

Diplomarbeit

**Die medizinische Behandlung der
entscheidungsunfähigen Patienten und Patientinnen**

eingereicht von

Georg Sutschek

zur Erlangung des akademischen Grades

**Doktor der gesamten Heilkunde
(Dr. med. univ.)**

an der

Medizinischen Universität Graz

ausgeführt an der

Universitätsklinik für Anästhesie und Intensivmedizin

unter der Anleitung von

Univ.-Prof. Dr.med.univ. Wolfgang Kröll

Graz am 8. Februar 2019

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst habe, andere als die angegebenen Quellen nicht verwendet habe und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Graz, 8. Februar 2019

Georg Sutschek eh

Vorwort

Das in dieser Diplomarbeit betrachtete Thema hat für mich einen sehr persönlichen Bezug. Schon lang bevor ich mich entschloss Medizin zu studieren, musste ich erleben was es für eine entscheidungsunfähige Person bedeutet, keine Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht zu haben.

Ich wuchs in einer engen Beziehung zu meiner Großmutter auf, die trotz ihres Alters (geb.1908!) immer aktiv und demensprechend fit geblieben war. Sie lebte seit 1985 in einem Seniorenwohnheim in Graz. Wöchentlich fuhr ich mit meiner Familie zu Besuch in das Heim oder es wurden Ausflüge gemacht.

Mit zunehmendem Alter (meinem als auch ihrem) kann ich mich erinnern, immer öfter von ihr gehört zu haben: „*Ich mag nicht mehr... (leben)*“. Sie war ein Mensch, der oft in den Bergen unterwegs gewesen war, aber auch sonst immer ein aktives Leben geführt hatte. Das „eingesperrt“ sein in einen Körper, der nicht mehr so konnte wie ihr aktiver Geist wollte, nahm ihr immer mehr Lebensfreude.

Im Mai 2005 erlitt sie einen schweren Insult mit sekundärer hämorrhagischer Infarzierung. Durch dieses Ereignis verlor sie jede Fähigkeit mit ihrer Umwelt in Kontakt treten zu können. Aber ihr Herz-Kreislaufsystem blieb von dieser schweren Krankheit verschont und so wurde sie zum komatösen Pflegefall.

Ihr wurde, trotz des massiven Widerstandes ihrer beiden Kinder und ihren wiederholten klaren Äußerungen gegen einen Lebenswunsch, eine PEG-Sonde gelegt, um sie künstlich ernähren zu können.

Sie hatte kein schriftliches Dokument verfasst, dass für den Fall des Verlusts ihrer Entscheidungs- oder Äußerungsfähigkeit ihre Wünsche bzw. ihre Ablehnung in Hinblick auf medizinische Maßnahmen festlegen konnte. Auch hatte sie keine bevollmächtigte Person bestimmt, die ihre Wünsche im Anlassfall Ausdruck verleihen hätte können. Der behandelnde Arzt sah sich, in Unkenntnis über die damalige Rechtslage gezwungen „*in dubio pro vita*“ zu entscheiden.

Als sie am 1. September 2005 starb, war mein erster Gedanke „Endlich...!“.

Danksagungen

Ganz besonders möchte Ich mich bei meiner Familie, Michel, Christine, Till, Joachim, Brigitte, Florian für ihre ständige Unterstützung bedanken. Ihr habt jederzeit ein offenes Ohr für meine Sorgen, Wünsche und Gedanken gehabt.

Ohne Euch, eure Hilfe und eure Ratschläge wäre ich nicht so weit gekommen. Danke!

Weiters gilt mein Dank meinen lieben Mitbewohnerinnen Felicitas und Yasmin die mir eine große Stütze waren. Danke euch für die vielen Gespräche, aufmunternden Worte und das gemeinsame Rumblödeln!

Ganz besonders bedanke ich mich bei Iris. Du hast mir nicht nur durch die Mühen meiner Diplomarbeit geholfen, sondern mir immer mit guten Ratschlägen, Lebensweisheiten und einem offenen Ohr durch meine schweren Lebensabschnitte geholfen.

Mein Dank gilt auch Prof. Dr. Wolfgang Kröll! Er hat mir in der schwierigsten Phase meines Studienabschlusses unter die Arme gegriffen, mir den richtigen Weg für meine Diplomarbeit gezeigt und mich dabei unterstützt diese Arbeit fertig zu stellen. Danke!

Friederike Sutschek

25. Juni 1908 – 1. September 2005

Zusammenfassung

Das neu geschaffene 2. ErwSchG rückt die Autonomie von betroffenen Personen in den Vordergrund. Zentraler Punkt des Gesetzes ist der Erhalt, die Förderung bzw. das Wiedererlangen von Selbstbestimmung für entscheidungseingeschränkte Personen.

Dazu wurde ein fließender Übergang von autonom zu schutzbedürftig geschaffen, in dem das veraltete schwarz-weiß System der Sachwalterschaft deutlich aufgelockert wurde. Dies wird ermöglicht indem es jetzt 4 Stufen (Säulen) der Erwachsenenvertretung gibt. Dadurch kann sehr individuell auf die Bedürfnisse der einzelnen Personen eingegangen und jeweils ein Maximum an Selbstbestimmung gewahrt werden.

In Kapitel 2 soll kurz die alte Rechtslage, vor In-Kraft-Treten des 2. Erwachsenenschutzgesetzes, umrissen werden. Kapitel 3 widmet sich im Überblick der medizinischen Behandlung nach dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz.

Dadurch soll der Übergang der Rechtslage von Sachwalterrechts-Änderungsgesetz in 2. Erwachsenenschutzgesetz in Kapitel 4 verständlicher werden.

Im 5. Kapitel stellt diese Diplomarbeit schließlich ausführlich das 2. Erwachsenenschutzgesetz dar und geht cursorisch auf die Neuerungen ein. Die Vorsorgevollmacht wird aus dem Sachwalterrecht übernommen, die gewählte Erwachsenenvertretung wurde neu geschaffen. Sie ermöglicht nächsten Angehörigen, im Rahmen eines intakten Familienverbandes, betroffene Personen im täglichen Leben zu unterstützen, ohne sie dabei einzuschränken. Die gesetzliche (früher Angehörigenvertretung) und die gerichtliche Erwachsenenvertretung (ehemals Sachwalterschaft) sind nun zeitlich auf drei Jahre befristet.

Bei keiner dieser vier Vertretungsformen wird die betroffene Person zwingend als handlungsunfähig eingestuft, sie behält immer ein Mitspracherecht bzw. die Möglichkeit des Widerrufs.

In Kapitel 6 wird die medizinische Behandlung nach aktueller Rechtslage genau beleuchtet. Wie ist die Regelung bei Gefahr in Verzug? Welche Dinge sind vom

behandelnden Arzt/ der behandelnden Ärztin zu beachten, wenn entscheidungsunfähige Personen einen Vorsorgebevollmächtigten oder einen Erwachsenenvertreter haben?

Im letzten Kapitel werden die Abläufe im Rahmen einer indizierten medizinischen Behandlung noch einmal kurz zusammengefasst. Abschließend stelle ich meine persönliche Vorsorgelösung für den Fall des Verlusts meiner Entscheidungsfähigkeit vor.

Abstract

Who gets to decide for the patient who lost his decision making ability due to medical or psychological reasons?

What are my options as a patient to ensure that my wishes and beliefs are respected and implemented?

The newly implemented 2nd Erwachsenenschutzgesetz focuses on preservation, promoting and regaining of patients autonomy.

Thus this new law establishes a smooth transition between self-determined patients and patients who are in need of protection for their own good. This was made possible by creating four pillars of legal representation. This allows legal representatives to individually aid their patients in their specific needs, whilst preserving a maximum of patient autonomy.

In chapter 2 we take a look at the legal situation before the 2nd Erwachsenenschutzgesetz came into effect. In the third chapter a closer look at medical decision making under the Sachwalterrechts-Änderungsgesetz.

This introduction into the subject in chapter two and three should make the discussed transition from Sachwalterrechts-Änderungsgesetz to 2nd Erwachsenenschutzgesetz in chapter 4 easier.

In chapter five we will be taking a detailed look at the newly implemented 2nd Erwachsenenschutzgesetz. The Vorsorgevollmacht will be carried over from the Sachwalterrecht, the gewählte Erwachsenenvertretung is newly implemented. The gesetzliche and gerichtliche Erwachsenenvertretung have now a limited duration of three years, if not extended by a patients health care proxy.

In each of these forms of legal representation the patient keeps his right to express his opinions and wishes and most importantly his right of objection.

In chapter 6 we will be taking a closer look at medical procedures under jurisdiction of the 2nd Erwachsenenschutzgesetz. What happens when the patients life or health is in

immediate danger? What are the options for the attending doctor in case of a Vorsorgevollmacht or if a Erwachsenenvertreter is appointed?

At the end of my diploma thesis I will speculate about my personal decisions regarding Austrian health care law. Which tools are best suited for me as a young, healthy person and why?

Inhaltsverzeichnis

VORWORT	II
DANKSAGUNGEN	III
ZUSAMMENFASSUNG	IV
ABSTRACT	VI
INHALTSVERZEICHNIS	VIII
GLOSSAR UND ABKÜRZUNGEN	X
ABBILDUNGSVERZEICHNIS	XI
TABELLENVERZEICHNIS	XII
1 EINLEITUNG	13
2 WER ENTSCHEIDET FÜR DIE EINWILLIGUNGSUNFÄHIGE [ALTE TERMINOLOGIE] PERSON?	15
2.1 DIE PATIENTENVERFÜGUNG.....	16
2.2 DIE VORSORGEVOLLMACHT	19
2.3 DIE VERTRETUNG NÄCHSTER ANGEHÖRIGER	20
2.4 DIE SACHWALTERSCHAFT	21
3 DIE MEDIZINISCHE BEHANDLUNG VOR IN-KRAFT-TRETEN DES 2.ERWACHSENENSCHUTZGESETZES	22
3.1 GRUNDLAGEN DER MEDIZINISCHEN BEHANDLUNG NACH DEM SACHWALTERRECHTSÄNDERUNGSGESETZ	22
3.2 DIE MEDIZINISCHE BEHANDLUNG DER ERWACHSENEN, EINSICHTS- UND URTEILSUNFÄHIGEN [ALTE TERMINOLOGIE] PERSON	22
3.3 DIE MEDIZINISCHE BEHANDLUNG EINER MINDERJÄHRIGEN PERSON	25
4 VOM SACHWALTERRECHT ZUM 2. ERWACHSENENSCHUTZGESETZ.....	27
4.1 ÄNDERUNGEN DURCH DIE REFORM	28
4.2 MATERIELLRECHTLICHE NEUERUNGEN	29
4.3 VERFAHRENSRECHTLICHE NEUERUNGEN	30
4.4 ÜBERGANGSRECHT	30
5 DAS 2. ERWACHSENENSCHUTZGESETZ.....	32
5.1 ZIELE DES GESETZES	32
5.2 DIE VIER SÄULEN DES GESETZES	34
5.2.1 <i>Erwachsenenvertreter</i>	34
5.2.2 <i>Vorsorgevollmacht</i>	36
5.2.3 <i>Gewählte Erwachsenenvertretung</i>	38
5.2.4 <i>Gesetzliche Erwachsenenvertretung</i>	40
5.2.5 <i>Gerichtliche Erwachsenenvertretung</i>	42

6	DIE MEDIZINISCHE BEHANDLUNG IM 2.ERWACHSENENSCHUTZGESETZ	44
6.1	DIE MEDIZINISCHE BEHANDLUNG DER ERWACHSENEN, EINSICHTS- UND URTEILSUNFÄHIGEN PERSON	45
6.2	WER ENTSCHEIDET FÜR DIE EINWILLIGUNGSUNFÄHIGE PERSON	48
6.3	WER ENTSCHEIDET FÜR DIE ENTSCHEIDUNGSUNFÄHIGE PERSON	49
7	ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK	53
7.1	PERSÖNLICHER AUSBLICK	54

Glossar und Abkürzungen

Abs	Absatz
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AMG	Arzneimittelgesetz
ÄrzteG	Ärztegesetz
AußStrG	Außerstreitgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
bzw	beziehungsweise
dzt	derzeit
ErwSchG	Erwachsenenschutzgesetz
etc	et cetera
ff	fort folgende
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz
GTG	Gentechnikgesetz
GuKG	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
MPG	Medizinproduktegesetz
Mj	Minderjährige / minderjährig
NO	Notariatsordnung
ÖZVV	Österreichisches zentrales Vertretungsverzeichnis
PatVG	Patientenverfügungsgesetz
RPflG	Rechtspflegergesetz
Rz	Randziffer
sog	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
u. a.	unter anderem
UBG	Unterbringungsgesetz
Vgl	vergleiche

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Das vier Säulen Model des 2. ErwSchG	36
Abbildung 2: Die medizinische Behandlung im 2. ErwSchG.....	52

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit.....	15
Tabelle 2: Neue Terminologie des Erwachsenenschutzrechts	28

1 Einleitung

Jeder Arzt/Ärztin ist verpflichtet, Patienten/Patientinnen, die er/sie in Betreuung und/oder Behandlung genommen hat, höchstpersönlich und nach den Regeln der ärztlichen Kunst bzw. nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft zu behandeln (vgl. dazu § 49 ÄrzteG Abs. 1).

Dennoch darf eine medizinische Behandlung an Patienten/Patientinnen nur dann vorgenommen werden, wenn der Patient/die Patientin in diese Behandlung nach erfolgter Information und Aufklärung eingewilligt hat¹. Der Patient ist also Herr des Geschehens. Der Patient bestimmt also, ob und inwieweit eine Heilbehandlung an ihm vorgenommen werden darf. Dieses Selbstbestimmungsrecht des Patienten/der Patientin übt der Patient im Rahmen seiner mündlichen und / oder schriftlichen Einwilligung aus und ist dieses Recht sowohl strafrechtlich, als auch zivilrechtlich abgesichert.

So normiert §110 StGB, dass eine Heilbehandlung an einen Patienten/einer Patientin nur dann vorgenommen werden darf, wenn diese/r in die genannte ärztliche Tätigkeit, die sowohl Diagnose, Therapie, aber auch prophylaktische Maßnahmen umfasst, eingewilligt hat. Eine fehlende Zustimmung des Patienten/der Patientin zu einer elektiven Behandlungsmaßnahme macht selbst eine lege artis vorgenommene Behandlung rechtsunwirksam und stellt damit eine Körperverletzung dar. Der Arzt/Die Ärztin macht sich strafbar, falls er/sie einen entscheidungsfähigen [einwilligungsfähigen Patienten / eine einsichtsfähige = alte Terminologie im Sinne von § 268 ABGB idF BGBl I 2006/92] Patientin trotz fehlender Zustimmungserklärung behandelt².

Zivilrechtlich lässt sich das Erfordernis der Einwilligung aus medizinrechtlicher Sicht aus dem Behandlungsvertrag³ ableiten, grundsätzlich aber aus § 865 ff ABGB idGF.

Verweigert ein Patient/eine Patientin die Einwilligung in eine medizinische Behandlung oder widerruft er/sie diese, dann darf die Heilmaßnahme nicht durchgeführt werden bzw. ist eine solche Behandlung abubrechen. Das gilt auch dann, sollte nach Ansicht des

¹ Jesser-Huß in Resch/Wallner, Medizinrecht² (2015) Kapitel IV, Rz 59 ff

² Wiener Kommentar zum Strafrecht, § 110

³ Engländer, Einwilligung in die medizinische Behandlung,

Arztes/der Ärztin dieser Schritt als „unvernünftig“ angesehen werden (vgl. dazu: die Verweigerung der Verabreichung von Blutkonserven bei Zeugen Jehovas)⁴.

Gleiches gilt für den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen. Der Arzt/Die Ärztin verliert in diesem Kontext seine/ihre Garantenstellung und es ist ihm/ihr „nicht mehr erlaubt, sondern (vielmehr) auch geboten, den Patienten/die Patientin sterben zu lassen“⁵ (vgl. dazu auch aktuell: § 49 a Abs. 2 idgF).

Aber auch das Kranken- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) als Grundsatzgesetzgebung, sowie die einzelnen Krankenanstaltengesetze der Länder beinhalten das Erfordernis einer Einwilligung in die medizinische Behandlung. Zudem aber enthalten auch Sondervorschriften, wie etwa §36 UBG, §49-51 MPG, §§36, 38f, 42j, AMG, §8 FMedG und §69 GTG die Zustimmung des einwilligungsfähigen Patienten/ der einwilligungsfähigen Patientin in die medizinische Heilbehandlung.

Ausgenommen aber von einer Zustimmung zu einer medizinischen Heilbehandlung sind gesetzlich vorgegebene Fälle von Behandlungspflichten, wie etwa §2 Tuberkulosegesetz. Ein gesetzlicher Behandlungszwang kann auch durch eine Patientenverfügung nicht ausgeschlossen werden (1).

In einer Notfallsituation hingegen, in der eine Einwilligung eines Patienten/einer Patientin nicht eingeholt werden kann, ist es dem Arzt/der Ärztin erlaubt die notfallmedizinische Behandlung vorzunehmen. Liegt hingegen eine Patientenverfügung vor, dann ist, sollte sie in der Krankengeschichte des aufnehmenden Krankenhauses dokumentiert sein, zu beachten. (vgl. dazu §110 StGB, §173c Abs. 3, §283 Abs. 3 ABGB, §12 PatVG und §8 Abs. 3 S2 KAKuG sowie die anderen KAG der Länder).

Die vorgelegte Diplomarbeit beschäftigt sich, nach diesem kursorischen Ausflug in das Selbstbestimmungsrecht und dessen Einschränkungen, mit der medizinischen Behandlung von entscheidungsunfähigen Patienten und vergleicht die Rechtslage vor und nach dem Inkraft-Treten des 2. Erwachsenenschutzgesetzes.

⁴ Kerschner in Resch / Wallner, Kapitel 5, Rz 40 ff.

⁵ Kerschner in Resch / Wallner, Kapitel 5, Rz 40 ff

2 Wer entscheidet für die einwilligungsunfähige [alte Terminologie] Person?

Grundsätzlich stellen die herrschende Lehre und Judikatur bei der Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung auf die entsprechend vorliegende Einsichts- und Urteilsfähigkeit des betreffenden Patienten ab. Ob die erforderliche Einwilligungsfähigkeit eines bestimmten Patienten gegeben ist, entscheidet der Arzt an Hand der Kriterien des § 36 UbG idgF. Demnach ist entscheidend, ob der Patient in der Lage ist, den Grund und die Bedeutung der geplanten Behandlung einzusehen und er zudem in der Lage ist, aufgrund dieser Einsicht auch seinen Willen danach zu richten. Das kognitive und das voluntative Element müssen kumulativ vorliegen⁶.

Dimensionen	Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit⁷	Ja	Nein
Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalzusammenhängen	Ist der Betroffene sich bewusst, dass er an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist		
	Begreift er die ärztlichen Informationen über seine Krankheit bzw. Behinderung?		
	Versteht er, worin die geplante Maßnahme besteht?		
	Begreift der Betroffene, welche Einschränkungen er hinnehmen muss, wenn es zu dem Eingriff kommt?		
	Erfasst er die Folgen und möglichen Risiken der Unterlassung der Maßnahme?		
	Nimmt er zur Kenntnis, dass es Alternativen gibt, worin sie bestehen und welche Folgen und Risiken sie aufweisen?		
Fähigkeit zur Bewertung	Begreift der Betroffene den Wert des durch die Krankheit betroffenen Rechtsgutes (Gesundheit, Leben)?		
	Kann er auch die Bedeutung des von dem Eingriff verletzten Rechtsgutes ermessen?		

⁶ Jesser-Huß in Resch/Wallner, *Medizinrecht*² (2015) Kapitel IV, Rz 61

⁷ Barth/ Ganner, *Handbuch Sachwalterrecht*², 182

	Ist er in der Lage, zwischen der durch die Krankheit entstehenden Rechtsgutbeeinträchtigung und den mit dem Eingriff verbundenen Vorteilen abzuwägen?		
	Nimmt er zur Kenntnis, dass es Alternativen gibt, worin sie bestehen und welche Folgen und Risiken sie aufweisen?		
Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung	Ist der Betroffene in der Lage, sich diesen Erkenntnissen gemäß zu verhalten oder unterliegt er irgendwelchen übermächtigen Verlockungen bzw. Ängsten?		

Tab. 1: Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Die Einwilligung des Patienten bedarf zwar keiner besonderen Formvorschrift, sie muss aber, um rechtswirksam zu sein, spätestens zum Zeitpunkt der Vornahme der medizinischen Behandlung vorliegen und darf bis zu diesem Zeitpunkt auch nicht widerrufen worden sein. Zudem muss sich die Einwilligung des Patienten inhaltlich auf den konkreten vorzunehmenden Eingriff beziehen (inhaltliche Bestimmtheit). Die Heilbehandlung, in die der Patient einwilligt, darf auch den guten Sitten nicht widersprechen und der Einwilligende darf auch keinem Irrtum unterliegen, er darf auch nicht durch Täuschung oder Drohung zur Einwilligung gezwungen worden sein.

Wer willigt nun aber tatsächlich ein, wenn der Patient, aus welchem Grunde auch immer, nicht in der Lage ist selbstbestimmt zu entscheiden? Die Rechtslage vor In-Kraft-Treten des 2. Erwachsenenschutzgesetzes kannte mehrere Möglichkeiten, die im Folgenden kurz beschrieben werden.

2.1 Die Patientenverfügung

Dem Patienten/der Patientin ist es möglich für eine vorhersehbare Einwilligungs- und Urteilsunfähigkeit Vorkehrungen, in Form einer beachtlichen bzw. verbindlichen Patientenverfügung zu treffen. Die Patientenverfügung ist dabei als eine Willenserklärung zu definieren (§ 2 Abs 1 PAtVG), mit der der Patient eine medizinische Behandlung ablehnt und die dann wirksam werden soll, wenn der betroffene Patient zum Zeitpunkt der

Vornahme des medizinischen Eingriffs nicht mehr einsichts-, urteils- oder äusserungsfähig ist⁸.

Mittels der Patientenverfügung kann jeder Bürger alle medizinischen Behandlungen ablehnen; Pflegeleistungen hingegen können hingegen in einer Patientenverfügung nicht abgelehnt werden. Unter medizinischen Maßnahmen, welche abgelehnt werden können, werden jene Maßnahmen verstanden, wie sie § 2 ÄrzteG definiert, nämlich alle auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeiten, die unmittelbar am oder mittelbar für den Menschen durchgeführt werden^{9, 10}.

Grundsätzlich wird zwischen einer verbindlichen und einer beachtlichen Patientenverfügung unterschieden. Die wesentlichsten Unterschiede dabei betreffen Formalien und beziehen sich auf:

- die Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen (§§2, 3 PatVG),
- die Beschreibung jener medizinischen Maßnahmen, die abgelehnt werden (§ 4 PatVG),
- die unterschriebene Bestätigung durch den Arzt (§ 5 PatVG),
- die Bestätigung der Errichtung der Patientenverfügung vor einem Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundigen Mitarbeiter von Patientenvertretungen (§ 6 Abs. 1 PatVG),
- die vorgenommene Belehrung durch einen Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundigen Mitarbeiter von Patientenvertretungen (§ 6 Abs. 1 PatVG),
- die Beachtung der gesetzlichen Frist (§ 7 Abs. 1 PatVG).

Hat ein Arzt/die Ärztin bei der Behandlung eines einwilligungsunfähigen [alte Terminologie] Patienten Kenntnis von einer verbindlichen Patientenverfügung, so hat diese rechtlich bindende Wirkung, sowohl für den behandelnden Arzt/die behandelnde Ärztin also auch alle anderen an der Betreuung des Patienten/der Patientin beteiligten Personen. D. h. der behandelnde Arzt muss die in der Patientenverfügung getroffene Entscheidung

⁸ Barth / Ganner, Handbuch Sachwalterrecht², 380 ff

⁹ Aigner/Kienrein/Kopetzki, Ärztegesetz 1998, 2 ff

¹⁰ Aigner/Memmer/Kletecka, Handbuch Medizinrecht

des Patienten befolgen. Eine bereits begonnene medizinische Behandlung ist abzubrechen, eine bereits begonnene Behandlung muss aber nicht wieder rückgängig gemacht werden¹¹.

Ein Verstoß gegen die vom Patienten getroffene Entscheidung wäre im Sinne einer eigenmächtigen Heilbehandlung (§ 110 StGB) strafbar; auch Gewissens- oder Glaubenskonflikte können eine eigenmächtige Heilbehandlung nicht rechtfertigen. Weiter gilt die Gefahr-in-Verzug Regel nicht für die in der Patientenverfügung abgelehnte Maßnahmen.

Der behandelnde Arzt muss aber jedenfalls prüfen, ob tatsächlich eine verbindliche Patientenverfügung vorliegt; wobei diese Aussage nur dann tatsächlich in die Realität umgesetzt werden kann, wenn auch ausreichend Zeit für die Vornahme dieser Prüfung zur Verfügung steht.

Liegt hingegen eine beachtliche Patientenverfügung vor (§§ 4-7 PatVG) d. h. es sind nicht alle Voraussetzungen für eine verbindliche Patientenverfügung erfüllt), so dient diese dennoch zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens. Die beachtliche Patientenverfügung stellt eine Willenserklärung eines einwilligungsfähigen Patienten dar, mit der dieser zu erkennen gibt, welche medizinischen Behandlungen er mehr oder weniger konkret ablehnt, und die ebenfalls dann wirksam werden sollte, wenn der Patient einwilligungs- und äußerungsunfähig ist¹². Die Beachtlichkeit der Patientenverfügung ist umso höher, je näher sie formal einer verbindlichen Patientenverfügung entspricht (qualifiziert beachtliche Patientenverfügung)¹³. Falls bereits ein Sachwalter bestellt ist, obliegt es diesem den Arzt/die Ärztin über die vorliegende Patientenverfügung in Kenntnis zu setzen.

Dabei sind beachtliche Patientenverfügungen nicht weniger rechtlich bindend, als verbindliche Patientenverfügungen. Beachtliche Patientenverfügungen dienen der Ermittlung des Patientenwillens, sobald dieser ermittelt ist, ist der Arzt/die Ärztin genauso daran gebunden wie bei einer verbindlichen Patientenverfügung¹⁴.

¹¹ Barth/Ganner, Handbuch Sachwalterrecht², 384 ff

¹² Barth/Ganner, Handbuch Sachwalterrecht², 413 ff

¹³ Barth/Ganner, Handbuch Sachwalterrecht², 419 ff

¹⁴ Haidenthaler P, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen, RdM 2001, 6, 163

2.2 Die Vorsorgevollmacht

Für ähnliche, wie in einer Patientenverfügung festgesetzte Vertretungsaufgaben, wurde die Vorsorgevollmacht geschaffen. Sie bietet dem Betroffenen/der Betroffenen die Gelegenheit, vor Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, eine Vertrauensperson als künftigen Vertreter/künftige Vertreterin zu bestimmen. Die so bestimmte Vertretungsperson hat dann im Anlassfall die Verpflichtung, die in der Vollmacht definierten Behandlungsmaßnahmen für den Patienten Geltung zu verleihen. Dabei kann der Betroffene/die Betroffene selbst definieren für welche Bereiche seines/ihres Lebens diese Vollmacht Gültigkeit haben soll (z.B. in medizinischen oder finanziellen Fragestellungen).

Für den Fall, dass der Betroffene/die Betroffene dem Bevollmächtigten/der Bevollmächtigten auch die Entscheidung über schwerwiegende medizinische Eingriffe erteilen möchte, muss die Vorsorgevollmacht zwingend vor einem Rechtsanwalt, Notar oder Gericht errichtet werden^{15,16,17} (1, 2).

Die Errichtung einer Vorsorgevollmacht durch einen mündigen Minderjährigen ist generell möglich. In der Praxis wird sich diese Option allerdings auf Schwerkranke beschränken, die sich mit ihrer Erkrankung ausreichend auseinandergesetzt haben und für eine absehbare Situation vorsorgen möchten.

Der Bevollmächtigte/Die Bevollmächtigte hat immer den Willen des Betroffenen/der Betroffene zu vertreten, solange diese/r dadurch nicht benachteiligt oder gefährdet wird. Auch Willensäußerungen nach Eintritt des Vorsorgefalls müssen berücksichtigt werden. Lässt sich der Wille des Betroffenen/der Betroffenen nicht zweifelsfrei feststellen muss die Klärung über den Weg des Sachwalterrechts erfolgen (die Einleitung eines Sachwalterbestellungsverfahrens ist anzuregen). Ist Gefahr in Verzug muss zum Wohl des Patienten/der Patientin entschieden werden (in dubio pro vita) (1, 2).

Der Betroffene kann jederzeit die erteilte Vollmacht, auch mündlich, widerrufen.

¹⁵ Haidenthaler P, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen, RdM 2001, 6, 163

¹⁶ Barth/Ganner, Handbuch Sachwalterrecht², 384 ff

¹⁷ Stadler M. Einwilligung in die medizinische Behandlung - ein Überblick. ÖZPR 2010 / 113, 120.

2.3 Die Vertretung nächster Angehöriger

Durch diese Vertretungsbefugnisse wird es Angehörigen im Sinne einer familiären Fürsorge erleichtert, Angelegenheiten des täglichen Lebens für den Betroffenen/die Betroffene zu regeln.

Als nächste Angehörige werden Eheleute oder Lebensgefährten, die seit mindestens drei Jahren im gleichen Haushalt leben, festgelegt. Des Weiteren werden Eltern beziehungsweise volljährige Kinder zu diesem Personenkreis gezählt.

Nächste Angehörige werden also in die Lage versetzt, volljährige Personen, die nicht geschäftsfähig resp. nicht einwilligungsfähig [alte Terminologie nach dem Sachwalterrechtsänderungsgesetz] sind (z.B. aufgrund psychischer Krankheit oder geistiger Behinderung) bei Rechtsgeschäften zu vertreten. Diese Vertretungsbefugnisse können allerdings nur in Kraft treten, wenn weder ein Sachwalter/eine Sachwalterin bestellt worden ist, noch eine Vorsorgevollmacht vorliegt^{18, 19}.

Nahe Angehörigen sind grundsätzlich befugt über leichte medizinische Behandlungen, Untersuchungen oder Eingriffe, zu entscheiden. Nur wenn durch diesen Eingriff die Gefahr einer schweren oder lang andauernden Gesundheitsschädigung, einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit besteht, die länger als 24 Tage andauert, bedarf es der Vertretung eines Sachwalters.

Unabhängig vom Verlust der Einsichts- oder Urteilsfähigkeit des Betroffenen, bleibt diesem immer die Möglichkeit des Widerspruchs gegen einen nächsten Angehörigen als seinen Vertreter^{20, 21}.

¹⁸ Stadler M. Einwilligung in die medizinische Behandlung - ein Überblick. ÖZPR 2010 / 113, 120.

¹⁹ Haidenthaler P, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen, RdM 2001, 6, 163

²⁰ Haidenthaler P, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen, RdM 2001, 6, 163

²¹ Stadler M. Einwilligung in die medizinische Behandlung - ein Überblick. ÖZPR 2010 / 113, 120.

2.4 Die Sachwalterschaft

Wenn für die medizinische Behandlung bereits eine verbindliche Patientenverfügung oder eine Vorsorgevollmacht vorliegen, darf für diese Angelegenheiten kein Sachwalter bestellt werden. Liegt eine qualifiziert beachtliche Patientenverfügung kann ein Sachwalter bestellt werden. Existiert keine verbindliche Patientenverfügung oder sind nächste Angehörige nicht in der Lage eine Vertretungsbefugnis wahrzunehmen, so ist ein Sachwalter durch das Gericht zu bestellen²².

Die Aufgaben des Sachwalters/der Sachwalterin können u. a. die Personensorge der vertretenen Person umfassen. Darunter fallen einerseits die „faktische Personensorge“ (sozialer Kontakt, Körperpflege, Füttern, etc.) und andererseits die „rechtliche Personensorge“ im Sinne von rechtlichen Vertretungshandlungen, wie etwa ärztliche Betreuung bzw. medizinische Heilbehandlungen. Um diesen Pflichten nachkommen zu können, wird der Sachwalter/die Sachwalterin mit entsprechenden rechtlichen Vertretungsbefugnissen ausgestattet. Diese umfassen entweder alle rechtlichen Angelegenheiten der betroffenen Person oder können auch auf einzelne Angelegenheiten beschränkt sein (z.B. nur im medizinischen Bereich besachwaltete Person)²³.

Die Sachwalterschaft ist begrenzt durch die höchstpersönlichen Rechte, zu diesen zählen unter anderem die Kindeserziehung des Vertretenen/der Vertretenen, Errichtung einer Patientenverfügung, Eheschließung und Scheidung oder das Wahlrecht. Zur Ausübung dieser Rechte ist die volle Einsichts- und Urteilsfähigkeit notwendig. Wenn diese nicht gegeben ist, so ruhen diese Rechte.

Der Sachwalter/die Sachwalterin ist bei Vorliegen einer verbindlichen Patientenverfügung an diese gebunden, eine beachtliche dient als Hilfe zur Ermittlung des Patientenwillens.

²² Stadler M. Einwilligung in die medizinische Behandlung - ein Überblick. ÖZPR 2010 / 113, 120.

²³ Barth P. Medizinische Behandlung von Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft. RZ 2004 / 9,182.

3 Die medizinische Behandlung vor In-Kraft-Treten des 2.Erwachsenenschutzgesetzes

3.1 Grundlagen der medizinischen Behandlung nach dem Sachwalterrechtsänderungsgesetz

Unter einer medizinischen Behandlung ist grundsätzlich eine Heilbehandlung zu verstehen, d. h. therapeutische, diagnostische und prophylaktische Eingriffe, die von ärztlicher Seite oder nach ärztlicher Anordnung, z. B. von Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflege, aufgrund einer anerkannten medizinischen Indikation vorgenommen werden²⁴. Dazu zählen also nicht nur therapeutische, sondern auch diagnostische, prophylaktische oder analgetische Maßnahmen. Handlungen von anderen Berufsgruppen des Gesundheitswesens (Pflege, Physiotherapie, etc.) fallen nicht unter diese Definition. Unter den Begriff einer medizinischen Behandlung sind auch Maßnahmen, die von Pflegefachkräften durchgeführt werden, zu subsumieren (vgl. dazu auch § 15 Abs. 1. GuKG). Gleiches gilt für die Vornahme von kosmetischen Operationen, Transplantationen und Transfusionen.

Hingegen fallen medizinische Experimente, aber auch Schwangerschaftsabbrüche, die Vornahme von Genanalysen und die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht unter den Begriff einer medizinischen Heilbehandlung, vielmehr sind diese in eigenen Gesetzen geregelt (vgl. dazu: AMG, MPG, FMedG, GTG).

3.2 Die medizinische Behandlung der erwachsenen, einsichts- und urteilsunfähigen [alte Terminologie] Person

Die Bestellung eines Sachwalters/der Sachwalterin erfolgt u. a. für die Zustimmung und / oder Ablehnung medizinischer Behandlungen. Personen, die zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung einsichts- und urteilsfähig sind (lucides Intervall), müssen die Einwilligung zu medizinischen Behandlungen, höchstpersönlich erteilen, auch wenn ein

²⁴ Barth/ Ganner, Handbuch Sachwalterrecht², 172 ff

Sachwalter/eine Sachwalterin für medizinische Angelegenheiten bestellt ist (informed consent, §110 Abs 1 StGB)²⁵ (2).

Wenn die betroffene Person über die erforderliche Einsichts- oder Urteilsfähigkeit nicht oder nicht sicher verfügt und die notwendige medizinische Heilbehandlung nicht in einer Patientenverfügung abgelehnt wurde, muss der Sachwalter/die Sachwalterin, auch unter Bedachtnahme auf den Wunsch der betroffenen Person, zum Wohl des Patienten entscheiden.

Eine beachtliche Patverfügung würde bzw. könnte dem Sachwalter/der Sachwalterin als Hilfe zur Ermittlung des Patientenwillens dienen.

Handelt es sich um eine einfache medizinische Behandlung (wie etwa Impfungen oder Blutabnahmen) einer einsichts- und urteilsunfähigen Person, so liegt die Zustimmungsbefugnis beim Sachwalter (§§ 282 Abs. 1 iVm, 173 Abs 1 S 2 ABGB aF bzw. §283 Abs 1 S 2 nF).

Die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung, die die Gefahr einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder Persönlichkeit birgt, bedurfte eines ärztlichen Attests eines zweiten unabhängigen Arztes/Ärztin. Dieses Attest musste die Einsichts- und Urteilsunfähigkeit des Patienten/der Patientin sowie die Notwendigkeit der Behandlung zur Erhaltung der Gesundheit der betroffenen Person bestätigen (second opinion)²⁶.

Fehlte dieses ärztliche Zweitmeinung oder gab die betroffene Person zu erkennen, dass sie diese Behandlung ablehnte, so bedurfte der Sachwalter einer gerichtlichen Genehmigung für seine Zustimmung.

Unter diese Behandlungen fielen alle medizinischen Eingriffe die die Voraussetzungen des §84 Abs 1 StGB (schwere Körperverletzung) erfüllen, d.h. wenn der Eingriff eine

²⁵ Barth P. Medizinische Behandlung von Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft. RZ 2004 / 9,182.

²⁶ Barth P. Medizinische Behandlung von Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft. RZ 2004 / 9,182.

schwere/nachhaltige Beeinträchtigung oder eine Gesundheitsschädigung bzw. Arbeitsunfähigkeit länger als 24 Tage nach sich zog. Dazu zählten demnach große oder risikoreiche Operationen (z.B. neuro-, thorax- oder abdominalchirurgische Eingriffe), aber auch Amputationen. Des Weiteren zählten dazu Chemo- und Strahlentherapie, da hier erhebliche Nebenwirkungen zu erwarten sind (§§282 Abs 1 iVm, 216 ABGB nF)²⁷.

Die Zustimmung des Sachwalters oder der betroffenen Person war hingegen nicht erforderlich, wenn die ärztliche Maßnahme so dringend notwendig war, dass der mit der Einholung der Zustimmung verbundene Zeitverlust, eine ernste Gefahr für Gesundheit oder Leben des Patienten darstellen würde (§§ 282 Abs. 1 iVm, 146c Abs 3 ABGB aF bzw. §283 Abs 3 nF). Die Frage ob die betroffene Person einsichts- oder urteilsfähig war, stellte sich in diesem Fall also de facto nicht (Lebensgefahr).

War die betroffene Person bewusstlos, litt unter starken Schmerzen oder stand unter dem Einfluss starker Medikamente und konnte mit der Behandlung nicht bis zur Wiedererlangung des vollen Bewusstseins gewartet werden, so hatte der Arzt/die Ärztin die medizinische Heilbehandlung ohne Zustimmung durchzuführen. War ein Sachwalter/eine Sachwalterin für medizinische Angelegenheiten bestellt, so war die Zustimmung desselben/derselben einzuholen. War dies nicht ohne erheblichen Zeitverlust möglich, so musste die Behandlung ohne die Zustimmung des Sachwalters/der Sachwalterin vorgenommen werden (Gefahr-in-Verzug-Regel).

Gelangte der behandelnde Arzt/die behandelnde Ärztin zu der Einschätzung, dass der Patient/die Patientin nicht in der Lage war seine / ihre Angelegenheit ohne Gefahr eines Nachteils für sich zu besorgen (z.B. psychische Krankheit, geistige Behinderung), aber eine unmittelbare medizinische Behandlung nicht erforderlich war (innerhalb einer Frist von 2 Wochen), so war das Pflugschaftsgericht zu verständigen. Dieses musste dann einen einstweiligen Sachwalter/ eine einstweilige Sachwalterin bestellen (§129 AußStrG) bzw. eine bestehende Sachwalterschaft auf medizinische Angelegenheiten erweitern. Außerdem konnte das Gericht ein medizinisches (neurologisches oder psychiatrisches) Gutachten zur Klärung des Vorliegens von Einsichts- und Urteilsfähigkeit einholen.

²⁷ Koza I. Reform des Sachwalterrechts: Das neue Erwachsenenschutzrecht ab 1.7.2018. ÖRPfL.2017 / 2, 9.

War ein Sachwalter/eine Sachwalterin für medizinische Angelegenheiten bestellt und rechtzeitig erreichbar, verweigerte er aber (evtl. zum Nachteil der betroffenen Person) er/sie die Zustimmung zur Heilbehandlung, so war der Arzt/die Ärztin das PflEGschaftsgericht zu verständigen. Das Gericht konnte dann, evtl. durch ein medizinisches Gutachten, ein pflichtwidriges Verhalten des Sachwalters/der Sachwalterin feststellen und eine/n anderen bestellen. Käme diese zeitintensive gerichtliche Maßnahme zu spät, so durfte der Arzt/die Ärztin die Behandlung ohne Zustimmung durchführen²⁸.

3.3 Die medizinische Behandlung einer minderjährigen Person

Nach §173 ABGB teilt das Gesetz die medizinische Behandlung von Minderjährigen in drei Kategorien, die leichte, die schwere und die dringende. Grundvoraussetzung für jede Behandlung ist die Einsichts- und Urteilsfähigkeit der minderjährigen Person. Denn jede mündig mj Person, die den Sinn einer medizinischen Behandlung verstehen kann und ihren Willen an dieser Einsicht bestimmen kann, darf nicht ohne Zustimmung oder gegen den Willen behandelt werden.

Einwilligungen in medizinische Behandlungen kann das entscheidungsfähige Kind nur selbst erteilen; im Zweifel wird das Vorliegen dieser Entscheidungsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen vermutet. Mangelt es an der notwendigen Entscheidungsfähigkeit, so ist die Zustimmung der Person erforderlich, die mit der gesetzlichen Vertretung bei Pflege und Erziehung betraut ist (vgl. dazu: § 173 ABGB).

Ist diese Einsichts- und Urteilsfähigkeit durch verzögerte Entwicklung, psychische Krankheit oder geistige Behinderung nicht gegeben, bedarf es der Zustimmung einer obsorgeberechtigten Person. Hat der behandelnde Arzt/die behandelnde Ärztin Zweifel an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat er/sie sich an das Gericht zu wenden²⁹.

Willigt ein entscheidungsfähiges minderjähriges Kind in eine Behandlung ein, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, so darf die Behandlung nur

²⁸ Koza I. Reform des Sachwalterrechts: Das neue Erwachsenenschutzrecht ab 1.7.2018. ÖRPfL.2017 / 2, 9.

²⁹ Stadler M. Einwilligung in die medizinische Behandlung - ein Überblick. ÖZPR 2010 / 113, 120.

vorgenommen werden, wenn auch die Person zustimmt, die mit der gesetzlichen Vertretung bei Pflege und Erziehung betraut ist (vgl. dazu: § 173 ABGB)..

Die Einwilligung des entscheidungsfähigen Kindes sowie die Zustimmung der Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist, sind nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, dass der mit der Einholung der Einwilligung oder der Zustimmung verbundene Aufschub das Leben des Kindes gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre (vgl. dazu: § 173 ABGB)..

Handelt es sich um eine medizinische Behandlung eines/r einsichts- und urteilsunfähigen Minderjährigen, so haben die gesetzlichen Vertreter (erziehungsberechtigte Elternteile, Sachwalter) nach §§ 282 Abs 1 iVm 170 Abs 1 S2 ABGB bzw. über die Durchführung oder Unterlassung zu entscheiden. Dabei ist es unerheblich ob es um eine leichte oder schwere (schwere oder nachhaltige Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder Persönlichkeit) medizinische Behandlung handelt³⁰.

Ist der/die mündig Minderjährige einsichts- und urteilsfähig so kann diese/r leichte Behandlungen zustimmen oder ablehnen. Geht es um eine schwere medizinische Heilbehandlung so kann der/die mündig Minderjährige diese nur selbstständig ablehnen. Bei einer Einwilligung zu der Behandlung ist zusätzlich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters notwendig (*Vetorecht*)³¹.

Ist die Dringlichkeit der Behandlung so hoch, dass die Befragung des/der Minderjährigen bzw. die Einholung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Gefahr für das Leben bzw. schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit bedeuten würde, so hat der Arzt/die Ärztin die Behandlung vorzunehmen. Dabei spielt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit keine Rolle (*Lebensgefahr*, §146c Abs 3 ABGB)³².

Ist der/die Minderjährige bewusstlos, steht unter Schock, starken Schmerzen oder starken Medikamentenwirkung und kann nicht bis zum Wiedererlangen des vollen Bewusstseins

³⁰ Stadler M. Einwilligung in die medizinische Behandlung - ein Überblick. ÖZPR 2010 / 113, 120.

³¹ Barth P. Medizinische Behandlung von Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft. RZ 2004 / 9,182.

³² Stadler M. Einwilligung in die medizinische Behandlung - ein Überblick. ÖZPR 2010 / 113, 120.

gewartet werden so hat auch hier der Arzt/die Ärztin ohne Zustimmung die Behandlung durchzuführen. Jedoch ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einzuholen.

Ist die Behandlung nicht so dringend, dass der/die Minderjährige nicht aufgeklärt und zu seinen Wünschen befragt werden kann, aber der gesetzliche Vertreter ist nicht rechtzeitig erreichbar, so entscheidet der/die Minderjährige, bei vorliegender Einsichts- und Urteilsfähigkeit, gänzlich selbst. Ist die Einsichtsfähigkeit nicht oder nicht sicher vorhanden so hat der behandelnde Arzt/die behandelnde Ärztin die Behandlung auch ohne Zustimmung des/der Minderjährigen oder anderer gesetzlicher Vertreter durchzuführen.

Wenn der/die Minderjährige mit der Behandlung einverstanden ist, aber der gesetzliche Vertreter zum Nachteil der minderjährigen Person die Behandlung verweigert, so ist der Jugendwohlfahrtsträger hinzuzuziehen. Stellt dieser eine Gefährdung des Kindeswohls und die Dringlichkeit der Behandlung fest, so darf die Behandlung trotzdem erfolgen³³.

Auf die medizinische Behandlung von mj Personen wird im weiteren Verlauf der Diplomarbeit nicht mehr eingegangen, da sich dieses Vorgehen auch durch das In-Kraft-Treten des 2. Erwachsenenschutzgesetzes nicht geändert hat.

4 Vom Sachwalterrecht zum 2. Erwachsenenschutzgesetz

Seit 1.7.2018 ist in Österreich das 2. Erwachsenenschutzgesetz in Kraft getreten. Nun stellt sich die Frage warum wurde ein derart lang in Geltung stehendes, mehr oder weniger für die betreffenden Angelegenheiten brauchbare Norm durch eine andere, in vielen Bereichen vom Sachwalterrecht sehr unterschiedliche Norm, in Kraft getreten.

Hintergrund der Reform waren, auf internationaler Ebene kritisierte, Themenbereiche, nämlich:

- der unter Sachwalterschaft gestellte Mensch verliert ex lege seine Geschäftsfähigkeit
- die Bestellung zum Sachwalter/zur Sachwalterin ist eine unbefristete Bestellung.

Aus diesen Gründen, nämlich dass die angesprochenen Themenbereiche nicht mehr zeitaktuell sind, wurde die Reform des Sachwalterrechts in der Politik angestoßen und,

³³ Barth P. Medizinische Behandlung von Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft. RZ 2004 / 9,182.

anstelle von Verbesserungen im alten Sachwalterrecht, wurde nun eine vollkommen neue Norm geschaffen, nämlich das 2. Erwachsenenschutzgesetz.

Bis 1.7.2018	Ab 1.7. 2018	Rechtsgrundlage nF
Materielles Recht		
Pflegebefohlene/r	Schutzberechtigte Person	§21 ABGB
Einsichts- und Urteilsfähigkeit	Entscheidungsfähigkeit	§21 Abs 2 ABGB
Behinderte Person	Vertretene Person, volljährig/erwachsene Person	§§239 ABGB ff
Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger	Gesetzliche Erwachsenenvertretung	§§269-270 ABGB
Sachwalter/in	Gerichtliche Erwachsenenvertretung	§§271-276 ABGB
Sachwalterverfügung	Erwachsenenvertreterverfügung	§244 ABGB
Sachwalterverein	Erwachsenenschutzverein	§1 <u>ErwSchVG</u>
Verfahrensrecht		
Betroffene/behinderte Person	Betroffene, vertretene Person	§§116a ff <u>AußStrG</u>
VerfahrenssachwalterIn	Rechtsbeistand	§119 <u>AußStrG</u>
Einstweilige/r Sachwalter/in	Einstweilige/r Erwachsenenvertreter/in	§120 <u>AußStrG</u>
Pflegebefohlene/r	Person unter gesetzlicher Vertretung, vertretene Person	§§132 ff <u>AußStrG</u>

Tab. 2: Neue Terminologie des Erwachsenenschutzrechts¹

4.1 Änderungen durch die Reform

Die Änderungen betreffen im Wesentlichen das ABGB, wobei das 6. Hauptstück („Von der Sachwalterschaft, der sonstigen gesetzlichen Vertretung und der Vorsorgevollmacht“, (§§268-284h ABGB) in „Von der Vorsorgevollmacht und der Erwachsenenvertretung“ (§§239-276 ABGB nF) umbenannt wurde.

Die Bestimmungen zur Kuratel wurde in ein neues, eigenes 7. Hauptstück umgearbeitet (§§277-284 ABGB). Gleichzeitig wurde das 9. Hauptstück des AußStrG in „Erwachsenenschutzverfahren“ umbenannt (§§116a-139 AußStrG)

Die Terminologie des RpflG wurde an die neue Terminologie der Reform angepasst. In §140h NO wurde das Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) als

zentrale Norm verankert, in das zukünftig alle Vertretungsformen eingetragen werden müssen³⁴.

4.2 Materielle rechtliche Neuerungen

Einer der wichtigsten Reformpunkte war die ex lege Abschaffung des Verlusts der Geschäftsfähigkeit. Dieser Ansatz wurde in §242 Abs 1 ABGB nF umgesetzt.

§242 Abs 1 ABGB: Die Handlungsfähigkeit einer vertretenen Person wird durch eine Vorsorgevollmacht oder eine Erwachsenenvertretung nicht eingeschränkt.

Das bedeutet für vertretene Personen, dass sie in der Lage bleiben, solange sie zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses über die notwendige Entscheidungsfähigkeit verfügen, rechtswirksame Geschäfte abzuschließen. D. h., wenn die vertretene Person als entscheidungsfähig einzustufen ist, sind Geschäfte rechtswirksam, auch wenn sie im Wirkungsbereich des Erwachsenenvertreters/der Erwachsenenvertreterin liegen sollten. Ist dies nicht der Fall, so bedarf es der (nachträglichen) Genehmigung des Vertreters/der Vertreterin um das Geschäft rechtswirksam abzuschließen.

Weiters umfassen Alltagsgeschäfte nach In-Kraft-Treten der 2. ErwSchG nicht mehr nur geringfügige Rechtsgeschäfte, sondern alle Geschäfte des täglichen Lebens, solange sie die Lebensverhältnisse der vertretenen Person nicht übersteigen.

Eine Ausnahme ergibt sich hier nur bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung (§242 Abs 2 ABGB nF), nämlich der sog. Genehmigungsvorbehalt. Ein Gericht kann unter bestimmten Voraussetzungen einen solchen aussprechen und so die Handlungsfähigkeit der vertretenen Person in diesem Bereich beschränken (z.B. Alltagsgeschäfte). Bei in Kraft treten eines solchen Genehmigungsvorbehaltes gilt ein Geschäft in betreffendem Bereich als schwebend unwirksam bis der gerichtliche Erwachsenenvertreter/die gerichtliche Erwachsenenvertreterin ihre Zustimmung gibt³⁵ (vgl. dazu Auch § 173 ABGB für unmündig Mj).

³⁴ Koza I. Reform des Sachwalterrechts: Das neue Erwachsenenschutzrecht ab 1.7.2018. ÖRPfI.2017 / 2, 9.

³⁵ Koza I. Reform des Sachwalterrechts: Das neue Erwachsenenschutzrecht ab 1.7.2018. ÖRPfI.2017 / 2, 9.

4.3 Verfahrensrechtliche Neuerungen

Auch nach der neuen Rechtslage erfolgt die gerichtliche Kontrolle des Vertreters/der Vertreterin über regelmäßige Berichte an das PflEGschaftsgericht. Das bedeutet, jeder Erwachsenenvertreter/jede Erwachsenenvertreterin muss einmal jährlich einen Lebenssituationsbericht der vertretenen Person dem Gericht vorlegen. Der Inhalt dieses Berichts wird in §259 Abs 1 ABGB nF festgelegt:

§259 Abs 1 ABGB: Ein Erwachsenenvertreter hat dem Gericht jährlich über die Gestaltung und Häufigkeit seine persönlichen Kontakte mit der vertretenen Person, ihren Wohnort, ihr geistiges und körperliches Befinden und die für sie im vergangenen Jahr besorgten und im kommenden Jahr zu besorgenden Angelegenheiten zu berichten.

Diese Berichte sollen ein Mindestmaß an Kontrolle gewährleisten, vor allem in Vertretungsarten in deren Errichtung das Gericht nicht eingebunden ist (Säule 2-4, s. Kap. 4). Allerdings kann nach neuer Rechtslage die Berichtspflicht vom Gericht eingeschränkt werden, solange daraus der vertretenen Person kein Nachteil entsteht (§130 Abs 2 AußStrG nF).

Ist der Erwachsenenvertreter/die Erwachsenenvertreterin auch für Vermögensangelegenheiten bestellt, so muss zu Beginn der Vertretung der Vermögensstand erfasst und regelmäßig Rechnung abgelegt werden. § 258 ABGB nF legt zudem fest, dass mit dem Einkommen und Vermögen der vertretenen Person primär die Bedürfnisse der vertretenen Person, an die Lebensverhältnisse angepasst, befriedigt werden müssen. Hier spiegelt sich die gestärkte Autonomie der vertretenen Person, die das 2. Erwachsenenschutzgesetz als Prämisse aufweist, wieder. Denn angemessene Lebensbedürfnisse werden von der vertretenen Person selbst definiert.

4.4 Übergangsrecht

Alle dzt. bestehenden Sachwalterschaften werden nach in Kraft treten des 2. Erwachsenenschutzgesetzes in gerichtliche Erwachsenenvertretungen sukzessive übergeleitet. Nach neuer Rechtslage enden gerichtliche Erwachsenenvertretungen ex lege nach 3 Jahren, wenn kein Erneuerungsverfahren eingeleitet wurde (§128 AusStrG nF). Das

bedeutet, wenn übergeleitete gerichtliche Erwachsenenvertretungen nicht bis 30. Juni 2024 durch ein Erneuerungsverfahren verlängert werden, enden sie mit diesem Datum.

Eine weitere Übergangslösung wurde für die Aufrechterhaltung der Entscheidungsfähigkeit geschaffen. Alle Sachwalterschaften, die in eine gerichtliche Erwachsenenvertretung übergeleitet wurden, unterliegen einem gesetzlichen Genehmigungsvorbehalt³⁶.

³⁶ Koza I. Reform des Sachwalterrechts: Das neue Erwachsenenschutzrecht ab 1.7.2018. ÖRPfI.2017 / 2, 9.

5 Das 2. Erwachsenenschutzgesetz

Das 2. ErwSchG (in Kraft seit 1.7.2018) bringt für die gesetzliche Vertretung von Personen die, durch psychische Krankheit oder andere medizinische Beeinträchtigungen, nicht in der Lage sind ihre Geschäfte selbst zu besorgen eine neue rechtliche Basis. Grundgedanke des 2. ErwSchG ist, wie bereits auch unter Pkt. 4 ausgeführt, die Autonomie vertretener Personen zu fördern^{37, 38}.

5.1 Ziele des Gesetzes

Mit In-Kraft-Treten des 2. ErwSchG wird die Unterstützung bei der Selbstbestimmung von entscheidungsunfähigen Personen gefördert. Die betroffene Person ist also noch entscheidungsfähig und damit selbstbestimmt, oder hat diese Fähigkeit verloren und muss aus diesem Grunde unterstützt bzw. fremdbestimmt werden. Es soll betroffenen Personen vielmehr ermöglicht werden möglichst lange selbstbestimmt zu leben, bzw.

Entscheidungen, zumindest mit Unterstützung, selbst treffen zu können. Der Übergang von Selbst- zu Fremdbestimmung wird wesentlich fließender geregelt, indem vier Abstufungen (4 Säulen) der Vertretung normiert sind^{39, 40}.

Die betroffene Person bleibt also möglichst lange entscheidungsfähig und, sowohl sie selbst, als auch der Vertreter/die Vertreterin können (in seinem/ihrem Wirkungsbereich) Entscheidungen treffen (*parallel Handlungsbefugnis/Doppelkompetenz*)⁴¹.

Ein Erwachsenenvertreter / eine Erwachsenenvertreterin soll nur bestellt werden, wenn dies die betroffene Person selbst wünscht oder wenn andere Schritte zur Erhaltung der Entscheidungsfähigkeit nicht ausreichend sind. Ziel ist es, nicht ausreichend entscheidungsfähige Personen so zu unterstützen, sodass sie in die Lage versetzt werden ihre Angelegenheiten, ohne Gefahr des Nachteils für sich, selbst zu besorgen.

³⁷ Brandstätter N. Das 2. Erwachsenenenschutzgesetz - zentrale Neuerungen. e-colex.2017 / 11, 1048.

³⁸ Schweighofer M. Das 2. Erwachsenenenschutzgesetz - Gerichtliche Erwachsenenvertretung statt Sachwalterschaft. EF-Z.2017 / 99, 196.

³⁹ Schweighofer M. Das 2. Erwachsenenenschutzgesetz - Gerichtliche Erwachsenenvertretung statt Sachwalterschaft. EF-Z.2017 / 99, 196.

⁴⁰ Pesendorfer U. Das 2. Erwachsenenenschutzgesetz - Ein Überblick. OJZ.2018 / 66, 485.

⁴¹ Zierl HP. Die wichtigsten Änderungen durch das Erwachsenenenschutz-Gesetz im Überblick. ÖZPR.2018 / 74, 116.

Die notwendige Unterstützung soll dabei in erster Linie von Familienangehörigen oder nahestehenden Personen erfolgen. In zweiter Linie kommen dann Institutionen, wie etwa Pflegeeinrichtungen, Behindertenhilfeeinrichtungen, Beratungsstellen, Selbsthilfegruppen oder sozial bzw. psychosoziale Dienste, zum Zug.

Die vorhandene Entscheidungsfähigkeit verlangt die Fähigkeit:

- die Tatsachen zu verstehen (kognitives Element),
- den Willen entsprechend danach zu bestimmen (voluntatives Element),
- und sich entsprechend der Faktenlage zu verhalten

Neu ist die gesetzliche Vermutung über das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit bei volljährigen Personen (§24 Abs 2 ABGB), welche nur dann gilt, wenn keine aufrechte gesetzliche Vertretung für die betroffene Person besteht⁴².

Auch bei der Art der Vertretung und der Bestimmung eines Vertreters/einer Vertreterin wird die Autonomie der betroffenen Person gestärkt. Durch eine Erwachsenenvertreter-Verfügung können, vor Eintreten des Anlassfalls, durch die betroffene Person eine oder mehrere Personen bestimmt werden, die als gesetzlicher oder gerichtlicher Erwachsenenvertreter für sie (nicht) tätig werden sollen. Außerdem kann der Kreis der Angelegenheiten für den der Vertreter/die Vertreterin bestellt wird, festgelegt werden.

Von Bedeutung ist außerdem der unkomplizierte Widerruf einer Erwachsenenvertreterverfügung bzw. die Beendigung einer Erwachsenenvertretung. Dazu kann die Erwachsenenvertreterverfügung durch den Verfasser/die Verfasserin jederzeit widerrufen werden. Eine gewählte Erwachsenenvertretung wird durch Kündigung und Widerruf (§246 Abs 1 Z4 ABGB) bzw. eine gesetzliche Erwachsenenvertretung durch Widerspruch (§246 Abs 1 Z5 ABGB) beendet.

⁴² Hinteregger M. Die neue Arten der Erwachsenenvertretung, Aufgaben, Rechte und Pflichten. EF-Z.2018 / 117, 248.

Dieser Widerruf oder Widerspruch verlangt keine erhaltene Entscheidungsfähigkeit der betroffenen Person. Außerdem genügt es wenn die vertretene Person zu erkennen gibt, dass sie nicht mehr vertreten werden möchte (§246 Abs 1 Z4 ABGB)⁴³.

5.2 Die vier Säulen des Gesetzes

Das neue 2. ErwSchG stützt sich auf vier Säulen, die hierarchisch im Sinne der Selbstbestimmung gestaffelt sind. Die erste Säule stellt die Vorsorgevollmacht dar, die noch das größte Maß an Selbstbestimmung ermöglicht.

Die zweite Säule wird durch die gewählte Erwachsenenvertretung gebildet. Sie reiht sich zwischen den bestehenden Instanzen Vorsorgevollmacht und Sachwalterschaft und ermöglicht einen sanfteren Übergang dazwischen.

Die dritte Säule ist die gesetzliche Erwachsenenvertretung. Deren Aufgaben ergeben sich direkt aus dem gesetzlichen Rahmen und bedürfen keinem weiteren Übereinkommen der beteiligten Personen.

Die vierte Säule stellt die gerichtliche Erwachsenenvertretung dar. Sie ist die letzte Instanz und kommt erst zum Tragen, wenn alle anderen Instanzen ungenügend sind. Sie umfasst vornehmlich die Aufgaben der ehemaligen Sachwalterschaft^{44, 45}.

5.2.1 Erwachsenenvertreter

Die betroffene Person wird nur dann durch einen rechtlichen Vertreter/Vertreterin unterstützt, wenn diese das so verfügt hat (*Vorsorgevollmacht*) oder eine Vertretung zur Interessenwahrung unvermeidlich ist (Erwachsenenvertretung). Weiters wird im 2. ErwSchG die Subsidiarität der Erwachsenenvertretung betont. Ist die betroffene Person ausreichend unterstützt oder hat für die Erledigung ihrer Angelegenheiten selbst

⁴³ Hinteregger M. Die neue Arten der Erwachsenenvertretung, Aufgaben, Rechte und Pflichten. EF-Z.2018 / 117, 248.

⁴⁴ Pesendorfer U. Das 2. Erwachsenenschutzgesetz - Ein Überblick. OJZ.2018 / 66, 485.

⁴⁵ Hinteregger M. Die neue Arten der Erwachsenenvertretung, Aufgaben, Rechte und Pflichten. EF-Z.2018 / 117, 248.

vorgesorgt, darf – vor allem bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht – kein Erwachsenenvertreter einschreiten⁴⁶.

Der Vertreter/die Vertreterin sollte ein nächster Angehöriger/eine nächste Angehörige sein, dazu zählen: Eltern und Großeltern, volljährigen Kinder und Enkelkinder, Geschwister, Nichten und Neffen der volljährigen Person, ihr Ehegatte oder eingetragener Partner und ihr Lebensgefährte, wenn dieser mit ihr seit mindestens drei Jahren im gemeinsamen Haushalt lebt (§268 ABGB).

Der Erwachsenenvertreter/die Erwachsenenvertreterin hat immer den Willen und das Wohl der vertretenen Person zu wahren. Sein/Ihr oberstes Ziel ist das Wiedererlangen/der Erhalt der Selbstbefähigung zur Erledigung der Angelegenheiten der vertretenen Person. Jeder Vertreter/jeder Vertreterin hat die betreute Person von beabsichtigten Entscheidungen rechtzeitig zu verständigen, damit die betroffene Person zu dieser Entscheidung ihren Willen äußern kann. Diese Willensäußerungen sind vom Vertreter/von der Vertreterin zu beachten, es sei denn das Wohl der betroffenen Person würde dadurch gefährdet werden.

Sollte sich während der Vertretungstätigkeit zeigen, dass durch den Vertreter eine starke Beeinflussung ausgeübt wird, die nicht dem Willen der vertretenen Person entspricht, so ist die Eintragung als Vertreter/Vertreterin abzulehnen bzw. zu beenden.

Der Nachweis der Vertretungsbefugnis wird durch die Registrierungsbestätigung des österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) erbracht. In dieses Verzeichnis müssen alle Vertretungen eingetragen werden, ausgenommen davon ist nur die gerichtliche Erwachsenenvertretung. Diese wird durch die rechtskräftige Bestellung durch ein Gericht wirksam.

Der Erwachsenenvertreter/Die Erwachsenenvertreterin unterliegt einer gerichtlichen Kontrolle und muss einmal jährlich einen Lebenssituationsbericht vorlegen und gegebenenfalls erklären wieso die Vertretung weiterhin notwendig ist.

⁴⁶ Schauer M. Die vier Säulen des Erwachsenenschutzrechts. iFamZ.2017 / 3, 148

Weiters ist eine Gesamtvertretung, also eine Bestellung für sämtliche Angelegenheiten, nicht zulässig. Die Kompetenzen, die in die Zuständigkeit des Vertreters/der Vertreterin fallen müssen exakt definiert werden und dürfen nur aktuell zu erledigende Angelegenheiten sein.

Mehrere Personen können für unterschiedliche Bereiche verantwortlich sein. Dabei können auch unterschiedliche Formen der Erwachsenenvertretung, für unterschiedliche Angelegenheiten, nebeneinander existieren. Dies ermöglicht individuelle Stärken der unterschiedlichen Vertreter/Vertreterinnen zu nutzen und die Belastung der Vertretung auf mehrere Personen aufzuteilen⁴⁷.

Autonomie ⇒ Erwachsenenschutz			
Vorsorgevollmacht	gewählte Erwachsenenvertretung	gesetzliche Erwachsenenvertretung	gerichtliche Erwachsenenvertretung
Auf unbestimmte Zeit	Auf unbestimmte Zeit	Für maximal drei Jahre	Für maximal drei Jahre
Einzelne oder Arten von Angelegenheiten	Einzelne oder Arten von Angelegenheiten	Kann bestimmte Bereiche betreffen	Einzelne oder Arten von konkret zu besorgenden Angelegenheiten
Eine oder mehrere Personen	Eine oder mehrere nahestehende Personen	Ein oder mehrere nächste Angehörige	Eine oder mehrere bezeichnete Personen; sonst nahestehende Personen; ErwSchV, sonst RA oder Notar

Abb. 1: Das vier Säulen Model des 2. ErwSchG⁴⁸

5.2.2 Vorsorgevollmacht

Die Vorsorgevollmacht des 2. ErwSchG stellt die erste der vier Säulen der Erwachsenenvertretung dar.

Mit einer Vorsorgevollmacht kann der Vollmachtgeber/die Vollmachtgeberin schon vor dem Verlust seiner/ihrer Entscheidungsfähigkeit eine oder mehrere Personen bestimmen, die im Vorsorgefall für ihn/sie entscheiden dürfen. Dazu ist vorgesehen, dass die Vorsorgevollmacht nur für einzelne Angelegenheiten gelten darf.

⁴⁷ Hinteregger M. Die neue Arten der Erwachsenenvertretung, Aufgaben, Rechte und Pflichten. EF-Z.2018 / 117, 248.

⁴⁸ Barth P. Das neue Erwachsenenschutzrecht: Linde Verlag

Die Vorsorgevollmacht gilt, im Gegensatz zum gesetzlichen und gerichtlichen Erwachsenenvertreter, unbefristet⁴⁹.

Das Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht im Anlassfall ist an zwei Konditionen gebunden: Erstens muss der Vorsorgefall eingetreten sein und zweitens muss die Vorsorgevollmacht in das Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) eingetragen sein. Der Eintritt des Vorsorgefalles kann nur eingetragen werden, wenn der/die Bevollmächtigte mit einem ärztlichen Attest bestätigen kann, dass der Vollmachtgeber/die Vollmachtgeberin seine/ihre Handlungsfähigkeit, zumindest in den betreffenden Bereichen, verloren hat⁵⁰.

Einschränkungen in der Äußerungsfähigkeit sind nicht mit einem Eintritt des Vorsorgefalles gleichzusetzen. Erst der gänzliche Verlust der Äußerungsfähigkeit bewirkt den Eintritt des Anlassfalls.

Im 2. ErwSchG wird nun speziell auf die Verknüpfung von Vollmacht und Vorsorgevollmacht hingewiesen. Die Vollmacht gilt also schon, wenn der Vollmachtgeber noch über die Handlungsfähigkeit verfügt, aber nur als einfache Vollmacht. Zur Vorsorgevollmacht wird sie erst, wenn der Anlassfall eintritt, im ÖZVV registriert wird und der Vollmachtgeber/die Vollmachtgeberin diese Umwandlung von Vollmacht zu Vorsorgevollmacht extra anordnet. Fehlt die Anweisung zur Umwandlung, kann der Vorsorgefall nicht eingetragen werden und sie bleibt als einfache Vollmacht bestehen⁵¹.

Die Vorsorgevollmacht kann für einzelne Angelegenheiten oder Gruppen von Angelegenheiten erteilt werden. Je klarer diese Angelegenheiten definiert werden, desto leichter ist es im Anlassfall rechtliche Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden. So könnte die Vorsorgevollmacht zum Beispiel für persönliche Angelegenheiten wie etwa die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen oder die Einsicht in den Krankenakt umfassen⁵².

⁴⁹ Spenling J. Die vier Säulen des Erwachsenenschutzrecht - Überblickstabelle. iFamZ.2017 / 3, 158.

⁵⁰ Brandstätter N. Das 2.Erwachsenenschutzgesetz - zentrale Neuerungen. eColex.2017 / 11, 1048.

⁵¹ Schauer M. Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Anderungsgesetzes. ÖJZ.2007 / 5, 218.

⁵² Schweighofer M. Das 2. Erwachsenenschutzgesetz - Gerichtliche Erwachsenenvertretung statt Sachwalterschaft. EF-Z.2017 / 99, 196.

Die Vorsorgevollmacht muss vor einem Notar, Rechtsanwalt oder einem Erwachsenenschutzverein schriftlich und höchstpersönlich errichtet werden. Der Vollmachtgeber hat jederzeit die Möglichkeit seine Vollmacht zu widerrufen. Erlangt der Vollmachtgeber seine Handlungsfähigkeit in den betreffenden Angelegenheiten wieder, so muss das Ende des Vorsorgefalls im ÖZVV eingetragen werden⁵³.

5.2.3 Gewählte Erwachsenenvertretung

Diese zweite Säule der Erwachsenenvertretung ist neu geschaffen worden und soll die Lücke zwischen Vorsorgevollmacht und Sachwalterschaft schließen.

Wird zu spät an die Errichtung einer Vorsorgevollmacht gedacht und liegt bereits eine (teilweise) Einschränkung der Handlungsfähigkeit vor, so ist die Errichtung einer Vorsorgevollmacht nicht mehr möglich. Die Person ist dennoch in der Lage, ihre Wünsche in Grundzügen zu artikulieren und deren Folgen zu verstehen. D. h. die betroffene Person besitzt noch die Fähigkeit, anstehende Angelegenheiten zu verstehen und kann auch definieren, welche nahestehenden Personen sich um diese Angelegenheiten kümmern sollen. Genau an diesem Punkt setzt die gewählte Erwachsenenvertretung an und soll die Selbstbestimmung mit Unterstützung ermöglichen. Diese neu geschaffene Möglichkeit stellt eine der vornehmlichen Neuerungen des 2. ErwSchG dar⁵⁴.

Die gewählte Erwachsenenvertretung setzt voraus, dass es keinen bestehenden Vertreter/Vertreterin gibt und eine Beeinträchtigung vorliegt, die die betroffene Person in ihrer Handlungsfähigkeit soweit einschränkt, dass sie nicht mehr in der Lage ist ihrer Angelegenheiten selbst zu besorgen, also keine Möglichkeit mehr hat eine Vorsorgevollmacht zu errichten. Allerdings muss die betroffene Person in der Lage sein, ihre Wünsche und Handlungen bzw. deren Folgen verstehen zu können. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der/die Vertretene eine ihm/ihr nahestehende Person wählen, um in bestimmten Angelegenheiten vertreten zu werden. Dazu wird schriftlich eine Vereinbarung geschlossen, in der festgehalten wird, welche Befugnisse der Vertreter hat. Außerdem muss der Vertreter/die Vertreterin zustimmen, die Vertretung zu

⁵³ Schauer M. Die vier Säulen des Erwachsenenschutzrechts. iFamZ.2017 / 3, 148.

⁵⁴ Schauer M. Die vier Säulen des Erwachsenenschutzrechts. iFamZ.2017 / 3, 148.

übernehmen. Um im Anlassfall möglichst wenig Auslegungsschwierigkeiten zu erfahren, sollten die Vertretungsbefugnisse möglichst detailliert beschrieben werden⁵⁵.

Das 2. ErwSchG ermöglicht es, verschiedene Formen der gewählten Erwachsenenvertretung fest zu legen.

Die Vertretungsbefugnisse können so eingeschränkt werden, dass nur mit der Zustimmung der vertretenen Person die Vertretungsbefugnis ausgeübt werden darf (*co-decision*). D. h., Handlungen des Vertreters/der Vertreterin sind solange rechtlich unwirksam, bis die vertretene Person zustimmt⁵⁶.

Gerade andersherum verhält es sich mit der Erteilung eines freiwilligen Genehmigungsvorbehalts. Hier sind die Entscheidungen der vertretenen Person solange unwirksam, bis der Vertreter/die Vertreterin diesen zustimmen⁵⁷.

Zuletzt kann die betroffene Person die Vertretungsbefugnisse soweit einschränken, als der Vertreter/die Vertreterin nur Einsichts- bzw. Auskunftsrecht erteilt bekommt. Diese Befugnisse erlauben z.B. die Einsicht in Heim- und Krankenakten, in ärztliche Dokumente und Pflegedokumentationen. In dieser Form nimmt der gewählte Erwachsenenvertreter/ die gewählte Erwachsenenvertreterin eine rein beratende Funktion ein, da er/sie keine Entscheidungen treffen darf⁵⁸.

Wie auch bei der Vorsorgevollmacht muss die gewählte Erwachsenenvertretung vor einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einem Erwachsenenschutzverein höchstpersönlich und schriftlich errichtet werden. Auch die gewählte Erwachsenenvertretung muss, wie die Vorsorgevollmacht, im ÖZVV eingetragen werden. Um den Eintritt des Vertretungsfalls zu bestätigen, ist ein ärztliches Attest vorzulegen, welches die Einschränkung oder den Verlust der Handlungsfähigkeit nachweist.

⁵⁵ Hinteregger M. Die neue Arten der Erwachsenenvertretung, Aufgaben, Rechte und Pflichten. EF-Z.2018 / 117, 248.

⁵⁶ Wimberger S. Erwachsenenschutzrecht. LexisNexis 2018

⁵⁷ Wimberger S. Erwachsenenschutzrecht. LexisNexis 2018

⁵⁸ Wimberger S. Erwachsenenschutzrecht. LexisNexis 2018

Zum Schutz der vertretenen Person, unterliegt die Vertretung einer gerichtlichen Kontrolle. Sollte sich während der Vertretung herausstellen, dass der gewählte Vertreter/die gewählte Vertreterin nicht dem Willen der betroffenen Person nachkommt, nicht zu seinem Wohl entscheidet oder massiv beeinflussend auf die betroffene Person einwirkt, so ist die Erwachsenenvertretung abzulehnen bzw. zu beenden⁵⁹.

Auch besteht die Möglichkeit, vor Verlust oder Einschränkung der Handlungsfähigkeit im Rahmen einer Erwachsenenvertreterverfügung einen nächsten Angehörigen/eine nächste Angehörige als Vertreter vorab zu bestimmen.

5.2.4 Gesetzliche Erwachsenenvertretung

Ein oder mehrere nächste Angehörige können eine Person in bestimmten Angelegenheiten vertreten, wenn die betroffene Person nicht mehr in der Lage ist ihre Angelegenheiten ohne Nachteil für sich selbst zu besorgen. Die gesetzliche Erwachsenenvertretung wird also dann zum Einsatz kommen, wenn die betroffene Person nicht mehr in der Lage ist, selbst einen Vertreter/eine Vertreterin zu wählen.

Dazu darf diese Person nicht bereits einen anderen Vertreter haben (Vorsorgebevollmächtigten, gewählten Erwachsenenvertreter oder Kurator) und muss über weniger als die geminderte Entscheidungsfähigkeit verfügen. Diese Voraussetzungen zeigen, dass die gesetzliche Erwachsenenvertretung nur den nächsten Schritt darstellen kann, wenn andere Formen der Vertretung nicht (mehr) ergriffen werden können⁶⁰.

Um auch bei dieser Vertretungsform noch ein gewisses Maß an Selbstbestimmung zu gewährleisten, darf die betroffene Person einer Vertretung nicht schon im Vorhinein widersprochen haben. Eine derartige Vertretungsablehnung muss im ÖZVV eingetragen werden. Des Weiteren haben vertretene Personen immer die Möglichkeit der Vertretung zu widersprechen, wofür die erhaltene Äußerungsfähigkeit genügt. Auch dieser Widerspruch wird im ÖZVV eingetragen, womit die Vertretungsmacht beendet ist.

⁵⁹ Pesendorfer U. Das 2. Erwachsenenschutzgesetz - Ein Überblick. OJZ.2018 / 66, 485

⁶⁰ Wimberger S. Erwachsenenschutzrecht. LexisNexis 2018

§268 Abs. 2 ABGB definiert, welche Personen als nächste Angehörige definiert werden. Dieser Personenkreis wird durch das 2.ErwSchG um Geschwister, Nichten und Neffen erweitert. Außerdem können auch nicht verwandte Personen die Vertretung übernehmen, wenn sie vom Vertretenen/von der Vertretenen, im Rahmen einer Erwachsenenvertreterverfügung, ausdrücklich gewünscht werden⁶¹.

Wie bei der gewählten, kann auch bei der gesetzlichen Erwachsenenvertretung der Vertreter für alle Angelegenheiten oder nur für bestimmte Bereiche (Verwaltungsverfahren, finanzielle Angelegenheiten, Abschluss von Rechtsgeschäften, medizinische Behandlungen oder Änderung des Wohnorts) bestimmt werden ⁶²

Dieser Vertreter muss durch einen Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein im ÖZVV eingetragen werden. Außerdem unterliegt der Erwachsenenvertreter einer regelmäßigen Berichtspflicht. In diesen Berichten muss er dem Gericht Rechenschaft über die Lebenssituation und Vermögensstand ablegen. Er ist weiters verpflichtet in bedeutenden Fällen der Personen- oder Vermögenssorge eine gerichtliche Genehmigung einzuholen.

Die Eintragung ist Voraussetzung für den Antritt einer solchen Vertretung und soll gemeinsam mit der jährlichen Berichtspflicht des Vertreters für die notwendige Rechtssicherheit sorgen.

Hegt der Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen oder der Eignung des Vertreters so hat er die Eintragung abzulehnen und diese Ablehnung im ÖZVV einzutragen. Der Vertreter und die vertretene Person müssen außerdem vor der Eintragung, über die Rechte und Pflichten der gesetzlichen Erwachsenenvertretung belehrt werden (vgl. §270 ABGB).

Eine gesetzliche Erwachsenenvertretung endet mit Eintragung des Widerspruchs im ÖZVV oder nach Ablauf von drei Jahren, wenn sie nicht erneut eingetragen wird.

⁶¹ Schweighofer M. Das 2. Erwachsenenschutzgesetz - Gerichtliche Erwachsenenvertretung statt Sachwalterschaft. EF-Z.2017 / 99, 196.

⁶² vgl. §269 ABGB

5.2.5 Gerichtliche Erwachsenenvertretung

Als vierte und letzte Säule steht der gerichtliche Erwachsenenvertreter zur Verfügung. Diese Form der Erwachsenenvertretung kommt nur zum Einsatz, wenn alle vorangegangenen Säulen des 2.ErwSchG unzureichend sind. Sie umfasst im Wesentlichen die Aufgaben, die früher in den Bereich der Sachwalterschaft gefallen sind.

Voraussetzung für die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters ist der Verlust der Entscheidungsfähigkeit, also eine Beeinträchtigung, die es der Person unmöglich macht, ihre Angelegenheiten ohne Gefahr des Nachteils für sich selbst zu besorgen. Zweitens darf die Person in diesem Bereich noch keinen Vertreter haben und sie nicht mehr in der Lage sein, selbst einen zu bestellen, bedingt durch die fehlende Entscheidungsfähigkeit oder durch fehlende bzw. ungeeignete nächste Angehörige (vgl. §271 ABGB).

Der gerichtliche Erwachsenenvertreter darf nur für konkret anstehende Angelegenheiten bestellt werden. Eine vorsorgliche Bestellung für Eventualitäten in der Zukunft ist unzulässig.

Bei der Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters darf dieser nur für eine oder mehrere Angelegenheiten bestellt werden (z.B. Einwilligung in eine definierte Operation oder Durchführung einer Radiochemotherapie), nicht mehr pauschal für alle Angelegenheiten. Außerdem müssen diese Angelegenheiten gegenwärtig zu erledigen sein und konkret benannt werden. Auch die gerichtliche Erwachsenenvertretung muss im ÖZVV eingetragen werden, erlangt aber auch ohne diese Eintragung Wirksamkeit⁶³.

Nach Erledigung der Angelegenheiten ist die gerichtliche Erwachsenenvertretung einzuschränken oder zu beenden. Der entsprechende Antrag hat vom bestellten Erwachsenenvertreter bei Gericht eingebracht zu werden (vgl. §272 Abs 2 ABGB). Als Erwachsenenvertreter können nur Personen bestellt werden, die in der Lage sind ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen. Außerdem dürfen keine Personen als Vertreter bestellt werden, von denen eine gewissenhafte, der vertretenen Person förderliche, Tätigkeit als Vertreter erwartet werden kann. Eine Person die Teil einer Einrichtung ist, in

⁶³ Pesendorfer U. Das 2. Erwachsenenschutzgesetz - Ein Überblick. OJZ.2018 / 66, 485.

der die vertretene Person betreut wird oder wohnhaft ist, kann ebenfalls nicht als gerichtlicher Erwachsenenvertreter bestellt werden (Abhängigkeitsverhältnis).

Der gerichtlich bestellte Erwachsenenvertreter soll eine der vertretenen Person nahestehende Person sein. Ist eine solche Person nicht vorhanden soll ein Erwachsenenschutzverein bestellt werden. Kommt auch dieser nicht in Betracht oder erfordern die Angelegenheiten Rechtskenntnisse, so ist ein Rechtsanwalt oder Notar zu bestellen⁶⁴.

Auch schon vor in Kraft treten des 2. ErwSchG war es möglich Personen zu bestimmen, die als Sachwalter tätig werden sollten (Sachwalterverfügung). Im 2. ErwSchG wird diese Verfügung als Erwachsenenvertreterverfügung bezeichnet und sie wird um die Option Personen festzulegen die nicht als Vertreter tätig werden dürfen, erweitert.

Dazu muss die betroffene Person über mindestens geminderte Entscheidungsfähigkeit verfügen. Personen die in der Erwachsenenvertreterverfügung als Vertreter „gewünscht“ werden, werden damit in den Status eines nächsten Angehörigen gehoben. Wie auch die Vorsorgevollmacht muss die Erwachsenenvertreterverfügung vor einem Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein errichtet und im ÖZVV eingetragen werden. Auch hier ist der einfache Widerruf dieser Verfügung durch die betroffene Person möglich, in dem sie zu erkennen gibt, dass diese nicht mehr gelten soll. Der Widerruf muss von einem Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein im ÖZVV eingetragen werden⁶⁵.

⁶⁴ Schweighofer M. Das 2. Erwachsenenschutzgesetz - Gerichtliche Erwachsenenvertretung statt Sachwalterschaft. EF-Z.2017 / 99, 196

⁶⁵ Wimberger S. Erwachsenenschutzrecht. LexisNexis 2018

6 Die medizinische Behandlung im 2. Erwachsenenenschutzgesetz

Die medizinische Behandlung wird im 2. ErwSchG als eine von einem Arzt/einer Ärztin oder auf seine/ihre Anweisung hin durchgeführte diagnostische, therapeutische, rehabilitative, präventive oder geburtshilfliche Maßnahme, definiert. Diese Definition umfasst also alle körperlichen Untersuchungen, die Gabe von Medikamenten, Impfungen, Narkosen und Operationen (§ 252 Abs 1 ABGB iVm § 2 ÄrzteG)⁶⁶.

Das 2. ErwSchG erweitert den Kreis der Berufsgruppen die unter die Regelung medizinischer Maßnahmen fallen, maßgeblich. So gehört nicht mehr nur die Ärzteschaft zu dem betroffenen Personenkreis, sondern auch Angehörige folgender gesetzlich geregelter Gesundheitsberufe^{67, 68}:

- Diplomierte Gesundheits- und Krankenpflege,
- biomedizinische Analytiker/innen,
- Diätologen/innen,
- Ergotherapeuten/innen,
- Hebammen,
- Heilmasseure/innen,
- Gesundheitspsychologen/innen,
- klinische Psychologen/innen,
- medizinische Assistenzberufe wie Gipsassistent, Zahnarthelfer/innen, Sanitäter/innen, Pflegehelfer/innen, Physiotherapeuten/innen, Psychotherapeuten/innen, Radiologietechnologen/innen.

Von dieser Regelung ausgenommen sind nicht gesetzlich geregelte Gesundheitsberufe (z.B.: Pharmareferenten/innen oder Strahlenschutzbeauftragte) und gesundheitsbezogene Gewerbe (z.B.: Optiker/innen, Bandagisten/innen, Fußpfleger/innen, Lebens- und Sozialberater/innen, Zahntechniker/innen oder Humangenetiker/innen).

⁶⁶ Kallab S. 2. Erwachsenenenschutzgesetz und Gesundheitsberufe. ZfG.2018 / 2, 50

⁶⁷ Schweighofer M. Entscheidungsfähigkeit in medizinischen und pflegerischen Belangen nach dem 2. ErwSchG. EF-Z.2018 / 4, 153.

⁶⁸ Irene Müller MP, Ilse Zapletal. Erwachsenenvertretung. NWV Verlag.2018, S.116:116.

Eine medizinische Behandlung umfasst nur solche Maßnahmen die von einem Arzt/einer Ärztin oder auf seine/ihre Anweisung hin durchgeführt werden und eine anerkannten medizinischen Indikation aufweisen⁶⁹.

6.1 Die medizinische Behandlung der erwachsenen, einsichts- und urteilsunfähigen Person

Unverändert bleibt, dass die Einwilligung in eine medizinische Behandlung eine entsprechende Aufklärung des Patienten/der Patientin verlangt. Diese Aufklärung hat das Ziel, die betroffene Person in die Lage zu versetzen, Risiken und Folgen sowie Nutzen der Behandlung zu verstehen, um aufgrund dieser Informationen, möglichst autonom, eine Entscheidung treffen zu können. Davon sind auch entscheidungsunfähige Personen betroffen. Ziel ist die therapeutische Aufklärung, also den Patienten/die Patientin in die Lage zu versetzen, die Entscheidung über die Behandlung mittragen zu können.

Wenn der behandelnde Arzt/die behandelnde Ärztin die Entscheidungsfähigkeit der betroffenen Person beurteilen soll, so muss er/sie feststellen ob diese Person in der Lage ist die Bedeutung und die Folgen seines/ihres Handelns zu begreifen, seinen/ihren Willen danach bestimmen kann und sich entsprechend zu verhalten.

Dazu werden im 2. ErwSchG drei Stufen der Entscheidungsfähigkeit festgelegt:

- entscheidungsfähige Person
- zweifelhafte Entscheidungsfähigkeit einer Person
- entscheidungsunfähige Person

Der zweite Punkt löst das starre Verhältnis zwischen voll entscheidungsfähig und völliger Verlust der Entscheidungsfähigkeit. Stattdessen wird jetzt von einer Unterstützung bei der Entscheidungsfähigkeit durch geeignete Hilfestellung von Erwachsenenvertretern ausgegangen⁷⁰.

⁶⁹ Schweighofer M. Entscheidungsfähigkeit in medizinischen und pflegerischen Belangen nach dem 2. ErwSchG. EF-Z.2018 / 4, 153.

⁷⁰ Julia Haberstroh TM. Medizinische Behandlung - Unterstützung bei Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit von Menschen mit Demenz. iFamZ.2017 / 6, 417.

In der Praxis hat der behandelnde Arzt/die behandelnde Ärztin deshalb bei zweifelhafter Entscheidungsfähigkeit folgende Fähigkeiten des Patienten/der Patientin festzustellen:

- kognitive Fähigkeit: Der Patient/Die Patientin muss in der Lage sein zu verstehen was die Erkrankung bedeutet, was der geplante medizinische Eingriff ist und welche Folgen die Durchführung bzw. Unterlassung haben können;
- voluntative Fähigkeit: Der Patient/Die Patientin muss seinen/ihren Willen nach der Einsicht - gewonnen durch die kognitive Fähigkeit – bestimmen können. Diese Einsicht ist subjektiv und muss nach außen hin nicht als „vernünftig“ erscheinen;
- habituelle Fähigkeit: die Fähigkeit sich situationsabhängig adäquat zu verhalten: Diese Fähigkeit fehlt etwa, wenn die betroffene Person durch Ängste derartig in ihrer Einsichtsfähigkeit derart behindert ist, dass sie nicht entsprechend handeln kann

Des Weiteren ist ausschlaggebend, ob die betroffene Person durch externe Unterstützung in ihrer Entscheidungsfähigkeit soweit unterstützt werden kann, dass eine Entscheidungsfindung stattfinden kann.

Die Beurteilung über das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit erfolgt sinnvollerweise im Zuge der ärztlichen Aufklärung (als Teil der Therapie) und ist im jeweiligen Einzelfall neu festzustellen. Dabei wird zwischen Selbstbestimmungsaufklärung und Sicherungsaufklärung unterschieden.

Als Selbstbestimmungsaufklärung ist die Verpflichtung der aufklärenden Person definiert, der betroffenen Person die erforderliche Entscheidungsgrundlage zur Zustimmung zur indizierten medizinischen Behandlung, zu ermöglichen. Ziel ist es, eine selbstständige Entscheidung über einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit zu ermöglichen⁷¹.

⁷¹ Koza I. Einwilligung in die medizinische Behandlung nach dem 2. Erwachsenenschutzgesetz. iFamZ.2017 / 3, 169.

Unter Sicherungsaufklärung (therapeutische Aufklärung) wird die ständige Weitergabe von behandlungsrelevanten Informationen an den Patienten/die Patienten verstanden, um die Compliance zu fördern und der betroffenen Person ein Vetorecht zu ermöglichen⁷².

Folgende Fragen sollen der behandelnden Person eine Hilfestellung zur Beurteilung der Entscheidungsfähigkeit der betroffenen Person bieten:

- kognitive Fähigkeit:
 - versteht der Patient/die Patientin warum er/sie hier ist?
 - versteht er/sie die Informationen zu der Krankheit?
 - versteht er/sie woraus die Behandlung besteht?
 - versteht er/sie mögliche Folgen und Risiken der Behandlung?

- voluntative Fähigkeit:
 - versteht der Patient/die Patientin den Ernst der Lage?
 - versteht er/sie Vor- und Nachteile der Behandlung?

- habituelle Fähigkeit:
 - kann der Patient/die Patientin sich zu einer Entscheidung durchringen?
 - passt sein/ihr Verhalten zu der Entscheidung?
 - ist von einer entsprechenden Compliance auszugehen?

Je mehr dieser bzw. ähnlicher Fragen mit „Nein“ durch den aufklärenden Arzt/Ärztin zu beantworten sind, desto eher ist die Entscheidungsfähigkeit in Frage zu stellen.

In eine medizinische Behandlung kann eine volljährige Person, bei vorliegender Entscheidungsfähigkeit, immer nur selbst einwilligen. Das gilt auch dann, wenn für diese Person ein Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter vorliegen. Im Zweifel ist die Entscheidungsfähigkeit beim Volljährigen zu vermuten. Sobald also die Person als entscheidungsfähig eingestuft worden ist, ist nie die Zustimmung des Vertreters/der Vertreterin notwendig.

⁷² Schweighofer M. Entscheidungsfähigkeit in medizinischen und pflegerischen Belangen nach dem 2. ErwSchG. EF-Z.2018 / 4, 153.

6.2 Wer entscheidet für die einwilligungsunfähige Person

Hegt der behandelnde Arzt/die behandelnde Ärztin Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit des Patienten/der Patientin, so muss er/sie nachweislich Personen hinzuziehen die, die betroffene Person in ihrer Entscheidungsfindung unterstützen.

Das bedeutet für den Arzt/die Ärztin, dass er/sie zwingend die Feststellung der Entscheidungsfähigkeit dokumentieren muss. Weiters muss dokumentiert werden welche Maßnahmen er/sie ergriffen hat, um den Patienten/die Patienten bei der Wiedererlangung seiner/ihrer Einsichtsfähigkeit zu unterstützen. Der Patient/Die Patientin soll also durch unterstützende Personen in die Lage versetzt werden, Entscheidungen über medizinische Behandlungen selbst zu treffen (*informed consent/refusal*). Ein solcher (wieder)entscheidungsfähiger Patient/Patientin kann dann auch nur selbst einer Behandlung zustimmen. Die unterstützende Person ist nicht entscheidungsberechtigt.

Der Arzt/Die Ärztin hat lediglich eine Bemühungspflicht. Er/Sie muss sich also nur darum bemühen Unterstützer für den Patienten/die Patientin zu finden. Sind solche Personen nicht vorhanden oder nur unter großem Aufwand zu erreichen, so ist dieser Umstand zu dokumentieren aber nicht für deren Eingreifen zu sorgen⁷³.

Zu den Unterstützungspersonen zählen nächste Angehörige, Vertrauenspersonen (bezeichnet durch Vorsorgevollmacht oder Erwachsenenvertreterverfügung) und in besonderen Fällen Fachleute (Hospizbegleiter, Seelsorger etc.).

Um medizinische relevante Informationen an solchen Unterstützungspersonen weitergeben zu dürfen, muss der Arzt/die Ärztin den Patienten/die Patientin über die Hinzuziehung solcher aufklären. Gibt der Patient/die Patientin zu erkennen, dass er/sie damit nicht einverstanden ist, so dürfen keine Unterstützungspersonen beigezogen werden. Zur Ablehnung reicht die erhaltene Äußerungsfähigkeit der betroffenen Person, es bedarf keiner vollen Entscheidungsfähigkeit. Ist der Patient/die Patientin außerdem

⁷³ Koza I. Einwilligung in die medizinische Behandlung nach dem 2. Erwachsenenschutzgesetz. iFamZ.2017 / 3, 169.

äußerungsunfähig, so dürfen keine unterstützenden Personen hinzugezogen werden und es muss wie im Fall eines entscheidungsunfähigen Patienten/Patientin vorgegangen werden⁷⁴.

6.3 Wer entscheidet für die entscheidungsunfähige Person

Die Durchführung einer medizinisch indizierten Behandlung einer entscheidungsunfähigen Person verlangt die Zustimmung eines Vorsorgebevollmächtigten oder eines Erwachsenenvertreters, dessen Wirkungsbereich medizinische Angelegenheiten umfasst. Diese Vertreter müssen dem Willen der betroffenen Person folgen. Der Patient/Die Patientin muss also über die bevorstehende Behandlung informiert und um seine/ihre Meinung gefragt werden. Ist die betroffene Person nicht mehr zu einer klaren Meinungsäußerung in der Lage so ist davon auszugehen, dass die Behandlung gewünscht wird (§253 Abs 1 ABGB).

Eine andere Schlussfolgerung lässt sich nur aus einer verbindlichen Patientenverfügung ableiten. Dazu muss die in Frage kommende Behandlung konkret in der PatVf abgelehnt und die Verfügung als wirksam/geltend eingestuft werden. Auch ein solcher entscheidungsunfähiger Patient/Patientin muss eine Aufklärung vor der Behandlung erhalten sofern dies dem Patienten/der Patientin möglich ist und seinem/ihrer Gesundheitszustand nicht abträglich ist⁷⁵.

Wie muss die behandelnde Person beim entscheidungsunfähigen Patienten/Patientin vorgehen? Zuerst ist muss geklärt werden ob eine Patientenverfügung vorliegt und falls das der Fall ist muss ihr Inhalt überprüft werden. Danach ist die Patientenverfügung in Kopie dem Krankenakt beizulegen und bei klarer Äußerung der betroffenen Person ist dessen Wille zu befolgen. Ist der Wille des Patienten/der Patientin nicht klar eruierbar, so ist ein gesetzlicher Vertreter heranzuziehen.

Liegt eine Vertretung vor muss überprüft werden ob diese Vertretung medizinische Behandlungen umfasst, ob sie im ÖZVV eingetragen ist und der Patient/die Patientin keinen Widerspruch dagegen einlegt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt so muss die

⁷⁴ Schweighofer M. Entscheidungsfähigkeit in medizinischen und pflegerischen Belangen nach dem 2. ErwSchG. EF-Z.2018 / 4, 153.

⁷⁵ Schweighofer M. Sachwalterschaft - was umfasst die Personensorge. ÖZPR 2016 / 12, 23.

behandelnde Person die Vorsorgevollmacht, Erwachsenenvertreterverfügung oder den Bestellungsbeschluss der gerichtlichen Erwachsenenvertreter in Kombination mit der schriftlichen Bestätigung der Eintragung im ÖZVV in Kopie in der Krankenakte hinterlegen. Weiters findet der Arzt/die Ärztin mit dem Vertreter/der Vertreterin eine gemeinsame Behandlungsentscheidung und informiert die betroffene Person soweit möglich.

Bei geteilter Meinung zwischen betroffener Person und Vertreter/Vertreterin müssen mehrere Möglichkeiten untersucht werden⁷⁶:

- Stimmt der Vertreter zu aber lehnt die betroffene Person die Behandlung ab so braucht es eine gerichtliche Genehmigung für die Behandlung;
- Lehnt der rechtliche Vertreter/Vertreterin die Behandlung ab, diese entspricht aber dem (mutmaßlichen) Patientenwillen und die Behandlung ist medizinisch indiziert so muss das Pflschaftsgericht angerufen werden. Dieses kann die notwendige Zustimmung der Vertretungsperson ersetzen oder einen anderen (gerichtlichen) Erwachsenenvertreter bestellen;
- Bei einem medizinisch indizierten Behandlungsabbruch (z.B. Vermeidung unnötigen Leidens) ist weder die Zustimmung vom Erwachsenenvertreter noch von der betroffenen Person notwendig. Liegt keine medizinische Indikation für einen Behandlungsabbruch vor (z.B. ungünstige Prognose) kann die Entscheidung durch den Vertreter/die Vertreterin getroffen werden, wenn diese Entscheidung dem Patientenwillen – der in einer Patientenverfügung dokumentiert ist – dadurch entsprochen wird. Nur wenn der Patientenwille unklar ist, bedarf es einer gerichtlichen Intervention.

Unter „Gefahr in Verzug“ versteht man eine Kombination aus rechtlichen und medizinischen Entscheidungskriterien. Eine solche Gefahr liegt medizinisch vor, wenn:

⁷⁶ Schweighofer M. Auswirkungen des 2. Erwachsenenschutzgesetz für die Praxis im Krankenhaus. JMG.2018 / 1, 6.

- akute Lebensgefahr besteht;
- die Gefahr einer schweren oder nachhaltigen Gesundheitsschädigung vorliegt;
- oder wenn der Patient/die Patientin subjektiv starke Schmerzen erleidet.

Als rechtliche Kriterien gelten:

- entscheidungsunfähiger Patient/Patientin;
- der Patient/die Patientin hat keine gültige Behandlungsentscheidung getroffen;
- der gesetzliche Vertreter kann aus zeitlichen Gründen nicht eingebunden werden.

Sind diese Entscheidungskriterien, zumindest teilweise, erfüllt, so muss mit der indizierten Behandlung so schnell wie möglich begonnen werden. Soweit möglich ist der Patient/die Patientin über die medizinische Maßnahme zu informieren.

Ist mit Abschluss der Behandlung (z.B. Operation) die Lebensgefahr beendet und es ist keine weitere Behandlung notwendig, so ist keine nachträgliche Einwilligung notwendig. Erfordert der Zustand der betroffenen Person auch nach unmittelbarer Abwendung der Lebensgefahr eine medizinische Behandlung (z.B. Aufenthalt auf der Intensivstation nach der Operation) so muss individuell durch den behandelnden Arzt/Ärztin die Entscheidungsfähigkeit beurteilt werden.

Wann und Ob Gefahr in Verzug vorliegt hat die behandelnde Person im Einzelfall allein nach medizinischen Kriterien zu entscheiden. Dabei spielt der mutmaßliche Patientenwille keine Rolle. Liegt Gefahr in Verzug vor, so hat die Behandlung ohne Aufklärung oder Einholung der Einwilligung zu erfolgen. Trotzdem sollte wenn möglich dem noch äußerungsfähigen Patienten/Patientin in Grundzügen die Behandlung im Rahmen einer Sicherungsaufklärung erläutert werden⁷⁷.

⁷⁷ Bramböck A. Vom Sachwalter zum Erwachsenenvertreter: Das 2. Erwachsenenschutz - Gesetz und medizinische Behandlungen. DAG.2017 / 6, 132.

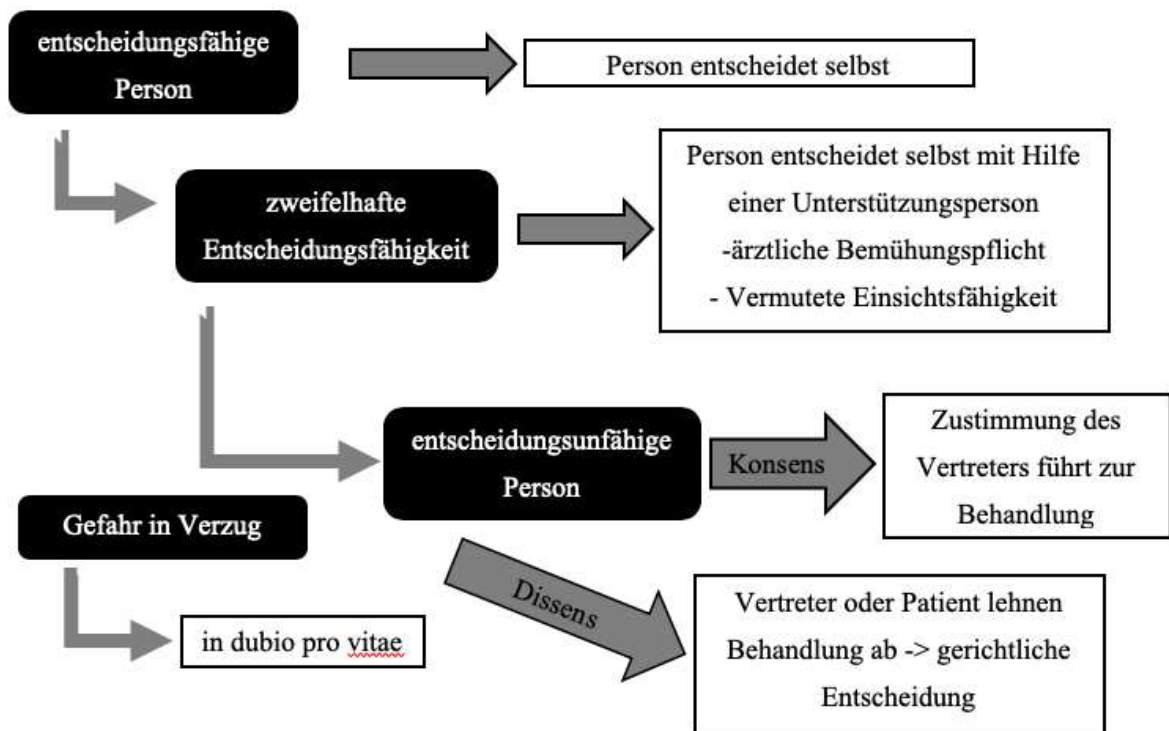


Abb. 2: Die medizinische Behandlung nach dem 2. ErwSchG¹

7 Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend werden noch einmal die wichtigsten Schritte im Rahmen der medizinischen Behandlung nach dem 2.ErwSchG kurz abgehandelt.

Bei Gefahr in Verzug, also unmittelbarer Gefahr für Leben oder Gesundheit der betroffenen Person, ist die medizinisch indizierte Behandlung sofort durchzuführen. Dazu ist keine Einwilligung des entscheidungsunfähigen Patienten/Patientin oder seines/ihrer Erwachsenenvertreters einzuholen.

Eine entscheidungsfähige Person kann immer nur selbst in eine Behandlung einwilligen. Dabei ist unerheblich, ob diese Person einen Erwachsenenvertreter in medizinischen Angelegenheiten hat. Das Vorliegen der Entscheidungsunfähigkeit ist in jedem Einzelfall neu durch den aufklärenden Arzt/ die aufklärende Ärztin, festzustellen.

Hat der aufklärende Arzt/ die aufklärende Ärztin Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit der betroffenen Person, so muss er/sie sich nachweislich (Dokumentationspflicht)! um die Hinzuziehung von unterstützenden Personen kümmern. Von dieser Absicht muss der Patient/die Patientin informiert werden und hat ein Vetorecht gegen die Suche nach unterstützenden Personen.

Kann die betroffene Person mit Hilfe der Unterstützungsperson eine Entscheidung treffen, so ist dieser Folge zu leisten. Gelingt es der unterstützenden Person nicht den Patienten/die Patientin zur Entscheidungsfähigkeit zu verhelfen, so muss die betroffene Person als entscheidungsunfähig eingestuft werden. Dasselbe gilt für den Fall der äußerungsunfähig der betroffenen Person.

Liegt für die entscheidungsunfähige Person eine gültige Patientenverfügung vor, in der die konkrete medizinische Behandlung abgelehnt wird, so darf diese Behandlung nicht durchgeführt werden.

Ist für den Patienten/die Patientin kein Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter bestellt, so muss der Arzt/die Ärztin die Bestellung eines solchen bei Gericht anregen.

Hat die betroffene Person einen Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter in medizinischen Angelegenheiten und beide sind für die indizierte Behandlung bestellt, so reicht die Zustimmung des Vertreters und eine einfache Aufklärung des Patienten/der Patientin (Compliance!) aus.

Lehnt die entscheidungsunfähige Person die Behandlung hingegen ab, so bedarf der Vertreter/die Vertreterin für die Zustimmung zu dieser einer gerichtlichen Genehmigung. Lehnt hingegen der Vertreter/die Vertreterin eine medizinische indizierte Behandlung ab, die der Patient/die Patientin wünscht, so kann das Gericht die Zustimmung des Vertreters/der Vertreterin ersetzen.

7.1 Persönlicher Ausblick

Welchen Weg würde ich als Patient in Österreich wählen, um im Fall des Verlusts meiner Entscheidungsfähigkeit, dafür zu sorgen, dass meine Wünsche und Vorstellungen umgesetzt werden?

Sowohl der administrative, als auch finanzielle Aufwand einer verbindlichen Patientenverfügung erscheint mir zu hoch um sie, ohne konkrete Erkrankung mit deren abschätzbaren Komplikationen, zu errichten. Aber auch eine beachtliche Patientenverfügung allein lässt meiner Einschätzung nach zuviele Variablen offen.

Die Vorsorgevollmacht ist für mich eine sehr attraktive Variante, aber dürfte wohl alleine auch nicht ausreichend sein um mich als Patient zufriedenstellend rechtlich abzusichern.

Deswegen denke ich, dass nach gültiger Rechtslage in Österreich die Kombination aus beachtlicher Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht die richtige Lösung für mich darstellen würde. Für mich als gesunder, junger Mensch ist der niederschwellige Zugang und die einfache Erhaltung der beachtlichen PatVf entscheidend. Ich würde eine qualifizierte beachtliche PatVf errichten, indem ich möglichst ausführlich die Situationen beschreibe, in denen ich genau definierte medizinische Behandlungen ablehne. Zusätzlich würde ich persönliche Informationen zu meinen Ansichten zum Tod und dem Sterben schriftlich dokumentieren.

Als Bevollmächtigten für die Vorsorgevollmacht würde ich jemanden aus dem engsten Freundes- oder Familienkreis wählen. Eine Person also die ich schon lang kenne, die mich lange kennt und mit der ich mich über meine Ansichten und Einstellungen unterhalten habe. So könnte ich mir vorstellen, dass mir das Schicksal meiner Oma erspart bleibt und ich nicht gegen meinen Willen behandelt werde.

Sollte in Zukunft eine Krankheit bei mir diagnostiziert werden, bei der ich Krankheitsverlauf und Komplikationen abschätzen kann, so würde ich meine beachtliche in eine verbindliche PatVf umwandeln. Einerseits um mir sicher sein zu können, dass meine Wünsche umgesetzt werden müssen und andererseits um dem/der Bevollmächtigten eine wahrscheinlich schwere Entscheidung leichter zu machen.