliche Verjährung von Primär- und (künftigen) Folgeschäden anzunehmen, wäre mE nicht nachvollziehbar.

Wenn man demgegenüber die Vorhersehbarkeit der Spätfolgen bejaht, müsste das Kind freilich innerhalb von drei Jahren ab Wegfall der Fortlaufhemmung die Feststellung künftiger Folgeschäden begehren, um deren Verjährung zu verhindern.

Wenn hingegen der Geschädigte im Einzelfall zunächst nicht einmal über eine (primäre) Erkrankung im frühen Kindesalter informiert wurde und auch keine eigene Erinnerung daran hat, beginnt gar nicht erst die dreijährige Verjährungsfrist des Primärschadens zu laufen, dies mangels Kenntnis von Schaden bzw Schädiger, sodass auch kein Problem der gemeinsamen Verjährung mit allfälligen Folgeschäden besteht. „Im Hintergrund“ läuft für den Primärschaden freilich stets die absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 1489 Satz 2 ABGB).¹⁰⁸³

8.1.4. MEHRHEIT VON ERSATZPFLICHTIGEN

Ist nur ein Elternteil mit der Obsorge betraut und lehnt dieser Impfungen des Kindes ab, liegt auf der Hand, dass diesen allfällige Schadenersatzpflichten alleine treffen, da er in aller Regel den Schaden alleine verursacht haben wird.

¹⁰⁸² OGH 3 Ob 123/99f JBl 2000, 169; *Kindel*, Hepatitis C – neues zur Verjährung, RdM 2003/21; *Mader/Janisch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1489 Rz 11.

¹⁰⁸³ *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1489 Rz 21 (Stand 1.10.2017, rdb.at); *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1489 ABGB Rz 6 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

Wenn demgegenüber beide Eltern gemeinschaftlich zu einem widerrechtlich zugefügten Schaden beigetragen haben, sind sie nach § 1301 ABGB auch gemeinsam verantwortlich. Nach § 1302 ABGB gestaltet sich die Haftung dann folgendermaßen: Wurde der Schaden fahrlässig herbeigeführt und lassen sich die „Anteile“ bestimmen, haftet jeder Schädiger nur für den durch sein Versehen verursachten Schaden. Bei Unbestimmbarkeit der Anteile oder vorsätzlicher Schädigung haften beide Schädiger solidarisch.¹⁰⁸⁴ Auch die Schädigung durch Unterlassen kann die Solidarhaftung mit einem anderen Unterlassenden begründen.¹⁰⁸⁵

Die Gemeinschaftlichkeit des Verhaltens ist insbesondere anzunehmen, wenn die Ablehnung von Impfungen im Einverständnis beider (gemeinsam obsorgeberechtigter) Elternteile erfolgt. Einvernehmliches Vorgehen ist aber nicht als zwingende Voraussetzung für dessen Qualifikation als gemeinschaftlich zu verstehen. Bei fahrlässiger Schädigung kann insofern auch von Gemeinschaftlichkeit gesprochen werden, als zwischen den Eltern zwar kein Einvernehmen über die Schädigung bestand, aber über die gemeinsame Durchführung eines gewissen Vorhabens (wie es die Ablehnung von Impfungen darstellen kann), bei dessen Verwirklichung eine nicht beabsichtigte Gesundheitsschädigung eintritt.¹⁰⁸⁶ Ferner können zwei Schädiger – nach allgemeinen Regeln – dann solidarisch haften, wenn sie unabhängig voneinander gehandelt haben, aber jeder für sich kausal für den gesamten Schaden war. Die Haftung resultiert hier bereits aus dem Umstand, dass jedem der ganze Schaden zurechenbar ist.¹⁰⁸⁷ Ein denkbarer Anwendungsfall wäre, wenn ein Elternteil (der sämtliche Arztbesuche mit dem Kind wahrnimmt) gegen ärztlichen Rat eine dringend gebotene Impfung ablehnt und der andere aus schlichter Nachlässigkeit bzw Teilnahmslosigkeit nicht zur Gesundheitsversorgung des Kindes beiträgt. Beide Elternteile verhalten sich hier unabhängig voneinander fahrlässig und setzen jeweils eine *conditio sine qua non* für den gesamten Schaden, sodass auch hier eine solidarische Haftung möglich ist.

Resultieren schließlich aus der gemeinschaftlichen Impfablenkung Gesundheitsschäden des Kindes, werden aber wohl keine Anteile der durch das jeweilige Versehen der Elternteile verursachten Schäden bestimmbar sein. Hierfür müssten bestimmte Schadensteile auf den

¹⁰⁸⁴ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 14/5; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1302 Rz 2 (Stand 1.1.2018, rdb.at); Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1302 Rz 1 ff (Stand 1.1.2007, rdb.at).

¹⁰⁸⁵ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1301 Rz 3 (Stand 1.1.2007, rdb.at).

¹⁰⁸⁶ Wittwer in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1301 Rz 3; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 14/6; Karner in KBB⁵ § 1301 Rz 3.

¹⁰⁸⁷ Karner in KBB⁵ § 1301 Rz 1; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 14/6; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1302 Rz 1 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

einen oder anderen Schädiger zurückgeführt werden können,¹⁰⁸⁸ was bei einer Erkrankung (samt allfälligen Folgen) nicht möglich ist. Folglich haften beide Eltern sowohl bei Fahrlässigkeit als auch bei Vorsatz solidarisch. Der interne Regress zwischen den Schädigern gestaltet sich, wie allgemein bei Solidarschuldern, nach den Regeln des § 896 ABGB.¹⁰⁸⁹

Demgegenüber wird kein gemeinschaftlicher Beitrag zur Schädigung vorliegen, wenn sich ein Elternteil ausdrücklich für die Impfung ausspricht, der andere aber trotz Einwirken verweigert, der Veranlassung der Impfung zuzustimmen. Wie in Kap 5.4.1.1. ausgeführt, gilt bei gleichzeitig gegenüber dem Arzt geäußerten, einander widersprechenden Erklärungen der Elternteile nichts als erklärt,¹⁰⁹⁰ sodass der Arzt die Impfung nicht vornehmen kann. Eine (Mit-)Haftung des die Impfung befürwortenden Elternteils ist hier mE auszuschließen. Zu verneinen ist außerdem die solidarische Haftung eines Elternteils, der einer dringend gebotenen (etwa einer postexpositionellen) Impfung zwar zugestimmt hätte, aber nicht vor Ort war, und der andere, anwesende Elternteil die Einwilligung verweigert. Im Fall der Ortsabwesenheit eines Elternteils scheitert die Haftung aber bereits daher, da für diesen das positive Tun überhaupt nicht möglich war und schon gar keine subjektive Vorwerfbarkeit vorliegt.

8.1.5. UMFANG DER ERSATZPFLICHT

Die geschädigte Person hat nach § 1325 ABGB Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten, des Verdienstentgangs und auf ein angemessenes Schmerzensgeld. Da sich in diesem Bereich kaum besondere Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen ergeben, wird die Darstellung weitgehend knapp ausfallen, wobei aber dennoch gewisse Besonderheiten, die aus dem Eltern-Kind-Verhältnis resultieren, hervorgehoben werden sollen. Die im Wesentlichen zu unterscheidenden Konstellationen sind hier einerseits jene, in denen das Kind bei Eintreten der Gesundheitsbeeinträchtigung minderjährig ist und von den Eltern gepflegt wird, und andererseits jene, wo eine Spätfolge eintritt, der Geschädigte bereits selbständig wohnt und allenfalls durch eine andere Person gepflegt wird. Auf diese Unterscheidung wird im Folgenden wiederholt Bezug genommen.

¹⁰⁸⁸ *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1302 Rz 15 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹⁰⁸⁹ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 10 (Stand 1.1.2007, rdb.at); *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1302 Rz 4 (Stand 1.1.2018, rdb.at); *Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxis-kommentar VI⁴ § 1302 Rz 28.

¹⁰⁹⁰ *Hopf in KBB*⁵ § 167 Rz 1; *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 Rz 3 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167 Rz 2.

Unter Heilungskosten wird jener Aufwand verstanden, der für die gänzliche oder teilweise Heilung bzw zur Verhinderung der Verschlechterung des Zustands anfällt.¹⁰⁹¹ Jeder durch die Krankheit verursachte Heilungsaufwand zählt zu den Heilungskosten.¹⁰⁹² Zu ersetzen sind die konkret angefallenen Kosten¹⁰⁹³ des zweckmäßigen und angemessenen (nicht zwingend erfolgreichen) Aufwands.¹⁰⁹⁴ Zu den Heilungskosten zählen ua die Kosten der Krankenbehandlung, für den Krankentransport, für die Fahrt zur Therapie bzw ins Krankenhaus, oder Rezeptgebühren.¹⁰⁹⁵ Zu ersetzen sind auch allfällige Besuchskosten, also Aufwendungen für den Krankenbesuch der beistandspflichtigen nächsten Verwandten.¹⁰⁹⁶ Bei Minderjährigen sind dies typischerweise die Eltern,¹⁰⁹⁷ sodass ein Ersatz ausscheidet, da die Aufwendungen den Schädigern selbst erwachsen. Bei mittlerweile selbständig wohnenden Personen, die Spätfolgen einer Erkrankung erleiden, kommen hier insbesondere Aufwendungen von Ehegatten¹⁰⁹⁸ bzw Lebensgefährten,¹⁰⁹⁹ uU aber auch von im selben Haushalt wohnenden Geschwistern des Geschädigten.¹¹⁰⁰ Weiters hat der Schädiger die Kosten zur Deckung der durch den Schaden herbeigeführten vermehrten Bedürfnisse zu ersetzen, etwa allfälligen Aufwand für Pflegeleistungen.¹¹⁰¹ Grundsätzlich darf es den Schädiger nicht entlasten, wenn die Pflege unentgeltlich durch einen Angehörigen des Geschädigten geleistet wird. Geschuldet wird der tatsächliche Pflegebedarf nach Maßgabe der fiktiven Bruttolohnkosten einer professionellen Pflegekraft.¹¹⁰² Bei selbständig wohnenden Personen, die Spätfolgen erleiden, kann ein

¹⁰⁹¹ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 14 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 4 (Stand 1.4.2018, rdb.at); OGH 2 Ob 231/99f ZVR 2001/26; 2 Ob 284/01f ZVR 2004/38.

¹⁰⁹² *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 14 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); *Danzl in KBB*⁵ § 1325 Rz 3.

¹⁰⁹³ OLG Wien 15 R 110/98a ZVR 1999/128; OGH 2 Ob 231/99f ZVR 2001/26; *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 4 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

¹⁰⁹⁴ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 14 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 4 (Stand 1.4.2018, rdb.at); OGH 2 Ob 284/01f ZVR 2004/38; 2 Ob 231/99f ZVR 2001/26.

¹⁰⁹⁵ *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 4 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 14 ff (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

¹⁰⁹⁶ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 16 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 5 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

¹⁰⁹⁷ OGH 8 Ob 41/87 EFSlg 54.250.

¹⁰⁹⁸ OGH 2 Ob 114/80 EFSlg 38.588; 8 Ob 41/87 EFSlg 54.250.

¹⁰⁹⁹ OGH 2 Ob 103/01p EvBl 2002/190.

¹¹⁰⁰ *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 5 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 16 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); *Piegler*, Die Familie im Schadenersatzrecht, NZ 1970, 161.

¹¹⁰¹ OGH 8 Ob 41/87 EFSlg 54.268; 8 Ob 33/86 ZVR 1987/128; *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 6 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

¹¹⁰² OGH 5 Ob 50/99k ZVR 1999/109 = *ecolex* 1999/270 (*Th. Rabl*); 3 Ob 283/08a ZVR 2010/45; 8 Ob 15/11f Zak 2011/215; *Veith*, Pflege von Verletzten durch Familienangehörige, ZVR 2014/66 (114); *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 6 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

Aufwand für die Pflege durch den Ehegatten oder Lebensgefährten erwachsen. Der Ersatz des Pflegeaufwandes wird allerdings ausscheiden, wenn Eltern, die den Schaden selbst herbeigeführt haben, ihr minderjähriges Kind pflegen müssen.

Die Anspruchsberechtigung für die Heilungskosten kommt grundsätzlich dem Geschädigten zu, hinsichtlich des Pflegeaufwands räumt die Judikatur auch den Personen, die Pflegeleistungen erbringen, eine Anspruchsberechtigung ein.¹¹⁰³ Die Ansprüche des Geschädigten auf die Heilungskosten können per Legalzession auf einen Drittleistenden, insb den leistungspflichtigen Sozialversicherungsträger nach § 332 ASVG, übergehen.¹¹⁰⁴ Der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers wird jedoch beschränkt, wenn der Schädiger ein Familienangehöriger des Geschädigten ist, da in Fällen, in denen der Geschädigte mit dem Schädiger in einem Haushalt lebt, eine Schmälerung des „Familienunterhalts bzw -einkommens“ eintreten würde, wenn der Sozialversicherungsträger den Schädiger belangen könnte. Hier wäre der Geschädigte selbst vom Regress getroffen, weil der aus der Sozialversicherungsleistung erwachsene Vorteil durch die Inanspruchnahme des Familieneinkommens (ganz oder teilweise) wieder aufgehoben würde.¹¹⁰⁵ Die nunmehr ständige Rsp¹¹⁰⁶ bejaht sohin, der herrschenden Lehre¹¹⁰⁷ folgend, hier ein „Familienhaftungsprivileg“ und lässt einen Regress des Sozialversicherungsträgers auf den schädigenden Familienangehörigen nur insoweit zu, als dadurch das Familieneinkommen nicht gemindert wird. Ein Rückgriff wird hier nur im Umfang des Deckungsanspruchs des Schädigers gegen seinen Haftpflichtversicherer eingeräumt.¹¹⁰⁸ In Anbetracht des Zweckes des Familienhaftungsprivilegs soll dieses auch bei vorsätzlichem Handeln des schädigenden Angehörigen zur Anwendung kommen.¹¹⁰⁹ Hinsichtlich des Personenkreises der vom Privileg erfassten Angehörigen hat der OGH ausgeführt, dass darunter jedenfalls solche Schädiger und Geschädigten fallen, die zueinander im

¹¹⁰³ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 17 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 10 (Stand 1.4.2018, rdb.at); OGH 2 Ob 99/02a ZVR 2003/47.

¹¹⁰⁴ *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 10 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Auer-Mayer in Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 332 ASVG Rz 1 (Stand 15.11.2017, rdb.at).

¹¹⁰⁵ *Auer-Mayer in Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 332 ASVG Rz 144 (Stand 15.11.2017, rdb.at); *Piegler*, NZ 1970, 166.

¹¹⁰⁶ RIS-Justiz RS0081296.

¹¹⁰⁷ *Kunst*, Die Beziehungen zwischen Schädiger und Sozialversicherung im österreichischen Recht, ZAS 1970, 123 (129); *Krejci*, Das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis – zugleich eine Kritik an der Faktizitätstheorie, VersRdsch 1967, 224 ff; *Reischauer*, Familienhaftungsprivileg im Sozialversicherungs- und im Sozialrecht – Regreß auf den Haftpflichtversicherer, DRdA 1998, 1 ff; *Piegler*, NZ 1970, 166.

¹¹⁰⁸ RIS-Justiz RS0081296; *Auer-Mayer in Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 332 ASVG Rz 144 f (Stand 15.11.2017, rdb.at).

¹¹⁰⁹ *Auer-Mayer in Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 332 ASVG Rz 146 (Stand 15.11.2017, rdb.at).

Verhältnis von Unterhaltsberechtigung und Verpflichtung stehen,¹¹¹⁰ sohin insbesondere die Eltern des geschädigten Kindes während ihrer Unterhaltspflicht. Ein denkbare Beispiel wäre etwa, wenn ein (allenfalls durch Spätfolgen) geschädigter, unterhaltsberechtigter Jugendlicher im Alter von 19 Jahren von seinen Eltern Schadenersatz begehrt und aufgrund einer Minderung des Familieneinkommens im Unterhalt geschmälert wäre, der ihm aufgrund des Studiums zusteht. Eine entsprechende Regelung betreffend Privatversicherungen findet sich in § 67 Abs 2 VersVG, wonach bei Ersatzansprüchen des Versicherungsnehmers gegen einen in Haushaltsgemeinschaft lebenden Familienangehörigen ein Übergang des Anspruchs auf den Versicherer nur möglich ist, wenn der Angehörige den Schaden vorsätzlich verursacht hat.¹¹¹¹

Weiters ist der Schädiger grundsätzlich zum Ersatz des Verdienstentgangs verpflichtet, wobei es sich nach ständiger Rsp um positiven Schaden handelt, wenn der Geschädigte eine rechtlich gesicherte Position auf den Verdienst hatte oder dieser mit hoher Wahrscheinlichkeit erzielt worden wäre.¹¹¹² Der Begriff „Verdienst“ ist dabei weit auszulegen.¹¹¹³ Personen, die sich bei Schadenseintritt noch nicht im Erwerbsleben befanden, können Verdienstentgang geltend machen, wenn sie künftig einen Beruf gesucht und gefunden hätten. Anspruch besteht ab dem Zeitpunkt, wo der Eintritt des Geschädigten in das Berufsleben nach gewöhnlichem Lauf der Dinge erfolgt wäre. Ist der Geschädigte Student, muss der durch den verzögerten Eintritt in den Beruf verursachte Verdienstentgang ersetzt werden.¹¹¹⁴ Möglich sind diese Szenarien bei Personen, die Spätfolgen der betreffenden Krankheiten erleiden (zB SSPE bis zu zehn Jahre nach durchgemachter Masern-Erkrankung) und zu diesem Zeitpunkt bereits einen Beruf ausüben oder sich in Berufsausbildung bzw Studium befinden. Hingegen wird sich bei der Erkrankung eines Kleinkinds freilich kein Verdienstentgang ergeben.

Schließlich hat der Schädiger als Abgeltung für den durch die Gesundheitsbeeinträchtigung entstandenen immateriellen Schaden ein angemessenes Schmerzensgeld zu leisten. Der grundsätzliche Schmerzensgeldanspruch besteht bei jeder Körperverletzung, unabhängig von der

¹¹¹⁰ OGH 30. 10. 2003, 2 Ob 242/03g.

¹¹¹¹ *Piegler*, NZ 1970, 165.

¹¹¹² OGH 2 Ob 38/02f ZVR 2002/103; 2 Ob 82/00y ZVR 2001/2; *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 13 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

¹¹¹³ Ersatzfähig sind zB: ein schwankendes Nettoeinkommen OGH 2 Ob 38/02f ZVR 2002/103; Trinkgelder eines Kellners 2 Ob 269/04d ZVR 2006/86.

¹¹¹⁴ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 23 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 18 (Stand 1.4.2018, rdb.at); OGH 2 Ob 16/01v EFSlg 97.035; 2 Ob 136/80 ZVR 1981/218; 2 Ob 138/00h JBl 2000, 729.

Schwere der Verletzung und des Grads des Verschuldens.¹¹¹⁵ Das Schmerzensgeld dient nach ständiger Rsp der Abgeltung der Gesamtheit der Schmerzempfindungen des Geschädigten unter Berücksichtigung der Intensität und Dauer der Schmerzen, der Schwere und Umfang der Gesundheitsbeeinträchtigung und dem Ausgleich der dadurch entstandenen Unlustgefühle.¹¹¹⁶ Die Bemessung erfolgt nach freier Überzeugung des Gerichts (§ 273 ZPO), wobei zum einen auf die Umstände des Einzelfalls Bedacht zu nehmen, zum anderen zur Verhinderung von Ungleichheiten in der Judikatur auch ein objektiver Maßstab anzuwenden ist.¹¹¹⁷ Schmerzensgelderhöhende Faktoren sind beispielsweise eine lange Heilungsdauer, die Belastung mit Dauerfolgen, Furcht vor Spätfolgen,¹¹¹⁸ Impotenz,¹¹¹⁹ Verlust der Gebärfähigkeit,¹¹²⁰ oder Verlust eines Auges.¹¹²¹ So können mE etwa im Fall einer SSPE (siehe auch Kap 6.6.1.), die progredient verläuft, neurologische Störungen bzw Ausfälle bis zum Verlust zerebraler Funktionen bewirkt und stets eine infauste Prognose bedeutet,¹¹²² schmerzensgelderhöhende Umstände erblickt werden. Bei Mumps ist hier an Komplikationen wie Taubheit (als mögliche Folge der Akustikusneuritis, die bei 4% der an Mumps Erkrankten auftritt), oder Unfruchtbarkeit (als mögliche Folge einer Hodenentzündung, für welche bei männlichen Patienten ab der Pubertät ein Risiko von 10-30% besteht) zu denken.¹¹²³

Überdies ist es möglich, dass impfpräventable Krankheiten tödlich verlaufen. Fälle, in denen schon die (primäre) Erkrankung selbst zum Tod führt, können hier ausgeklammert bleiben, da bei Erkrankung und Tod im Kindesalter keine Hinterbliebenen (Unterhaltsberechtigte oder Erben des Getöteten) existieren werden, die Schadenersatzansprüche gegen die Eltern erheben könnten.¹¹²⁴ Wenn die Erkrankung hingegen in einem Alter eintrat, in dem der Minderjährige die Impfung mittlerweile selbst veranlassen hätte können, wird eine Haftung der Eltern

¹¹¹⁵ *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 30 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 48 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

¹¹¹⁶ OGH 2 Ob 61/02p ZVR 2004/43; 2 Ob 261/04b ZVR 2005/118; *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 32 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 43, 45 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

¹¹¹⁷ OGH 2 Ob 261/04b ZVR 2005/118; *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 32 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 47 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

¹¹¹⁸ *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 32 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

¹¹¹⁹ OGH 2 Ob 89/88 ZVR 1989/74.

¹¹²⁰ OGH 1 Ob 619/85 KRSIlg 729.

¹¹²¹ OLG Wien 17 R 8, 9/92 EFSIlg 69.113; OGH 2 Ob 55/12w ZVR 2013/61.

¹¹²² *Robert Koch-Institut*, RKI-Ratgeber Masern, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html (Stand 6. 2. 2019).

¹¹²³ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 53; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 67.

¹¹²⁴ Denkbar wären Ansprüche auf Ersatz von Schock- und Trauerschäden naher Angehöriger, etwa des nicht obsorgeberechtigten Elternteils gegen den obsorgeberechtigten Elternteil, der den Schaden alleine verursacht hat.

ausscheiden. Aus schadenersatzrechtlicher Sicht bedeutsamer sind daher Szenarien, in denen die Krankheit beim Kind vor Erreichen der Einwilligungsfähigkeit auftrat, diese zunächst überstanden wurde und erst die Spätfolgen zum Tod führten.

Ein Beispiel für zum Tod führende Spätfolgen impfpräventabler Krankheiten ist SSPE nach einer Masernerkrankung.¹¹²⁵ Im Hinblick auf Hepatitis B sterben 25 % der Träger des chronischen Hepatitis-B-Virus als Erwachsene an primärem Leberkrebs oder Zirrhose.¹¹²⁶ Bezüglich Meningokokkenenerkrankungen lag die Letalität (insgesamt) in Österreich von 2003 bis 2017 zwischen 5% und 25%. In dieser Zeitspanne sind 95 Personen an der Erkrankung gestorben, vorwiegend Kinder und Jugendliche.¹¹²⁷

Der Schädiger haftet zunächst grundsätzlich für durch die Tötung verursachte Kosten (angemessene Begräbniskosten, Kosten der Errichtung des Grabes), die Anspruchsberechtigung kommt jener Person zu, die die Kosten aufwenden muss.¹¹²⁸ Dies kann allenfalls ein Ehegatte des Getöteten sein. Kommen die Eltern als Schädiger für diese Kosten selbst auf, erübrigt sich ein solcher Ersatzanspruch. Ferner haben Personen, gegenüber denen der Getötete eine gesetzliche Unterhaltspflicht hatte, einen Ersatzanspruch hinsichtlich des Unterhaltsentgangs. Auch hier kommt vorwiegend der Ehegatte des Getöteten in Frage, falls bereits vorhanden auch die Kinder. Dieser Anspruch wird typischerweise in Form einer Rente zuerkannt. Zur Klage berechtigt ist die Person, der der Unterhalt entgeht, minderjährige Kinder sind selbst anspruchsberechtigt.¹¹²⁹ Zudem haben die Kinder und der überlebende Ehegatte einen Ersatzanspruch hinsichtlich der entgangenen Beistands- und Betreuungsleistungen des Getöteten.¹¹³⁰

Da die Schadenersatzansprüche aus der Körperverletzung vererblich sind, was auch für Ansprüche auf Schmerzensgeld gilt, selbst wenn der Geschädigte diese vor seinem Tod nicht geltend gemacht hat,¹¹³¹ können diese gegebenenfalls von den Erben erhoben werden. Im

¹¹²⁵ Robert Koch-Institut, RKI-Ratgeber Masern, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html (Stand 6. 2. 2019).

¹¹²⁶ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 30.

¹¹²⁷ BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 56.

¹¹²⁸ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1327 Rz 6 f, 11 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

¹¹²⁹ Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1327 Rz 9 (Stand 1.4.2018, rdb.at); Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1327 Rz 13 ff (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

¹¹³⁰ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1327 Rz 27 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1327 Rz 20 (Stand 1.4.2018, rdb.at).

¹¹³¹ RIS-Justiz RS0105270; OGH 30. 9. 1996, 6 Ob 2068/96b; Nemeth/Eccher in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁴ § 531 Rz 6; Wittwer in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1337 Rz 1;

Ergebnis können hier sohin Schadenersatzansprüche sowohl aus der anfänglichen Gesundheitsschädigung (dh insbesondere die Folgeerkrankung, aber auch die ursprüngliche Krankheit, falls noch nicht verjährt), als auch aufgrund der späteren Tötung geltend gemacht werden.

8.1.6. HAFTUNGSMILDERUNG BEI SCHÄDIGUNG DURCH FAMILIENANGEHÖRIGE

Im Übrigen gibt es (insb nach *Koziol*) einige Argumente dafür, dass eine Belastung des Familienverhältnisses durch Schadenersatzprozesse möglichst vermieden werden soll und eine Einschränkung der Haftung im Eltern-Kind-Verhältnis möglich ist.¹¹³² Zunächst wird angeführt, dass auch in strafrechtlicher Hinsicht leicht fahrlässige Körperverletzungen des Kindes durch die Eltern milder gewertet werden als bei fremden Personen (§ 88 Abs 2 Z 1 StGB). Weiters spreche für die Haftungseinschränkung, dass Eltern ohnedies die aus der Gesundheitsschädigung resultierende Erhöhung der Unterhaltskosten selbst zu tragen haben. Außerdem wird in Anlehnung an das Nachbarrecht argumentiert, dass die Dauer des Zusammenlebens (wodurch ein friedliches Verhältnis besonders erstrebenswert sei), die „unzumutbare Einschränkung des Bewegungsfreiheit durch weitgehende Sorgfaltspflichten gerade auch im privaten Bereich, der der Entfaltung der Persönlichkeit und der Entspannung dienen soll“, sowie das stetige Risiko der gegenseitigen Beeinträchtigung im täglichen Leben (und damit des Entstehens allfälliger Ersatzansprüche), für eine Einschränkung der Haftung auf erhebliche Nachteile spreche. Ein möglicher Ausgleich könne nach *Koziol* dadurch geschaffen werden, dass entweder die Haftung der Eltern gegenüber dem Kind bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird (ablehnend *Reischauer*¹¹³³), oder die elterlichen Sorgfaltspflichten gemildert oder die Haftung auf erhebliche Schäden beschränkt wird.¹¹³⁴ Darzulegen ist hier außerdem die folgende Argumentation: § 228 ABGB sieht für Fälle der Obsorge durch andere Personen als die Eltern (gem § 204 ABGB) die Eigenheit vor, dass der Richter die Ersatzpflicht (für die Haftung nach § 227 ABGB) insoweit mäßigen oder ganz erlassen kann, als sie die obsorgebetrante Person unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere des Verschuldensgrades oder eines besonderen Naheverhältnisses zwischen

Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1325 Rz 31 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 51 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

¹¹³² *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 61 ff.

¹¹³³ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1325 Rz 4a.

¹¹³⁴ *Koziol*, Geringfügigkeitsschwellen im Schadenersatzrecht?, *Wiegand/Koller/Walter*, Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag (2009) 419 (429 ff); *ders*, Haftpflichtrecht II³ 61.

dem Minderjährigen und dem Obsorgeberechtigten, unbillig hart träfe. Nun gibt es in der österreichischen Rechtsordnung keine allgemeine Reduktionsklausel und fehlt es an einer Begründung, weshalb diese Mäßigungsmöglichkeit gerade für nach § 204 ABGB Obsorgeberechtigte vorgesehen wird, bzw warum diese Begünstigung nicht auch Eltern zuteilwerden soll. Vor diesem Hintergrund vermag die insbesondere von *Kathrein*¹¹³⁵ und *Koziol*¹¹³⁶ vertretene Lehrmeinung, die sich für eine analoge Anwendung des § 288 ABGB auf obsorgebetrante Eltern ausspricht, durchaus zu überzeugen. Überdies führt *Kathrein* aus, dass eine uneingeschränkte Haftung der Kindeseltern auch eine mittelbare Beeinträchtigung der Kindesinteressen bewirken könne, weil damit faktisch in der Haushaltsgemeinschaft eine Beeinträchtigung der Unterhaltsansprüche des Kindes einhergehe.¹¹³⁷ Auf Grundlage der bisherigen Erwägungen wäre sohin ein Mäßigungsrecht des Richters bei Ersatzansprüchen aufgrund unterlassener Impfungen sowohl bei Obsorgeberechtigten nach § 204 ABGB, als auch bei obsorgebetrauten Kindeseltern denkbar. Wiederum zu verneinen wäre allerdings eine derartige Reduktion, wenn man wie *Kathrein* davon ausgeht, dass die Reduktionsklausel bei Personenschäden nicht anzuwenden ist. *Kathrein* ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber nach den Materialien hier nur an Vermögensschäden gedacht habe und es weiters der Stellenwert des Rechtsgutes der körperlichen Integrität des Kindes gebiete, selbst bei bloß leichtem Verschulden keine Reduktion bei Personenschäden vorzunehmen.¹¹³⁸ Aus dem Gesetz selbst ergibt sich allerdings eine solche Differenzierung zwischen Vermögens- und Personenschäden nicht, sodass die Reduktion bei Personenschäden mE nicht zwingend ausgeschlossen werden muss.

8.2. HAFTUNG DES ARZTES

In der Regel werden es Ärzte aus eigenem Antrieb als Teil ihrer Verantwortung bzw Aufgabe ansehen, auf die Möglichkeit und Notwendigkeit von Schutzimpfungen hinzuweisen – so insbesondere, wenn Eltern mit ihren Kindern vorstellig werden. Demgegenüber gibt es vereinzelt wohl auch Ärzte, die diesen aktiven Hinweis nicht geben.¹¹³⁹ Aus diesem Grund ist der Frage nachzugehen, ob Ärzte rechtlich dazu verpflichtet sind, ihre Patienten auf empfohlene und indizierte Schutzimpfungen hinzuweisen, sowie in weiterer Folge, welche Rechtsfolgen sich aus der Unterlassung dieses Hinweises ergeben können.

¹¹³⁵ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 265 Rz 6.

¹¹³⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 63.

¹¹³⁷ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 265 Rz 6.

¹¹³⁸ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 265 Rz 3.

¹¹³⁹ *Wahle*, Aufgabe und Verantwortung des Hausarztes bei der Impfkontrolle, DMW 2009/135, 65; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 7 f.

8.2.1. RECHTSGRUNDLAGEN DER VERPFLICHTUNG ZUM HINWEIS AUF IMPFUNGEN

8.2.1.1. Vertrag

Die Verpflichtung des Arztes zur Information über Impfungen kann in mehreren Rechtsgrundlagen verortet werden. Primär ist der Arzt aufgrund des zivilrechtlichen Behandlungsvertrags zur sorgfältigen Anamnese, Diagnose, Aufklärung und Behandlung verpflichtet, deren Umfang von den medizinisch-wissenschaftlichen Notwendigkeiten hervorgeht.¹¹⁴⁰ Die Pflicht zur (Selbstbestimmungs-)Aufklärung umfasst die sorgfältige Information über mögliche Gefahren und schädliche Folgen einer Behandlung und ihrer Nichtvornahme.¹¹⁴¹ Klarerweise muss der Arzt über Impfungen aufklären, wenn der Patient (uU in Begleitung des Sorgeberechtigten) speziell zu diesem Zweck vorstellig wird und daher die Impfung auch Inhalt des Behandlungsvertrags werden soll.

Anderes gilt allerdings für die hier vorwiegend interessierenden Szenarien, in denen der konkrete Behandlungsvertrag nicht direkt auf die Durchführung von bzw. Beratung zu Impfungen gerichtet ist. Hier wird man aus dem Sinn und Zweck des jeweiligen Arztbesuchs ermitteln müssen, ob der Hinweis auf bestimmte Impfungen geboten ist. Dies hängt im Wesentlichen davon ab, ob der gewissenhafte „Durchschnittsarzt“ es im konkreten Fall für notwendig erachtet hätte, auf Impfungen hinzuweisen.¹¹⁴² Eine solche Hinweispflicht des Arztes lässt sich in diesen Fällen aus der Pflicht zur therapeutischen bzw. Sicherungsaufklärung (Kap 5.2.2.) ableiten. Dabei soll vermittelt werden, was von Patientenseite zu beachten ist, damit das Ziel ärztlicher Bemühungen nicht gefährdet wird. Darunter fallen auch Hinweise zur Notwendigkeit weiterer Behandlungen oder generell zur Lebensführung (Diät, Ruhewohnheiten, Rehabilitationsmöglichkeiten, etc).¹¹⁴³ Die Sicherungsaufklärung soll dem Patienten also auch die Entscheidung ermöglichen, ob weitere (gebotene) Behandlungen gewünscht sind oder unterbleiben sollen. Sohin muss der Arzt, wenn er erkennt, dass be-

¹¹⁴⁰ *Englährringer*, ÖJZ 1993, 498; *Deutsch*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen, VersR 2003, 801 (802); *Juen*, Arzthaftungsrecht² 164 ff; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap III Rz 26 ff.

¹¹⁴¹ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/73; *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 15 f.

¹¹⁴² *Pitzl/Huber*, Impfen – raten/abratens?, Pädiatrie & Pädologie 2010/4, 10 (12).

¹¹⁴³ *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 7 f; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 86.

stimmte medizinische Maßnahmen geboten sind, den Patienten auf deren Notwendigkeit hinweisen.¹¹⁴⁴

Ähnlich stellt sich die deutsche Rechtslage dar: Der Arzt hat den Patienten im Rahmen der Sicherungsaufklärung über die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen zu informieren (§ 630c Abs 2 S 1 BGB). Daraus leiten *Deutsch/Spickhoff/Ullrich* auch die allgemeine Pflicht des Arztes zum Hinweis auf Impfungen ab: Zur Sicherungsaufklärung gehört demnach auch die Information über Möglichkeiten zur Durchführung von Selbstschutzmaßnahmen und Präventionsmöglichkeiten.¹¹⁴⁵ Weiters werden Schutz- und Warnhinweise zur Vermeidung einer möglichen Selbstgefährdung des Patienten für erforderlich erachtet. Eine derartige Selbstgefährdung wird (aufgrund der höheren Infektionswahrscheinlichkeit) in der Nichtvornahme empfohlener Schutzimpfungen erblickt. Aus diesen Gründen wird eine vertragliche Pflicht des Arztes zur Mitteilung der empfohlenen Schutzimpfungen angenommen.¹¹⁴⁶ Von einer solchen Verpflichtung geht auch *Makoski* aus, der dazu ausführt, der Arzt habe den Eltern zumindest die Impfungen entsprechend den STIKO-Empfehlungen vorzuschlagen, widrigenfalls er die Kinder nicht gemäß dem fachlichen Standard behandelt.¹¹⁴⁷

In Anbetracht dieser Überlegungen kann festgehalten werden, dass auch die Erteilung von Hinweisen bzw Beratung Teil der Pflichten aus dem Behandlungsvertrag sein kann.¹¹⁴⁸ Die Frage, in welchen Situationen der Hinweis auf Impfungen im Hinblick auf den Zweck des Arztbesuchs bzw des Vertrags geboten ist, wird stets einzelfallbezogen zu beantworten sein. Entscheidend ist, ob ein sorgfältiger Durchschnittsarzt den Hinweis für erforderlich hält. So wird bei der Konsultation eines Facharztes für Kinder- und Jugendheilkunde die Kontrolle des Impfstatus und allfällige Information über erforderliche Impfungen regelmäßig geboten sein, zumal es sich um Patienten im frühen Kindesalter handelt, für die gemäß den öffentlichen Empfehlungen regelmäßig neue Impfungen „fällig werden“. Die Berücksichtigung des Impfplans samt empfohlener Impfzeitpunkte ist vom „durchschnittlichen Kinderarzt“ bei Routineuntersuchungen mE jedenfalls zu erwarten. Hier liegt auf der Hand, dass es die

¹¹⁴⁴ OGH 4. 8. 2009, 9 Ob 64/08i; *Pitzl/Huber*, *Pädiatrie & Pädologie* 2010/4, 10 (12).

¹¹⁴⁵ *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 9; *Katzenmeier* in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BeckOK BGB⁵¹ § 630c Rz 7 ff (Stand: 1. 8. 2019).

¹¹⁴⁶ *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 13; *Deutsch*, VersR 2003, 802.

¹¹⁴⁷ *Makoski*, GuP 2017/6, 220 (224 f).

¹¹⁴⁸ *Katzenmeier* in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BeckOK BGB⁵¹ § 630a Rz 26 (Stand: 1. 8. 2019); *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 9.

behandlungsvertragliche Pflicht bzw Sorgfalt erfordert (und von Patientenseite üblicherweise auch erwartet werden kann), dass der Arzt bei der Untersuchung Informationen zum bestmöglichen Schutz der Gesundheit des Kindes gemäß den medizinischen Empfehlungen und Erfordernissen erteilt und sohin auf die Möglichkeit und Notwendigkeit von Impfungen im Kindesalter hinweist. Ganz besonders muss dies für Arztkontakte im Zuge der Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen gelten. Fraglich ist, ob der Impfhinweis auch bei der Konsultation eines Kinderarztes wegen einer akuten Gesundheitsbeeinträchtigung, die nichts mit Impfungen zu tun hat, geboten ist. *Pitzl/Huber* verneinen dies (mit dem Beispiel der Behandlung wegen einer Ohrenentzündung), da hier eine Kontrolle des Impfstatus vom Durchschnittsarzt nicht erwartet werden könne.¹¹⁴⁹ Dem ließe sich entgegnen, dass gemäß einer Empfehlung der WHO jeder Arztkontakt dazu genutzt werden sollte, den Impfstatus zu überprüfen und, wenn nötig, fehlende Impfungen nachzuholen (was auch im Impfplan angeführt ist).¹¹⁵⁰ Auch *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*¹¹⁵¹ nehmen eine derartige Differenzierung nicht vor, sondern scheinen die Hinweispflicht des Arztes weitreichender zu sehen. ME wäre sohin die Annahme verfehlt, dass der Hinweis auf Impfungen ganz im Allgemeinen nicht erforderlich ist, sobald der Arzt wegen einer konkreten Behandlung konsultiert wird. Nichtsdestotrotz wird es natürlich Situationen geben, in denen eine akute Behandlung derartig vorrangig ist, dass der Impfhinweis unterbleiben kann.

Die Frage, auf welche bestimmten Impfungen hinzuweisen ist, lässt sich mE dahingehend beantworten, dass der diesbezügliche Maßstab wohl die öffentlichen Empfehlungen des Impfplans sein werden (so auch *Makoski*¹¹⁵²). Der Impfplan beinhaltet die aktuellen, evidenzbasierten Empfehlungen eines Expertengremiums und spiegelt damit den medizinischen Standard wider. Die Kenntnis des Impfplans kann von jedem „Durchschnittsarzt“ (insb bei Fachärzten für Kinder- und Jugendheilkunde und Ärzten für Allgemeinmedizin) erwartet werden.¹¹⁵³ Der Impfhinweis wird sohin mE regelmäßig alle altersgemäßen Impfungen, allenfalls auch Nachholimpfungen betreffen.

Sofern der minderjährige Patient bereits selbst geschäftsfähig ist, treffen den Arzt die vertraglichen Pflichten direkt gegenüber dem Minderjährigen als Vertragspartner. Ist der Patient ein geschäftsunfähiges Kind, wird der Vertrag idR mit dem gesetzlichen Vertreter abgeschlossen

¹¹⁴⁹ *Pitzl/Huber*, Pädiatrie & Pädologie 2010/4, 10 (12).

¹¹⁵⁰ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 7.

¹¹⁵¹ *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 1 ff.

¹¹⁵² *Makoski*, GuP 2017/6, 220 (224 f).

¹¹⁵³ *Pitzl/Huber*, Pädiatrie & Pädologie 2010/4, 10 (12).

– allerdings erwachsen auch aus einem solchen Vertrag Sorgfaltspflichten zu Gunsten des Kindes. Nach *Deutsch/Spickhoff/Ullrich* liegt hier ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor, aus dem das Kind die gleichen Ansprüche wie eine Vertragspartei hat. Adressat des ärztlichen Hinweises auf die Impfung ist dennoch, solange die obsorgeberechtigte Person aufzuklären ist, ebendiese.¹¹⁵⁴

8.2.1.2. Delikt

Weiters ist der Arzt aus deliktischer Sicht verpflichtet, die sorgfaltswidrige Beeinträchtigung der Gesundheit des Patienten zu vermeiden.¹¹⁵⁵ Geschütztes Rechtsgut ist hier freilich die körperliche Unversehrtheit bzw Gesundheit des Patienten. Der Arzt darf diesem Rechtsgut durch sein Verhalten nicht schaden, was sich aus § 1325 ABGB ergibt, wobei eine Schädigung auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden kann.

Die Unterlassung (des Hinweises auf die Impfung) ist aber nur dann haftungsrelevant, wenn eine Rechtspflicht zum Tun bestanden hat.¹¹⁵⁶ Diese ergibt sich aus deliktsrechtlicher Sicht aus der Übernahme der Behandlung bzw Untersuchung durch den Arzt.¹¹⁵⁷ Daraus lässt sich auch eine Garantenstellung des Arztes gegenüber dem Patienten ableiten. Aus diesen Gründen hat der Arzt das Rechtsgut der Gesundheit des Patienten zu wahren und diesem die erforderliche Sorgfalt entgegenzubringen. Bei welchen Arztbesuchen es die erforderliche Sorgfalt gebietet, auf Impfungen hinzuweisen, ist wiederum einzelfallbezogen anhand des Zwecks der Konsultation zu beurteilen. Entsprechend den obigen Ausführungen (Kap 8.2.1.1.) wird insbesondere bei minderjährigen Patienten der Hinweis auf Schutzimpfungen aus medizinischer Sicht von so wesentlicher Bedeutung sein, dass eine solche „Pflicht zum Tun“ anzunehmen ist.

Sohin lässt sich auch aus deliktischer Sicht die Notwendigkeit des Hinweises auf empfohlene Impfungen bejahen, widrigenfalls Haftungsfolgen drohen. Der Umfang dieser Verpflichtung

¹¹⁵⁴ *Deutsch*, VersR 2003, 802; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 14.

¹¹⁵⁵ *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 15; *Deutsch*, VersR 2003, 802.

¹¹⁵⁶ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1294 Rz 3; *Harrer*, Schadenersatzrecht 14; *Deutsch*, Haftungsrecht 66 f.

¹¹⁵⁷ *Deutsch*, VersR 2003, 803; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 16.

zur Gefahrenabwehr korrespondiert mit den an die Ausübung des ärztlichen Berufs gestellten Anforderungen.¹¹⁵⁸

8.2.1.3. Berufsrecht

Eine Verpflichtung zum Hinweis auf Impfungen lässt sich wohl auch aus dem ärztlichen Berufsrecht ableiten. Zunächst ergibt sich aus § 2 Abs 2 Z 5 ÄrzteG, dass das Berufsbild des Arztes die Vorbeugung von Erkrankungen beinhaltet. Den Arzt trifft weiters die Verpflichtung zur sorgfältigen Aufklärung entsprechend den bereits erläuterten Grundsätzen, was sich aus § 51 Abs 1 ÄrzteG (bzw im Krankenanstaltenbereich aus der Grundsatzbestimmung des § 5a Z 2 und 3 KAKuG und den entsprechenden Landes-KAG) ergibt.¹¹⁵⁹ Zudem haben Ärzte nach § 49 Abs 1 ÄrzteG jeden in Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden oder Kranken gewissenhaft zu betreuen und sowohl das Wohl der Kranken, als auch den Schutz der Gesunden nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung zu wahren. Die empfohlenen Schutzimpfungen sind nach den medizinischen Erkenntnissen indizierte Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit, der Hinweis darauf entspricht einer gewissenhaften Beratung. Daraus lässt sich mE die berufsrechtliche Pflicht zur Information über die Möglichkeit von Schutzimpfungen ableiten. Dies entspricht auch der vorherrschenden Ansicht im deutschen Schrifttum.¹¹⁶⁰

8.2.1.4. Strafrecht

Möglicherweise gebietet letztlich auch der strafrechtliche Schutz von Leib und Leben des Patienten die Erteilung dieser Information.¹¹⁶¹ Zu denken ist hier primär an die Körperverletzungsdelikte (§§ 83 ff StGB). Der Arzt hat dabei eine Garantenstellung (aufgrund freiwilliger Pflichtenübernahme durch Vertrag) inne.¹¹⁶² Hier könnte die Verpflichtung des Arztes zum

¹¹⁵⁸ *Deutsch*, VersR 2003, 803; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 16.

¹¹⁵⁹ *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 68 f; *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht¹⁵ I/73 ff.

¹¹⁶⁰ *Deutsch*, VersR 2003, 802; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 11.

¹¹⁶¹ *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 15; *Deutsch*, VersR 2003, 802; *Makoski*, GuP 2017/6, 220 (225).

¹¹⁶² *Birklbauer* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap X Rz 25 ff; *Stricker* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 2 Rz 21 ff; *Fabrizy*, StGB¹³ § 2 Rz 4 ff.

Hinweis auf Schutzimpfungen, die eine Strafbarkeit des Unterlassens ebendieses Hinweises hervorruft, aus der Übernahme der ärztlichen Behandlung erwachsen.¹¹⁶³

Im Ergebnis ist der Arzt gegenüber dem Patienten bzw seinen Eltern mE (aus mehreren Rechtsgründen) dazu verpflichtet, auf die Möglichkeit bzw Notwendigkeit der Impfung und Gefahren der Unterlassung hinzuweisen. Dieser Pflicht hat der Arzt unabhängig von seiner persönlichen Ansicht nachzukommen – wesentlich kann hier nur der anerkannte Stand der medizinischen Wissenschaft sein, der klar für die Vornahme von Impfungen spricht.

8.2.2. FOLGEN DER PFLICHTVERLETZUNG

8.2.2.1. Vertragliche Haftung

Die Unterlassung des Hinweises auf gebotene Impfungen kann für den Arzt unterschiedliche Rechtsfolgen haben. Aus zivilrechtlicher Sicht ist zunächst Schadenersatz *ex contractu* zu prüfen. Hinsichtlich der allgemeinen haftungsrechtlichen Kriterien und Grundsätze wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die obigen Darstellungen verwiesen (Kap 8.1.1.1. bis 8.1.1.6.).

Erkrankt ein Patient infolge der unterlassenen Information über Impfungen an einer entsprechenden Krankheit, liegt ein Schaden vor, der in der Gesundheitsbeeinträchtigung samt den daraus resultierenden Kosten besteht. Die dabei durch den Arzt verletzten Vertragspflichten wurden bereits beschrieben (Kap. 8.2.1.1.). Da die therapeutische Aufklärung als Teil der fachgerechten Behandlung gilt, stellt deren Mangelhaftigkeit, also ein derartiger „Beratungsfehler“, einen Behandlungsfehler dar.¹¹⁶⁴

Die Unterlassung des Hinweises ist kausal für den Schaden, wenn die Vornahme der pflichtgemäßen Handlung (Information) den Erfolg (Erkrankung) verhindert hätte.¹¹⁶⁵ Hierbei sind zwei Punkte erörterungsbedürftig, nämlich ob der pflichtgemäße Hinweis den Entschluss zur Impfung bewirkt hätte, sowie ob in weiterer Folge die Impfung die Infektion verhindert hätte. ME kann mit *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*¹¹⁶⁶ davon ausgegangen werden, dass nach fachgerecht erfolgter Beratung über die Notwendigkeit von Impfungen diese von Patientenseite idR

¹¹⁶³ *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 10 f.

¹¹⁶⁴ *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 86; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung² 165; *Englährringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 7 f.

¹¹⁶⁵ *Koziol*, RdW 2007, 12; *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/10.

¹¹⁶⁶ *Deutsch*, VersR 2003, 805; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 21.

auch veranlasst worden wären (außer wenn spezielle Umstände entgegenstehen). Zudem bewirkt die Vornahme der Impfung ganz typischerweise die Immunität des Impflings (siehe bereits in Kap 8.1.1.3.).¹¹⁶⁷ Sohin wäre bei erfolgtem Hinweis auf die Impfung eine Infektion des Patienten wohl mit hoher Wahrscheinlichkeit unterblieben, sodass der Kausalzusammenhang bejaht werden kann. Während in den gegenständlichen Fällen mE ohnehin angenommen werden kann, dass das Beweismaß der „hohen Wahrscheinlichkeit“ erreicht wird, ist hier ungeachtet dessen zu erörtern, ob ein reduziertes Beweismaß zur Anwendung gelangt.

Das Vorliegen eines Behandlungsfehlers (dh die objektive Sorgfaltsverletzung) und die Kausalität sind nämlich vom Patienten zu beweisen, der allerdings durch ein reduziertes Beweismaß begünstigt wird.¹¹⁶⁸ Die Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten werden im Arzthaftungsprozess damit begründet, dass einerseits der menschliche Organismus nicht vollends beherrschbar und kontrollierbar ist, was den Nachweis kausaler Zusammenhänge erschwert, und andererseits der klagende Patient idR medizinischer Laie ist, teils keinen Einblick in ärztliche Behandlungsvorgänge hat und daher mit übermäßigen Beweisschwierigkeiten konfrontiert ist.¹¹⁶⁹ Zunächst kann aufgrund der besonderen Schwierigkeit des Kausalitätsnachweises bei Behandlungsfehlern grundsätzlich der Anscheinsbeweis als ausreichend erachtet werden. Der Anscheinsbeweis erfordert Erfahrungssätze, anhand derer auf typische Geschehensabläufe geschlossen wird. Allerdings scheint er in jenen Fällen ausgeschlossen, in denen der Kausalverlauf durch einen individuellen Willensentschluss einer Person bestimmt werden kann.¹¹⁷⁰ Bedenkt man, dass im betreffenden Fall auch trotz erfolgtem Hinweis des Arztes die Impfung durch einen solchen Entschluss auf Patientenseite abgelehnt werden kann, wäre die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises möglicherweise zu verneinen und damit weiterhin der Nachweis einer hohen Wahrscheinlichkeit erforderlich. Eine Minderung der Anforderungen an den Beweis der Kausalität kann ferner nach Ansicht des OGH bei Schädigungen durch Unterlassen bestehen, da sich hier die (hypothetische) Entwicklung der Geschehnisse bei pflichtgemäßem Verhalten naturgemäß nie mit letzter Sicherheit beantworten ließe. Demnach ist bereits dann von der Kausalität der Unterlassung auszugehen, wenn die

¹¹⁶⁷ *Pierer*, EF-Z 2015/57, 104; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 22.

¹¹⁶⁸ *Juen*, Arzthaftungsrecht² 217 f; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 56 f; *Kolmasch/Neumayr*, Rechtsprechung zur Behauptungs- und Beweislast in Arzthaftungsfällen, Zak 2011, 45; *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²⁶ II/28.

¹¹⁶⁹ *Juen*, Arzthaftungsrecht² 202; *Neumayr* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IX Rz 21 ff; *Kolmasch/Neumayr*, Zak 2011, 45.

¹¹⁷⁰ OGH 1 Ob 502/84 JBl 1985, 36 (37); *Juen*, Arzthaftungsrecht² 238.

pflichtgemäße Handlung den Schadenseintritt nur mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ verhindert hätte.¹¹⁷¹ Im Ergebnis wird die Kausalität sohin jedenfalls bejaht werden können.

Auch der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben. Die Infektion des Patienten stellt in derartigen Fällen keinen atypischen Schaden dar, da diese nicht infolge einer objektiv unvorhersehbaren, ganz außergewöhnlichen Verkettung von Umständen eingetreten ist.¹¹⁷²

Hinsichtlich der Prüfung des Schutzzwecks gilt, dass auch für die Verletzung vertraglicher Pflichten nur insofern zu haften ist, als jene Interessen beeinträchtigt sind, deren Schutz der Vertrag bezweckte. Mittels Auslegung muss aus dem Sinn und Zweck des konkreten Vertrags ermittelt werden, welche Interessen ebendieser schützen sollte. Entscheidend ist sohin, ob die beeinträchtigten Interessen sachlich in der Richtung und im Rahmen der übernommenen Pflichten liegen.¹¹⁷³ Ganz im Allgemeinen bezwecken Behandlungsverträge neben der Wiederherstellung der Gesundheit in speziellen Bereichen auch die Wahrung der Gesundheit in sonstiger Hinsicht. Dies gilt speziell für die hier vorwiegend interessierenden Fälle, in denen minderjährige Patienten vom Kinderarzt oder Hausarzt behandelt bzw untersucht werden, da hier die Kontrolle des Impfstatus und die Schließung von Impfücken von besonderer Bedeutung sind. Gerade hier wird der Vertrag auch das Interesse des Schutzes der vulnerablen Patienten vor vermeidbaren (und schweren) Infektionskrankheiten beinhalten. Sohin ist der Hinweis auf die Möglichkeit von Impfungen – jedenfalls bei minderjährigen Patienten – regelmäßig vom Schutzzweck umfasst.

Auf Verschuldensebene ist Vorsatz idR nicht anzunehmen, da der Arzt den schädlichen Erfolg – obgleich dieser vorhergesehen wurde – wohl nicht billigen wird. Zudem müsste dem Schädiger die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst gewesen sein.¹¹⁷⁴ Vorwiegend wird Fahrlässigkeit in Betracht kommen, die vorliegt, wenn die objektiv gebotene Sorgfalt aus subjektiv zu vertretenden Gründen nicht eingehalten wird. Der Schädiger verhält sich fahrlässig, wenn ihm mangels gehöriger Willensanspannung die Rechtswidrigkeit des Verhaltens nicht bewusst war, oder ihm diese zwar bewusst war, aber er nicht vorhersah, dass sein

¹¹⁷¹ OGH 13. 2. 2014, 2 Ob 17/13h; 28. 2. 2012, 4 Ob 145/11v; 1 Ob 504/58 JBl 160, 188; 1 Ob 592/51 JBl 1953, 18; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 239.

¹¹⁷² *Juen*, Arzthaftungsrecht² 24; *Harrer*, Schadenersatzrecht 18; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/2 f; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹² 290 ff; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 24 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); OGH 20. 2. 2003, 6 Ob 124/02g.

¹¹⁷³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/49 f; *Juen*, Arzthaftungsrecht² 155.

¹¹⁷⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/27 f; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1294 Rz 22 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at); Rz 22; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 58 ff (Stand 1.1.2018, rdb.at); *Rabl in Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/33.

Verhalten tauglich ist, den schädlichen Erfolg herbeizuführen.¹¹⁷⁵ Den Arzt trifft als Sachverständigen iSd § 1299 ABGB ein objektivierter Sorgfaltsmaßstab: er hat die Sorgfalt eines durchschnittlichen Fachmanns aufzubringen und kann sich nicht mit fehlenden subjektiven Fachkenntnissen entlasten.¹¹⁷⁶ Die im Rahmen der ärztlichen Berufsausübung objektiv zu erwartende Sorgfalt erfordert – angesichts des klaren medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisstandes und den öffentlichen Empfehlungen – den Hinweis auf Impfungen.¹¹⁷⁷ Dies entspricht auch einer Empfehlung der WHO, wonach jeder Arztkontakt dazu genutzt werden sollte, den Impfstatus zu überprüfen und, wenn nötig, fehlende Impfungen nachzuholen (was zudem im nationalen Impfplan angeführt ist).¹¹⁷⁸ Der Arzt kann sich lediglich durch den Beweis entlasten, dass er subjektiv nicht in der Lage war, diese objektiv gebotene Sorgfalt einzuhalten (zB wegen einer Bewusstseinsstörung).¹¹⁷⁹ Die Beweislast für das Verschulden des schädigenden Arztes trifft bei vertraglicher Haftung grundsätzlich den Behandler (§ 1298 ABGB), bei deliktischer Haftung hingegen den Patienten (§ 1296 ABGB).¹¹⁸⁰

Im Ergebnis erscheint somit eine zivilrechtliche Haftung des Arztes als durchaus wahrscheinlich, da da ein objektivierter Verschuldensmaßstab anzuwenden ist und hinsichtlich der Kausalität Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten bestehen. Der geschädigte Patient hat Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten, des Verdienstentgangs und auf ein angemessenes Schmerzensgeld (§ 1325 ABGB). Hinsichtlich des Umfangs der Ersatzpflicht kann im Wesentlichen auf die Ausführungen in Kap 8.1.5. verwiesen werden. Dies allerdings mit dem (offensichtlichen) Unterschied, dass bei der Arzthaftung Einschränkungen der Ersatzpflicht, die sich daraus ergeben, dass der Schädiger ein Elternteil des geschädigten Patienten ist,¹¹⁸¹ typischerweise nicht in Betracht kommen.

¹¹⁷⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/33; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1294 Rz 21 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at); *Rz 22*; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 62 f (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹¹⁷⁶ *Juen*, Arzthaftungsrecht² 164 f; *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²⁶ II/26; *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/34.

¹¹⁷⁷ *Deutsch*, VersR 2003, 805; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 20.

¹¹⁷⁸ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 7.

¹¹⁷⁹ *Neumayr* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IX Rz 23 ff; *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/34; *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²⁶ II/26; *Kolmasch/Neumayr*, Zak 2011, 45.

¹¹⁸⁰ *A. Tanczos/D. Tanczos*, Arzthaftung² 74; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV Rz 56 f; *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht²⁶ II/26 ff.

¹¹⁸¹ Dh insbesondere der Entfall der Ersatzpflicht bei Aufwendungen, die den Eltern selbst erwachsen sind (zB Aufwand bei Pflege des geschädigten Kindes durch die Eltern selbst), das „Familienhaftungsprivileg“ hinsichtlich des Regresses des Sozialversicherungsträgers nach § 332 ASVG (Kap 8.1.5.), sowie die mögliche Haftungsmilderung bei Schädigung durch Familienangehörige (Kap 8.1.6.).

8.2.2.2. Deliktische Haftung

Wie bereits dargelegt, trifft den Arzt aufgrund der Übernahme der Behandlung bzw Untersuchung eine Hinweispflicht bezüglich Impfungen (Kap 8.2.1.2.). Folgt aus der Unterlassung die Erkrankung des Patienten, hat der Arzt durch diesen Pflichtverstoß das deliktisch geschützte Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit iSd § 1325 ABGB verletzt.¹¹⁸²

Der Kausalzusammenhang zwischen Verletzungshandlung und Schadenseintritt wird (in Anlehnung an die obigen Ausführungen) mE regelmäßig zu bejahen sein, da bei pflichtgemäßem Verhalten (dh fachgerecht erfolgter Information über die Notwendigkeit der Impfung) die Impfung idR veranlasst worden wäre und deren Vornahme typischerweise die Immunität des Geimpften bewirkt, sodass eine Infektion mit hoher Wahrscheinlichkeit unterblieben wäre.¹¹⁸³ Bei der Infektion des Patienten handelt es sich auch um einen adäquat herbeigeführten Schaden, da sie nicht durch eine objektiv unvorhersehbare, ganz außergewöhnliche Verkettung von Umständen eingetreten ist.¹¹⁸⁴

Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus der Verletzung des absoluten Rechtsguts der Gesundheit durch den Verstoß gegen die bereits (in Kap 8.2.1.2.) beschriebene „Pflicht zum Tun“. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang ist bei der deliktischen Verletzung absoluter Rechtsgüter korrelierend mit dem Vorliegen der Sorgfaltswidrigkeit gegenüber dem entsprechenden Rechtsgut zu bejahen (siehe im Detail Kap 8.1.1.5.).¹¹⁸⁵

Auf Verschuldensebene wird auch bei der Haftung *ex delicto* das Verhalten des Arztes idR fahrlässig sein. Aufgrund des objektivierten Sorgfaltsmaßstabs gem § 1299 ABGB hat der Arzt als Sachverständiger die Sorgfalt eines durchschnittlichen Fachmanns aufzubringen.¹¹⁸⁶ Da der Hinweis auf Impfungen (wie bereits oben erörtert) der im ärztlichen Verkehrskreis gewöhnlich zu erwartenden Sorgfalt entspricht, ist dessen Unterlassen sorgfaltswidrig.¹¹⁸⁷

¹¹⁸² Deutsch, VersR 2003, 804; Deutsch/Spickhoff/Ullrich, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 23.

¹¹⁸³ Pierer, EF-Z 2015/57, 104; Deutsch/Spickhoff/Ullrich, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 22.

¹¹⁸⁴ Juen, Arzthaftungsrecht² 24; Harrer, Schadenersatzrecht 18; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/2 f; Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹² 290 ff; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 24 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); OGH 20. 2. 2003, 6 Ob 124/02g.

¹¹⁸⁵ Juen, Arzthaftungsrecht² 155; Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1294 Rz 24; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1295 Rz 8.

¹¹⁸⁶ Juen, Arzthaftungsrecht² 164 f; Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Medizinrecht²⁶ II/26; Rabl in Rabl/Riedler, Schuldrecht BT⁶ Rz 13/34.

¹¹⁸⁷ Deutsch/Spickhoff/Ullrich, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 24.

Im Ergebnis ist sohin auch die deliktische Haftung des Arztes eine mögliche Rechtsfolge der betreffenden Pflichtverletzung. Bei der Haftung *ex delicto* ergibt sich hinsichtlich des Umfangs der Ersatzpflicht die Einschränkung, dass für bloße Vermögensschäden nicht zu haften ist.

8.2.2.3. Berufsrechtliche Folgen

Vorstellbar sind zudem berufsrechtliche Konsequenzen.¹¹⁸⁸ In Frage kommt primär das Disziplinarvergehen der Berufspflichtverletzung gem § 136 Abs 1 Z 2 ÄrzteG, wenn die oben angeführten Berufspflichten (Kap 8.2.1.) verletzt werden. Für die disziplinarische Verantwortlichkeit ist fahrlässiges Verhalten ausreichend, der Arzt ist aber nicht zu verfolgen, wenn seine Schuld gering ist und sein Verhalten keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat (§ 136 Abs 7 und 8 ÄrzteG).¹¹⁸⁹ Die möglichen Disziplinarstrafen¹¹⁹⁰ sind in § 139 Abs 1 ÄrzteG geregelt. Zunächst steht der schriftliche Verweis zur Verfügung, der gebührend ist, wenn zu erwarten ist, dass dieser ausreicht, um dem Verurteilten das Unrecht seines Handelns zu vergegenwärtigen und nicht generalpräventive Gründe eine strengere Strafe erfordern.¹¹⁹¹ Weiters sind Geldstrafen bis zu € 36.340,- möglich, wobei bei der Bemessung die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten zu berücksichtigen sind (§ 139 Abs 7 ÄrzteG).¹¹⁹² Eine befristete Untersagung der Berufsausübung kann bei erstmaligem Vergehen höchstens für die Dauer von drei Monaten, sonst höchstens für ein Jahr verhängt werden (§ 139 Abs 2 ÄrzteG). Nur bei qualifizierten Vergehen iSd § 136 Abs 2 ÄrzteG¹¹⁹³ kann die Dauer der Untersagung bis zu drei Jahre betragen, ein derartiges Vergehen ist bei Unterlassen des Hinweises auf Impfungen aber nicht anzunehmen. Die Strafe der Streichung aus der Ärzteliste – mit der Möglichkeit der Wiedereintragung nach drei Jahren – kommt vorwiegend bei qualifizierten Vergehen iSd § 136 Abs 2 ÄrzteG in Betracht, bei Vergehen nach § 136 Abs 1 ÄrzteG allenfalls nur in schwerwiegenden Fäl-

¹¹⁸⁸ Deutsch, VersR 2003, 806; Deutsch/Spickhoff/Ullrich, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 26 f.

¹¹⁸⁹ Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 293 ff; ders in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Kap XXI Rz 437 ff.

¹¹⁹⁰ Disziplinarbehörde erster Instanz ist der Disziplinarrat der Österreichischen Ärztekammer (§ 140 ÄrzteG), im Rahmen dessen ist zur Durchführung der Disziplinarverfahren zumindest eine Disziplinarkommission (Dreiersenat) pro Oberlandesgerichtssprengel einzurichten; Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 309.

¹¹⁹¹ Zahrl/Steiner in Emberger/Wallner, Ärztegesetz² (2008) § 139 Rz 1; Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 303.

¹¹⁹² Zahrl/Steiner in Emberger/Wallner, Ärztegesetz² § 139 Rz 2; Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 304.

¹¹⁹³ Dh. vorsätzliche Begehung einer Straftat, die zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten oder einer Geldstrafe von 360 Tagessätzen oder mehr als € 36.340,- geführt hat.

len.¹¹⁹⁴ In Anbetracht dieses Strafenregimes werden mE im Fall der Unterlassung des Hinweises auf Impfungen idR nur die beiden „milderen“ Disziplinarstrafen angemessen sein. Allenfalls ist die Begehung mehrerer Disziplinarvergehen (derselben oder verschiedener Art) bzw die Fortsetzung für längere Zeit ein Erschwerungsgrund bei der Strafzumessung.¹¹⁹⁵ Anders kann die Beurteilung hingegen ausfallen, wenn ein Arzt gegenüber seinen Patienten impfkritische Äußerungen tätigt, die der medizinischen Wissenschaft widersprechen, bzw („aktiv“) von Impfungen abrät, obwohl keine Kontraindikation vorliegt. Hier könnte man möglicherweise vom Verlust der zur Erfüllung der Berufspflichten erforderlichen Vertrauenswürdigkeit (§ 4 Abs 2 Z 3 ÄrzteG) ausgehen, was wohl zur Streichung aus der Ärzteliste führen würde (siehe hierzu bereits Kap 5.2.1.2.).¹¹⁹⁶ Sofern hierbei mittels Rücknahme der Berufsausübungsberechtigung gem § 59 ÄrzteG vorgegangen wird (was auch eine Streichung aus der Ärzteliste zur Folge hat), ist ein Verschulden des betroffenen Arztes nicht ausschlaggebend. Das gilt va für den Wegfall der Vertrauenswürdigkeit, da hier nicht eine Strafe, sondern eine Administrativmaßnahme zum Schutz der öffentlichen Gesundheit vor vertrauensunwürdigen Ärzten zu erblicken ist.¹¹⁹⁷

8.2.2.4. Strafrechtliche Folgen

Aus strafrechtlicher Sicht könnte insbesondere das objektive Tatbild der fahrlässigen Körperverletzung vorliegen. Die Möglichkeit der Begehung durch Unterlassen ergibt sich aus der Garantenstellung des Arztes (aufgrund freiwilliger Pflichtenübernahme durch Vertrag).¹¹⁹⁸ Problematisch ist allerdings der Umstand, dass die Kausalität mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen muss, da im Strafrecht die oben erwähnte Beweiserleichterung (Kap 8.2.2.1.) nicht in Betracht kommt. Wenngleich die Durchführung einer Impfung die Erkrankung des Impflings in aller Regel unterbindet, bleibt dennoch ein geringes „Restrisiko“ bestehen, dass keine Immunität hergestellt wird und damit die Infektion trotz Impfung dennoch eintreten kann. Sohin wird die Kausalität iSd Strafrechts typischerweise nicht feststellbar sein. Zudem ist das Verschulden subjektiv zu prüfen und dessen Nachweisbarkeit in den

¹¹⁹⁴ Zahrl/Steiner in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz² § 139 Rz 2; *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I² 533.

¹¹⁹⁵ *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I² 537 f; *Zahrl/Steiner* in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz² § 139 Rz 21; *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 305.

¹¹⁹⁶ Dies entsprechend den Ausführungen in Kap 5.2.1.2. in Anlehnung an die Entscheidung VwGH 24. 7. 2013, 2010/11/0075 RdM 2014/47; *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 7.

¹¹⁹⁷ VwGH 17. 12. 1998, 97/11/0317; *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² 26; *Zahrl*, Vertrauenswürdigkeit; Disziplinarrecht, DAG 2014/22.

¹¹⁹⁸ *Birklbauer* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap X Rz 25 ff; *Stricker* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 2 Rz 21 ff; *Fabrizy*, StGB¹³ § 2 Rz 4 ff.

gegenständlichen Fällen daher zweifelhaft. Eine strafrechtliche Verurteilung erscheint somit unwahrscheinlich.¹¹⁹⁹

8.2.3. SCHLUSSFOLGERUNG

Diese Ausführungen sollen aufzeigen, dass Ärzte bei der Information ihrer Patienten keineswegs freie Hand haben und sich dabei jedenfalls an den anerkannten Standards der medizinischen Wissenschaft orientieren müssen. Der Hinweis auf die Möglichkeit von Impfungen ist – meE jedenfalls wenn die Aufklärungsadressaten Eltern von minderjährigen Patienten im frühen Kindesalter sind – geboten und dessen Unterlassen sanktionsbewehrt.

All dies muss selbstverständlich umso mehr gelten, wenn beim konkreten Patienten ein erhöhtes Risikopotenzial bzw eine besondere Indikation hinsichtlich einer bestimmten Impfung besteht – so insbesondere, wenn der Arzt im Fall der erfolgten Exposition des Patienten den Hinweis auf die Notwendigkeit der postexpositionellen Impfung unterlässt, da hier die Impfung deutlich dringender und damit der Hinweis auf diese umso wesentlicher ist. Überdies wird eine Haftung aufgrund der beschriebenen Rechtsgründe erst recht zu bejahen sein, wenn ein Arzt dem Patienten bzw dessen Eltern überhaupt von (Schutz-)Impfungen aktiv abrät, obwohl dafür keine medizinisch relevanten Gründe (insb Kontraindikationen) bestehen, sohin konträr zu den medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen berät.

8.3. STRAFRECHTLICHE ASPEKTE

Die Problematik der Ablehnung von Impfungen und die damit einhergehende Verbreitung impfpräventabler Krankheiten tangiert aber auch strafrechtliche Aspekte, die im Rahmen dieser Arbeit nur cursorisch aufgezeigt werden sollen.

8.3.1. DIE UNTERLASSUNG VON IMPFUNGEN UND DARAUFFOLGENDE ERKRANKUNGEN

Im Hinblick auf die betreffende Thematik kommt zunächst der Straftatbestand der vorsätzlichen oder fahrlässigen Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten gem §§ 178 f StGB in Betracht. Diese Gemeingefährdungsdelikte dienen dem Schutz der öffentli-

¹¹⁹⁹ *Deutsch*, VersR 2003, 806; *Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen 26.

chen Gesundheit, konkret der Bekämpfung von Endemien und Epidemien.¹²⁰⁰ Dass die Gesundheit der Bevölkerung als öffentliches Gut zu schützen ist, wird solidarischen Erwägungen gerecht (die auch iZm Schutzimpfungen verfolgt werden).¹²⁰¹

§§ 178 f StGB sind potenzielle Gefährdungsdelikte, die Verhaltensweisen pönalisieren, die typischerweise geeignet sind, eine übertragbare Krankheit unter Menschen zu verbreiten, also eine größere Zahl von Personen zu infizieren. Die tatsächliche Ansteckung anderer Menschen ist nicht erforderlich, es genügt schon die bloße Gefahr der Krankheitsverbreitung.¹²⁰² Für die Tatbildlichkeit ist eine gewisse Breitenwirkung der Ansteckung notwendig (Richtwert: zehn Personen¹²⁰³), weil das Gesetz die Gefahr der Verbreitung, nicht die Gefahr der bloßen Übertragung verlangt.¹²⁰⁴ Dieses Kriterium wird insbesondere vorliegen, wenn die Verbreitung in Kinderbetreuungs- oder Gesundheitseinrichtungen droht.¹²⁰⁵

Objektive Bedingung der Strafbarkeit ist, dass die Krankheit ihrer Art nach einer (wenn auch nur beschränkten) Anzeige- oder Meldepflicht unterliegt.¹²⁰⁶ Dies hat den Zweck der Abgrenzung des Straftatbestandes von der Verbreitung einfacher bzw häufiger Krankheiten wie grippaler Infekte.¹²⁰⁷ Aus dieser Strafbarkeitsbedingung folgt weiters, dass der einfache Gesetzgeber durch die Neufestlegung von Anzeige- bzw Meldepflichten den Anwendungsbereich der §§ 178 f StGB modifizieren kann.¹²⁰⁸ Da das Vorliegen einer Anzeige- oder Meldepflicht eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist, müssen sich Vorsatz bzw Fahrlässigkeit darauf nicht erstrecken.¹²⁰⁹ Die Strafbarkeit nach §§ 178 f StGB kann auch durch eine allfällige Einwilligung des Einzelnen nicht ausgeschlossen werden, weil durch diese Bestimmungen ein Universalrechtsgut – die Volksgesundheit – geschützt werden soll, welches der individuel-

¹²⁰⁰ *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II⁶ (2016) §§ 178, 179 Rz 2; *Murschetz* in WK² §§ 178, 179 Rz 1; *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht BT II¹² (2015) §§ 178, 179 Rz 1.

¹²⁰¹ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 20.

¹²⁰² *Schwaighofer* in *Birkbauer et al*, StGB § 178 Rz 2; *Murschetz* in WK² §§ 178, 179 Rz 2; *Bertel/Schwaighofer*, BT II¹² §§ 178, 179 Rz 1.

¹²⁰³ RIS-Justiz RS0066542 (T5); *Murschetz* in WK² §§ 178, 179 Rz 3.

¹²⁰⁴ *Murschetz* in WK² §§ 178, 179 Rz 3; *Flora* in SbgK § 178 Rz 10.

¹²⁰⁵ *Heissenberger* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 71.

¹²⁰⁶ *Flora* in SbgK § 178 Rz 32; *Murschetz* in WK² §§ 178, 179 Rz 5; *Fabrizy*, StGB¹² § 178 Rz 3; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II⁶ §§ 178, 179 Rz 10.

¹²⁰⁷ *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht BT II⁶ §§ 178, 179 Rz 10.

¹²⁰⁸ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 20.

¹²⁰⁹ *Tipold* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 178 Rz 9; *Murschetz* in WK² §§ 178, 179 Rz 7; *Bertel/Schwaighofer*, BT II¹² §§ 178, 179 Rz 3.

len Disposition entzogen ist.¹²¹⁰ Es liegen somit einige Faktoren vor, die die Anwendbarkeit der Normen erleichtern.¹²¹¹

Gemäß der Stellungnahme der Bioethikkommission beim BKA kommt sohin im Hinblick auf Eltern, die ihre Kinder nicht impfen lassen, eine Strafbarkeit nach §§ 178 f StGB in Betracht, wenn sich die Impfablenkung dazu eignet, die Gefahr der Verbreitung einer entsprechenden Infektionskrankheit unter Menschen herbeizuführen.¹²¹² Zwar können die Straftaten der §§ 178 f StGB grundsätzlich sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen begangen werden.¹²¹³ Fraglich ist mE allerdings, ob im Fall in der bloßen Unterlassung von Impfungen – wenngleich dies in weiterer Folge die Gefahr der Verbreitung einer Infektionskrankheit bewirkt – ein strafbares Verhalten iSd §§ 178 f StGB erblickt werden kann. § 2 StGB verlangt zur Strafbarkeit von Unterlassungen aufgrund einer Garantenstellung nämlich eine persönliche Rechtspflicht zur Abwendung des konkreten Erfolgs, die den Garanten im Besonderen trifft.¹²¹⁴ Die Garantenstellung der Eltern bezieht sich aber nur auf die Gesundheit ihres eigenen Kindes, nicht hingegen auch auf die öffentliche Gesundheit. Da §§ 178 f StGB das Rechtsgut der öffentlichen Gesundheit schützen und die Eltern keine „Garanten für die Volksgesundheit“ sind, wird hier wohl die Strafbarkeit zu verneinen sein. Folglich müsste zur Begründung der Strafbarkeit eine gewisse aktive Handlung hinzutreten. Anwendungsfälle wären sohin etwa Szenarien, in denen Eltern ihre Kinder – trotz alarmierender Krankheits-symptome – in der Öffentlichkeit mit anderen Personen in Kontakt bringen, insbesondere in Kinderbetreuungseinrichtungen schicken. In diesen Fällen werden breite Personenkreise einer erheblichen Ansteckungsgefahr ausgesetzt.

Hat die elterliche Unterlassung von Impfungen die Ansteckung des eigenen Kindes mit der entsprechenden Infektionskrankheit zur Folge, können weiters die Körperverletzungsdelikte (§§ 83 ff StGB) geprüft werden. Hinsichtlich des verletzten Rechtsgutes der Gesundheit des Kindes haben Eltern nämlich eine Garantenstellung inne, sodass ein Begehen durch Unterlassen möglich ist.¹²¹⁵ Da an der Gesundheit (ua) schädigt, wer eine Krankheit herbeiführt,¹²¹⁶ verwirklichen impfpräventable Krankheiten idR schon bei unkomplizierten Verläufen das

¹²¹⁰ *Schwaighofer in Birklbauer et al*, StGB § 178 Rz 7.

¹²¹¹ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 20.

¹²¹² *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 20.

¹²¹³ *Tipold in Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 178 Rz 8; *Fabrizy*, StGB¹³ § 178 Rz 2.

¹²¹⁴ *Stricker in Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 2 Rz 12; *Fabrizy*, StGB¹³ § 2 Rz 2 ff; *Kienapfel*, Die Garantenpflichten (§ 2 StGB): System, Voraussetzungen und Grenzen, JBl 1975, 13 (15 f).

¹²¹⁵ *Fabrizy*, StGB¹³ § 2 Rz 3 ff; *Stricker in Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 2 Rz 18.

¹²¹⁶ *Nimmervoll in Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 83 Rz 9 f; *Fabrizy*, StGB¹³ § 83 Rz 3.

Tatbild der (zumindest einfachen) Körperverletzung. Allerdings wird ein Vorsatz auf die Körperverletzung regelmäßig auszuschließen sein, da die Eltern im Regelfall nicht wollen, dass ihr Kind erkrankt, und ungeimpfte Kinder ja oft aufgrund des Herdenschutzes von der Krankheit verschont bleiben. Somit fällt auch die diesbezügliche Versuchsstrafbarkeit weg. Hinsichtlich der fahrlässigen Körperverletzung wäre nun, um die Strafbarkeit der Unterlassung zu bejahen, ein entsprechendes Gebot zum Tun erforderlich.¹²¹⁷ Ein solches wird bei Impfungen allerdings idR nicht anzunehmen sein, da sich der Gesetzgeber, wie bereits ausgeführt, gegen eine Impfpflicht entschieden hat. Würde man ein Gebot zur Impfung aus dem Strafrecht ableiten, würde dies wiederum eine „Quasi-Impfpflicht“ bedeuten, die nicht angenommen werden kann. Überdies könnte die Unterlassung von Schutzimpfungen bei der aktuellen epidemiologischen Situation uU noch als sozialadäquat erachtet werden. In beiden Fällen scheitert die Strafbarkeit auf der Tatbestandsebene.

Weiters kann die Strafbarkeit nach § 92 StGB geprüft werden: Nach dem ersten Deliktsfall (Abs 1 leg cit) ist strafbar, wer einem Pflegebefohlenen körperliche oder seelische Qualen zufügt. Die Verläufe impfpräventabler Krankheiten können zwar Qualen im Sinne dieser Bestimmung darstellen, dh es kann sich dabei um einen gewissen Zeitraum andauernde Schmerzen bzw Leiden handeln, die mit einer erheblichen Beeinträchtigung des physischen Wohlbefindens verbunden sind.¹²¹⁸ Jedoch muss der quälende Erfolg mit der Tathandlung selbst verbunden sein, während spätere Folgen nicht als vom Täter zugefügt gelten.¹²¹⁹ Da die Erkrankung eine erst später eintretende Folge darstellen wird, kann die (vorgelagerte) Unterlassung der Impfung den objektiven Tatbestand des § 92 Abs 1 StGB nicht erfüllen. Auch der zweite Deliktsfall (Abs 2 leg cit) wird auszuschließen sein. Zwar können impfpräventable Krankheiten zu der erforderlichen beträchtlichen Schädigung an der Gesundheit führen, da hier überwiegend das Erfordernis einer zumindest vierzehntägigen Gesundheitsschädigung angenommen wird.¹²²⁰ Allerdings wird regelmäßig keine gröbliche Pflichtverletzung (in Form eines krassen, geradezu auf einen Charaktermangel hinweisenden, Missverhältnisses zu dem zu erwartenden Maß an Fürsorge¹²²¹) vorliegen. Falls diese im Ausnahmefall doch bejaht werden kann, werden die Eltern wohl aufgrund gewisser Irrtümer der Überzeugung sein, zum Wohl ihres Kindes und damit pflichtgemäß zu handeln und damit einem vorsatzausschließen-

¹²¹⁷ Stricker in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 2 Rz 10; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT¹⁵ (2016) 205.

¹²¹⁸ *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 92 Rz 7; *Jerabek/Ropper* in WK² § 92 Rz 12.

¹²¹⁹ *Jerabek/Ropper* in WK² § 92 Rz 12.

¹²²⁰ *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 92 Rz 10; *Jerabek/Ropper* in WK² § 92 Rz 16.

¹²²¹ RIS-Justiz RS0093155; *Nimmervoll* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 92 Rz 9; *Jerabek/Ropper* in WK² § 92 Rz 15.

den Tatbildirrtum bezüglich der tatsächlichen Umstände, die die Pflichtverletzung ihres Unterlassens auslösen, unterliegen.¹²²² Eine Strafbarkeit nach § 92 StGB wird sohin auszuschließen sein.

Auch von einer Strafbarkeit gem § 199 StGB ist nicht auszugehen. Erforderlich wäre hierfür eine gröbliche Vernachlässigung von Pflege, Erziehung oder Beaufsichtigung des Kindes, die dessen Verwahrlosung bewirkt. Fraglich ist bereits, ob in der Unterlassung von Schutzimpfungen (für sich alleine) eine gröbliche Vernachlässigung der Pflege erblickt werden kann. Überdies wird regelmäßig keine tatbestandsmäßige Verwahrlosung vorliegen. Diese müsste nämlich gröblich – also von erheblichem Maße und in auffallendem Missverhältnis zu jener Obsorge, die konkret verlangt werden kann – und qualitativ gravierend sein.¹²²³ Zudem müsste die Tathandlung, also das Vernachlässigen durch die Eltern, vorsätzlich erfolgen,¹²²⁴ was in aller Regel auszuschließen ist.

8.3.2. „MASERNPARTYS“

Eine Steigerung zum bloßen Unterlassen von Impfungen stellt das Phänomen der sogenannten „Masernpartys“ dar. Dabei handelt es sich um die bewusste Zusammenführung von Kindern, die aktuell an einer Infektionskrankheit (insbesondere den Masern) leiden, mit gesunden aber ungeimpften Kindern, in der Absicht, dass auch diese die Krankheit „durchmachen“ und fortan dagegen immun sind.¹²²⁵ Hier kommt sowohl die Strafbarkeit von Eltern der infektiösen Kinder als auch von Eltern der gesunden, zu infizierenden Kinder in Betracht.¹²²⁶

Hinsichtlich der Strafbarkeit nach § 178 StGB ist der objektive Tatbestand zu bejahen, da sich die Handlung eindeutig dazu eignet, die Gefahr der Verbreitung einer entsprechenden Infektionskrankheit unter Menschen herbeizuführen. Auch der Gefährdungsvorsatz liegt vor, da die Handelnden die Ansteckung der Kinder geradezu beabsichtigen und ihnen (zumindest latent) bewusst ist, dass damit die Gefahr der Verbreitung der Infektionskrankheit einhergeht. Auch wenn die Eltern hoffen bzw darauf vertrauen, dass sich die Weiterverbreitung nicht verwirk-

¹²²² L. Cohen, Die Strafbarkeit von Eltern und Ärzten im Zusammenhang mit Masernpartys, RdM 2019/62, 93.

¹²²³ Fabrizy, StGB¹³ § 199 Rz 2; Tipold in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 199 Rz 5.

¹²²⁴ Tipold in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 199 Rz 7; Fabrizy, StGB¹³ § 199 Rz 3.

¹²²⁵ Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 71 f; L. Cohen, RdM 2019/62.

¹²²⁶ Wedlich, Masernparty – Eine strafrechtliche Betrachtung, ZJS 2013, 559 (559 ff); L. Cohen, RdM 2019/62, 92.

licht, kann dies zwar den Verletzungsvorsatz, nicht aber den Gefährdungsvorsatz beseitigen. Somit sind die Eltern nach § 178 StGB strafbar.¹²²⁷

Bei erfolgter Ansteckung sind in diesem Zusammenhang überdies auch die Körperverletzungsdelikte zu prüfen. Nach *Birklbauer* erfüllt eine Masernerkrankung selbst bei einem unkomplizierten Krankheitsverlauf das Tatbild der Körperverletzung gem §§ 83 ff StGB, da mit dem Ausbruch der Krankheit eine aktuelle Gesundheitsschädigung vorliegt.¹²²⁸ Überdies geht *Cohen* schon bei gewöhnlichem Verlauf von einer schweren Gesundheitsschädigung (§ 84 Abs 1 StGB) aus, weil mit der Erkrankung eine sechs Wochen bis mehrere Jahre anhaltende transitorische Immunschwäche verbunden ist.¹²²⁹ Masernpartys können sohin das Tatbild der absichtlichen schweren Körperverletzung nach § 87 StGB erfüllen, zudem sind schwere Dauerfolgen und der Tod des Geschädigten möglich (§ 87 Abs 2 StGB).¹²³⁰

Hinsichtlich der Täterschaftsform sind nach einer Ansicht die Eltern als Bestimmungs- bzw Beitragstäter des straflosen ansteckenden Kindes zu qualifizieren.¹²³¹ Demgegenüber ist nach aA im rechtlich neutralen Verhalten des ansteckenden Kindes keine strafbare Handlung gem § 12 StGB zu erblicken, an der sich die Eltern beteiligen können. Da die Eltern „als letzte objektiv zurechenbar handelnde Menschen eine hinreichende Bedingung für den Erfolg“ setzen, indem sie das Kind zur Masernparty bringen bzw daran teilnehmen lassen, erachtet *Cohen* diese (mit guten Argumenten) als unmittelbare Täter.¹²³² Im Ergebnis kann aber in beiden Fällen von der grundsätzlichen Strafbarkeit des Verhaltens ausgegangen werden (Einheitstätersystem).

Auf subjektiver Tatseite handeln die mitwirkenden Eltern jedenfalls mit Absicht in Bezug auf die Herbeiführung einer einfachen Gesundheitsschädigung, darüber hinaus wohl auch hinsichtlich der schweren Körperverletzung, wenn die Tragweite einer normalen Masernerkrankung im Wesentlichen bekannt ist. Wenngleich der Täter die schwere Gesundheitsschädigung nur als Mittel zur Erreichung eines weiteren Zwecks – der natürlichen Immunität – ansieht, ist diese als notwendige Durchgangsstufe zum Ziel auch dann von der Absicht des Täters erfasst,

¹²²⁷ *L. Cohen*, Die Strafbarkeit von Masernpartys (2018) 174; *dies*, RdM 2019/62, 93.

¹²²⁸ *Birklbauer*, JMG 2019/1, 16 (22).

¹²²⁹ *L. Cohen*, Die Strafbarkeit von Masernpartys 171; *dies*, RdM 2019/62, 92.

¹²³⁰ *L. Cohen*, Die Strafbarkeit von Masernpartys 171; *dies*, RdM 2019/62, 92.

¹²³¹ *Öner/Schütz* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 12 Rz 19; *E. Steininger*, Strafrecht AT II (2012) Rz 21/29; *Heissenberger* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 56.

¹²³² *L. Cohen*, Die Strafbarkeit von Masernpartys 107 ff; *dies*, RdM 2019/62, 92.

wenn für ihn dieser schwere Zwischenerfolg eigentlich unerwünscht ist.¹²³³ Somit stellt für jene Eltern, die über die Krankheit zutreffend informiert sind, § 87 Abs 1 StGB das Grunddelikt dar. Eltern, die fälschlicherweise denken, Masern wären eine „harmlose Kinderkrankheit“, verwirklichen hingegen § 83 StGB mit der Qualifikation des § 84 Abs 4 StGB bzw §§ 85 f StGB, da sie einem vorsatzausschließenden Tatbildirrtum bezüglich der Umstände unterliegen, die dafür sprechen, dass Masern auch im gewöhnlichen Verlauf eine schwere Gesundheitsschädigung darstellen.¹²³⁴

Wenngleich trotz der Teilnahme an einer Masernparty keine Ansteckung erfolgt oder der Kausalitätsnachweis nicht erbracht werden kann (insb wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich das Kind woanders angesteckt hat), kann ein strafbarer Versuch vorliegen.¹²³⁵

Die Unrechtsbegrenzung durch Sozialadäquanz ist auszuschließen, da die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit – va EpG, Absonderungsverordnung, Verordnung über empfohlene Impfungen, §§ 178 f StGB – die klare Wertung des Gesetzgebers betreffend die gebotene Sorgfalt im Hinblick auf Infektionskrankheiten widerspiegelt und Masernpartys mit diesem Sorgfaltsmaßstab konfliktieren.¹²³⁶ Auch eine Rechtfertigung scheidet idR aus: Diese könnte sich für die Eltern aus deren Erziehungsrecht bzw der anstelle des entscheidungsunfähigen Kindes erteilten Einwilligung ergeben. Bei beidem sind die Eltern allerdings an das Wohl des Kindes gebunden.¹²³⁷ Das absichtliche Herbeiführen einer gefährlichen Infektionskrankheit mit potenziellen Spät- bzw Dauerfolgen ist als kindeswohlgefährdend zu qualifizieren. Die Beeinträchtigung der Rechtsgüter des Kindes kann durch das Ziel der natürlichen Immunisierung nicht aufgewogen werden, überdies steht mit der Impfung jedenfalls eine schonendere Alternative zur Verfügung. Masernpartys bestehen daher die staatliche Unvertretbarkeitskontrolle nicht, sodass eine Rechtfertigung zu verneinen ist.¹²³⁸

Konsultieren Eltern im Vorfeld einen Arzt, der ihnen entgegen den medizinisch-wissenschaftlichen Standards zu den betreffenden Verhaltensweisen rät, kann dieser als Bestimmungstäter gem § 12 zweiter Fall StGB erwogen werden, und zwar sowohl hinsichtlich der Körperverletzungsdelikte als auch des § 178 StGB. Der Arzt muss die Eltern nicht auf

¹²³³ L. Cohen, Die Strafbarkeit von Masernpartys 171 f; dies, RdM 2019/62, 92; Reindl-Krauskopf in WK² § 5 Rz 28 f; Stricker in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 5 Rz 5; ErläutRV 1971, 66; OGH 4. 7. 1985, 13 Os 84/85.

¹²³⁴ L. Cohen, Die Strafbarkeit von Masernpartys 171 f; dies, RdM 2019/62, 92.

¹²³⁵ L. Cohen, Die Strafbarkeit von Masernpartys 172; dies, RdM 2019/62, 92.

¹²³⁶ L. Cohen, Die Strafbarkeit von Masernpartys 179 ff; dies, RdM 2019/62, 94 f.

¹²³⁷ Maleczky, Erziehung und Strafrecht⁴ (2010) 9 f; Schütz in WK² § 90 Rz 43.

¹²³⁸ Wedlich, ZJS 2013, 559 (563 f); L. Cohen, Die Strafbarkeit von Masernpartys 240; dies, RdM 2019/62, 94 f.

die Idee der Verhaltensweisen bringen, vielmehr genügt es, wenn er letzte Zweifel der Eltern ausräumt.¹²³⁹

Über diese kursorische Darstellung hinaus kann auf die speziell strafrechtlichen Abhandlungen zu dieser Thematik verwiesen werden.¹²⁴⁰

¹²³⁹ *Wedlich*, ZJS 2013, 559 (565); *L. Cohen*, Die Strafbarkeit von Masernpartys 172 f; *dies*, RdM 2019/62, 93 f.

¹²⁴⁰ *L. Cohen*, Die Strafbarkeit von Masernpartys; *Jud*, Die Ablehnung von Schutzimpfungen aus rechtlicher Sicht (2017).

9. SCHUTZ DER ÖFFENTLICHEN GESUNDHEIT:

STAATLICHE STEUERUNGSMÖGLICHKEITEN

Der Schutz der öffentlichen Gesundheit soll nicht nur durch das Strafrecht gewährleistet werden, vielmehr sind auch direktive staatliche Maßnahmen zur Erhöhung der Impfquoten, und damit zum Schutz der Volksgesundheit, möglich.

Die bisherige staatliche Vorgehensweise zur Steigerung der Impfbereitschaft lässt sich in Österreich neben Aufklärungs- und Informationsarbeit mit der Veröffentlichung von Impfempfehlungen in Kombination mit dem kostenfreien Kinderimpfprogramm bei gleichzeitiger Einschränkung des Impfrisikos durch das ImpfSchG zusammenfassen. Da dies die Durchimpfungsraten bis dato nicht auf ein ausreichend hohes Maß anheben konnte, sind möglicherweise zwingendere Maßnahmen zur Durchführung von Schutzimpfungen zu erwägen. In diesem Zusammenhang wird immer wieder die Einführung einer Impfpflicht gefordert und speziell bezüglich der aktuell vermehrt auftretenden Masern vorgeschlagen.¹²⁴¹ Angesichts der steigenden Erkrankungsfälle und der sinkenden Durchimpfungsrate kann hier von einem ansteigenden Gefahrenpotential ausgegangen werden. In Anbetracht dessen wird ein bestimmter rechtlicher Zwang seitens des Staates zur Durchführung von Schutzimpfungen als ethisch vertretbar erachtet.¹²⁴² Überdies wäre ein solcher nach *Kopetzki* „im Lichte staatlicher Gewährleistungspflichten zum Schutz der Gesundheit auch geboten“.¹²⁴³

9.1. GENERELLE IMPFPFLICHT

Aus rechtshistorischer Sicht gab es in Österreich von 1948 bis 1980 Pflichtimpfungen nach dem Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Pocken. Nach § 1 Abs 1 leg cit war jedermann zur Vornahme der Pockenschutzimpfung gemäß den Regelungen dieses Gesetzes verpflichtet. Um den Impferfolg nachzuweisen, mussten Geimpfte nach § 1 Abs 3 leg cit auch zur Nachuntersuchung erscheinen und sich erforderlichenfalls einer neuerlichen Impfung

¹²⁴¹ *Kopetzki*, RdM 2017/42; *Volksanwaltschaft*, Volksanwalt Kräuter fordert Impfpflicht gegen Masern, <https://volksanwaltschaft.gv.at/artikel/volksanwalt-kraeuter-fordert-impfpflicht-gegen-masern> (Stand 4. 2. 2017); *Die Presse*, Experten fordern Diskussion über Impfpflicht, www.diepresse.com/home/leben/gesundheit/5167037/Experten-fordern-Diskussion-ueber-Impfpflicht (abgefragt am 7. 8. 2017); *APA-OTS*, Ärztekammer fordert generelle Impfpflicht in Österreich, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20190410_OTS0146/aerztekammer-fordert-generelle-impfpflicht-in-oesterreich (Stand 10. 4. 2019); *Bioethikkommission beim BKA*, Stellungnahme der Bioethikkommission zum Impfen, <https://www.bundestkanzleramt.gv.at/themen/bioethikkommission/pressemitteilungen-bioethik/stellungnahme-der-bioethikkommission-zum-impfen.html> (Stand 6. 5. 2019).

¹²⁴² *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen; *Kopetzki*, RdM 2017/42.

¹²⁴³ *Kopetzki*, RdM 2017/42.

unterziehen. Im Falle der Weigerung konnten Verwaltungsstrafen in der Höhe von ATS 1.000,- oder 14 Tage Arrest verhängt werden (§ 16 Abs 1 leg cit). Straffreiheit konnte jedoch erreicht werden, wenn die impfpflichtige Person vor Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens vom Gesundheitsamt geladen und die Schutzimpfung innerhalb offener Frist nachgeholt wurde (§ 16 Abs 2 leg cit). Befreit von der Impfpflicht war nach § 4 leg cit, wer nach ärztlichem Befund nicht ohne Gefahr für Leben oder Gesundheit geimpft werden konnte, wer innerhalb der vorangegangenen fünf Jahre geimpft wurde, oder wer vor nicht mehr als zehn Jahren eine Pockenerkrankung überwunden hatte. Über das konkrete Bestehen einer Impfpflicht entschied im Streitfall die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde bescheidmäßig (§ 5 leg cit). Die Impfungen konnten entweder privatärztlich oder bei von der Bezirksverwaltungsbehörde eingerichteten Impfsammelstellen veranlasst werden. Nähere Regelungen zur Durchführung dieses Bundesgesetzes wurden im Übrigen in der Verordnung über Schutzimpfungen gegen Pocken¹²⁴⁴ getroffen. Im Jahr 1980 wurde das Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Pocken schließlich auf Empfehlung der Weltgesundheitsversammlung aufgehoben, nachdem die Ausrottung der Pocken erreicht worden war.¹²⁴⁵

Als Teil des geltenden österreichischen Rechtsbestandes ist in diesem Zusammenhang kurz auf das Epidemiegesetz einzugehen (siehe Kap 3.5.2.): Im Fall einer Erkrankung oder eines Todesfalles an einer anzeigepflichtigen Krankheit, teilweise bereits bei Bestehen eines Verdachtes, sind Maßnahmen der Bezirksverwaltungsbehörde zum Schutz vor deren Weiterverbreitung vorgesehen. So ist in § 17 Abs 3 EpG normiert, dass für Personen, die beruflich mit der Krankenbehandlung, der Krankenpflege, oder der Leichenbesorgung befasst sind, sowie für Hebammen gewisse Schutzmaßnahmen, wie insbesondere Schutzimpfungen, angeordnet werden können. Nach der Ansicht von *Heissenberger* muss hier allerdings der Anlassfall einen bestimmten Nahebezug zu einer dieser Berufsgruppen haben.¹²⁴⁶ Darüber hinaus können nach § 17 Abs 4 EpG im Einzelfall für bestimmte gefährdete Personen Schutzimpfungen oder Prophylaktika angeordnet werden, wenn dies nach Art und Umfang des Auftretens einer meldepflichtigen Krankheit zum Schutz vor deren Weiterverbreitung unbedingt notwendig ist. Im Zusammenhang mit der gegenständlichen Thematik ist hier insbesondere an Gefährdungen durch Krankheitsausbrüche in Kindergärten und Schulen zu denken. So wird in den Materialien beispielsweise angeführt, dass es erforderlich sein kann, „im Falle des

¹²⁴⁴ BGBl 1949/7.

¹²⁴⁵ Bundesgesetz vom 15. Dezember 1980, mit dem das Bundesgesetz über Schutzimpfungen gegen Pocken (Blattern) aufgehoben wird BGBl 1980/583; ErläutRV 472 BlgNR 15. GP 1.

¹²⁴⁶ *Heissenberger* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 69 f.

Auftretens einer Meningokokken-Erkrankung in einer Schule oder einem Kindergarten an exponierte Personen Chemoprophylaktika zum Schutz der Exponierten und damit zum Schutz vor der Weiterverbreitung der Erkrankung zu geben“.¹²⁴⁷ Anordnungen dieser Art sind aber nur für konkrete Einzelfälle vorgesehen und überdies nicht zwangsweise durchsetzbar. Es handelt sich dabei nämlich um die Anordnung einer Behandlungspflicht, nicht um eine Zwangsbehandlung. Wird eine angeordnete Behandlung von bestimmten Personen abgelehnt, sind daher nur Verwaltungsstrafen oder Quarantänemaßnahmen möglich.¹²⁴⁸ Letztendlich werden die angeführten Bestimmungen des EpG überwiegend als bloße „Notstandsregelungen“ oder „totes Recht“ bezeichnet.¹²⁴⁹

Eine generelle, landesweite Impfpflicht lässt sich daraus jedenfalls nicht ergründen. Zwar besteht ein Katalog öffentlich empfohlener Impfungen, diese werden jedoch stets auf freiwilliger Basis vorgenommen.¹²⁵⁰ Auf Freiwilligkeit beruhende, vom Staat organisierte Impfmaßnahmen stellen klarerweise keinen Eingriff in die grundrechtliche Sphäre des Menschen dar.¹²⁵¹

Für die Einführung einer Impfpflicht wäre sohin eine neue Regelung erforderlich. Die Gesetzgebungskompetenz für derartige generelle Vorkehrungen zur Krankheitsbekämpfung käme gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG dem Bund zu.¹²⁵² Jedenfalls würde eine Impfpflicht in einem Spannungsfeld zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten des Einzelnen stehen. Medizinische Maßnahmen ohne Einwilligung sind als Eingriffe in das Recht auf Achtung des Privatlebens gem Art 8 EMRK zu qualifizieren. Im Speziellen ist das Selbstbestimmungsrecht bezüglich medizinischer Behandlungen betroffen, welches dem Recht auf Schutz der physischen und psychischen Integrität inhärent ist und somit in den Schutzbereich des Art 8 EMRK fällt.¹²⁵³ Da konsenslose medizinische Behandlungen jeder Art – invasive und nichtinvasive,

¹²⁴⁷ IA 822/A BlgNR 22. GP 3.

¹²⁴⁸ IA 822/A BlgNR 22. GP 3; *Grimm in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 88.

¹²⁴⁹ *Grimm in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 88; *Wiedermann-Schmidt/Rendi-Wagner/Aigner/et al*, Impfungen für Mitarbeiter des Gesundheitswesens, Wiener klinische Wochenschrift 2014/126, 11 (19); *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGf*, Impfungen für Erwachsene im erwerbsfähigen Alter (2015) 12.

¹²⁵⁰ *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019.

¹²⁵¹ EGMR 12. 7. 1978, 7154/75, *Association X/Vereinigtes Königreich*.

¹²⁵² *Kopetzki*, RdM 2017/42.

¹²⁵³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ (2016) § 22 Rz 7; *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 10 ff. *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1 (7); *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 407.

eigen- und fremdnützige – in Art 8 EMRK eingreifen, trifft dies klarerweise auch auf obligatorische Schutzimpfungen zu.¹²⁵⁴ Dies auch dann, wenn die Impfung ohne Nebenwirkungen bleibt und eine erfolgreiche Immunisierung zur Folge hat.

Weiters ist es nach *Kopetzki* für den Eingriffscharakter einer medizinischen Maßnahme unerheblich, ob sie in Form einer unmittelbaren Zwangsausübung oder einer nicht physisch vollstreckbaren Duldungspflicht durchgeführt wird – dieser Aspekt ist erst bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Bedeutung.¹²⁵⁵ Die EKMR nimmt einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens nur an, wenn die Schutzimpfungen obligatorisch angeordnet werden und stellt somit auf den Zwangscharakter solcher Maßnahmen ab.¹²⁵⁶ Zwangsweise medizinische Behandlungen wie Pflichtimpfungen sind jedenfalls im Lichte des Art 8 EMRK nicht absolut unzulässig, sie können vielmehr unter gewissen Bedingungen gerechtfertigt sein.¹²⁵⁷

Allem voran muss der Eingriff gesetzlich vorgesehen sein. Dem EGMR zufolge bedarf es hierbei keines Gesetzes im formellen Sinn, vielmehr genügt eine hinreichend zugängliche und präzise formulierte staatliche Regelung.¹²⁵⁸ Innerstaatlich wird demgegenüber das Bestehen einer Rechtsgrundlage gem Art 18 B-VG verlangt.¹²⁵⁹ Ein Gesetz, das zwangsweise medizinische Behandlungen vorsieht, muss uU erhöhten Anforderungen gerecht werden:¹²⁶⁰ Etwa qualifizierte der EGMR die Behandlung unter Ausübung tatsächlichen körperlichen Zwangs (konkret die zwangsweise Verabreichung von Medikamenten an eine Patientin in einer psychiatrischen Klinik über einen monatelangen Zeitraum) als ernsten Eingriff in die körperliche Integrität, welcher die Gewährung gewisser Schutzvorkehrungen gegen willkürliche

¹²⁵⁴ *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 41; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 408; *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 13; *Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1992) Art 8 Rz 119; *Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte VII/1, Grundrechte in Österreich² (2014) § 10 Rz 42.

¹²⁵⁵ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 408.

¹²⁵⁶ EKMR, E 10. 12. 1984, 10435/83, *Acmanne/Belgien*; *Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl*, IntKom-mEMRK Art 8 Rz 64.

¹²⁵⁷ *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 462; *ders*, Verfassungsrecht⁷ Rz 1396; *Öhlinger*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 813.

¹²⁵⁸ *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 17; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ (2015) Art 8 MRK III.3.; *Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte VII/1² § 10 Rz 25.

¹²⁵⁹ *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 17; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Art 8 MRK III.3.; *Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte VII/1² § 10 Rz 25.

¹²⁶⁰ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 41.

Eingriffe erforderlich macht. Die Entscheidung über die zwangsweise Verordnung der Behandlung müsse einer unverzüglichen gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein und dürfe nicht ausschließlich den behandelnden Ärzten obliegen. Damit eine Bestimmung über solche Zwangsbehandlungen als „gesetzlich vorgesehen“ iSd Art 8 Abs 2 EMRK gelten könne, seien daher entsprechende prozessuale Schutzmechanismen erforderlich.¹²⁶¹ Würden Pflichtimpfungen unter vergleichbarer Zwangsausübung durchgeführt werden, wären wohl ähnliche Verfahrensgarantien angemessen. Da bei der Durchführung obligatorischer Impfungen aber typischerweise kein solcher physischer Zwang eingesetzt wird, werden diese strengen Anforderungen im Fall einer Impfpflicht nicht angebracht sein.

Weiters muss der Eingriff ein gewichtiges öffentliches Interesse verfolgen.¹²⁶² Der materielle Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK enthält eine taxative Aufzählung legitimer Schutzziele, welche Eingriffe in das geschützte Recht rechtfertigen können. Hiervon inbegriffen ist auch der Schutz der Gesundheit, wobei dies sowohl Interessen der öffentlichen, als auch der individuellen Gesundheit umfasst.¹²⁶³ Schutzimpfungen verfolgen beide Aspekte dieses Schutzziels zugleich: die erfolgreiche Impfung schützt einerseits den betroffenen Impfling vor der Ansteckung und dient andererseits dem öffentlichen Gesundheitsschutz durch die Reduktion von Infektionsgefahren oder gar die Ausrottung der Krankheit.¹²⁶⁴ Von dem solidarischen Gedanken, der hinter dem Ziel des Gesundheitsschutzes durch „Herdenimmunität“ steckt, sind nur jene Krankheiten nicht betroffen, die durch Tiere auf den Menschen übertragen werden (zB FSME durch Zecken), zumal der bestehende Impfschutz anderer Personen die eigene Ansteckung nicht verhindern kann.

Ferner muss der Eingriff zur Erreichung des angestrebten Zieles in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.¹²⁶⁵ Neben das legitime Schutzziel gem Art 8 Abs 2 EMRK muss sohin nach der Judikatur des EGMR ein dringendes soziales Bedürfnis („pressing social need“) treten.¹²⁶⁶ Der Begriff der „Notwendigkeit“ darf hier allerdings nicht so eng verstan-

¹²⁶¹ EGMR 3. 7. 2012, 34806/04, *X/Finnland*, Z. 202 ff.

¹²⁶² *Berka*, Grundrechte Rz 268; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 42.

¹²⁶³ *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 22 f; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 412.

¹²⁶⁴ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 21; *Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 56; *Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK Art 8 Rz 255.

¹²⁶⁵ *Berka*, Verfassungsrecht⁷ Rz 1394; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Art 8 MRK III.5.; *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 25.

¹²⁶⁶ EGMR 22. 10. 1981, 7525/76 *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Art 8 MRK III.5.; *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 26.

den werden, dass die Gesetzgebung an eine einzige – die optimale – Lösung gebunden wäre, sondern besteht ein gewisser rechtspolitischer Gestaltungsspielraum.¹²⁶⁷ Auch der EGMR anerkennt einen bestimmten Ermessensspielraum der einzelnen Vertragsstaaten.¹²⁶⁸ Dass andere europäische Staaten obligatorische Schutzimpfungen vorgesehen haben (siehe Kapitel 1.), spricht dafür, dass eine Impfpflicht in einer demokratischen Gesellschaft grundsätzlich notwendig sein kann. Jedenfalls hat ein solcher Eingriff dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entsprechen, welcher zur Zulässigkeit die Faktoren der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit voraussetzt.¹²⁶⁹

Die vorgesehene Maßnahme muss sich zunächst dazu eignen, das erwünschte Ziel tatsächlich zu erreichen.¹²⁷⁰ Im Hinblick auf den Schutz der Bevölkerung vor Infektionskrankheiten durch Impfungen ist die Intention stets das Erreichen der zur Elimination der jeweiligen Krankheit notwendigen Durchimpfungsrate. Zur Ermittlung der konkret erforderlichen Durchimpfungsrate wird die Basisreproduktionszahl herangezogen, also die „Anzahl an Personen in einer ungeschützten Population, die durch einen Infizierten angesteckt werden“.¹²⁷¹ Hinsichtlich der Masern in Österreich kann angenommen werden, dass ein Erkrankter bis zu 18 andere, ungeschützte Personen infiziert. Aufgrund dieser immensen Kontagiosität muss zur Ausrottung der Masern eine Durchimpfungsrate von 95% erreicht werden, dies bei zwei Teilimpfungen mit dem Masern-Mumps-Röteln-Impfstoff (empfohlen im Abstand von vier Wochen ab Vollendung des 9. Lebensmonats).¹²⁷² Eine Analyse der Masern-Durchimpfungsraten in Österreich aus dem Jahr 2016 zeigt, dass bei Kindern im Alter von zwei bis fünf Jahren die Durchimpfungsrate nur 92% beträgt, wobei etwa 10% davon nur die erste Teilimpfung erhalten haben. Demzufolge gilt es als erstrebenswert, Kinder früher und vollständig zu impfen.¹²⁷³ Nun ist die Frage, ob die Einführung einer Impfpflicht die Durchimpfungsrate im notwendigen Ausmaß anheben kann, aus empirischer Sicht zu beurteilen.¹²⁷⁴

¹²⁶⁷ VfSlg 12.103/1989; VfSlg 13.629/1993; VfSlg 14.301/1995; *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 27; *Öhlinger*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 714b; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte² (2013) Rz 1/50.

¹²⁶⁸ EGMR 25. 8. 1993, 22/1992/367/441, *Chronherr/Österreich* ÖJZ 1994, 173 (175 f) (*Okresek*); *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II Art 8 EMRK Rz 26.

¹²⁶⁹ *Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, § 10 Rz 26; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 411.

¹²⁷⁰ *Berka*, Grundrechte Rz 271; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte² Rz 12/4.

¹²⁷¹ *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 26; Die Basisreproduktionszahl selbst hängt von den Krankheitserregern, der Häufigkeit der Kontakte, die zu einer Infektion führen können, sowie vom Zustand der Immunabwehr der Population ab.

¹²⁷² *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 26; *BMASGK*, Impfplan Österreich 2019, 45.

¹²⁷³ *BMGF*, Kurzbericht: Evaluierung der Masern-Durchimpfungsraten 1 f.

¹²⁷⁴ *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991) 312.

Der Umstand der Eignung ist daher in der Praxis von einer Prognose über die tatsächlichen Auswirkungen abhängig.¹²⁷⁵ In manchen medizinischen Disziplinen (wie etwa im psychotherapeutischen Bereich) sind dem therapeutischen Ziel bzw der Wirksamkeit einer Behandlung die Mitwirkung und/oder der Konsens des Patienten vorausgesetzt, sodass beim Fehlen dieser Faktoren die Eignung der Maßnahme zu verneinen wäre.¹²⁷⁶ Betreffend Schutzimpfungen lässt sich demgegenüber sagen, dass deren medizinische Wirkung grundsätzlich nicht von der Zustimmung oder Mitwirkung des Impflings abhängig ist. Insofern wird hier zur Beurteilung der Eignung eine auf epidemiologischen Daten beruhende Analyse bzw Prognose entscheidend sein.¹²⁷⁷

Darüber hinaus muss die Maßnahme in der vorgesehenen Form erforderlich sein. Es darf also kein gelinderes Mittel existieren, welches ebenfalls tauglich wäre, das Eingriffsziel zu erreichen. So ist die eingriffsintensivere Maßnahme stets nur unter der Voraussetzung zulässig, dass schonendere Ansätze scheitern (würden).¹²⁷⁸ In Bezug auf Schutzimpfungen ist die Beurteilung des gelindesten zur Zielerreichung noch geeigneten Mittels der wohl kritischste Aspekt. Dies insbesondere, da komplexe Analysen empirischer Daten erforderlich sind und sich epidemiologische Entwicklungen schwer einschätzen lassen. Die staatlichen Handlungsoptionen erstrecken sich von bloßen Aufklärungs- und Informationsmaßnahmen über gesetzliche Behandlungspflichten ohne unmittelbaren, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten übergehenden Sanktionszwang, bis hin zu körperlicher Zwangsausübung.¹²⁷⁹

Bei Impfungen wird jede Infektionskrankheit einzeln zu betrachten und die jeweils erforderliche Eingriffsintensität unter Berücksichtigung der konkret vorliegenden Faktoren – wie insbesondere dem von der Krankheit ausgehenden Gefahrenpotential und der Sicherheit des einzusetzenden Impfstoffes – zu ermitteln sein.

In den meisten Fällen werden zunächst (mangels entsprechender Gefährdungslage) eingriffsärmere Maßnahmen ausreichend sein. So können etwa verpflichtende ärztliche Beratungs- bzw Aufklärungsgespräche oder finanzielle Anreize (siehe in den folgenden Kapiteln) mE durchaus geeignet sein, die entscheidenden Auswirkungen auf die Impfbereitschaft der

¹²⁷⁵ Kopetzki, Unterbringungsrecht I 413.

¹²⁷⁶ Kopetzki, Unterbringungsrecht I 413.

¹²⁷⁷ Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 58.

¹²⁷⁸ Berka, Grundrechte Rz 272; Kopetzki, Unterbringungsrecht I 413.

¹²⁷⁹ Kopetzki, Unterbringungsrecht I 413.

Bevölkerung zu haben. Diesfalls wäre selbstverständlich der schonenderen Maßnahme der Vorzug zu geben und die Impfpflicht als überschießendes Mittel nicht gerechtfertigt.

Geht von einer bestimmten Krankheit hingegen ein ausreichend hohes Gefahrenpotential aus – wie es angesichts aktueller Masernausbrüche teils eingeschätzt wird¹²⁸⁰ – kann eine Impfpflicht notwendig sein. Wird die Erforderlichkeit von „Pflichtimpfungen“ grundsätzlich bejaht, kann eine weitere Untergliederung hinsichtlich der Intensität der Zwangskomponente erfolgen. Physische Zwangsausübung wird bei der Impfpflicht freilich unrealistisch sein. Denkbar wäre im Falle der Weigerung vielmehr die Verhängung von Beuge- bzw Bußstrafen, aber auch die Nichtzulassung in Gemeinschaftseinrichtungen.

Wenn eine gelindere Maßnahme nicht schon vorab als ungeeignet gilt, ist grundsätzlich wenigstens die ernstliche Bemühung anzustellen, das angestrebte Ziel auf die schonendere Art zu realisieren.¹²⁸¹ Nichtsdestotrotz soll hier auch der Gesichtspunkt der praktischen Umsetzbarkeit erwähnt werden. Dies insofern, als die Implementierung neuer staatlicher Vorgangsweisen regelmäßig mit einem bestimmten zeitlichen Aufwand verbunden ist und derartige Systeme gewissermaßen „träge“ sind. Offen bleibt hier daher, ob etwa die Einführung einer gelinderen Maßnahme zu kurz greifen könnte und etwa angesichts zunehmender Erkrankungszahlen wertvolle Zeit verloren ginge. Es gilt daher mE, den Einsatz eines zur Zielerreichung untauglichen Mittels tunlichst zu vermeiden.

Da hinsichtlich der Frage der Eignung und Erforderlichkeit oftmals – wie auch im Fall von Pflichtimpfungen – diffizile Prognosen bzw Einschätzungen anzustellen sind, ist es anerkannt, dass dem Gesetzgeber bei dieser Beurteilung ein gewisser Spielraum zukommt. Die Kontrolle durch den VfGH ist insofern auf die Nachprüfung begrenzt, ob die gesetzgeberische Abschätzung vertretbar ist.¹²⁸² In Anbetracht dessen lässt sich mE annehmen, dass bei einer entsprechenden epidemiologischen Gefahrensituation die obigen Erwägungen bezüglich der Masern-Impfpflicht als hinreichend „vertretbar“ einzuschätzen sind, um einer Kontrolle durch den VfGH standzuhalten.

Bezüglich des einzusetzenden Impfstoffes ist auszuführen, dass die Verwendung von Kombinationsimpfstoffen – wie auch bei dem gegen Masern, Mumps und Röteln empfohlenen¹²⁸³ –

¹²⁸⁰ Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 55 ff; Schaks/Krahnert, MedR 2015/33, 860.

¹²⁸¹ Kopetzki, Unterbringungsrecht I 413.

¹²⁸² Berka, Grundrechte Rz 273; Hengstschläger/Leeb, Grundrechte² Rz 1/50.

¹²⁸³ Das BMASGK empfiehlt den Impfstoff „MMRvaxPro“.

de facto einen Impfzwang für mehrere Infektionskrankheiten bewirkt, obgleich nur hinsichtlich einer dieser Krankheiten eine entsprechende epidemiologische Risikolage bestehen mag. Der Umstand, dass mit der rechtlichen Impfpflicht gegen Masern ein faktischer Impfzwang gegen andere Krankheiten (diesfalls Mumps und Röteln) einhergehen soll, kann durchaus kritisch gesehen werden. Dies wird auch in Deutschland problematisiert und dementsprechend argumentiert, dass anstelle des Kombinationsimpfstoffes der dort zugelassene (ausschließlich gegen Masern wirkende) Monoimpfstoff¹²⁸⁴ eingesetzt werden solle.¹²⁸⁵ Auch der deutsche Ethikrat hat dies konstatiert.¹²⁸⁶ Dieser Ansicht wäre mE grundsätzlich zu folgen. Allerdings ist in Österreich kein solcher Monoimpfstoff zugelassen,¹²⁸⁷ weshalb die Verwendung des hierzulande empfohlenen Kombinationsimpfstoffes wiederum legitim erscheint.

Im Hinblick auf die Angemessenheit der geplanten Maßnahme (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn) bedarf es einer Güterabwägung, wobei „vor allem das Gewicht der vom Staat verfolgten Interessen und das Ausmaß der Beeinträchtigung der entgegenstehenden Freiheit“ zu beachten sind.¹²⁸⁸ Laut dem VfGH muss sich die staatliche Maßnahme bei einer Abwägung der Intensität des Grundrechtseingriffes und des Gewichtes der rechtfertigenden Gründe insgesamt als verhältnismäßig erweisen.¹²⁸⁹

Hinsichtlich der Impfpflicht ist das individuelle Interesse der Patientenautonomie dem öffentlichen Interesse des Gesundheitsschutzes gegenüberzustellen.¹²⁹⁰ Zur näheren Abwägung wird eine medizinische bzw epidemiologische Analyse erforderlich sein, welche relevante Faktoren wie die Kontagiosität und die möglichen Symptome der konkreten Krankheit, die voraussichtliche Verringerung der Krankheitsfälle durch die Impfpflicht bzw die Zeitspanne bis zur Elimination (gesellschaftlicher Nutzen), sowie die Wahrscheinlichkeit möglicher Impfnebenwirkungen (individuelle Belastungen) berücksichtigt.¹²⁹¹ Je geringer die individuel-

¹²⁸⁴ Namentlich der „Masern-Impfstoff Mérieux“; *Paul-Ehrlich-Institut*, <http://www.pei.de/DE/arzneimittel/impfstoff-impfstoffe-fuer-den-menschen/masern/masern-node.html> (abgefragt am 1. 9. 2019).

¹²⁸⁵ *Schaks/Krahnert*, MedR 2015/33, 861.

¹²⁸⁶ *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 87.

¹²⁸⁷ *BASG*, Liste der zugelassenen Impfstoffe, <http://www.basg.gv.at/arzneimittel/impfstoffe/zugelassene-impfstoffe/> (abgefragt am 1. 9. 2019).

¹²⁸⁸ *Berka*, Grundrechte Rz 274.

¹²⁸⁹ VfSlg 11.558/1987.

¹²⁹⁰ *Langbauer*, Impfwesen 61.

¹²⁹¹ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 21; *Heissenberger* in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 59.

le Beeinträchtigung und je höher der öffentliche Nutzen ist, umso weniger gravierend ist der Eingriff in Art 8 EMRK, was indes den staatlichen Ermessensspielraum erweitert.¹²⁹²

Über die im Österreichischen Impfplan empfohlenen Schutzimpfungen lässt sich allgemein sagen, dass der Nutzen für den individuellen und gesellschaftlichen Gesundheitsschutz den im Vergleich dazu minimalen Impfrisiken deutlich überwiegt und somit eine Nutzen-Risiko-Abwägung aus medizinischer Sicht klar für die Durchführung der Impfungen ausfällt.¹²⁹³ Die möglichen Erkrankungsfolgen beinhalten indes irreversible Gesundheitsschäden oder gar den Tod.¹²⁹⁴ Das öffentliche Interesse an der Eindämmung bzw. Ausrottung derartiger Infektionskrankheiten ist also als hoch einzuordnen. Von nicht unwesentlicher Bedeutung ist zudem der volkswirtschaftliche Nutzen, also die Verringerung der aus impfpräventablen Krankheiten resultierenden Behandlungs- und Versicherungskosten, sowie die Reduktion von Arbeitskraftausfällen (Krankenstände, Pflegeurlaube).¹²⁹⁵

Da die Güterabwägung im Fall von verpflichtenden Impfungen stets von vielfältigen krankheitsspezifischen Faktoren beeinflusst wird, wäre freilich für jede der betroffenen Krankheiten eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen,¹²⁹⁶ dies etwa unter Berücksichtigung der vorherrschenden epidemiologischen (Gefahren-)Situation und der Sicherheit des jeweils verwendeten Impfstoffes.

Speziell bezüglich der Masern ist hier anzuführen, dass der in Österreich empfohlene MMR-Kombinations-Lebendimpfstoff sehr gut verträglich ist¹²⁹⁷ und angesichts des aktuell auftretenden Krankheitsausbruches – bei einem Kontagiositätsindex von beinahe 100% und tief-

¹²⁹² *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 21; *Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 59; *Grimm in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 86 f.

¹²⁹³ *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF*, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen (2013) 2 f; *Haditsch*, Impfberatung in der Praxis, Pädiatrie & Pädologie 2010/4, 18 (20); *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 7 f; *Pierer*, EF-Z 2015/57, 102; *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 185 f.

¹²⁹⁴ *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 60; *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF*, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 2 f.

¹²⁹⁵ *Wiedermann-Schmidt*, Impfen 27; *Grimm in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt*, Schutzimpfungen 87.

¹²⁹⁶ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 21.

¹²⁹⁷ *Holzmann*, Masern, ÖÄZ 2015/1, 20 (26 f); *Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF*, Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen 2 f.

greifenden Gesundheitsrisiken¹²⁹⁸ – eine diesbezügliche Impfpflicht als ernst zu nehmende staatliche Handlungsmöglichkeit angesehen werden kann.¹²⁹⁹

Auch der EGMR war in der Rechtssache *Solomakhin* bereits mit der Thematik befasst. Im konkreten Fall ging es um eine obligatorische Diphtherie-Schutzimpfung in der Ukraine. Der Eingriff in die körperliche Integrität des Beschwerdeführers wurde im Interesse des öffentlichen Gesundheitsschutzes und der Unterbindung der Ausbreitung der Infektionskrankheit als gerechtfertigt angesehen und damit eine Verletzung des Art 8 EMRK negiert. Dies auch, da die Verträglichkeit der Impfung hinsichtlich des Beschwerdeführers vor deren Vornahme vom medizinischen Personal kontrolliert und somit die notwendigen Vorsichtsmaßnahmen getroffen wurden.¹³⁰⁰

Ferner entschied die Europäische Kommission für Menschenrechte¹³⁰¹ im Jahr 1998, dass verpflichtende Impfungen mit Art 8 EMRK vereinbar sind. Im gegenständlichen Fall haben 14 Parteien gegen verpflichtende Hepatitis-B-Impfungen bei deren Kindern in der Republik San Marino den Rechtsweg beschritten.¹³⁰²

Letztendlich ist es somit prinzipiell durchaus möglich, das grundrechtlich gewährleistete Recht auf (körperliche) Selbstbestimmung des Patienten zum Schutz der öffentlichen Gesundheit – hier vor Infektionskrankheiten – zu beschränken.¹³⁰³ Bei Vorliegen eines gewissen Gefahrenpotentials wird es daher weitgehend als verfassungsrechtlich zulässig erachtet, eine verhältnismäßige, nach Krankheiten unterscheidende Impfpflicht einzuführen.¹³⁰⁴ Zu diesem Zweck wäre im Übrigen nicht erst das Stadium einer ausgedehnten Epidemie abzuwarten.¹³⁰⁵

Die Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt hat schon in ihrer Stellungnahme im Jahr 2015 eine Impfpflicht unter gewissen Voraussetzungen aus *ethischer* Sicht für legitim erachtet, sich zunächst aber insgesamt noch dagegen ausgesprochen.¹³⁰⁶ In einer neueren

¹²⁹⁸ Holzmann, ÖÄZ 2015/1, 21; Schaks/Krahnert, MedR 2015/33, 860.

¹²⁹⁹ Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 59; Schaks/Krahnert, MedR 2015/33, 860.

¹³⁰⁰ EGMR 24. 9. 2012, 24429/03, *Solomakhin/Ukraine*.

¹³⁰¹ Damalige Bezeichnung.

¹³⁰² 15. 1. 1998, 26536/95, Carlo Boffa and 13 others / San Marino.

¹³⁰³ Kopetzki, Unterbringungsrecht I 417.

¹³⁰⁴ Bioethikkommission beim BKA, Impfen 21; Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 55 ff; Kopetzki, RdM 2017/42.

¹³⁰⁵ Kopetzki, RdM 2017/42.

¹³⁰⁶ Bioethikkommission beim BKA, Impfen.

Stellungnahme aus 2019 wird hingegen eine generelle Impfpflicht im Hinblick auf die gegenwärtige Situation bei Masern befürwortet: Entscheidend sei hierbei die Verhältnismäßigkeit. „Je harmloser der Eingriff für die einzelne Person ist, je ‚gefährlicher‘ die Krankheit für die Gesundheit der Bevölkerung ist und je größer der Nutzen einer Impfpflicht insgesamt ist, desto eher erscheint der Eingriff in die körperliche Integrität des Einzelnen gerechtfertigt.“ Hinsichtlich der aktuellen Situation bei Masern sei die Verhältnismäßigkeit gewahrt und eine generelle Impfpflicht zu befürworten.¹³⁰⁷ Interessanterweise hat sich demgegenüber der deutsche Ethikrat im selben Jahr gegen eine Impfpflicht für Kinder ausgesprochen (siehe Kap 9.2.).¹³⁰⁸

Dass obligatorische Impfungen für Kinder grundsätzlich einen möglichen Ansatz darstellen, zeigt auch ein Blick in andere europäische Staaten: So existiert etwa in Kroatien, Ungarn und der Tschechischen Republik eine Impfpflicht hinsichtlich zahlreicher Krankheiten.¹³⁰⁹ In Frankreich sah der *code de la santé publique* bis Ende 2017 verpflichtende Impfungen gegen Diphtherie, Tetanus und Poliomyelitis vor, sofern keine medizinische Kontraindikation besteht. Bei Verstößen drohten Geld- oder Freiheitsstrafen. Diese Form der Impfpflicht wurde in einer Entscheidung des französischen Verfassungsrates als verfassungskonform befunden.¹³¹⁰ Anfang 2018 wurde die Impfpflicht in Frankreich auf nunmehr elf Krankheiten¹³¹¹ ausgedehnt (Art L3111-2 *leg cit*). Hinsichtlich der Sanktionierung wurde anstelle der bisherigen Strafen allerdings ein anderes Mittel vorgesehen – ungeimpften Kindern soll fortan die Aufnahme in öffentlichen und privaten Kinderbetreuungseinrichtungen verwehrt bleiben (Art L3111-2 *leg cit*).

Während die generelle Impfpflicht den Zweck verfolgt, die Durchimpfungsrate im frühen Kindesalter zu erhöhen und insofern an den für die Vornahme der Impfung ehestmöglichen Zeitpunkt anknüpft, ist daneben noch eine andere Variante möglich: Das BMASGK plant aktuell die Einführung einer Impfpflicht für Gesundheitsberufe.¹³¹² Bei einer Einschränkung

¹³⁰⁷ *Bioethikkommission beim BKA*, Stellungnahme der Bioethikkommission zum Impfen, <https://www.bundestkanzleramt.gv.at/themen/bioethikkommission/pressemitteilungen-bioethik/stellungnahme-der-bioethikkommission-zum-impfen.html> (Stand 6. 5. 2019).

¹³⁰⁸ *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 85 ff.

¹³⁰⁹ *Bozzola/Spina/Russo/Bozzola/Corsello/Villani*, Mandatory vaccinations in European countries, undocumented information, false news and the impact on vaccination uptake: the position of the Italian pediatric society, *Italian Journal of Pediatrics* 2018/44, 67.

¹³¹⁰ Conseil Constitutionnel, Décision no. 2015-458 QPC du 20. 3. 2015.

¹³¹¹ Diphtherie, Tetanus, Poliomyelitis, Keuchhusten, HiB, Hepatitis B, Pneumokokken, Meningokokken C, Masern, Mumps, Röteln.

¹³¹² *Der Standard*, Brigitte Zarfl: „Impfen ist gesellschaftliche Pflicht.“, www.derstandard.at/story/2000112261867/brigitte-zarfl-impfen-ist-gesellschaftliche-pflicht (Stand: 14. 12. 2019).

der Impfpflicht auf Gesundheitsberufe liegt das Augenmerk auf einer Personengruppe, welcher berufsbedingt eine entscheidende Rolle bezüglich der Unterbindung der Krankheitsverbreitung zukommt.¹³¹³ Der aufrechte Impfschutz soll nicht nur die Ansteckung der Arbeitskräfte selbst verhindern, sondern insbesondere auch die Übertragung von Krankheiten auf Patienten, denen gegenüber das Gesundheitspersonal und die Krankenhausträger eine besondere Verantwortung tragen. Es ist tunlichst zu vermeiden, dass das Gesundheitspersonal ein zusätzliches Ansteckungsrisiko für die Patienten birgt – insbesondere für jene, die selbst nicht geimpft werden können (va Immunsupprimierte, Schwangere und Säuglinge) und daher auf den Herdenschutz angewiesen sind.¹³¹⁴ Speziell in Kinderabteilungen von Krankenanstalten ist der Immunität des Personals gegen Infektionskrankheiten erhebliche Bedeutung beizumessen. Dennoch wird auch im Bereich der Gesundheitsberufe die Durchimpfungsrate – insbesondere in Krankenhäusern – als zu gering angesehen.¹³¹⁵

Da eine Impfpflicht für Gesundheitsberufe kein unmittelbar bei Kindern ansetzender Eingriff wäre, ist hier nur cursorisch darauf einzugehen. Dabei würde wiederum ein Eingriff in Art 8 EMRK vorliegen, hinsichtlich dessen im Grunde auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Überdies ist in dieser Konstellation ein weiteres Grundrecht betroffen: das Erfordernis der aufrechten Immunität von Gesundheitspersonal gegen impfpräventable Krankheiten berührt die Erwerbsfreiheit gem Art 6 StGG¹³¹⁶. Nach Art 6 Abs 1 StGG steht jedem Staatsbürger, sowie aufgrund des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes nach hA auch jedem Bürger der EU bzw des EWR¹³¹⁷, das Recht auf freie Erwerbstätigkeit zu, wobei diese Freiheit durch den Gesetzgeber beschränkt werden kann (Gesetzesvorbehalt).¹³¹⁸ Der VfGH wertet nur solche Maßnahmen als Grundrechtseingriffe, welche die Erwerbstätigkeit unmittelbar betreffen und stellt damit auf die Intentionalität ab.¹³¹⁹ Demzufolge ist ein Grundrechtseingriff zu verneinen, wenn es sich lediglich um eine „faktische Verhinderung“ oder „Nebenwirkung“ einer Maßnahme handelt, die andere Zwecke verfolgt.¹³²⁰ Da die gesetzge-

¹³¹³ Holzmann, ÖÄZ 2015/1, 28; Wiedermann-Schmidt, Impfen 125.

¹³¹⁴ Wiedermann-Schmidt, Impfungen bei Gesundheitspersonal, ÖÄZ 2016/23, 28 (29); Wiedermann-Schmidt, Impfen 125; Grimm in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 85.

¹³¹⁵ Wiedermann-Schmidt/Rendi-Wagner/Aigner/et al, Wiener klinische Wochenschrift 2014/126, 11; Wiedermann-Schmidt, ÖÄZ 2016/23, 28 (29); Bioethikkommission beim BKA, Impfen 10.

¹³¹⁶ Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBI 1867/142.

¹³¹⁷ Korinek in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Grundrechte in Österreich² (2014) § 16 Rz 51; VfSlg 19.077/2010.

¹³¹⁸ Mayer/Muzak, B-VG⁵ Art 6 StGG II.

¹³¹⁹ VfSlg 19.769; VfSlg 18.652; Mayer/Muzak, B-VG⁵ Art 6 StGG I.2.

¹³²⁰ VfSlg 11.705; VfSlg 16.158; Korinek in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1² § 16 Rz 54; Mayer/Muzak, B-VG⁵ Art 6 StGG I.2.

berische Absicht in Falle der Impfpflicht für Gesundheitspersonal speziell darauf abzielt, gewisse (nicht immunisierte) Personen vom Berufszugang auszuschließen, wäre in diesem Fall ein Eingriff in die Erwerbsfreiheit anzunehmen.¹³²¹ Hinsichtlich der Kriterien des öffentlichen Interesses, der Eignung und der Erforderlichkeit der Maßnahme darf auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Die Verhältnismäßigkeit der Impfpflicht für Gesundheitspersonal wird etwa mit der Argumentation bejaht, dass diese Berufsgruppe weitgehend mit Menschen in regelwidrigem, vulnerablen Gesundheitszustand in Kontakt tritt und deren Patientenautonomie im öffentlichen Interesse des Gesundheitsschutzes und der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen eingeschränkt werden kann.¹³²² Meines Erachtens stellt das Erfordernis eines Immunitätsnachweises gerade bei Gesundheitsberufen – aufgrund deren „Schlüsselrolle“ bzw. besonderen Verantwortung zur Minimierung des Risikos der Krankheitsübertragung – eine relativ geringfügige Beschränkung der Erwerbsfreiheit dar, sodass dieser Standpunkt durchaus vertretbar erscheint. Zudem hat auch die Bioethikkommission die große Bedeutung des aufrechten Impfschutzes des Gesundheitspersonals betont und eine gesetzliche Impfpflicht für diese Berufsgruppe als „rechtfertigbar“ eingestuft.¹³²³

Überdies könnte auch die Erforderlichkeit der Immunisierung von Angehörigen eines weiteren Berufszweiges, nämlich des Betreuungspersonals in Kindergärten und Schulen, argumentiert werden. Die oben angestellten Überlegungen ließen sich möglicherweise auch auf diese Berufsgruppe übertragen. Auch in diesem Bereich sind anfällige bzw. gefährdete Personen (Kinder) betroffen und einem erheblichen Maß an Personenkontakten ausgesetzt.¹³²⁴ Daher ließe sich in Anlehnung an die vorangegangenen Ausführungen argumentieren, dass auch hier das öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes einen Eingriff in die Patientenautonomie dieser Berufsgruppe rechtfertigen kann. So hat sich etwa der deutsche Ethikrat für eine mit Tätigkeitsverboten sanktionierbare Impfpflicht für Berufsgruppen mit spezieller Verantwortung, konkret Beschäftigte im Gesundheits-, Sozial- und Bildungsbereich, ausgesprochen.¹³²⁵ Eine dementsprechende Verpflichtung wird in Deutschland möglicherweise künftig eingeführt (siehe sogleich, Kap 9.2.).

Im Übrigen können staatliche Präventivmaßnahmen wie die Impfpflicht – gleich ob generell oder auf bestimmte Berufsgruppen beschränkt – auch aus *ethischer* Sicht als legitim erachtet

¹³²¹ Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 61.

¹³²² Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 62.

¹³²³ Bioethikkommission beim BKA, Impfen 22.

¹³²⁴ Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 62.

¹³²⁵ Deutscher Ethikrat, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 87.

werden. Insbesondere die soziaethischen Prinzipien der Solidarität, der Gerechtigkeit und des Gemeinwohles führen dazu, dass das Individuum eine gesellschaftliche (Mit-) Verantwortung zur Unterbindung vermeidbarer Gefahren der Bevölkerung trägt, welche die Belastung des Einzelnen durch die Impfung zu Gunsten des Allgemeinwohls zumutbar erscheinen lässt.¹³²⁶ Hinsichtlich der Impfpflicht für Gesundheitspersonal tritt als spezieller Aspekt der betreffenden Berufsethik das „Nicht-Schadens-Prinzip“ hinzu, wonach besonders von im Gesundheitsbereich beschäftigten Personen keine zusätzlichen, präventablen Krankheitsgefahren ausgehen sollten und demzufolge gerade solche Menschen eine moralische Verpflichtung zur Immunisierung tragen.¹³²⁷

9.2. IMPFNACHWEIS ALS AUFNAHMEVORAUSSETZUNG IN GEMEINSCHAFTSEINRICHTUNGEN

Eine alternative Form der Impfpflicht besteht darin, den Nachweis gewisser Impfungen als Voraussetzung für die Aufnahme in Kindergärten bzw Schulen festzulegen. Diese Variante wird möglicherweise künftig (im Jahr 2020) auch in Deutschland eingeführt und soll hier kurz dargestellt werden.

Auch in Deutschland herrscht seit Jahren ein vergleichbarer Diskurs zu staatlichen Steuerungsmöglichkeiten, im Zuge dessen teils auch die Masern-Impfpflicht als juristisch gerechtfertigt erachtet wird.¹³²⁸ Nunmehr wurde die Umsetzung eines solchen Ansatzes beschlossen: Nach Maßgabe des vorliegenden und am 14. 11. 2019 beschlossenen Gesetzesentwurfes der deutschen Bundesregierung („Masernschutzgesetz“)¹³²⁹ soll der Nachweis der Masern-Impfung als Voraussetzung für den Eintritt in Gemeinschaftseinrichtungen eingeführt werden. Der Entwurf sieht im Wesentlichen vor, dass Minderjährige beim Eintritt in Gemeinschaftseinrichtungen¹³³⁰ zwei Dosen der Impfung gegen Masern nachweisen müssen, sofern keine Immunität aufgrund erfolgter Erkrankung oder Kontraindikation attestiert wird (§ 20 Abs 8-14 des Entwurfs). Dies soll auch bei der Betreuung durch Tagespflegepersonen gelten,

¹³²⁶ *Bioethikkommission beim BKA, Impfen 11.*

¹³²⁷ *Wiedermann-Schmidt/Rendi-Wagner/Aigner/et al, Wiener klinische Wochenschrift 2014/126, 18; Bioethikkommission beim BKA, Impfen 12 f.*

¹³²⁸ *Schaks/Krahnert, MedR 2015/33, 866; Gassner, Impfzwang und Verfassung: Mit Macht gegen Masern?, Legal Tribune Online, www.lto.de/recht/hintergruende/h/masern-impfzwang-bahr/ (Stand 10. 7. 2013).*

¹³²⁹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention, www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/M/Masernschutzgesetz_Kabinett.pdf (abgefragt am 1.9.2019).

¹³³⁰ Gemeinschaftseinrichtungen sind Einrichtungen, in denen überwiegend Minderjährige betreut werden, wie insbesondere Kindertageseinrichtungen, Kinderhorte und Schulen (§ 33 des Entwurfs).

außerdem für das Personal der betroffenen Gemeinschaftseinrichtungen, sowie von medizinischen Einrichtungen. Im Fall der Nichteinhaltung sind Geldbußen in Höhe von bis zu € 2.500,00 iSd § 73 IfSG vorgesehen. Ungeimpfte Minderjährige können vom Besuch des Kindergartens (wohl aufgrund des Konflikts mit der Schulpflicht nicht auch vom Besuch der Schule) ausgeschlossen werden, nichtgeimpftes Personal der genannten Einrichtungen darf die entsprechenden Tätigkeiten nicht aufnehmen. Die Impfpflicht gilt auch, wenn zur Erlangung des Impfschutzes gegen Masern nur Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen, die auch Impfstoffkomponenten gegen andere Krankheiten enthalten (§ 20 Abs 8 des Entwurfs), was speziell den MMR-Kombinationsimpfstoff betrifft. Das Gesetz soll am 1. 3. 2020 in Kraft treten.

Indessen hat sich der deutsche Ethikrat noch im Juni 2019 in einer Stellungnahme¹³³¹ gegen eine Impfpflicht ausgesprochen. Wenngleich die prinzipielle Notwendigkeit der Steigerung der Durchimpfungsraten betont wird, ist gemäß den Empfehlungen – die sich auf die Masern-Impfung beziehen, gegebenenfalls aber auch für andere Impfungen weiterentwickelt werden können – vorrangig auf Aufklärungskampagnen und Zugangserleichterung zu setzen. Erst wenn diese Ansätze nicht gegriffen haben, seien „stärker direktive Maßnahmen und solche mit höherer Eingriffstiefe geboten“.¹³³² Zwar wird eine Impfpflicht für bestimmte Berufsgruppen mit spezieller Verantwortung (Gesundheits-, Bildungs- und Sozialbereich), sanktioniert mit Tätigkeitsverboten, befürwortet.¹³³³ Eine generelle Impfpflicht wird aber (momentan) abgelehnt: So wird von Geldbußen oder anderen finanziellen Sanktionen zur Erhöhung der Impfquoten aus Gerechtigkeits- und Effektivitätsgründen abgeraten. Die grundsätzliche Voraussetzung des Impfschutzes für den Schulbesuch wird – in Anbetracht der gesetzlichen Schulpflicht – abgelehnt,¹³³⁴ aber auch der Ausschluss ungeimpfter Minderjähriger von vorschulischen Gemeinschaftseinrichtungen (was dem Inhalt des Masernschutzgesetzes entspricht) wird missbilligt. Es sei auch die Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel zu bedenken, schließlich würde die Abwicklung einer sanktionsbewehrten Impfpflicht in Kinderbetreuungseinrichtungen erheblichen bürokratischen Aufwand hervorrufen. Letztlich sei – sofern eine Impfpflicht eingeführt werden würde – die Möglichkeit zu schaffen, dass nur

¹³³¹ *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?.

¹³³² *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 85.

¹³³³ Mit Ausnahme eines Mitglieds des Ethikrates, das sich dagegen ausgesprochen hat.

¹³³⁴ Abgesehen von anlassbezogenen, vorübergehenden Schulausschlüssen zur Gefahrenabwehr.

gegen jene Krankheit geimpft wird, die von der Pflicht betroffen ist, also die jeweiligen Monopräparate verfügbar sind.¹³³⁵

Im Wesentlichen sind bei der Impfpflicht zum Eintritt in Gemeinschaftseinrichtungen folgende Umstände zu erwägen:

Aus privatautonomer Perspektive ist es grundsätzlich denkbar, Impfungen zur Voraussetzung von Rechtsgeschäften zu machen, so etwa bei Betreuungsverträgen von privaten Kindergärten.¹³³⁶ Ohne Bestehen einer Impfpflicht *könnten* private Kinderbetreuungseinrichtungen aufgrund der Privatautonomie einen Impfnachweis als Zulassungsvoraussetzung festlegen, *müssen* dies aber nicht, sodass es weiterhin möglich bleibt, auch ungeimpfte Kinder aufzunehmen.

Eine staatlich angeordnete Impfpflicht wäre ohnehin, wie es auch in Deutschland intendiert ist, über öffentliche Gemeinschaftseinrichtungen hinaus auch auf private Einrichtungen und die Betreuung durch Tagespflegepersonen zu erstrecken. Dies ergibt sich mE aus dem Verbot unsachlicher Differenzierung (welches sich aus dem in Art 2 StGG und Art 7 B-VG geregelten Gleichheitssatz ableitet¹³³⁷).

Außerdem wäre eine Impfpflicht, die sich nur auf den Zugang zu *öffentlichen* Schulen bezieht (bzw bei öffentlichen Schulen wesentlich strenger geregelt ist als bei privaten), wie sie etwa in den Rechtsordnungen etlicher US-Bundesstaaten besteht, möglicherweise im Hinblick auf das Verbot unsachlicher Differenzierung unzulässig und sohin auch auf Privatschulen und den häuslichen Unterricht zu erstrecken.¹³³⁸

Der Ausschluss aus Kindergärten als Sanktion für den fehlenden Impfschutz wäre grundsätzlich vorstellbar, allerdings (in Anlehnung an die Argumentation des deutschen Ethikrates) aus Gerechtigkeitsgründen problematisch, da dies Kinder finanziell bzw sozial schlechter gestellter Eltern wohl stärker treffen würde als jene bessergestellter Eltern. Der Ausschluss aus Schulen als Sanktion wäre mE angesichts der gesetzlichen Schulpflicht und dem Recht auf Bildung nicht gerechtfertigt.

¹³³⁵ *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 85 ff.

¹³³⁶ *Pierer*, EF-Z 2015/57, 102.

¹³³⁷ *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 316 ff.

¹³³⁸ *Allerberger*, ZfG 2018, 102 (108).

In Anbetracht dieser Umstände könnte diese Form der Impfpflicht mE insofern hinterfragt werden, als sie einige Nachteile gegenüber der generellen Impfpflicht aufweist und wohl im Ergebnis auch weniger wirksam als diese ist. Einerseits ist zwar die Erwägung nachvollziehbar, dass eine Impfpflicht bei Eintritt in die Gemeinschaftseinrichtung rechtspolitisch leichter argumentierbar ist, da sie an jenem Zeitpunkt ansetzt, ab dem die Infektionsgefahr aufgrund potenzierteter Kontakte erstmals stark erhöht ist und ab dem Impfungen im Hinblick auf staatliche Gewährleistungspflichten zum Schutz der Gesundheit jedenfalls als geboten erscheinen. Durchaus vorstellbar ist auch, dass dadurch langfristig eine Erhöhung der Durchimpfungsraten erzielt wird und die öffentlichen Interessen (Gesundheitsschutz, volkswirtschaftliche Aspekte) profitieren. Andererseits ist aber fraglich, ob mit dieser Maßnahme die zur Elimination erforderlichen Durchimpfungsraten erreicht werden können, da sie erst ab Eintritt in eine Kinderbetreuungseinrichtung greift, obwohl etliche Impfungen schon zu einem früheren Zeitpunkt geboten wären. Überdies könnte man, wenn man schon davon ausgeht, dass ohnehin alle Kinder bei Eintritt in eine Gemeinschaftseinrichtung zu impfen wären – was einer (mit Geldbußen sanktionierbaren) generellen Impfpflicht weitestgehend nahekommt – wohl auch gleich eine allgemeine Impfpflicht von Kindern zu dem im Impfplan empfohlenen Zeitpunkt festlegen. Dies hätte – bei aus grundrechtlicher Sicht gleicher Eingriffsintensität – den Vorteil, dass die Maßnahme zum öffentlichen und individuellen Gesundheitsschutz noch geeigneter wäre, da sie „unverzüglich“ zum frühestmöglichen Zeitpunkt gesetzt wird. Dadurch wäre das Infektionsrisiko bei Kindern (auch vor Eintritt in Gemeinschaftseinrichtungen) auf das äußerste Minimum beschränkt und bestünden wohl vielversprechende Aussichten auf die Elimination. Jedenfalls wäre dabei das „Restrisiko“ der mangelnden Tauglichkeit der Maßnahme mE am geringsten.

9.3. FINANZIELLE ANREIZSYSTEME

In Australien wird vorwiegend auf ein finanzielles Anreizsystem gesetzt. Hier ist der Nachweis der vollständigen Immunisierung des Kindes an den Bezug staatlicher Sozialleistungen¹³³⁹ und steuerlicher Begünstigungen¹³⁴⁰ der Eltern geknüpft („no jab, no pay“). Ausnahmen bestehen nur, wenn das Kind aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden kann.¹³⁴¹ Darüber hinaus wurde teils (New South Wales, Queensland, Victoria und Western Australia)

¹³³⁹ „Child Care Rebate“ und „Child Care Benefit“.

¹³⁴⁰ „Family Tax Benefit Part A Supplement“.

¹³⁴¹ *Australian Government – Department of Health*, Clinical update: No Jab, No Pay, <https://www.health.gov.au/news/clinical-update-no-jab-no-pay> (abgefragt am 1. 9. 2019).

die Regelung eingeführt, dass Impfungen eine Aufnahmevoraussetzung in vorschulischen Kinderbetreuungseinrichtungen darstellen („no jab, no play“).¹³⁴²

Auch in Österreich wäre ein finanzielles Anreizsystem vorstellbar. Zur Umsetzung wäre wohl die Implementierung im Mutter-Kind-Pass naheliegend. Nach § 7 KBGG¹³⁴³ ist das Mutter-Kind-Pass-Untersuchungsprogramm für Schwangere und deren Kinder mittels Verordnung festzulegen und besteht Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld in voller Höhe nur, wenn die vorgesehenen Untersuchungen von Mutter und Kind vorgenommen und nachgewiesen werden. Details zu Zeitpunkt und Art dieser Untersuchungen sind in der Mutter-Kind-Pass-Verordnung 2002¹³⁴⁴ geregelt. Im Mutter-Kind-Pass-Untersuchungsprogramm finden sich allerdings (derzeit) keine Ansätze zur Förderung von Schutzimpfungen. Die Einbeziehung von Impfungen in den Mutter-Kind-Pass wird daher immer wieder gefordert und ist auch grundsätzlich denkbar. Allerdings wäre mE anzudenken, Schutzimpfungen in der Form eines separaten Anreizsystems – dh eines „Bonus-Systems“, das parallel zum herkömmlichen Untersuchungsprogramm besteht – zu regeln. Dies, da bei impfkritischen Eltern dann weiterhin der bisherige Anreiz aufrecht erhalten bliebe, zumindest alle herkömmlichen Untersuchungen vorzunehmen. Für den darüberhinausgehenden „Bonus“ wären die vorgesehenen Impfungen durchzuführen. Auf diesem Weg wären Szenarien verhindert, in denen – wenn für die Gewährung von Kinderbetreuungsgeld in voller Höhe sämtliche Untersuchungen *und* Schutzimpfungen notwendig wären – impfkritische Eltern auch die herkömmlichen Untersuchungen vernachlässigen, weil der finanzielle Anreiz bereits aufgrund der Ablehnung der Schutzimpfungen weggefallen ist.

Oberösterreich hat als erstes Bundesland diesen Ansatz in Form eines Mutter-Kind-Zuschusses umgesetzt. Das Land zahlt (nur) jenen Eltern einen Zuschuss, die neben diversen Untersuchungen auch sämtliche vorgesehene Impfungen ihres Kindes nachweisen können.¹³⁴⁵ Eine Analyse der Auswirkungen auf die Impfquoten ist bis dato allerdings nicht vorhanden bzw zugänglich.

¹³⁴² *National Centre for Immunisation Research and Surveillance*, No Jab No Play, No Jab No Pay, <http://www.ncirs.org.au/public/no-jab-no-play-no-jab-no-pay> (abgefragt am 1. 9. 2019).

¹³⁴³ Kinderbetreuungsgeldgesetz BGBl I 2001/103 idF BGBl I 2019/75.

¹³⁴⁴ Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über die Festlegung eines Mutter-Kind-Pass-Untersuchungsprogrammes, die Voraussetzungen zur Weitergewährung des Kinderbetreuungsgeldes in voller Höhe sowie über den Mutter-Kind-Pass, BGBl II 2001/470 idF BGBl II 2013/420.

¹³⁴⁵ *Land Oberösterreich*, Mutter-Kind-Zuschuss – Neu ab 01.01.2019, <https://www.land-oberoesterreich.gv.at/mutter-kind-zuschuss.htm> (abgefragt am 1. 9. 2019).

Allerdings wird im Hinblick auf monetäre Sanktionen teils kritisiert, dass diese ungerecht bzw diskriminierend seien, weil sie sozial bzw finanziell schlechter gestellte Personen härter treffen als besser gestellte. Überdies wird argumentiert, dass diese Maßnahmen mit dem Prinzip des „informed consent“ konfliktieren würden.¹³⁴⁶

9.4. SONSTIGE MAßNAHMEN

Schlussendlich sind auch etliche sonstige Maßnahmen möglich, die nur eine geringe Eingriffsintensität aufweisen bzw teils auch an den organisatorischen Strukturen ansetzen:

Denkbar ist zunächst ein verpflichtendes Beratungsgespräch der Eltern zu Impfungen, das möglicherweise einen maßgeblichen Beitrag zur Aufklärungsarbeit leisten könnte. Etwa in Deutschland wurde im Jahr 2015 eine Regelung im IfSG eingeführt, wonach die Eltern beim Ersteintritt des Kindes in eine Gemeinschaftseinrichtung den Nachweis erbringen müssen, dass zeitnah vor der Aufnahme eine ärztliche Beratung bezüglich eines vollständigen, altersgemäßen Impfschutzes (auch entsprechend den STIKO-Empfehlungen) des Kindes stattgefunden hat. Wenn dieser Nachweis nicht erbracht wird, kann das Gesundheitsamt die Sorgeberechtigten zu einem Beratungsgespräch laden (§ 34 Abs 10a IfSG). Eine solche Maßnahme hat auch schon die österreichische Bioethikkommission vorgeschlagen.¹³⁴⁷ Anbieten würde sich ein Impf-Aufklärungsgespräch etwa im Rahmen des Mutter-Kind-Pass-Untersuchungsprogramms iSd § 7 KBGG (siehe Kap 9.3.). Aktuell wird vom BMASGK eine Regelung erwogen, wonach – entsprechend der geschilderten Bestimmung im IfSG – vor Eintritt des Kindes in eine Gemeinschaftseinrichtung Impfnachweise erbracht werden müssen, widrigenfalls ein neuerliches Arztgespräch vorgesehen ist. Sanktionen sind allerdings nicht intendiert.¹³⁴⁸

In Österreich wird künftig der elektronische Impfpass eingeführt (ab 2020, Pilotprojekt läuft bereits), der als Anwendung der ELGA mit zentralem Impfregister umgesetzt werden soll. Damit sollen ua Doppelimpfungen vermieden und personalisierte Impfeempfehlungen ermög-

¹³⁴⁶ *Dahl*, Impfungen in der Pädiatrie und der informed consent – Balanceakt zwischen Sozialpaternalismus und Autonomie, *Ethik in der Medizin* 2002/14, 201; *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 85 ff.

¹³⁴⁷ *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen 18.

¹³⁴⁸ *Der Standard*, Masernzahlen steigen, Bundesländer überlegen Impfpflicht, www.derstandard.at/story/2000111927223/die-masernzahlen-steigen-die-anzahl-der-toten-auch (Stand 6. 12. 2019); *ORF*, Österreich setzt auf Anreize statt Strafen, <https://orf.at/stories/3146646/> (Stand 7. 12. 2019).

licht werden.¹³⁴⁹ Ein nationales Impfregister wurde auch vom deutschen Ethikrat empfohlen.¹³⁵⁰

Auf Grundlage eines Impfregisters ließe sich auch ein Impf-Erinnerungs-System implementieren.¹³⁵¹ Dieses könnte die Eltern „persönlich“ im entsprechenden Zeitpunkt auf die Notwendigkeit von Impfungen hinweisen und auch an Teil- und Auffrischungsimpfungen erinnern. ME wäre dies eine eingriffsschwache und dennoch direktive Maßnahme, die im Rahmen des elektronischen Impfpasses relativ leicht umzusetzen wäre.

Auch die Aufhebung der ärztlichen Sonderfachbeschränkung bei Impfungen ist ein möglicher Ansatz, der ua vom deutschen Ethikrat gefordert wird.¹³⁵² Während dies in Österreich bislang nicht verwirklicht wurde, gibt es in Deutschland das Bestreben, dies umzusetzen: Der neue § 20 Abs 4 IfSG soll nach Maßgabe des Entwurfs der IfSG-Novelle vorsehen, dass zur Durchführung von Schutzimpfungen jeder Arzt berechtigt ist und Fachärzte Schutzimpfungen unabhängig von den Grenzen der Ausübung ihrer fachärztlichen Tätigkeit durchführen dürfen (siehe bereits Kap 3.3.).¹³⁵³ Dies hätte den klaren Vorteil der Erleichterung des Zugangs zu Impfungen durch den Abbau struktureller Hürden.

9.5. STELLUNGNAHME

Wie die obige Darstellung zeigt, existiert ein Repertoire an Möglichkeiten, das in Österreich noch lange nicht ausgeschöpft ist. Die Inanspruchnahme derartiger Anreizsysteme wäre wohl auch hierzulande anzudenken, um eine gewisse Steigerung der Impfbereitschaft herbeizuführen.

Freilich besteht hinsichtlich dieser Steuerungsmöglichkeiten eine divergierende Meinungslage. Zentral ist hier die Befürchtung, dass sanktionierbare Steuerungsmethoden statt einer

¹³⁴⁹ ELGA GmbH, Elektronischer Impfpass – Informationen zum e-Impfpass-Pilotprojekt, <https://www.elga.gv.at/e-impfpass/e-impfpass/index.html> (abgefragt am 21. 8. 2019); Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf der SchulÄ-VO 2019, 2; Zur Anbindung von Arztsystemen und bestehender Impfsysteme sollen „HL7“ und „IHE“ als Standards eingesetzt werden.

¹³⁵⁰ Deutscher Ethikrat, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 86.

¹³⁵¹ Deutscher Ethikrat, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 86.

¹³⁵² Deutscher Ethikrat, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 86.

¹³⁵³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention, www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/M/Masernschutzgesetz_Kabinett.pdf (abgefragt am 1. 9. 2019).

Steigerung der Impfquoten verstärkt Widerstand gegen staatliche „Zwangsregelungen“ hervorrufen könnte.¹³⁵⁴

Beispielsweise hat eine Analyse des „Sabin Vaccine Institute“¹³⁵⁵ ergeben, dass europäische Länder ohne und mit Impfpflicht in den jeweils erlangten Durchimpfungsraten nicht signifikant voneinander abweichen. Auch nach einer Untersuchung von „ASSET“¹³⁵⁶ gilt eine unbedingte Korrelation von Impfpflicht und Impfquoten nicht als erwiesen.¹³⁵⁷ Dies spricht für den vorwiegenden Einsatz eingriffsschwächerer Methoden.¹³⁵⁸ Auch die Effekte finanzieller Förderungen auf die elterliche Impfbereitschaft wurden in einer US-amerikanischen Studie untersucht, dies mit dem Ergebnis, dass geringfügige monetäre Anreize nicht zu einer maßgeblichen Änderung des Impfverhaltens führen würden.¹³⁵⁹ Demgegenüber hat man in Australien nach der Einführung des Anreizsystems einen Anstieg der Impfquoten verzeichnet.¹³⁶⁰

Wenn man allerdings bedenkt, dass die Impfgegnerschaft in Österreich unter 5% der Bevölkerung ausmacht (siehe Kap 1.1.), wäre es zur Elimination impfpräventabler Krankheiten ausreichend, wenn die staatlichen Maßnahmen bei den übrigen Teilen der ungeimpften Bevölkerung greifen würden. In Anbetracht dessen könnte der Intensivierung staatlicher Steuerungsmaßnahmen mE durchaus eine vielversprechende Prognose gestellt werden.

Meiner Ansicht nach sollte die Impfpflicht als staatliche Option jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden, wenngleich der Patientenautonomie wesentliche Bedeutung beizumessen ist und zuvor andere Maßnahmen gescheitert sein müssen. Jedenfalls scheint bezüglich Pflichtimpfungen eine gewisse „Hemmschwelle“ zu bestehen, die aufgrund der Eingriffsintensität auch gewissermaßen nachvollziehbar erscheint. So werden in Österreich bislang Maßnahmen der Information und Aufklärung vorgezogen. Ob mittels der vorherr-

¹³⁵⁴ Nassauer/Meyer, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1236.

¹³⁵⁵ Sabin Vaccine Institute, Legislative Approaches to Immunization Across the European Region, www.sabin.org/sites/sabin.org/files/legislative_approaches_to_immunization_europe_sabin_0.pdf (2018).

¹³⁵⁶ Action plan on Science in Society related issues in Epidemics and Total pandemics.

¹³⁵⁷ ASSET, Compulsory vaccination and rates of coverage immunisation in Europe, http://www.asset-scienceinsociety.eu/reports/pdf/asset_dataviz_1.pdf (abgefragt am 1. 9. 2019).

¹³⁵⁸ Deutscher Ethikrat, Stellungnahme – Impfen als Pflicht?, 72 f.

¹³⁵⁹ Dahl, Ethik in der Medizin 2002/14, 201 (204).

¹³⁶⁰ Australian Government – Department of Health, Immunisation coverage rates for all children, <https://www.health.gov.au/health-topics/immunisation/childhood-immunisation-coverage/immunisation-coverage-rates-for-all-children> (abgefragt am 1. 9. 2019); *The Sydney Morning Herald*, „Very positive“: Immunisation coverage rates in children hit record high, <https://www.smh.com.au/national/immunisation-coverage-rates-children-record-high-20181205-p50k95.html> (abgefragt am 1. 9. 2019); *The Guardian*, Immunisation rates for Australian children reaches record 95%, <https://www.theguardian.com/australia-news/2019/jul/07/immunisation-rates-for-australian-children-reaches-record-95> (abgefragt am 1. 9. 2019).

schenden staatlichen Vorgehensweise das deklarierte Ziel der Elimination impfpräventabler Infektionskrankheiten erreicht werden kann, erscheint fraglich.

Eingriffsintensivere Maßnahmen ließen sich – wie die vorliegenden Ausführungen ergeben – aus (verfassungs)rechtlicher Sicht durchaus rechtfertigen. Wie die tatsächliche Umsetzung staatlicher Steuerungsmaßnahmen bzw einer Impfpflicht im Detail letztlich aussehen könnte, ist einer sicheren Prognose freilich nicht zugänglich, da dem Gesetzgeber ein gewisser Gestaltungsspielraum überlassen wäre. Zu berücksichtigen bliebe aber stets, ob dadurch die Durchimpfungsrate letztlich auf das für die Elimination der Krankheit notwendige Maß gesteigert werden könnte, oder wiederum zu kurz gegriffen würde. Zweiteres gilt es mE seitens des Staates zu vermeiden, da dies neben Geld vor allem Zeit (und damit den Fortgang der Erkrankungszahlen) beanspruchen würde. *Wenn* also eine direktive Maßnahme ergriffen wird, wäre es geboten, sich umgehend eines Mittels zu bedienen, das zur Erreichung des gesundheitspolitischen Ziels tatsächlich geeignet ist.

10. FAZIT / THESEN

- 1) Sowohl prophylaktische als auch postexpositionelle Impfungen sind vom Begriff der medizinischen Behandlung umfasst. Sie erfolgen stets auf Grundlage eines Behandlungsvertrages und unterliegen den allgemeinen Grundsätzen des „informed consent“. ¹³⁶¹
- 2) Da der Umfang der Aufklärungspflicht ua von der zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit der medizinischen Maßnahme abhängt, spricht bei Schutzimpfungen zunächst der prophylaktische Charakter der Behandlung für eine relativ umfassende Aufklärung. Dies ist aber insofern einzuschränken, als Schutzimpfungen typischerweise zu deutlichen gesundheitlichen Vorteilen gegenüber der Unterlassung führen und es gilt, die Exponierung des Patienten der Krankheit gegenüber frühestmöglich zu beenden. Eine Aufklärung bis ins letzte Detail ist sohin nicht erforderlich, dies auch um zu vermeiden, dass die medizinisch indizierte Maßnahme aufgrund übermäßiger Aufklärung letztlich abgelehnt wird. Bei besonderer Indikation, insb bei postexpositionellen Impfungen, ist der Aufklärungsumfang aufgrund der erhöhten Dringlichkeit reduziert. ¹³⁶²
- 3) Hinsichtlich des Aufklärungszeitpunktes wird bei Schutzimpfungen va aufgrund des Routinecharakters der Maßnahme idR die Aufklärung am Tag der Impfung ausreichend sein. Dies gilt umso mehr bei postexpositionellen Impfungen aufgrund der erhöhten Dringlichkeit. ¹³⁶³
- 4) Die bei Schulimpfaktionen gebräuchliche Kombination von schriftlichen Aufklärungsf formularen und dem Verzicht der Sorgeberechtigten auf ein mündliches Aufklärungsgespräch wird den Ansprüchen der ärztlichen Aufklärung möglicherweise nicht vollends gerecht. Dies insbesondere, da auch im Falle eines Aufklärungsverzichts das Bestehen von Grundkenntnissen über Gegenstand und Risiko des Eingriffes als erforderlich gilt (wovon sich der Arzt mangels persönlichen Kontakts mit dem Aufklärungsadressaten nicht überzeugen kann) und zudem auf die Sicherungsaufklärung gar nicht verzichtet werden kann. Folglich ließe sich die Haftung der Behandlerseite für allfällige Impfkomplicationen nicht gänzlich ausschließen. Eine Möglichkeit zur Lösung dieser Aufklärungsproblematik wäre es etwa, zu einem gesammelten Termin vor der Schulimpfaktion,

¹³⁶¹ Seiten 24, 59.

¹³⁶² Seiten 91 ff.

¹³⁶³ Seiten 88 f.

etwa im Rahmen eines Elternabends, die Gelegenheit zu einem persönlichen Gespräch mit dem Arzt zu schaffen.¹³⁶⁴

- 5) Die Einwilligung in die Impfung und die Zustimmung zum Behandlungsvertrag sind voneinander zu trennen und knüpfen an unterschiedliche Voraussetzungen – Entscheidungsfähigkeit einerseits und Geschäftsfähigkeit andererseits – an. Aus der Diskrepanz zwischen Geschäftsfähigkeit und Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen können sich – insbesondere bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Kind und Eltern – mannigfaltige Konfliktsituationen ergeben (im Detail erörtert in Kap 5.4.3.). Problematisch erscheint hierbei insbesondere, dass oft das dem Minderjährigen auf Einwilligungsebene (§ 173 Abs 1 ABGB) eingeräumte Selbstbestimmungsrecht wiederum auf rechtsgeschäftlicher Seite durch die Notwendigkeit gesetzlicher Vertretung begrenzt wird.¹³⁶⁵
- 6) Die für die Einwilligung erforderliche Entscheidungsfähigkeit eines minderjährigen Impfkandidaten kann bei Impfungen aufgrund des Routinecharakters bzw der Geringfügigkeit der Maßnahme schon vor dem vollendeten 14. Lebensjahr vorliegen. Schutzimpfungen sind nicht als schwerwiegende Behandlungen iSd § 173 Abs 2 ABGB zu qualifizieren, sodass eine zusätzliche Zustimmung des Obsorgeberechtigten nicht erforderlich ist.¹³⁶⁶
- 7) Ist der minderjährige Impfkandidat selbst nicht einwilligungsfähig, kann sein Wille für die Obsorgeberechtigten zwar „beachtlich“ sein, jedoch ist unterhalb der Grenze der Entscheidungsfähigkeit ein geäußelter Kindeswille für die Entscheidung der Eltern nicht verbindlich. Daher können hier grundsätzlich die Obsorgeberechtigten über die Impfung entscheiden, sofern damit keine Gefährdung des Kindeswohls verbunden ist.¹³⁶⁷
- 8) Vor Erreichen der Geschäftsfähigkeit ist der Minderjährige zum Abschluss des Behandlungsvertrages grundsätzlich auf seinen gesetzlichen Vertreter angewiesen. Im Hinblick auf Impfungen kann aber teils schon beschränkte Geschäftsfähigkeit ausreichend sein: Impfungen, die im betreffenden Alter kostenlos angeboten werden (zB die Hepatitis-B-Impfung bis zum 15. Geburtstag im Rahmen des Kinderimpfkonzepts, oder auch die MMR-Impfung altersunabhängig im Zuge einer allgemeinen Gratis-Impfaktion), können

¹³⁶⁴ Seiten 107 ff.

¹³⁶⁵ Seiten 135 ff.

¹³⁶⁶ Seiten 119 ff, 135.

¹³⁶⁷ Seiten 134 f.

möglicherweise als ausschließlich vorteilhafte Versprechen iSd § 865 Abs 2 ABGB qualifiziert werden, die von den Minderjährigen selbst angenommen werden können. Ferner können in Bezug auf kostenpflichtige Impfungen mündige Minderjährige nach § 170 Abs 2 ABGB über die ausreichende (partielle) Geschäftsfähigkeit verfügen, wenn sie die Impfungen mit zur freien Verfügung überlassenen Sachen oder Einkommen aus eigenem Erwerb selbst finanzieren können, sofern dadurch die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse nicht gefährdet wird. Da die Minderjährigen in diesen Fällen regelmäßig auch schon über die entsprechende Einwilligungsfähigkeit verfügen, können sie solche Impfungen vollkommen eigenständig veranlassen.¹³⁶⁸

- 9) Im Fall von Meinungskonflikten zwischen den Obsorgeberechtigten hinsichtlich der Impfentscheidung gilt folgendes: Trotz Einzelvertretungsbefugnis im Außenverhältnis ist im Innenverhältnis einvernehmliches Vorgehen der Obsorgeberechtigten geboten, widrigenfalls nach § 181 Abs 2 ABGB das Gericht angerufen werden kann, welches dann die Entscheidungsbefugnis zu regeln hat. Da sich das befassende Gericht dabei vorwiegend an den öffentlichen Impfeempfehlungen und damit an den medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen orientieren wird, ist (auch in Anlehnung an die deutsche Rsp) davon auszugehen, dass jenem Elternteil die Entscheidungsbefugnis zugesprochen würde, der die Vornahme von Schutzimpfungen des Kindes billigt.¹³⁶⁹
- 10) Die elterliche Impfentscheidung für das entscheidungsunfähige Kind liegt aus rechtlicher Sicht in einem Spannungsfeld zwischen Familienautonomie und Kindeswohl. Staatliche Schutzpflichten im Hinblick auf ein allfälliges „Recht auf Gesundheit“ des Kindes bestehen erst, wenn im elterlichen Verhalten eine Kindeswohlgefährdung zu erblicken ist. Gegebenenfalls sind gerichtliche Eingriffe in die Obsorgeverhältnisse (§ 181 ABGB) möglich.¹³⁷⁰
- 11) In Bezug auf die aktuelle epidemiologische Situation sind Schutzimpfungen bei entscheidungsunfähigen Minderjährigen im Fall der Ablehnung der Eltern grundsätzlich nicht gerichtlich erzwingbar. Dies ua da sich die Gesetzgebung gegen die Einführung einer Impfpflicht entschieden hat, woraus sich wohl ein gewisser „Wille des Gesetzgebers“ ableiten lässt, wonach Schutzimpfungen gegen den Elternwillen (bei der vorherrschenden epidemiologischen Situation) nicht intendiert sind. Dennoch die Durchsetzbarkeit solcher

¹³⁶⁸ Seiten 145 ff.

¹³⁶⁹ Seiten 125 ff.

¹³⁷⁰ Seiten 149 ff.

Schutzimpfungen aus dem geltenden Zivilrecht – und damit einhergehend eine „Quasi-Impfpflicht“ – herzuleiten, würde eine Widersprüchlichkeit darstellen und mit dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung konfliktieren. Anders kann die Beurteilung ausfallen, wenn ein entscheidungsfähiges Kind seinen Willen äußert, eine bestimmte Impfung zu erhalten. Im Hinblick auf §§ 138 Z 5 und 160 Abs 3 ABGB, wonach der ernstliche Kindeswille ein wichtiges Kriterium bei der Beurteilung des Kindeswohls darstellt, können in dieser Fallkonstellation gerichtliche Verfügungen zur Erwirkung der Impfung gerechtfertigt erscheinen.¹³⁷¹

- 12) In Fällen konkret erhöhter Risikolagen – dh va nach erfolgter Exposition, bei Patienten mit Immundefekten, oder bei einer Änderung der epidemiologischen Situation – kann durch die Impfverweigerung ganz grundsätzlich (dh auch ohne geäußerten Kindeswillen) ein Kindeswohlgefährdung verwirklicht sein. In diesen Fällen ist eine unverzügliche Handlung in Form der postexpositionellen Impfung erforderlich, deren Ablehnung objektiv unvernünftig wäre und dem Wohl des Minderjährigen sowie der medizinischen Wissenschaft klar widerspräche. Da die Obsorgeberechtigten im Fall der Ablehnung der entsprechenden Impfung zu erkennen geben, dass sie in dieser für das Kind gefährlichen Situation nicht für dessen Schutz und medizinische Behandlung sorgen, kann hier ein Kindeswohlgefährdendes Verhalten erblickt werden, sodass es als gerechtfertigt erscheint, dass die erforderliche Einwilligung als *ultima ratio* durch gerichtliche Maßnahmen erwirkt werden kann.¹³⁷²
- 13) Aus der elterlichen Unterhaltspflicht alleine erwächst dem Kind kein zwangsweise durchsetzbarer Anspruch auf die Veranlassung von Schutzimpfungen. Dies, da Naturalunterhalt nicht durchsetzbar ist und im Fall der Umwandlung in Geldunterhalt dieser Anspruch zwar durchgesetzt, die Schutzimpfung selbst aber bei Fehlen der Entscheidungs- bzw Geschäftsfähigkeit ohne Zustimmung eines Elternteils dennoch nicht erwirkt werden kann. Haben die Eltern aber – bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung – eine Impfung aufgrund gerichtlicher Verfügungen zu veranlassen, sind auch allfällige Kosten über den Geldunterhaltsanspruch durchsetzbar.¹³⁷³

¹³⁷¹ Seiten 165 ff.

¹³⁷² Seiten 177 ff.

¹³⁷³ Seite 58.

- 14) Resultieren aus der Durchführung indizierter Impfungen Gesundheitsschäden beim Minderjährigen, ist die Haftung der Eltern auszuschließen, da in der Veranlassung einer medizinischen Maßnahme, die öffentlich empfohlen ist, dem medizinischen Standard entspricht und nach Maßgabe ärztlicher Beratung erfolgt, kein vorwerfbares Verhalten erblickt werden kann. Auch die Arzthaftung ist zu verneinen, wenn korrekt aufgeklärt und die Impfung *lege artis* durchgeführt wurde, da die Wirkung des Impfstoffes für den Arzt nicht weiter steuerbar ist und sohin reine Impfschäden nicht vorwerfbar sind. Allerdings hat für derartige Impfschäden der Bund nach dem Impfschadengesetz Entschädigung zu leisten.¹³⁷⁴
- 15) Lehnen Eltern die Vornahme von Schutzimpfungen bei ihrem entscheidungsunfähigen Kind ab und resultieren aus der Unterlassung Gesundheitsschäden beim Minderjährigen (dh die Erkrankung selbst oder allfällige Spätfolgen), werden Schadenersatzansprüche des Kindes gegen die Eltern idR mangels Rechtswidrigkeit zu verneinen sein. Anders kann dies in Fällen konkreter erhöhter Risikolagen zu beurteilen sein, da hier möglicherweise ein „Gebot zum Tun“ anzunehmen ist, womit die elterliche Unterlassung der entsprechenden Impfung als rechtswidrig zu qualifizieren wäre.¹³⁷⁵
- 16) Grundsätzlich beginnt die Verjährungsfrist für künftige, vorhersehbare Folgeschäden zugleich mit der dreijährigen Frist des Primärschadens zu laufen. Hinsichtlich der Verjährung von Spätfolgen impfpräventabler Krankheiten ist allerdings davon auszugehen, dass diese nicht mit dem Primärschaden (dh der Erkrankung) verjähren, da an die Erkennbarkeit von Dauerfolgen durch medizinische Laien keine besonderen Anforderungen gestellt werden können und sohin wohl keine entsprechende Vorhersehbarkeit der Folgeschäden vorliegen wird.¹³⁷⁶
- 17) Hat das Unterbleiben einer gebotenen Impfung seine Ursache in der Sphäre des Arztes, kommt dessen Haftung für daraus resultierende Gesundheitsschäden des Kindes in Betracht. Eine behandlungsvertragliche Pflicht des Arztes, auf die Möglichkeit von Impfungen hinzuweisen, ist anzunehmen, wenn dies im Rahmen des konkreten Arztbesuchs von einem „Durchschnittsarzt“ zu erwarten ist und der gebotenen Sorgfalt entspricht, was insbesondere bei Routineuntersuchungen durch einen Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde zu bejahen sein wird. In derartigen Konstellationen besteht auch aus delikti-

¹³⁷⁴ Seiten 190 f, 202 ff.

¹³⁷⁵ Seiten 208 ff.

¹³⁷⁶ Seiten 233 ff.

scher Sicht eine solche Hinweispflicht des Arztes. Dies, da sich aus der Übernahme der Behandlung (welche eine Garantenstellung begründet) eine entsprechende Pflicht zum Tun ergibt, wonach das Rechtsgut der Gesundheit des Patienten zu wahren und diesem die erforderliche Sorgfalt entgegenzubringen ist. Eine Haftung des Arztes für Gesundheitsschäden ist umso mehr zu bejahen, wenn dieser nicht nur den Hinweis unterlässt, sondern überhaupt (entgegen der medizinischen Indikation) von Impfungen abrät.¹³⁷⁷

- 18) Ärzte trifft idR auch die berufsrechtliche Pflicht, Obsorgeberechtigte bei Arztbesuchen auf die Möglichkeit von Impfungen der Minderjährigen hinzuweisen. Das Berufsbild des Arztes beinhaltet die Vorbeugung von Erkrankungen (§ 2 Abs 2 Z 5 ÄrzteG). Ärzte haben sorgfältig aufzuklären (§ 51 Abs 1 ÄrzteG), sowie jeden in Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden oder Kranken gewissenhaft zu betreuen und sowohl das Wohl der Kranken, als auch den Schutz der Gesunden nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung zu wahren (§ 49 Abs 1 ÄrzteG). Die empfohlenen Schutzimpfungen sind nach den medizinischen Erkenntnissen indizierte Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit, der Hinweis darauf entspricht einer gewissenhaften Beratung. Folglich sind in den geschilderten Konstellationen auch berufsrechtliche Konsequenzen möglich, wenn der ärztliche Hinweis auf die Möglichkeit der Impfungen unterbleibt oder gar davon angeraten wird.¹³⁷⁸
- 19) Als staatliche Maßnahmen zur Steigerung der Durchimpfungsraten kommen insbesondere finanzielle Anreizsysteme, der Impfnachweis als Aufnahmevoraussetzung in Gemeinschaftseinrichtungen oder die generelle Impfpflicht in Betracht. Bei Vorliegen eines gewissen epidemiologischen Gefahrenpotenzials – wie es derzeit möglicherweise beim Masernvirus vorliegen könnte – ist es verfassungsrechtlich als zulässig zu erachten, das grundrechtlich gewährleistete Recht auf (körperliche) Selbstbestimmung des Patienten zum Schutz der öffentlichen Gesundheit – hier vor Infektionskrankheiten – zu beschränken. Da dem Gesetzgeber ein gewisser rechtspolitischer Gestaltungsspielraum einzuräumen ist, ist die Einführung von verhältnismäßigen, nach Krankheiten unterscheidenden Steuerungsmaßnahmen wie der Impfpflicht grundsätzlich möglich.¹³⁷⁹

¹³⁷⁷ Seiten 246 ff, 252 ff.

¹³⁷⁸ Seiten 251, 257 f.

¹³⁷⁹ Seiten 267 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

- AGES*, Nationale Referenzzentrale für Meningokokken, Jahresbericht 2017,
<https://www.ages.at/service/service-oeffentliche-gesundheit/referenzzentralen/rz-meningokokken/#downloads> (abgefragt am 2. 1. 2019)
- AGES*, Nationale Referenzzentrale für Meningokokken, Jahresbericht 2015,
<https://www.ages.at/service/service-oeffentliche-gesundheit/referenzzentralen/rz-meningokokken/#downloads> (abgefragt am 2. 1. 2019)
- Aicher* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 16
- Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 (Stand 1.7.2015, rdb.at)
- Aigner*, Stellungnahme BMG-92800/0006-II/A/4/2011
- Aigner/Füszl* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht, Kap. V.4 Arzneimittelrecht, V/71 (Stand 1. 11. 2018, rdb.at) (zitiert: *Aigner/Füszl* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht, V/71)
- Aigner/Leisch*, ELGA – Die Elektronische Gesundheitsakte, RdM 2013/3
- Aigner/Schwamberger*, Postexpositionelle HIV-Therapie – Alleinige Einwilligung mündiger Minderjähriger in postexpositionelle Therapie nach möglicher HIV-Infektion, RdM 2003/6
- Aigner/Schwamberger*, Schutzimpfungen an mündig Minderjährigen, RdM 2003/39
- Allerberger*, Impfpflicht vor Schuleintritt und Grundrechte, ZfG 2018, 102
- APA-OTS*, Ärztekammer fordert generelle Impfpflicht in Österreich,
https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20190410_OT0146/aerztekammer-fordert-generelle-impfpflicht-in-oesterreich (Stand 10. 4. 2019)
- APA-OTS*, BMGFJ zur Meningokokken-Infektion: Sofortmaßnahme von Gesundheitsministerin Kdolsky, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20080321_OT0124/bmgfj-zur-meningokokken-infektion-sofortmassnahme-von-gesundheitsministerin-kdolsky (Stand 21. 3. 2008)
- APA-OTS*, Ergebnispräsentation: „Elternbefragung zu den Themen Impfen und Ernährungsverhalten im Kindesalter“, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20130307_OT0212/ergebnispraesentation-elternbefragung-zu-den-themen-impfen-und-ernaehrungsverhalten-im-kindesalter-bild (Stand 7. 3. 2013)
- APA-OTS*, Schulärzte-Verordnung: Impfungen an Schulen klar geregelt,
www.ots.at/presseaussendung/OTS_20191206_OT0135/schulaerzte-verordnung-impfungen-an-schulen-klar-geregelt (Stand 6. 12. 2019)
- Apathy* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV³ (2006) § 1042
(zitiert: *Apathy* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV³ § 1042)

- Deutsches Ärzteblatt*, SSPE: Risiko von tödlicher Masernkomplikation häufig, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/55190/SSPE-Risiko-von-toedlicher-Masernkomplikation-haeufig> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- ASSET*, Compulsory vaccination and rates of coverage immunisation in Europe, http://www.asset-scienceinsociety.eu/reports/pdf/asset_dataviz_I.pdf (abgefragt am 1. 9. 2019)
- Auer-Mayer in Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 332 ASVG (Stand 15.11.2017, rdb.at)
- Augsburger Allgemeine*, 37-jährige Mutter in Essen ist an Masern gestorben, <http://www.augsburger-allgemeine.de/panorama/37-jaehrige-Mutter-in-Essen-ist-an-Masern-gestorben-id41535931.html> (abgefragt am 2. 2. 2018)
- Australian Government – Department of Health*, Clinical update: No Jab, No Pay, <https://www.health.gov.au/news/clinical-update-no-jab-no-pay> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- Australian Government – Department of Health*, Immunisation coverage rates for all children, <https://www.health.gov.au/health-topics/immunisation/childhood-immunisation-coverage/immunisation-coverage-rates-for-all-children> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- Bachinger/Plank*, „Off-Label-Use“ von Arzneimitteln, RdM-ÖG 2008, 21
- Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2008) § 137 (zitiert: *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 137)
- Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2008) § 146 (zitiert: *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146)
- Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2008) § 146c (zitiert: *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 146c)
- Barth*, Das neue Erwachsenenschutzrecht (2017)
- Barth*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596
- Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2008) § 140 (zitiert: *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140)
- BASG*, Liste der zugelassenen Impfstoffe, <http://www.basg.gv.at/arzneimittel/impfstoffe/zugelassene-impfstoffe/> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013) § 107 (zitiert: *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 107)
- Beck*, Kindschaftsrecht² (2013)
- Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6

- Beclin*, Verjährung des Regressanspruchs des Drittzahlers gem § 1042 ABGB, EF-Z 2006/9
- Beclin*, Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht, in *Gitschthaler*, KindNamRÄG 2013 (2013) 195
- Bender*, Das Verhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und Informationsanspruch bei der Behandlung Minderjähriger, MedR 1997, 7
- Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) (zitiert: *Berka*, Grundrechte)
- Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018)
- Bernat*, Autonomie, Kindeswohl und Fremdbestimmung: Die medizinische Behandlung Minderjähriger nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, in *Kern/Mazal*, Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 45 (zitiert: *Bernat* in *Kern/Mazal*, Die Grenzen der Selbstbestimmung 45)
- Bernat*, Die medizinische Behandlung Minderjähriger im österreichischen Recht, VersR 2002, 1467
- Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II¹² (2015) (zitiert: *Bertel/Schwaighofer*, BT II¹²)
- Bertel/Schwaighofer/Venier*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹³ (2015)
- Binder*, Kernbereich und Randzonen des sozialen Krankheitsbegriffs, in *Barta/Kern*, Recht auf Gesundheit (2002) 35
- Binder/Zemanek*, Das Völkervertragsrecht, in *Reinisch*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁵ (2013) 50
- Bioethikkommission beim BKA*, Impfen – ethische Aspekte (2015) (zitiert: *Bioethikkommission beim BKA*, Impfen)
- Bioethikkommission beim BKA*, Stellungnahme der Bioethikkommission zum Impfen, <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/themen/bioethikkommission/pressemitteilungen-bioethik/stellungnahme-der-bioethikkommission-zum-impfen.html> (Stand 6. 5. 2019).
- Birklbauer*, Die Bedeutung von (medizinischen) Leitlinien im Strafrecht, JMG 2019/1, 16.
- Birklbauer*, Strafrechtliche Haftung der Gesundheitsberufe, in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² (2015) Kap X (zitiert: *Birklbauer* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap X)
- Birklbauer/Grimm/Kröll/Neuper*, „Impfen stärkt“, JMG 2019/1, 1
- BMASGK*, https://www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Impfen/Einverstaendniserklaerungen_zur_Schutzimpfung_fuer_niedergelassene_Aerztinnen_und_Aerzte_sowie_Schulaerztinnen_und_Schulaerzte (Stand 26. 3. 2019)

- BMASGK*, https://www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Impfen/ (abgefragt am 1. 9. 2019)
- BMASGK*, Impfplan Österreich 2018 (2018)
- BMASGK*, Impfplan Österreich 2019 (2019)
- BMASGK*, Jahresstatistiken meldepflichtiger Infektionskrankheiten seit dem Jahr 2000, www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheiten/Statistiken_und_Fallzahlen/Jahresstatistiken_meldepflichtiger_Infektionskrankheiten_seit_dem_Jahr_2000 (abgefragt am 24. 1. 2019)
- BMASGK*, Kostenfreies Kinderimpfkonzept, https://www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Impfen/Kostenloses_Kinderimpfkonzept (abgefragt am 15. 8. 2019)
- BMASGK*, www.keinemasern.at (abgefragt am 24. 3. 2019)
- BMG*, Impfplan 2012, ÖÄZ 2012/4a, 1
- BMGF*, Kurzbericht: Evaluierung der Masern-Durchimpfungsraten (2016)
- Bozzola/Spina/Russo/Bozzola/Corsello/Villani*, Mandatory vaccinations in European countries, undocumented information, false news and the impact on vaccination uptake: the position of the Italian pediatric society, *Italian Journal of Pediatrics* 2018/44, 67
- Brandstätter*, Die Verjährung nicht vorhersehbarer Folgeschäden, RdW 2016/125
- Brandstätter*, Die verjährungsrechtliche Relevanz der Unterscheidung zwischen Primär- und Folgeschäden, *ecolex* 2015, 448
- Budzikiewicz* in *Jauernig*, Kommentar zum BGB¹⁶ (2015) § 1627, 1628
- Bundesamt für Gesundheit*, Schweizerischer Impfplan 2019, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/gesundheitsfoerderung-und-praevention/impfungen-prophylaxe/schweizerischer-impfplan.html> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*, Elternbefragung zum Thema „Impfen im Kindesalter“ – Ergebnisbericht, <https://www.bzga.de/forschung/studien-untersuchungen/studien/impfen-und-hygiene/?sub=64> (abgefragt am 21. 8. 2018)
- Burgstaller/Fabrizy* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 83 (zitiert: *Burgstaller/Fabrizy* in WK² § 83)
- F. Bydlinski*, Schadensentstehung und Verjährungsbeginn im österreichischen Recht, in *Deutsch/Klingmüller/Kullmann*, Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag (1995) 65
- M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1489 ABGB (Stand 1. 1. 2002, rdb.at)

- P. Bydlinski*, Alles fließt. Gedanken zur „neuen“ Handlungsfähigkeit und ihren Erscheinungsformen, *ÖJZ* 2018, 941
- P. Bydlinski*, Bemerkungen zu aktueller Produkthaftungsliteratur, *ZVR* 1989, 33
- P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁸ (2018)
(zitiert: *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht AT⁸)
- Centers for Disease Control and Prevention*, Impact of Vaccines Universally Recommended for Children – United States 1990-1998, Morbidity and Mortality Weekly Report 1999/48/12, 243
- Centers for Disease Control and Prevention*, Preventing and Managing Adverse Reactions, <https://www.cdc.gov/vaccines/hcp/acip-recs/general-recs/adverse-reactions.html> (abgefragt am 01. 09. 2019)
- Centers for Disease Control and Prevention*, Syncope after vaccination – United States, January 2005-July 2007, Morbidity and mortality Weekly Report 2008/57/17, 457
- Centers for Disease Control and Prevention/Hamborsky/Kroger/Wolfe*, Epidemiology and Prevention of Vaccine-Preventable Diseases (2015)
- CIOMS/WHO Working Group on Vaccine Pharmacovigilance*, Definition and Application of Terms for Vaccine Pharmacovigilance (2012)
- A. Cohen/Tschuggel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 213 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at)
- L. Cohen*, Die Strafbarkeit von Eltern und Ärzten im Zusammenhang mit Masernpartys, *RdM* 2019/62
- L. Cohen*, Die Strafbarkeit von Masernpartys (2018)
- Dahl*, Impfungen in der Pädiatrie und der informed consent – Balanceakt zwischen Sozialpaternalismus und Autonomie, *Ethik in der Medizin* 2002/14, 201
- Dalpke*, Immunologische Rationalen von Impfungen, *DMW* 2009/135, 61
- Danzl* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ (2017) § 1325
(zitiert: *Danzl* in *KBB*⁵ § 1325)
- Danzl*, Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2007, *ZVR* 2008/54, 128
- Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, *ZVR* 1990, 1
- Danzl*, Schmerzen(s)geldansprüche aufgrund familienrechtlicher Pflichtenverletzungen nach österreichischem Recht, in *Huber/Jaeger/Luckey*, Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag (2014) 229 (zitiert: *Danzl* in *Huber/Jaeger/Luckey*, FS Jaeger)
- Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ (2017) § 1489
(zitiert: *Dehn* in *KBB*⁵ § 1489)
- Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at)

- Deixler-Hübner/Mayrhofer*, Überblick über die Neuerungen im Verfahrensrecht, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 225 (zitiert: *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts 237)
- Der Standard*, Brigitte Zarfl: „Impfen ist gesellschaftliche Pflicht.“, www.derstandard.at/story/2000112261867/brigitte-zarfl-impfen-ist-gesellschaftliche-pflicht (Stand: 14. 12. 2019)
- Der Standard*, Masernzahlen steigen, Bundesländer überlegen Impfpflicht, www.derstandard.at/story/2000111927223/die-masernzahlen-steigen-die-anzahl-der-toten-auch (Stand 6. 12. 2019)
- Detrick*, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child (1999)
- Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht² (1996)
- Deutsch*, Anmerkung zu BGH, 15. 2. 2000, VI ZR 48/99, JZ 2000, 902
- Deutsch*, Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen, VersR 1998, 1053
- Deutsch*, Die Aufklärung über mögliche Komplikationen durch den Impfarzt, in *Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier*, HUMANIORA Medizin – Recht – Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag (2006), 753 (zitiert: *Deutsch* in *Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier*, FS Laufs)
- Deutsch*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen, VersR 2003, 801
- Deutsch*, Haftungsrecht (1976)
- Deutsch*, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, 2585
- Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁷ (2014)
- Deutsch/Spickhoff/Ullrich*, Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf eine Impfung hinzuweisen (2017)
- Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme – Impfen als Pflicht? (2019)
- Die Presse*, Experten fordern Diskussion über Impfpflicht, <http://diepresse.com/home/leben/gesundheit/5167037/Experten-fordern-Diskussion-ueber-Impfpflicht> (abgefragt am 7. 8. 2017)
- Dittmann*, Risiko des Impfens und das noch größere Risiko, nicht geimpft zu sein, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/45, 316
- Dittmann*, Zur Aufklärungspflicht des Arztes vor Impfungen, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1175

- Dullinger*, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, ÖJZ 1987, 33
- Dullinger*, Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, JBl 1998, 2
- ECDC*, Diphtheria - Annual Epidemiological Report for 2014, www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/diphtheria-annual-epidemiological-report-2014 (abgefragt am 1. 2. 2019)
- ECDC*, Diphtheria - Annual Epidemiological Report for 2015, www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/diphtheria-annual-epidemiological-report-2015 (abgefragt am 1. 2. 2019)
- ECDC*, Diphtheria - Annual Epidemiological Report for 2016, www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/diphtheria-annual-epidemiological-report-2016 (abgefragt am 1. 2. 2019)
- ECDC*, Tetanus - Annual Epidemiological Report for 2016, <https://ecdc.europa.eu/en/publications-data/tetanus-annual-epidemiological-report-2016> (abgefragt am 1. 2. 2019)
- Edelmann*, Schadenersatz bei Unterlassung ärztlicher Aufklärung vor Schulimpfungen, Zak 2012/475
- Edlbacher*, Körperliche, besonders ärztliche, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365
- Ehlers*, Die ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1987)
- ELGA GmbH*, Elektronischer Impfpass – Informationen zum e-Impfpass-Pilotprojekt, <https://www.elga.gv.at/e-impfpass/e-impfpass/index.html> (abgefragt am 21. 8. 2019)
- Ellinger/Missliwetz*, Die Verpflichtung zur Führung ärztlicher Aufzeichnungen, RZ 1994, 124
- Emberger* in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz mit Kommentar² (2008) § 49 (zitiert: *Emberger* in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz² § 49)
- Emberger/Fössl-Emberger*, Justizstrafrecht – Besonderer Teil, in *Aigner/Emberger/Fössl-Emberger*, Die Haftung des Arztes (1991) 77
- Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung (1935)
- Engljähringer*, Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 488
- Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) (zitiert: *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht)
- Ernst/Jez/Kräftner/Lechner/Leischner-Lenzhofer/Noe/Steinböck*, Ermittlungsverfahren bei behauptetem Impfschaden, RdM-LS 2018/136 zu BVwG 27. 3. 2018, W209 2011034-1

- Ernst/Jez/Kräfte/Lechner/Leischner-Lenzhofer/Noe/Steinböck*, Wahrscheinlichkeit Impfschaden, RdM-LS 2017/137 zu BVwG 27. 3. 2018, W209 2001117-1
- Ernst/Jez/Kräfte/Lechner/Leischner-Lenzhofer/Noe/Steinböck*, Wahrscheinlichkeit Impfschaden, RdM-LS 2017/138 zu BVwG 16. 4. 2018, W166 2107433-1
- European Medicines Agency*, A Guideline on Summary of Product Characteristics https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-2/c/smpc_guideline_rev2_en.pdf (abgerufen am 24. 3. 2018)
- Fabrizy*, StGB und ausgewählte Nebengesetze¹³ (2018) (zitiert: *Fabrizy*, StGB¹³)
- Felix*, Einheit der Rechtsordnung (1998)
- Felten* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 156 ASVG (Stand 1. 9. 2016, rdb.at)
- Finke*, Sorgerecht und Umgang bei Erkrankung des Kindes, NZFam 2015, 1114
- Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 137 (Stand 1.10.2018, rdb.at)
- Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 160 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at)
- Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 167 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at)
- Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 173 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at)
- Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 865 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at)
- Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293
- Fitz/Grau* in *Fitz/Grau/Reindl*, Produkthaftung² (2004) § 5
- Flora* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (20. Lfg, 2009) § 178 (zitiert: *Flora* in SbgK § 178)
- Fucik*, Schadenersatz für Missachtung des § 145b ABGB, ÖJZ 2011/51
- Gaisbauer*, Zur Beweislast für Einwilligung des Patienten und Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, Anmerkungen zu OGH 12. 11. 1992, 8 Ob 628/92, JBl 1994, 352
- Gamsjäger*, Aktuelle Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung vor Schulimpfaktionen in Österreich und Deutschland, GesR 2013, 520
- Garner-Spitzer/Wagner/Paulke-Korinek/Kollaritsch/Heinz/Redlberger-Fritz/Stiasny/Fischer/Kundi/ Wiedermann*, Tick-Borne Encephalitis and Hepatitis B Nonresponders Feature Different Immunologic Mechanisms in Response to Tick-Borne Encephalitis and Influenza Vaccination with Involvement of Regulatory T and B Cells and IL-10, Journal of Immunology 2013/191/5, 2426
- Gassner*, Impfzwang und Verfassung: Mit Macht gegen Masern?, Legal Tribune Online, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/masern-impfzwang-bahr/> (Stand 10. 7. 2013)

- Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ (2018) § 137
(zitiert: *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 137)
- Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ (2018) § 160
(zitiert: *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 160)
- Gitschthaler*, Editorial, EF-Z 2011/80, 121
- Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen,
ÖJZ 2004/7, 121
- Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ (2015)
- Giubilini/Douglas/Savulescu*, The moral obligation to be vaccinated: utilitarianism, contractualism, and collective easy rescue, *Medicine, Health Care and Philosophy* 2018/21/4, 547
- Götz/Münster/Taschner/Vogel*, Die österreichischen Schulgesetze (51. Lfg, 2019)
XI. Schulunterrichtsrecht
- Grabenwarter*, Zur Frage der Integration der Garantien der Kinderrechtskonvention in das österreichische Bundesverfassungsrecht, in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Studien zur Kinderrechtskonvention und ihrer Umsetzung in Österreich (2014) 27
(zitiert: *Grabenwarter* in *Berka/Grabenwarter/Weber*, Kinderrechtskonvention)
- Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ (2016)
- Grabher*, Die Aufklärungspflicht bei Impfungen im Lichte des Strafrechts (2003)
- Grau*, Produktfehler (2002)
- Grimm*, Neuerungen durch die Ärztegesetz-Novelle 2017 (Teil II), JMG 2017, 74
- Grimm*, Verpflichtende Impfung von Mitarbeitern im Gesundheitsbereich?, in
Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen –
Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 85 (zitiert: *Grimm* in
Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 85)
- Gschnitzer* in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum ABGB IV/1² (1968) § 877
(zitiert: *Gschnitzer* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1² § 877)
- Haas/Plank/Unterkofler*, Arzneimittelgesetz² (2015)
- Haberl*, Kinderrechte – eine zivilrechtliche Analyse (2007) (zitiert: *Haberl*, Kinderrechte)
- Haditsch*, Impfberatung in der Praxis, *Pädiatrie & Pädologie* 2010/4, 18
- Haidenthaller*, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen,
RdM 2001, 163
- Halmich*, Erwachsenenschutzrecht für Gesundheitsberufe (2018)
- Harrer* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ (2006) § 1294
(zitiert: *Harrer* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ § 1294)

Harrer, Schadenersatzrecht (1999)

Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1295
(zitiert: *Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴*
§ 1295)

Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1302
(zitiert: *Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴*
§ 1302)

Hart, Arzthaftung und Arzneimitteltherapie, MedR 1991, 300

Hart, Aufklärung bei der Arzneimittelbehandlung, in Rieger, Lexikon des Arztrechts²
(11. Lfg, 2005) (zitiert: *Hart in Rieger, Lexikon des Arztrechts²*)

Heidinger, Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, in Harrer/Graf, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung (1999) 17
(zitiert: *Heidinger in Harrer/Graf, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung*)

Heininger, Handbuch Kinderimpfung (2004)

Heininger, Risiken von Infektionskrankheiten und der Nutzen von Impfungen,
Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/47, 1129

Heissenberger, Impfen in Österreich, in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen – rechtliche ethische und medizinische Aspekte (2016)
53 (zitiert: *Heissenberger in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt,*
Schutzimpfungen 53)

Helbron, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht (2001)

Hengstschläger/Leeb, Grundrechte² (2013)

Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1325 (Stand 1. 4. 2018, rdb.at)

Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1327 (Stand 1. 4. 2018, rdb.at)

Hinterhofer/Müller/Payrhuber/Pletzer, Das Eltern-Entfremdungssyndrom (PAS) aus
medizinischer und rechtlicher Sicht, JBl 2013, 420

Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II⁶ (2016)
(zitiert: *Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht BT II⁶*)

Hollmann, Ärztliche Schweigepflicht gegenüber Angehörigen des Patienten,
DMW 1982, 192

Holzer, Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in Holzer/Posch/Schick, Arzt- und
Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 1 (zitiert: *Holzer in Holzer/Posch/Schick,*
Arzt- und Arzneimittelhaftung)

Holzmann, Masern, ÖÄZ 2015/1, 20

Hopf in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 16
(zitiert: *Hopf in KBB⁵ § 16*)

- Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 137
(zitiert: *Hopf* in KBB⁵ § 137)
- Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 138
(zitiert: *Hopf* in KBB⁵ § 138)
- Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 173
(zitiert: *Hopf* in KBB⁵ § 173)
- Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 160
(zitiert: *Hopf* in KBB⁵ § 160)
- Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 167
(zitiert: *Hopf* in KBB⁵ § 167)
- Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 181
(zitiert: *Hopf* in KBB⁵ § 181)
- Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 204
(zitiert: *Hopf* in KBB⁵ § 204)
- Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 211
(zitiert: *Hopf* in KBB⁵ § 211)
- Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 231
(zitiert: *Hopf* in KBB⁵ § 231)
- Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001,
ÖJZ 2001, 530
- Ch. Huber*, Die Verjährung von gesetzlichen Rückersatzansprüchen (Teil III),
JBl 1985, 531
- M. Huber*, Die Interimskompetenz des Kinder- und Jugendhilfeträgers, iFamZ 2016, 205
- Hummelbrunner* in *Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016) § 7 EpG (zitiert: *Hummelbrunner* in GmundKomm § 7 EpG)
- Hummelbrunner* in *Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016) § 9 EpG (zitiert: *Hummelbrunner* in GmundKomm § 9 EpG)
- Hummelbrunner* in *Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016) § 17 EpG (zitiert: *Hummelbrunner* in GmundKomm § 17 EpG)
- Hummelbrunner* in *Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016) § 18 EpG (zitiert: *Hummelbrunner* in GmundKomm § 18 EpG)
- Hummelbrunner*, Sanitätsrecht, in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² (2015)
Kap XXXIII (zitiert: *Hummelbrunner* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht²
Kap XXXIII)
- Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF*,
Impfungen für Erwachsene im erwerbsfähigen Alter (2015)

Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien/BMGF,
Reaktionen und Nebenwirkungen nach Impfungen (2013)

Institut für Spezifische Prophylaxe und Tropenmedizin der MedUni Wien,
[www.meduniwien.ac.at/hp/fileadmin/tropenmedizin/PDF_Christ/](http://www.meduniwien.ac.at/hp/fileadmin/tropenmedizin/PDF_Christ/Imnebwirtabkolluwi2013.pdf)
[Imnebwirtabkolluwi2013.pdf](http://www.meduniwien.ac.at/hp/fileadmin/tropenmedizin/PDF_Christ/Imnebwirtabkolluwi2013.pdf) (abgefragt am 10. 4. 2017)

Iro, Schädliche Nebenwirkungen von Medikamenten und Produkthaftung,
RdW 1997, 642

Ivansits, Das Recht der Prävention und Gesundheitsförderung in der österreichischen
Sozialversicherung, DRdA 2015, 500

Jaeger in Johannsen/Heinrich, Familienrecht⁶ (2015) § 1687

Jaeger, Neues aus der Rechtsprechung – vier Jahre Patientenrechtegesetz, in *Huber/Neumayr/Reisinger,* Festschrift Karl-Heinz Danzl zum 65. Geburtstag (2017),
271

Jerabek/Ropper in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 92
(zitiert: *Jerabek/Ropper in WK² § 92*)

Jesser-Huß, Impfen und Kindeswohl, in *Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt,* Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016)
127 (zitiert: *Jesser-Huß in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt,*
Schutzimpfungen 127)

Jesser-Huß, Zivilrechtliche Fragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses, in *Resch/Wallner,*
Handbuch Medizinrecht² (2015) Kap III (zitiert: *Jesser-Huß in Resch/Wallner,*
Handbuch Medizinrecht² Kap III)

Jesser-Huß, Zivilrechtliche Haftung und Fragen der Aufklärung, in *Resch/Wallner,*
Handbuch Medizinrecht² (2015) Kap IV (zitiert: *Jesser-Huß in Resch/Wallner,*
Handbuch Medizinrecht² Kap IV)

Jonak/Kövesi, Das österreichische Schulrecht¹³ (2012)

Jud, Die Ablehnung von Schutzimpfungen aus rechtlicher Sicht (2017)

Juen, Arzthaftungsrecht² (2005)

Juranek, Schulverfassung und Schulverwaltung in Österreich und Europa I (1999)

Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1294
(zitiert: *Karner in KBB⁵ § 1294*)

Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1295
(zitiert: *Karner in KBB⁵ § 1295*)

Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1301
(zitiert: *Karner in KBB⁵ § 1301*)

- Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1311
(zitiert: *Karner in KBB*⁵ § 1311)
- Karner*, Besuchsrechtsvereitelung und Schadenersatz – ein Paradigmenwechsel,
ÖJZ 2011, 572
- Karollus*, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen
„Gruppenpraxis neu“, RdM 2011, 192
- Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992)
- Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2008)
§ 265 (zitiert: *Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 265)
- Katzenmeier*, Anmerkung zu BGH, 27. 3. 2007, VI ZR 55/05, JZ 2007, 1108
- Kern*, Recht auf Gesundheit – zivilrechtliche Reflexionen, in *Barta/Kern*, Recht auf
Gesundheit (2002) 107
- Kerschner*, Behandlungsverträge bei minderjährigen Patienten, RdM 2013/138
- Kienapfel*, Die Garantenpflichten (§ 2 StGB): System, Voraussetzungen und Grenzen,
JBl 1975, 13
- Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁵ (2016)
- S. Kietaibl*, Das Zusammenspiel von Richter und Sachverständigem bei der Beurteilung
von Folgeerkrankungen, DAG 2019, 82
- Kindel*, Besonderheiten und Rechtsfolgen des ärztlichen Behandlungsvertrages (2009)
- Kindel*, Hepatitis C – neues zur Verjährung, RdM 2003/21
- Kleewein*, Zurechnungszusammenhang und Normadäquanz in der Arzthaftung,
ÖJZ 1993, 161
- Klein/Bartlett/Rowhani-Rahbar/Fireman/Baxter*, Waning protection after fifth dose of
acellular pertussis vaccine in children, NEJM 2012/367/11, 1012
- Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht, Kap. I.4
Einwilligung, I/131 (Stand 1. 3. 2018, rdb.at) (zitiert: *Kletečka in Aigner/Kletečka/
Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht, I/131)
- Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht,
Kap. I.1 Rechtsgrundlagen der Behandlung, I/1 (Stand 1. 4. 2016, rdb.at)
(zitiert: *Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*,
Medizinrecht, I/1)
- Kletečka-Pulker*, Checkliste: Neue Formen der Einwilligung, RdM 2009/67
- Kletečka/Neumayer*, Die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, insbesondere bei
Schulimpfaktionen, RdM 2012/31

- Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 16
(zitiert: *Koch in KBB*⁵ § 16)
- Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at)
- Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at)
- Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at)
- Kolmasch/Neumayr*, Rechtsprechung zur Behauptungs- und Beweislast in
Arzthaftungsfällen, Zak 2011, 45
- Kopetzki*, "Off-Label-Use" von Arzneimitteln, in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-
Steindl/Wessely*, Über Struktur und Vielfalt im Öffentlichen Recht, Festgabe für
Bernhard Raschauer (2008) 73 (zitiert: *Kopetzki in Ennöckl/Raschauer/Schulev-
Steindl/Wessely*, FS Raschauer)
- Kopetzki*, Ausübung ärztlicher Tätigkeiten durch Famulanten, RdM 1994, 106
- Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in *Kopetzki*, Einwilligung und
Einwilligungsfähigkeit (2002) 1
- Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012)
- Kopetzki*, Impfpflicht und Verfassung, RdM 2017/42
- Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995)
- Korinek in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte VII/1,
Grundrechte in Österreich² (2014) § 16 (zitiert: *Korinek in Merten/Papier/Kucsko-
Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte VII/1² § 16)
- Koziol*, Die Einwilligung zu medizinischen Eingriffen, JBl 2016, 617
- Koziol*, Geringfügigkeitsschwellen im Schadenersatzrecht?, in *Wiegand/Koller/Walter*,
Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag (2009)
419
- Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997)
- Koziol*, Haftpflichtrecht II³ (2018)
- Koziol*, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12
- Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ (2014)
- Koziol/Spitzer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1036
(zitiert: *Koziol/Spitzer in KBB*⁵ § 1036)
- Koziol/Spitzer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1037
(zitiert: *Koziol/Spitzer in KBB*⁵ § 1037)
- Koziol/Spitzer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1042
(zitiert: *Koziol/Spitzer in KBB*⁵ § 1042)

- Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹² (2001)
- Krejci*, Das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis – zugleich eine Kritik an der Faktizitätstheorie, *VersRdsch* 1967, 224
- Kullmann/Pfister*, Produzentenhaftung (2019)
- Kunst*, Die Beziehungen zwischen Schädiger und Sozialversicherung im österreichischen Recht, *ZAS* 1970, 123
- Kunze*, Das österreichische Impfsystem und seine Finanzierung (2010)
- Kurz*, Schutzimpfungen und Ethik, *Pädiatrie & Pädologie* 2018/53, 8
- Land Oberösterreich*, Mutter-Kind-Zuschuss – Neu ab 01.01.2019, <https://www.land-oberoesterreich.gv.at/mutter-kind-zuschuss.htm> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- Langbauer*, Das österreichische Impfwesen unter besonderer Berücksichtigung der Schutzimpfung (2010) (zitiert: *Langbauer*, Impfwesen)
- Larenz*, Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadenersatzrecht, in *Barth E.*, Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag (1970) 79
- Larenz/Canaris*, Schuldrecht Besonderer Teil II/2¹³ (1994)
- Laufs*, § 58. Die therapeutische Aufklärung (Sicherungsaufklärung), in *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts⁴ (2010) 711 (zitiert: *Laufs* in *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts⁴ § 58)
- Laufs*, Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht (1992)
- Leischner*, Ablehnung der Bluttransfusion eines Zeugen Jehovas verstößt gegen die Schadensminderungsobligiegenheit, *RdM* 2011/168
- Leitner* in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz mit Kommentar² (2008) § 54 (zitiert: *Leitner* in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz² § 54)
- Lepa*, Beweisprobleme beim Schadenersatzanspruch aus Verletzung der Verpflichtung des Arztes zur Risikoaufklärung, in *Brandner/Hagen/Stürner*, Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag (2000) 449
- Leupold* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) Vor §§ 1431 ff (zitiert: *Leupold* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ Vor §§ 1431 ff)
- Leupold* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1431 (zitiert: *Leupold* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1431)
- Leupold* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1437 (zitiert: *Leupold* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1437)
- Liebenwein/Bittermann*, Arzneimittelhaftung und Versicherungspflicht für pharmazeutische Unternehmer(?), *RdM-ÖG* 2018, 25

Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1036 (Stand 1. 4. 2018, rdb.at)

Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1042 (Stand 1. 4. 2018, rdb.at)

Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1431 (Stand 1. 4. 2018, rdb.at)

Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1437 (Stand 1. 3. 2019, rdb.at)

MA 15 - Stadt Wien, Information zur Teilnahme am bundesweiten kostenlosen Kinderimpfprogramm in Wien, <https://www.aekwien.at/documents/4771581/21830329/Kinderimpfkzept+-+Infoblatt.pdf/9b3cbefb-b067-4643-93f4-4d0a8964ec08?version=1.1&t=1519127206000> (abgefragt am 15. 8. 2019)

Mader in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1431
(zitiert: *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1431)

Mader/Janisch in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1489
(zitiert: *Mader/Janisch in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1489)

Mahanty/Prigent/Garraud, Immunogenicity of infectious pathogens and vaccine antigens, BMC Immunology 2015/16, 31

Makoski, Rechtsfragen zum Impfen, GuP 2017/6, 220

Maleczky, Erziehung und Strafrecht⁴ (2010)

Maleczky, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681

Mayer-Maly, Schädigung durch Unterlassung insbesondere durch unterlassene Hilfeleistung bei Verkehrsunfällen, ZVR 1977, 97

Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015)

Mayer/Michtner/Schober, Kommentar zum Arzneimittelgesetz (1987)

Mayer/Muzak, B-VG⁵ (2015)

Mazal, Heranziehung von Hilfspersonen durch Ärzte – berufsrechtliche Aspekte, RdM 1996, 35

Mehrle in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck-Online Großkommentar BGB § 1687 (Stand 1. 11. 2018) (zitiert: *Mehrle in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann*, BeckOGK BGB § 1687)

Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2008) § 16 (zitiert: *Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 16)

Meissel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1042 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at)

Meissel, Geschäftsführung ohne Auftrag (1993)

- Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht, Kap. I.2 Rechte und Pflichten – Patient und Behandler, I/27 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at) (zitiert: *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht, I/27)
- Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht, Kap. I.3 Aufklärung, I/71 (Stand 1. 11. 2018, rdb.at) (zitiert: *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Medizinrecht, I/71)
- Menardi*, Zustimmungs- und Genehmigungspflichten bei der medizinischen Behandlung Minderjähriger, ÖA 1998, 3
- Mentzer/Meyer/Keller-Stanislawski*, Sicherheit und Verträglichkeit von monovalenten Masern- und kombinierten Masern-, Mumps-, Röteln- und Varizellenimpfstoffen, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2013/9, 1253
- Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ (2017) Art 8
- Meyer/Reiter*, Impfgegner und Impfskeptiker, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2004/12, 1182
- Meyer/Reiter/Siedler/Hellenbrand/Rasch*, Über die Bedeutung von Schutzimpfungen, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2002/4, 323
- Misegades/Winter/Harriman/Talarico/Messonnier/Clark/Martin*, Association of childhood pertussis with receipt of 5 doses of pertussis vaccine by time since last vaccine dose, JAMA 2012/308/20, 2126
- Murphy/Travers/Walport*, Janeway Immunologie⁷ (2009)
- Murschetz in Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² §§ 178, 179 (zitiert: *Murschetz in WK*² §§ 178, 179)
- Musger*, Zur Anwendung des PHG auf wirkungslose Produkte, WBl 1990, 289
- Mutz*, Schutzimpfungen des Kinderimpfplanes, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen (2000) 85
- Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ (2018) § 167 (zitiert: *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 167)
- Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ (2018) § 170 (zitiert: *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 170)
- Nassauer/Meyer*, Impfungen von Kindern und Jugendlichen auch gegen den Elternwillen?, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2004/47, 1230
- National Centre for Immunisation Research and Surveillance*, No Jab No Play, No Jab No Pay, <http://www.ncirs.org.au/public/no-jab-no-play-no-jab-no-pay> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- Nemeth/Eccher in Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 531 (zitiert: *Nemeth/Eccher in Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 531)

- Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ (2018) § 231*
(zitiert: *Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 231*)
- Neumayr in Neumayr/Resch/Wallner, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht*
(2016) Einleitung ABGB (zitiert: *Neumayr in GmundKomm, Einleitung ABGB*)
- Neumayr in Neumayr/Resch/Wallner, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht*
(2016) §§ 173, 213 ABGB (zitiert: *Neumayr in GmundKomm §§ 173, 213 ABGB*)
- Neumayr, Prozessuale Fragen des Arzthaftungsprozesses, in Resch/Wallner, Handbuch
Medizinrecht² (2015) Kap IX (zitiert: *Neumayr in Resch/Wallner, Handbuch
Medizinrecht² Kap IX*)*
- Niehues/Bogdan/Hecht/Mertens/Wiese-Posselt/Zepp, Impfen bei Immundefizienz (I),
Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2017/6, 674*
- Nimmervoll in Leukauf/Steininger, StGB⁴ (2017) § 83*
- Nimmervoll in Leukauf/Steininger, StGB⁴ (2017) § 92*
- Nipperdey, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht,
NJW 1957, 1777*
- Noll, Der mündige Minderjährige – Umgang mit Meinungsverschiedenheiten in der
medizinischen Behandlung, in Kern/Mazal, Die Grenzen der Selbstbestimmung
(2003) 79 (zitiert: *Noll in Kern/Mazal, Die Grenzen der Selbstbestimmung 79*)*
- Norpoth/Kohlenberg in Heiß/Born, Unterhaltsrecht (2018) 12. Kap. Kindesunterhalt*
- Oblin, Die Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte nach dem PHG
(2000)*
- Öffentliches Gesundheitsportal Österreichs, Informationen zu Impfkationen,
www.gesundheit.gv.at/service/beratungsstellen/impfkationen
(abgefragt am 24. 3. 2019)*
- Ofner, Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden, in Weiser, Die Haftung des
Arztes (2009) 127 (zitiert: *Ofner in Weiser, Die Haftung des Arztes 127*)*
- Ofner, Leitgedanken des neuen Kindschaftsrechts, ecolex 1999, 150*
- Ofner, Rechtsfragen zum Abschluss des Behandlungsvertrages, in Bernat/Grabenwarter/
Kneihs/Pöschl/Stöger/Wiederin/Zahrl, Festschrift Christian Kopetzki zum 65. Ge-
burtstag (2019) 451 (zitiert: *Ofner in Bernat/Grabenwarter/Kneihs/Pöschl/Stöger/
Wiederin/Zahrl, FS Kopetzki 451*)*
- Ofner, Wann ist eine ärztliche Aufklärung rechtzeitig?, in Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch,
Festschrift für Attila Fenyves (2013) 271 (zitiert: *Ofner in Perner/Rubin/Spitzer/
Vonkilch, FS Fenyves 271*)*
- Öhlinger, Verfassungsrecht¹¹ (2016)*
- Öner/Schütz in Leukauf/Steininger, StGB⁴ (2017) § 12*

- ORF*, Österreich setzt auf Anreize statt Strafen, <https://orf.at/stories/3146646/> (Stand 7. 12. 2019)
- OSR*, Empfehlungen zum Masernausbruch 2008, www.aerztezeitung.at/archiv/oeaez-2008/oeaez-8-25042008/masernausbruch-2008.html (Stand 25. 4. 2008)
- OSR*, Impfplan 2011, *ÖÄZ* 2011/1, 26
- Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen*, Impfungen - Ökonomische Evaluation (2003)
- Pabel*, Sind Verkehrsverbote nach dem AMG auch Anwendungsverbote für den behandelnden Arzt?, *NJW* 1989, 759
- Paul-Ehrlich-Institut*, <http://www.pei.de/DE/arzneimittel/impfstoff-impfstoffe-fuer-den-menschen/masern/masern-node.html> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- Perner*, Ärztliche Nachforschungspflichten und ELGA, *ÖJZ* 2013/123
- Perner*, ELGA und Haftung, *JMG* 2016/1, 26
- Perner/Brunner* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1495 (zitiert: *Perner/Brunner* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1495)
- Peschel-Gutzeit* in *Staudinger*, Kommentar zum BGB IV¹⁵ (2015) § 1628
- Pfeiler/Taupe*, Zur Verjährungshemmung nach § 1495 erster Satz ABGB im Eltern-Kind-Verhältnis, *ÖJZ* 1999, 408
- Piegler*, Die Familie im Schadenersatzrecht, *NZ* 1970, 161
- Pierer*, Unterlassene Impfungen als Gefährdung des Kindeswohls?, *EF-Z* 2015/57
- Pircher*, Das Verhältnis der Einwilligung zum Behandlungsvertrag, *RdM* 1999, 171
- Pitzl/Huber*, Behandlungsaufklärung – Risikoaufklärung – Aufklärungsbögen, *RdM* 1996, 113
- Pitzl/Huber*, Das „typische“ Behandlungsrisiko als Aufklärungskriterium, *RdM* 2011/2
- Pitzl/Huber*, Impfen – raten/abraten?, *Pädiatrie & Pädologie* 2010/4, 10
- Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 877 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at)
- Plotkin*, Vaccines, vaccination, and vaccinology, *J Infect Dis* 2003/187, 1349
- Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ (2018) § 16 (zitiert: *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 16)
- Posch*, Probleme der Arzneimittelhaftung – Zur schadenersatzrechtlichen Verantwortung des Arzneimittelherstellers, in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 127 (zitiert: *Posch* in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung)

Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008)

Preslmayr, Handbuch der Produkthaftung² (2002)

Preslmayr, Handbuch des Produkthaftungsgesetzes (1993)

Prutsch, Die ärztliche Aufklärung² (2004)

R. Madl in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1489 (Stand 1. 10. 2017, rdb.at)

R. Madl in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1495 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at)

Rabl in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht Besonderer Teil⁶ (2017)
(zitiert: *Rabl* in *Rabl/Riedler*, Schuldrecht BT⁶)

Rabl, Produkthaftungsgesetz (2017) (zitiert: *Rabl*, PHG)

Rehborn, Das Patientenrechtegesetz, GesR 2013/5, 257

Reindl in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung (1988) Vorbem

Reindl-Krauskopf in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 5
(zitiert: *Reindl-Krauskopf* in WK² § 5)

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ Vor § 1293 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at)

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1294 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at)

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1295 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at)

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1299 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at)

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1301 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at)

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1302 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at)

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1311 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at)

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1325 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at)

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1327 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at)

Reischauer, Ärztliche Aufklärungspflicht – Stellungnahme zur Rechtsprechung des OGH,
RZ 1998, 266

Reischauer, Familienhaftungsprivileg im Sozialversicherungs- und im Sozialrecht –
Regreß auf den Haftpflichtversicherer, DRdA 1998, 1

Resch, Die Einwilligung des Geschädigten (1997)

Resch, Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen, in *Kopetzki*, Einwilligung
und Einwilligungsfähigkeit (2002) 38 (zitiert: *Resch* in *Kopetzki*, Einwilligung und
Einwilligungsfähigkeit)

- Resch*, Wirtschaftliche Aufklärung des Patienten, ÖZPR 2014/84
- Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁴ (2014) § 877
(zitiert: *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁴ § 877)
- Riedler*, Verstärkter Senat zum Verjährungsbeginn im Schadenersatz – res iudicata est?,
ecolex 1996, 87
- C. Rink/E. Rink*, Die Behandlung minderjähriger Patienten (2013)
- Robert Koch-Institut*, Antworten des Robert Koch-Instituts und des Paul-Ehrlich-Instituts
zu den häufigsten Einwänden gegen das Impfen, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Bedeutung/Schutzimpfungen_20_Einwaende.html
(Stand 22. 4. 2016)
- Robert Koch-Institut*, Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) am Robert
Koch-Institut – 2016/2017, Epidemiologisches Bulletin 2016/34, 301
- Robert Koch-Institut*, Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) am Robert
Koch-Institut – 2017/2018, Epidemiologisches Bulletin 2017/34, 333
- Robert Koch-Institut*, Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) am Robert
Koch-Institut – 2018/2019, Epidemiologisches Bulletin 2018/34, 336
- Robert Koch-Institut*, Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) am Robert
Koch-Institut – 2019/2020, Epidemiologisches Bulletin 2019/34, 313
- Robert Koch-Institut*, Fachliche Anwendungshinweise zur Masern-
Postexpositionsprophylaxe bei Risikopersonen,
Epidemiologisches Bulletin 2017/2, 17
- Robert Koch-Institut*, Fachwörterbuch Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie.
Fachwörter – Definitionen – Interpretationen (2015)
- Robert Koch-Institut*, Hinweise zu Impfungen für Patienten mit Immundefizienz,
Epidemiologisches Bulletin 2005/Sonderdruck, 1
- Robert Koch-Institut*, Impfen, [www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/AllgFr_](http://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/AllgFr_AllgemeineFragen/FAQ-Liste_AllgFr_Impfen.html#FAQId2407522)
[AllgemeineFragen/FAQ-Liste_AllgFr_Impfen.html#FAQId2407522](http://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/AllgFr_AllgemeineFragen/FAQ-Liste_AllgFr_Impfen.html#FAQId2407522)
(Stand 14. 12. 2012)
- Robert Koch-Institut*, Impfschema, [www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/AllgFr_](http://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/AllgFr_Impfschema/faq_impfen_Impfschema_ges.html#FAQId2407566)
[Impfschema/faq_impfen_Impfschema_ges.html#FAQId2407566](http://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/AllgFr_Impfschema/faq_impfen_Impfschema_ges.html#FAQId2407566)
(Stand 14. 12. 2012)
- Robert Koch-Institut*, RKI-Ratgeber Masern, [https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html)
[EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html) (Stand 6. 2. 2019)
- Robert Koch-Institut*, Schutzimpfung gegen Masern [www.rki.de/SharedDocs/](http://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/MMR/FAQ-Liste_Masern_Impfen.html)
[FAQ/Impfen/MMR/FAQ-Liste_Masern_Impfen.html](http://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/MMR/FAQ-Liste_Masern_Impfen.html) (Stand 20. 4. 2017)
- Robert Koch-Institut*, Tollwut in Deutschland: Gelöstes Problem oder versteckte Gefahr?,
Epidemiologisches Bulletin 2011/08, 57

Robert Koch-Institut, Wissenschaftliche Begründung für die Empfehlung der HPV-Impfung für Jungen im Alter von 9 bis 14 Jahren, Epidemiologisches Bulletin 2018/26, 233

Rummel in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 865 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at)

Rummel in *Rummel*, ABGB³ § 1042 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at)

Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie⁹ (2016)

Sabin Vaccine Institute, Legislative Approaches to Immunization Across the European Region, http://www.sabin.org/sites/sabin.org/files/legislative_approaches_to_immunization_europe_sabin_0.pdf (2018)

Sack, Probleme des Produkthaftungsgesetzes unter Berücksichtigung der Produkthaftungs-Richtlinie der EG (Teil I), JBl 1989, 615

Sax, Kinderrechte in der Verfassung – was nun?, EF-Z 2011/127

Schacherreiter in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1299 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at)

Schacherreiter in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1302 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at)

Schacherreiter in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1311 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at)

Schaks/Krahnert, Die Einführung einer Impfpflicht zur Bekämpfung der Masern. Eine zulässige staatliche Handlungsoption, MedR 2015/33, 860.

Schauer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 16 (Stand 1.3.2017, rdb.at)

Schauer, Rechtssystematische Bemerkungen zum Sachwalterrecht idF KindRÄG 2001, NZ 2001, 275

Schmahl, UN-Kinderrechtskonvention² (2013)

Schmid/Holzmann/Alfrey/Wallenko/Popow-Kraupp/Allerberger, Mumps outbreak in young adults following a festival in Austria 2006, www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.13.07.08042-en (Stand 14. 2. 2008)

Schmoll, Zulassung im Arzneimittelrecht (2015)

Schneeweiß/Pfleiderer/Keller-Stanislawski, Impfsicherheit heute, Deutsches Ärzteblatt 2008/105/34-35, 590

Schober in *Sonntag*, ASVG⁹ (2018) § 132c

Schröder-Bäck/Martakis, Impfethik – Eine Skizze moralischer Herausforderungen und ethischer Kriterien, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2019/62, 472

Schütz in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 90 (zitiert: *Schütz* in WK² § 90)

- Schwaighofer* in *Birklbauer/Hilf/Konopatsch/Messner/Schwaighofer/Seiler/Tipold*, StGB Praxiskommentar (2018) § 178 (zitiert: *Schwaighofer* in *Birklbauer et al*, StGB § 178)
- Schwedler*, BGH: Übertragung der Entscheidungsbefugnis für die Durchführung von Schutzimpfungen eines Kindes auf einen mitsorgeberechtigten Elternteil, NZFam 2017, 561
- Schweighofer*, Entscheidungsfähigkeit in medizinischen und pflegerischen Belangen nach dem 2. ErwSchG, EF-Z 2018/75
- Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ (2019)
- Sedlak*, Europäische Impfpläne, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen (2000) 71
- Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 110 (zitiert: *Soyer/Schumann* in WK² § 110)
- Speiser*, Einflüsse auf die Rechtsposition des Patienten, ÖJZ 1988, 744
- Spickhoff*, Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts – Die Entwicklung des Medizinrechts 2000/2001, NJW 2001, 1757
- Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 146 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at)
- Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 151 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at)
- Stadler*, Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“ von Arzneimitteln (2011) (zitiert: *Stadler*, Zivilrechtliche Haftung beim „off-label-use“)
- Stadt Wien*, Preise für Impfungen der MA 15 – Impfservice und Reisemedizinische Beratung, <https://www.wien.gv.at/gesundheits/beratung-vorsorge/impfen/beratung/preise.html#gf> (abgefragt am 20. 7. 2019)
- Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht (2015)
- Stärker*, Aktuelle Facetten des Haftungsrechts bei ÄrztInnen, RZ 2013, 85
- Steiner*, Zahlungsansprüche aus ärztlicher Behandlung gegen unterhaltspflichtige Dritte, JBl 1975, 406
- E. Steininger*, Strafrecht Allgemeiner Teil II (2012)
- Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung (1977)
- Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I² (1999)
- Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991)
- Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht (1997)
- Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁴ (2012) § 146c (zitiert: *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁴ § 146c)

- Stormann in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ (2018) § 173
(zitiert: *Stormann in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar I⁵ § 173)
- Streinesberger*, Ist die Betreuung Minderjähriger in „Geschlossenen Regelkreisen“ zulässig?, ÖA 1995, 16
- Stricker in Leukauf/Steininger*, StGB⁴ (2017) § 2
- Stricker in Leukauf/Steininger*, StGB⁴ (2017) § 5
- Strobl*, Das Gesundheitswesen in Österreich I (1979)
- Stück*, Tetanus, in *Suttorp/Mielke/Kiehl/Stück*, Infektionskrankheiten (2004) 380
- Süddeutsche Zeitung*, <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/totes-kind-in-berlin-obduktion-bestaetigt-tod-durch-masern-1.2365182> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- A. Tanczos/D. Tanczos*, Arzthaftung² (2016)
- Terbille*, § 1 Zivilrechtliche Arzthaftung, in *Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht² (2013)
- The Guardian*, Immunisation rates for Australian children reaches record 95%, <https://www.theguardian.com/australia-news/2019/jul/07/immunisation-rates-for-australian-children-reaches-record-95> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- The Sydney Morning Herald*, ‚Very positive‘: Immunisation coverage rates in children hit record high, <https://www.smh.com.au/national/immunisation-coverage-rates-children-record-high-20181205-p50k95.html> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- Thöni/Stühlinger/Staudinger*, Rechtliche Rahmenbedingungen zum Off-Label-Use in Österreich, RdM 2008/66
- Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2008) §§ 176, 176b (zitiert: *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 176, 176b)
- Thunhart*, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden?, iFamZ 2011, 139
- Tipold in Leukauf/Steininger*, StGB⁴ (2017) § 178
- Tipold in Leukauf/Steininger*, StGB⁴ (2017) § 199
- UN*, Sondertagung über Kinder – Impfungen und Impfstoffe, <https://www.unric.org/html/german/kinder/presse/7.htm> (abgerufen am 1. 9. 2019)
- Veit in Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BeckOK BGB⁵¹ § 1628 (Stand: 1. 5. 2019)
- Veith*, Pflege von Verletzten durch Familienangehörige, ZVR 2014/66, 112
- Verschraegen in Schwimann*, ABGB Praxiskommentar I³ (2005) § 137
(zitiert: *Verschraegen in Schwimann*, ABGB Praxiskommentar I³ § 137)

- Völkl-Torggler*, Die Rechtsnatur des ärztlichen Behandlungsvertrages, JBl 1984, 72
- Volksanwaltschaft*, Volksanwalt Kräuter fordert Impfpflicht gegen Masern,
<https://volksanwaltschaft.gv.at/artikel/volksanwalt-kraeuter-fordert-impfpflicht-gegen-masern> (Stand 4. 2. 2017)
- Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2008)
 § 1494 (zitiert: *Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1494)
- Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB - Klang³ (2008)
 § 1495 (zitiert: *Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1495)
- Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1294
 (zitiert: *Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1294)
- Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1295
 (zitiert: *Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1295)
- Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1297
 (zitiert: *Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1297)
- Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ (2016) § 1311
 (zitiert: *Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar VI⁴ § 1311)
- Wahle*, Aufgabe und Verantwortung des Hausarztes bei der Impfkontrolle,
 DMW 2009/135, 65
- Wallner in Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016)
 § 3 ÄrzteG (zitiert: *Wallner in GmundKomm* § 3 ÄrzteG)
- Wallner in Neumayr/Resch/Wallner*, Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016)
 § 41 ÄrzteG (zitiert: *Wallner in GmundKomm* § 41 ÄrzteG)
- Wallner*, Berufsrecht der Ärzte, in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² (2015) Kap
 XXI (zitiert: *Wallner in Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Kap IV)
- Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² (2018)
- Walter*, Die Neuregelung der Transformation völkerrechtlicher Verträge in das
 österreichische Recht, ÖJZ 1964, 449
- Walter/Mayer*, Grundriß des besonderen Verwaltungsrechts² (1987)
- Weber*, Das BVG über die Rechte von Kindern, in *Feik/Winkler*, Festschrift für Walter
 Berka (2013) 263 (zitiert: *Weber in Feik/Winkler*, FS Berka)
- Wedlich*, Masernparty – Eine strafrechtliche Betrachtung, ZJS 2013, 559
- Weiss/Lust*, GuKG⁸ (2017)
- Weißensteiner*, Elternstreit um Schutzimpfungen, EF-Z 2017/136
- Weißer/Barth/Keller-Stanislawski*, Sicherheit von Impfstoffen, Bundesgesundheitsbl -
 Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz 2009, 1

- Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar*⁴ (2017) § 137
(zitiert: *Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar*⁴ § 137)
- Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar*⁴ (2017) § 138
(zitiert: *Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar*⁴ § 138)
- Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar*⁴ (2017) § 173
(zitiert: *Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar*⁴ § 173)
- Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar*⁴ (2017) § 211
(zitiert: *Weitzenböck in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar*⁴ § 211)
- Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I*⁵ (2018) § 181
(zitiert: *Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar I*⁵ § 181)
- Weitzenböck, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts (2001) 1* (zitiert: *Weitzenböck in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts 1*)
- Wellner, Die Aufklärungspflicht des Arztes nach dem PatRG im Lichte der BGH-Rechtsprechung, in Huber/Jaeger/Luckey, Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag (2014) 161*
- Welser, Das neue Produkthaftungsgesetz, WBl 1988, 165*
- Welser, PHG*¹ (1988)
- Welser/Rabl, Produkthaftungsgesetz Kommentar*² (2004) (zitiert: *Welser/Rabl, PHG*²)
- Wendehorst, Anmerkung zu BGH 15. 2. 2000, VI ZR 48/99, in Lindenmaier-Möhring, Entscheidungen in Zivilsachen, § 823 (Dd) BGB Nr. 26*
(zitiert: *Wendehorst in LM, § 823 (Dd) BGB Nr. 26*)
- Wendehorst, Anmerkung zu BGH 30. 1. 2001, VI ZR 353/99, in Lindenmaier-Möhring, Entscheidungen in Zivilsachen, § 823 (Dd) BGB Nr. 27*
(zitiert: *Wendehorst in LM, § 823 (Dd) BGB Nr. 27*)
- Wendehorst, Ärztliche Schweigepflicht bei Kindern und Jugendlichen, in Wiesemann/Dörries/Wolfslast/Simon, Das Kind als Patient (2003) 72* (zitiert: *Wendehorst in Wiesemann/Dörries/Wolfslast/Simon, Das Kind als Patient*)
- WGKK, Impfkonzert für Kinder, <https://www.wgkk.at/cdscontent/?contentid=10007.724837&viewmode=content> (abgefragt am 27. 8. 2019)*
- WHO Regional Office for Europe, Measles cases hit record high in the European Union, <http://www.euro.who.int/en/media-centre/sections/press-releases/2018/measles-cases-hit-record-high-in-the-european-region> (abgefragt am 20. 8. 2018)*
- WHO Regional Office for Europe, Measles in Europe: record number of both sick and immunized, www.euro.who.int/en/media-centre/sections/press-releases/2019/measles-in-europe-record-number-of-both-sick-and-immunized (Stand 7. 2. 2019)*

- WHO, 2018 assessment report of the global vaccine action plan, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/276967/WHO-IVB-18.11-eng.pdf?ua=1> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- WHO, Questions and answers on immunization and vaccine safety, <https://www.who.int/features/qa/84/en/> (abgefragt am 1. 9. 2019)
- WHO, Reported measles cases and incidence rates by WHO Member States, as of 07 Aug 2019, https://www.who.int/immunization/monitoring_surveillance/burden/vpd/surveillance_type/active/measles_monthlydata/en/ (abgefragt am 14. 8. 2019)
- WHO, Reported measles cases by WHO Region, 2018, 2019, as of 07 Aug 2019, https://www.who.int/immunization/monitoring_surveillance/burden/vpd/surveillance_type/active/measles_monthlydata/en/ (abgefragt am 14. 8. 2019)
- WHO, Ten threats to global health in 2019, <https://www.who.int/emergencies/ten-threats-to-global-health-in-2019> (abgefragt am 01.09.2019)
- Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II (5. Lfg, 2002) Art 8 EMRK
- Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1, Grundrechte in Österreich² (2014) § 10 (zitiert: Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1² § 10)
- Wiedermann-Schmidt, Impfen (2016)
- Wiedermann-Schmidt, Impfen aus Sicht der öffentlichen Gesundheit, in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 1 (zitiert: Wiedermann-Schmidt in Aigner/Grimm/Kletečka-Pulker/Wiedermann-Schmidt, Schutzimpfungen 1)
- Wiedermann-Schmidt, Impfungen bei Gesundheitspersonal, ÖÄZ 2016/23, 28
- Wiedermann-Schmidt/Rendi-Wagner/Aigner/Bechter/Druml/Falb/Holzmann/Karbus/Kollaritsch/Kundi/Presterl/Szymanski/Tucek/Zenz/Zwiauer, Impfungen für Mitarbeiter des Gesundheitswesens, Wiener klinische Wochenschrift 2014/126, 11 (zitiert: Wiedermann-Schmidt/Rendi-Wagner/Aigner/et al, Impfungen für Mitarbeiter des Gesundheitswesens, Wiener klinische Wochenschrift 2014/126, 11)
- Wiedermann-Schmidt/Sitte/Burgmann/Eser/Falb/Holzmann/Kitchen/Köller/Kollaritsch/Kundi/Lassmann/Mutz/Pickl/Riedl/Sibilia/Thalhammer/Tucek/Zenz/Zwiauer, Impfungen bei Immundefekten/Immunsuppression – Expertenstatement und Empfehlungen, Wiener klinische Wochenschrift 2016/128, 337 (zitiert: Wiedermann-Schmidt/et al, Impfungen bei Immundefekten/Immunsuppression – Expertenstatement und Empfehlungen, Wiener klinische Wochenschrift 2016/128, 337)
- Wieser in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I (14. Lfg, 2018) Art 14 B-VG
- Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1992) Art 8 (zitiert: Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl, IntKommEMRK Art 8)

- Wilhelm*, Zur Verjährung von Folgeschäden, *ecolex* 1996, 899
- Windisch-Graetz* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 132c ASVG (Stand 1. 9. 2016, rdb.at)
- Windisch-Graetz*, Minderjährige in der Psychotherapie, in *Firlei/Kierein/Kletečka-Pulker*, Jahrbuch für Psychotherapie und Recht II (2001) 89 (zitiert: *Windisch-Graetz* in *Firlei/Kierein/Kletečka-Pulker*, Jahrbuch für Psychotherapie und Recht II)
- Wittwer* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1301 (zitiert: *Wittwer* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1301)
- Wittwer* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1337 (zitiert: *Wittwer* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ § 1337)
- Wolff* in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum ABGB VI² (1951) § 1294 (zitiert: *Wolff* in *Klang* VI² § 1294)
- Wolff* in *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum ABGB VI² (1951) § 1325 (zitiert: *Wolff* in *Klang* VI² § 1325)
- Zahrl* in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz mit Kommentar² (2008) § 49 (zitiert: *Zahrl* in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz² § 49)
- Zahrl*, Rechtmäßigkeit ärztlicher Aufklärung, DAG 2018/65
- Zahrl*, Vertrauenswürdigkeit; Disziplinarrecht, DAG 2014/22
- Zahrl*, Zur Frist zwischen Aufklärung und Operation, DAG 2017/9
- Zeinhofer*, Anforderungen an den Kausalitätsbeweis nach Impfschadengesetz, RdM-LS 2010/20 zu VwGH 17. 11. 2009, 2007/11/0005
- Zeit Online*, Kleinkind in Berlin an Masern gestorben, <http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2015-02/masern-ausbruch-berlin-kleinkind-gestorben> (abgefragt am 2. 2. 2018)
- Zenz*, Argumente von Impfgegnern, ÖÄZ 2004/17
- Ziegler* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar⁶ (2011) § 1687
- Zuck*, Ärztliche Masern-Impfaufklärung, GesR 2016, 673
- Zwiauer*, Impfreaktionen, Impfnebenwirkungen, Impfschäden, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen (2000) 22
- Zwiauer*, Impfstoffe, Arten der Immunisierung, in *Kollaritsch/Wiedermann*, Leitfaden für Schutzimpfungen (2000) 16

ANHANG

I. ABSTRACT (DEUTSCH)

Obwohl Infektionskrankheiten nach wie vor eine weltweite Herausforderung darstellen und Impfungen die Schlüsselrolle zu deren Bekämpfung innehaben, lassen sich in Teilen der Bevölkerung kritische Sichtweisen und zunehmende Impfmüdigkeit beobachten. Problematisch ist dies insbesondere bei der Impfung von Kindern, da hier nicht die Impfkandidaten selbst, sondern deren Obsorgeberechtigte die Entscheidung zu treffen und Verantwortung für das Kind zu übernehmen haben. Diesbezüglich herrscht seit Jahren ein emotional geführter öffentlicher Diskurs, der nicht nachzulassen scheint.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit erfolgt eine umfassende Darstellung dieser Thematik unter besonderer Berücksichtigung des zivilrechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses. Eingangs wird die medizinische Maßnahme der Impfung aus rechtlicher Sicht eingeordnet, das österreichische Impfwesen und -programm dargestellt und die unterschiedlichen Formen der Kostentragung (durch das kostenfreie Kinderimpfkonzert, die Krankenversicherung, aufgrund des Epidemiegesetzes, oder von Patientenseite) dargelegt.

Weiters werden die wechselseitigen Rechte und Pflichten auf Patienten- und Behandelnden-seite im Zusammenhang mit der Durchführung von Impfungen erläutert. Im Zuge dessen erfolgt eine spezifische Darstellung der Aufklärungspflicht bei Impfungen, inklusive der besonderen Fragestellung der Formularaufklärung bei Schulimpfungen, die in ihrer derzeitigen Form möglicherweise problematisch ist.

Überdies werden die heterogenen Organisationsstrukturen bei Schulimpfkonzerten beleuchtet, die einerseits aus der unterschiedlichen Umsetzung durch die Gesundheitsverwaltungen der Bundesländer resultieren (durch Schulärzte oder Amtsärzte) und andererseits je nach Schultypus (Bundesschulen, Landesschulen, Privatschulen) variieren. Hierzu wird erörtert, ob diese Strukturen nun durch § 66a SchUG und die auf dessen Grundlage zu erlassende Verordnung einer Vereinheitlichung zugeführt werden können.

Ferner werden die zentralen Elternpflichten im Zusammenhang mit der medizinischen Versorgung des Kindes (§§ 137 Abs 2, 138 Z 1 und 2, 160 Abs 1 ABGB) dargelegt, wobei insbesondere untersucht wird, unter welchen Umständen in der Unterlassung gebotener

Impfungen eine Kindeswohlgefährdung erblickt werden kann, die gerichtliche Eingriffe in die Obsorgeverhältnisse rechtfertigt (§ 181 ABGB). Außerdem erfolgt eine Einordnung der unterschiedlichen Impfungen im Unterhaltsrecht.

Interessant gestaltet sich zudem die Beurteilung möglicher Meinungskonflikte über die (Nicht-)Vornahme der Impfung auf Patientenseite: Zunächst sind dies Meinungsdivergenzen zwischen den Elternteilen. Hier können Verstöße gegen das im Innenverhältnis bestehende Einvernehmensgebot (§ 137 Abs 2 ABGB) in wichtigen Angelegenheiten zu gerichtlichen Verfügungen führen, sodass einem Elternteil die alleinigen Einwilligungs- bzw. Zustimmungsrechte im betreffenden Bereich zukommen. Im Hinblick auf Fälle, in denen ein Elternteil eine „impfablehnende“ und der andere eine „impfbefürwortende“ Haltung vertritt, wird untersucht, welchem Elternteil im Interesse des Kindeswohls die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich Impfungen einzuräumen ist. Mit zunehmender Entscheidungsfähigkeit des Minderjährigen ergeben sich auch Fragen bei Meinungskonflikten zwischen Kind und Eltern, die insbesondere durch die mögliche Diskrepanz von Einwilligungsfähigkeit (hinsichtlich der Impfung) und Geschäftsfähigkeit (zum Abschluss des Behandlungsvertrages) des Minderjährigen entstehen. Sämtliche daraus resultierende Konstellationen werden beleuchtet.

Schlussendlich werden mögliche schadenersatzrechtliche Folgen im Zusammenhang mit Impfungen eingehend untersucht, so einerseits die Frage der Haftung für Schäden des Kindes aufgrund durchgeführter Impfungen (Haftung des Impfstoffherstellers, des Arztes, der Eltern, sowie des Bundes nach dem Impfschadengesetz?) und andererseits aufgrund der Unterlassung gebotener Impfungen durch die Eltern, sowie im Fall des „Abratens“ von der Impfung durch den Arzt.

Abschließend werden staatliche Steuerungsmöglichkeiten zur Steigerung der Impfquoten anhand der unterschiedlichen Gesetzgebungsansätze in anderen Ländern erörtert. Diese reichen von finanziellen Anreizen, über den Impfnachweis als Aufnahmevoraussetzung in Gemeinschaftseinrichtungen, bis zur generellen Impfpflicht.

Insgesamt zielt die vorliegende Arbeit darauf ab, auch in Zusammenschau mit der deutschen Lehre und Rechtsprechung, den betreffenden Meinungsstand zu erweitern und zu neuen Ergebnissen zu gelangen.

II. ABSTRACT (ENGLISH)

Even though infectious diseases still constitute a worldwide challenge, and despite the fact that vaccinations represent the key role in successfully tackling this health issue, an ever increasing trend of scepticism and repulsion towards vaccinations can be observed among today's society. This proves to be especially problematic when it comes to vaccinating children, since the decision makers in this scenario are not the vaccinated subjects themselves but their legal guardians. In this context, there has recently been an emotionally charged public discourse that does not appear to be abating any time soon.

Within the scope of this thesis a widespread depiction of this subject matter will be presented, specifically taking into account the parent-child relationship according to civil law. Initially, the medical measure of vaccinations is categorized from a legal point of view, the Austrian vaccination system and program will be described along with the different forms of cost bearing (through the concept of free children's vaccination, health insurance, based on the epidemic law or from the patient's side).

Moreover, the reciprocal rights and obligations on the patient's and the treating side are elucidated in connection with the implementation of vaccinations. With regards to this, a specific description of the doctor's obligation to inform about vaccinations, including the special issue of information forms with school vaccinations, which might be problematic in the current practice, will be given.

In addition, the heterogeneous organizational structures in school vaccinations are examined, which, on the one hand, stem from different implementations by the health administrations of the federal states (by school physicians or medical officers) and, on the other hand, vary according to school type (federal schools, provincial schools, private schools). For this purpose, it will be discussed whether these structures can now be standardized through § 66a SchUG, as well as through the regulation that is to be issued on the basis thereof.

Furthermore, the thesis will shed light upon the central parental duties related to the medical care of the child (§§ 137 Abs 2, 138 Z 1 and 2, 160 Abs 1 ABGB), where it is examined in particular, under what circumstances we can actually speak of child endangerment and on the fact that a judicial intervention in terms of custody is justified when it comes to an omission of indicated vaccinations (§ 181 ABGB). Also, a classification of the different vaccinations in maintenance law will be presented.

Another interesting aspect is the assessment of potential conflicts of opinions concerning the (non-)implementation of vaccination from the patient's side: Firstly, there are differences of opinion between the parents. Violations of the parents' internal duty to act consensually (§ 137 Abs 2 ABGB) can lead to court orders in important matters, so that one parent receives sole consent rights in the relevant area. With regard to cases where one parent advocates a "vaccination-refusal" and the other a "vaccination-advocating" attitude, it will be examined which parent is to be given decision-making authority on vaccination in the best interest of the child. As the minor's capacity for decision-making increases, further questions also arise concerning issues of conflict of opinion between child and parent, in particular, from the potential discrepancy between the capacity to consent (in terms of vaccination) and the capacity to contract (to conclude the treatment contract) of the minor. All resulting constellations will be illuminated.

Additionally, possible consequences for damages in connection with vaccinations are examined in detail, hence, on the one hand, the question of liability for damage to the child, due to vaccinations carried out (liability of the vaccination manufacturer, the doctor, the parents, as well as the federation under the Vaccination Act), and, on the other hand, due to the omission of indicated vaccinations by the parents, as well as in the case of "dissuasion" of the vaccination by the doctor.

Finally, governmental means of control to increase vaccination rates will be discussed by covering different legislative approaches from other countries. These range from financial incentives, vaccination certification as a requirement for admission to nurseries or schools, to eventually general compulsory vaccination.

Altogether, the present thesis aims at broadening the current opinion of the topic in question and reaching new conclusions (also in relation with the German doctrine and jurisprudence).

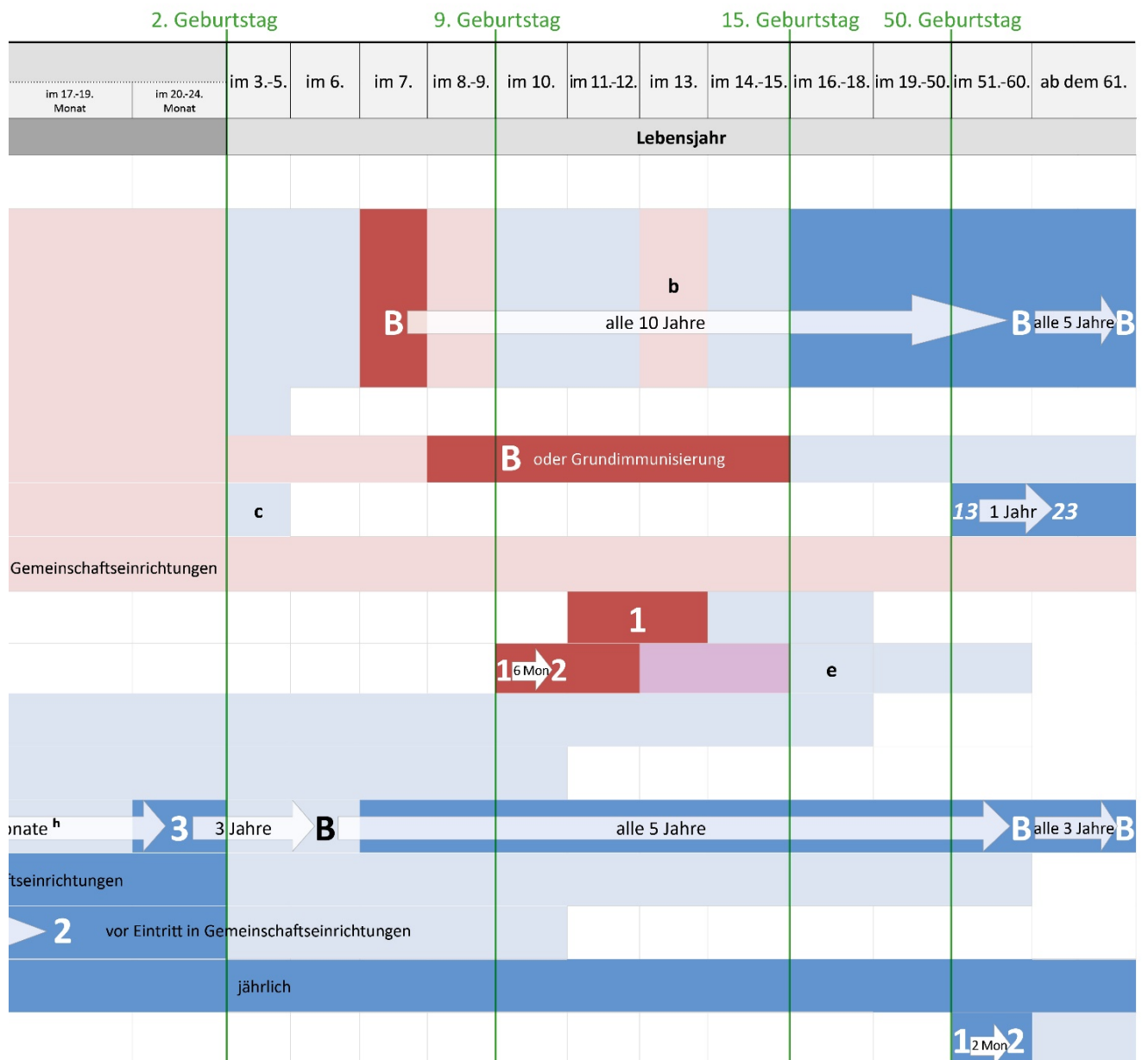
III. TABELLE: EMPFOHLENE IMPFUNGEN 2019

Alter→	1. Lebensjahr										2. Lebensjahr	
	in 7. Lebens- woche	im 3. Monat	im 4.-5. Monat	im 6. Monat	im 7.-9. Monat	im 10.-11. Monat	im 12. Monat	im 13. Monat	im 14. Monat	im 15. Monat	im 16. Monat	
↓ Impfung	Lebensmonat											
Rotavirus ^a	1 → 4 Wochen → 2 → 4 Wochen → 3											
Diphtherie												
Tetanus												
Pertussis		1 → 2 Monate → 2			6 Monate → B							
Poliomyelitis												
Haemophilus influenzae B												
Hepatitis B												
Pneumokokken		1 → 2 Monate → 2			6 Monate → B							
Masern, Mumps, Röteln						1 → 3 Monate → 2 ^d						vor Eintritt in
Meningokokken ACWY												
Humane Papillomaviren												
Meningokokken B ^f		1 → 1 Mon → 2 → 1 Mon → 3										B
Meningokokken C ^g								1				
FSME								1 → 1-3 Monate → 2				5/9-12 Mo
Varizellen								1 → 4 Wochen → 2				vor Eintritt in Gemeinschaft
Hepatitis A								1 → 6 Monate				
Influenza ⁱ												
Herpes Zoster ^j												

Legende

Empfohlen, kostenfrei	Nachhol-Impfung empfohlen, kostenfrei	Empfohlen, nicht kosten-frei	Nachhol-Impfung empfohlen, nicht kostenfrei	HPV, vollendetes 12.-15. Lebensjahr: Nachholimpfungen zum vergünstigten Selbstkostenpreis
1	1. Teilimpfung	1	1. Teilimpfung	
2	2. Teilimpfung	2	2. Teilimpfung	
3	3. Teilimpfung	3	3. Teilimpfung	
B	Boosterimpfung	B	Boosterimpfung	
		13	13-valente konjugierte Pneumokokkenvakzine	
		23	23-valente Polysaccharidvakzine	

HINWEIS: Prinzipiell sollte jede der empfohlenen Impfungen bei Versäumnis ehestmöglich nachgeholt werden. Zeitangaben innerhalb der Pfeile entsprechen empfohlenen (Mindest-)Intervallen. Detailinformationen zu Impfintervallen (Wochen/Monate, etc.) und Empfehlungen für Nachhol-Impfungen siehe Impfplan Österreich 2019 (verfügbar unter www.sozialministerium.at/impfplan) bzw. entspr. Fachinformation.



- a** bis zur vollendeten 24. (Rotarix, 2 Dosen) bzw. vollendeten 32. Lebenswoche (Rotateq, 3 Dosen)
b wenn im 7.-9. Lebensjahr nur eine dip-Tet-IPV-Aufrischungsimpfung erfolgt ist, spätestens bei Schulaustritt (Pertussis!)
c Kinder mit Risiken bis zum vollendeten 5. Lebensjahr kostenfrei
d bei Erstimpfung nach dem 1. Lebensjahr erfolgt die 2. Impfung frühestmöglich, mit einem Mindestabstand von 4 Wochen
e ab vollendetem 15. Lebensjahr sind 3 Dosen notwendig.
f Impfschema abhängig von Alter und Impfstoff. Bei Impfbeginn ab dem vollendeten 3. Lebensmonat und später: insgesamt 2-3 Dosen, Details siehe Fachinformation des jeweiligen, für die entsprechende Altersgruppe zugelassenen Impfstoffes.
g Konjugierter Men-C Impfstoff: Neisvac C: Impfbeginn vollendetes 2. bis vollendetes 4. Lebensmonat: 2 Dosen im Abstand von mindestens 8 Wochen plus eine Auffrischungsimpfung im 12. oder 13. Lebensmonat. Impfbeginn vollendetes 4. Lebensmonat bis vollendetes 12. Lebensmonat: 1 Impfung plus eine Auffrischungsimpfung vorzugsweise im 12. oder 13. Lebensmonat, in jedem Fall aber mit einem Abstand von mindestens 6 Monaten zur letzten Impfung mit Neisvac C. Menjugate: Impfbeginn vollendetes 2. bis vollendetes 12. Lebensmonat: 2 Dosen im Abstand von mindestens 8 Wochen plus eine Auffrischungsimpfung im 2. Lebensjahr mit einem Abstand von mindestens 6 Monaten. Ist die Auffrischungsimpfung im 2. Lebensjahr bei begonnener Impfung im ersten Lebensjahr nicht erfolgt, so sollte diese Dosis auch im 3. Lebensjahr oder später (bis vollendetes 10. Lebensjahr) nachgeholt werden.
h Grundimmunisierung: FSME-Immun: 0/1-3 Monate/5-12 Monate nach 2. Impfung; Encepur: 0/1-3 Monate/9-12 Monate nach 2. Impfung
i Bei der erstmaligen Impfung von Kindern bis zum vollendeten 8. bzw. 9. (tetravalenter Totimpfstoff) Lebensjahr oder wenn das Kind bisher erst eine einzige Impfung erhalten hat, sollen (abweichend von der Fachinformation) 2 Impfungen im Abstand von mindestens 4 Wochen gegeben werden; danach 1 jährliche Impfung ausreichend
j Shingrix, 2 Dosen, Abstand mindestens 2 Monate

Quelle: BMASGK, Impfplan Österreich 2019, 10 f.

IV. EINVERSTÄNDNISERKLÄRUNG FÜR SCHULIMPFUNGEN (BMASGK)

EINVERSTÄNDNISERKLÄRUNG ZUR SCHUTZIMPFUNG

Name der Schutzimpfung

BITTE BEANTWORTEN SIE DIE NACHSTEHENDEN FRAGEN:

(⊗ Zutreffendes bitte ankreuzen)

Sollte die zu impfende Person zwischen dem Ausfüllen der Einverständniserklärung und dem tatsächlichen Impftermin eine Erkrankung durchgemacht oder andere Impfungen erhalten haben, teilen Sie dies bitte der Ärztin oder dem Arzt vor dem Impftermin mit.

Beim Impftermin sollten alle Impfaufzeichnungen (Impfausweis, Impfkarte) der zu impfenden Person vorgelegt werden.

	Ja	Nein
1. Leidet oder litt die zu impfende Person in den letzten 7 Tagen an einer akuten Erkrankung (z.B. Fieber, Huster, Schnupfen, Halsschmerzen, andere)? Wenn ja, woran ?		
2. Leidet die zu impfende Person an einer Allergie (insbes. auf Hühnereiweiß, Medikamente)? Wenn ja, an welcher?.....		
3. Nimmt die zu impfende Person regelmäßig Medikamente ein (z.B. Cortison, Zytostatika, zur Blutverdünnung)? Wenn ja, welche?		
4. Leidet die zu impfende Person an einer schweren oder chronischen Erkrankung ? (z.B. angeborene oder erworbene Immunschwäche, Krebs, Autoimmunerkrankung, Blutgerinnungsstörungen, chronisch entzündliche Erkrankungen des Gehirns oder Rückenmarks, epileptische Anfälle) Wenn ja, an welcher?.....		
5. Hatte die zu impfende Person bereits einmal nach einer Impfung Beschwerden oder Nebenwirkungen (mit Ausnahme von leichten Lokalreaktionen wie Rötung, Schwellung, Schmerzen an der Stichstelle oder leichtes Fieber)? Wenn ja, welche?		
6. Hat die zu impfende Person in den letzten 4 Wochen eine andere Impfung erhalten? Wenn ja, welche..... und wann?		
7. Hat die zu impfende Person in den letzten 3 Monaten Blut, Blutprodukte oder Immunglobuline erhalten?		
8. Bekommt die zu impfende Person derzeit eine Chemo- und/oder Bestrahlungstherapie ?		
9. Musste sich die zu impfende Person vor kurzem einer eingreifenden Behandlung (z.B. Operation) unterziehen?		
10. Besteht eine Schwangerschaft bei der zu impfenden Person?		

Bitte wenden – Danke!

Die entsprechende, aktuelle und vollständige Version der Gebrauchsinformation des Impfstoffes ist Bestandteil dieser Einverständniserklärung und muss zusätzlich zu den 2 Seiten der Einverständniserklärung beigelegt werden.

Bitte in Blockbuchstaben ausfüllen - Danke

Familienname der zu impfenden Person

Vorname der zu impfenden Person

Adresse

Wenn verfügbar, Sozialversicherungsnummer
der zu impfenden Person

Geburtsdatum: Tag/Monat/Jahr

Name der Sozialversicherung (z.B. WGKK)

Bei unmündigen Minderjährigen (Kinder vor Vollendung des 14. Lebensjahres) Name der gesetzlichen
Vertretung der zu impfenden Person

Mit meiner Unterschrift bestätige ich, dass ich die **Gebrauchsinformation** zum oben genannten Impfstoff sorgfältig gelesen und verstanden habe. Ich hatte dort die Möglichkeit mich über die Zusammensetzung des Impfstoffes, über mögliche Kontraindikationen/Gegenanzeigen zur Verabreichung und Nebenwirkungen des Impfstoffes zu informieren.

Ich bin über Nutzen und Risiko der Impfung ausreichend aufgeklärt und benötige daher kein weiteres persönliches Gespräch. Ich bin mit der Durchführung der Schutzimpfung einverstanden. Die Daten dürfen im Rahmen der medizinischen Betreuung weitergegeben werden.

Ich bin mit der elektronischen Erfassung der Daten zwecks Verrechnung einverstanden. Ich stimme zu, dass folgende personenbezogene Daten, nämlich Vor- und Familienname, Geburtsdatum, Bezeichnung der Impfung, Chargennummer und Impfdatum zum Zweck der Verrechnung an die örtlich zuständige Bezirksverwaltungsbehörde übermittelt werden. Ich kann meine Zustimmung jederzeit widerrufen. Ein Widerruf berührt die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung (Übermittlungen) bis zu deren Eintreffen nicht.

Wenn Sie die Möglichkeit eines Gespräches mit der Impfärztin oder dem Impfarzt in Anspruch nehmen möchten, ersuchen wir Sie, sich dazu an den Sanitätsdienst/das Gesundheitsamt Ihrer zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu wenden und die Einverständniserklärung erst nach erfolgtem Gespräch zu unterzeichnen. **Wenn Sie mit der Impfung NICHT einverstanden sind oder eine zusätzliche Aufklärung benötigen, so unterzeichnen Sie diese Einverständniserklärung bitte NICHT.**

Datum

Unterschrift der zu impfenden Person bzw. der gesetzlichen Vertretung der zu impfenden Person

Bei unmündigen Minderjährigen (Kinder vor Vollendung des 14. Lebensjahres) ist die Einwilligung der gesetzlichen Vertretung der zu impfenden Person einzuholen. Jugendliche müssen selbst einwilligen, wenn sie die Einsichtsfähigkeit und Urteilsfähigkeit besitzen.

- Weitere Informationen finden Sie in der Impfbroschüre bzw. auf der Homepage des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz www.sozialministerium.at unter der Rubrik „Impfen“
- Beim Auftreten von Nebenwirkungen informieren Sie bitte die Impfärztin oder den Impfarzt
- **Wird ein Impftermin versäumt, soll er zum ehestmöglichen Zeitpunkt nachgeholt werden!**

Ärztliche Anmerkungen:

Datum

Stempel und Unterschrift der Ärztin oder des Arztes

Einverständniserklärung zur Schutzimpfung_Schulimpfungen
Bestätigung zur Information über Nebenwirkungen

Version 3 vom 26.3.2019
Seite 2 von 2

Quelle: *BMASGK*, https://www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Impfen/Einverständniserklärungen_zur_Schutzimpfung_fuer_niedergelassene_Aerztinnen_und_Aerzte_sowie_Schulaerztinnen_und_Schulaerzte (Stand 26. 3. 2019).